

О.А. ПОРОТИКОВА

ПРОБЛЕМА ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ
СУБЪЕКТИВНЫМ
ГРАЖДАНСКИМ ПРАВОМ

 Wolters Kluwer

ПРОБЛЕМА ЗЛУОПОТРЕБЛЕНИЯ СУБЪЕКТИВНЫМ ГРАЖДАНСКИМ ПРАВОМ

О.А. ПОРОТИКОВА

Поротикова Ольга Александровна - кандидат юридических наук, преподаватель кафедры гражданского права и процесса Воронежского государственного университета. К научным интересам автора относятся вопросы рецепции римского права, проблемы гражданского и международного частного права. Как практикующий юрист занимается юридическим обслуживанием организаций, представляет интересы граждан и юридических лиц в судах общей юрисдикции и арбитражных судах.

ПРЕДИСЛОВИЕ

Принцип самостоятельного и беспрепятственного осуществления гражданских прав пронизывает каждый институт цивилистики. Гарантировать лицу свободное использование принадлежащих ему правомочий можно при условии, что будет не только обеспечиваться выполнение обязанностей иными участниками правовых отношений и защита от явных противоправных действий, но и разумно ограничиваться свобода реализации прав третьих лиц.

Единая общая норма российского гражданского законодательства, касающаяся злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ), не определяет признаков состава этого деяния; не содержит четкого перечня границ осуществления прав, выход за которые будет свидетельствовать о злоупотреблении лица своим правом; не характеризует ни одного вида (формы) злоупотребления, за исключением шиканы; не предусматривает конкретных мер ответственности за ненадлежащее осуществление гражданских прав, дифференцированных в зависимости от степени общественной опасности содеянного. Этот перечень можно продолжать далее.

Нередко модель злоупотребления правом благодаря эмоциональной окраске термина используется правоприменителями в качестве средства борьбы с процессуальными нарушениями или восполнения различных нормативных пробелов.

Отсутствие легально зафиксированного состава особого вида правонарушений, каким является злоупотребление правом, служит причиной нежелания судебных органов выносить решения, связанные с применением этого института. В тех же случаях, когда такие решения выносятся, значительная их часть подлежит отмене как не соответствующая закону. Квалификация любой из форм злоупотребления гражданским правом отличается на практике многочисленными противоречиями.

Все сказанное свидетельствует о недостаточно высоком уровне юридической техники в этой области, что позволяет считать исследование проблемы злоупотребления одной из насущных задач современного правоведения. На его основе будет возможно совершенствование действующего законодательства, облегчение толкования норм о злоупотреблении на практике. Это определяет и практическую актуальность предлагаемой читателю книги.

Традиционно вопросы ненадлежащего осуществления лицом принадлежащего ему права сопутствовали общетеоретическому анализу сущности субъективного права и форм его реализации, а в науке гражданского права - осуществлению права собственности, использованию права на жилое помещение в противоречии с назначением и т.п. Упоминания о злоупотреблении правом встречаются в публикациях о правомерности и противоправности поведения участников правовых отношений.

Дореволюционные русские цивилисты затрагивали эту проблему в качестве примера нетипичной, редкой, во многом парадоксальной правовой ситуации. Исключением являются труды профессора И.А. Покровского, а также В.П. Доманжо.

В советский период монографическому исследованию проблема злоупотребления гражданским правом подвергалась только однажды - в работе профессора В.П. Грибанова "Пределы осуществления и защиты гражданских прав" (1973 г.). Приоритетное внимание в монографии уделялось принципу недопустимости осуществления гражданских прав в противоречии с их назначением и методологии обнаружения признаков этого деяния. Фундаментальное академическое исследование В.П. Грибанова внесло значительный вклад в разработку концепции злоупотребления и до настоящего времени является основным научным источником по обсуждаемой проблеме. Однако в условиях изменившихся социально-экономических отношений, с введением нового гражданского законодательства этот труд не может отражать всех существующих проблем ненадлежащего осуществления гражданских прав. В настоящее время практически отсутствуют комплексные исследования, посвященные вопросам злоупотребления гражданским правом.

В последнее время появились монографии, посвященные этой проблематике. Заслуживают особого внимания с научной и практической точек зрения работы Т.С. Яценко "Шикана как правовая категория в гражданском праве" (М., 2003 г.) и А.В. Юдина "Злоупотребление

процессуальными правами в гражданском судопроизводстве" (СПб., 2005 г.). В обоих случаях предмет исследования - злоупотребление правом, но авторы анализируют это явление, рассматривая либо отдельную форму злоупотребления, какой является шикана, либо ненадлежащее осуществление процессуальных, а не гражданских прав.

При написании работы автор ставил целью всестороннее и комплексное исследование теории и практики злоупотребления субъективными гражданскими правами, формирование системы элементов этого отраслевого института.

Выводы и предложения, сформулированные в работе, представляют собой результат анализа практики Арбитражного суда Воронежской области, Федеральных арбитражных судов Московского и Центрального округов, а также основываются на опубликованной практике и разъяснениях Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, постановлениях Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации и Верховного Суда Российской Федерации.

В работе предлагается новое понимание пределов осуществления гражданских прав, рассмотренных в системе правовых стимулов, приводятся новые подходы к их классификации, характеризующие значение каждого вида пределов осуществления прав. Переосмысливается функциональная нагрузка термина "злоупотребление правом", целесообразность его использования для обозначения ненадлежащего (вредоносного) осуществления гражданских прав; предлагается по-новому взглянуть на отказ в защите права в качестве санкции за совершенное злоупотребление правом. Подробно анализируется категория "злоупотребление правом" в иных формах, нежели шикана.

Глава 1. ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ДОКТРИНЫ ЗЛУПОТРЕБЛЕНИЯ СУБЪЕКТИВНЫМ ГРАЖДАНСКИМ ПРАВОМ

§ 1. Категории "субъективное гражданское право" и "осуществление гражданских прав" как исходные величины концепции злоупотребления субъективным гражданским правом

Научная доктрина злоупотребления правом исходит, с одной стороны, из понимания содержания и структуры субъективных гражданских прав, поскольку именно они служат средством, при помощи которого совершается это деяние. Причем интерес для исследования в рамках концепции злоупотребления представляют не все аспекты субъективного права, а те из них, которые способны объяснить механизм, превращающий легальную возможность в негативное поведение.

В этой связи важно установить, что понимается под содержанием права отдельного лица, каковы границы его правомочий. Указанные характеристики необходимы для предварительного ответа на классическую дилемму: может ли само субъективное гражданское право содержать что-либо предосудительное, или при злоупотреблении правом действуют иные механизмы, которые, несмотря на содержание субъективного права, приносят вред интересам окружающих лиц.

С другой стороны, необходимо исследовать процесс осуществления заложенных в субъективных правах возможностей, с тем чтобы понять, при каких условиях и предпосылках динамическое действие субъективного права способно становиться поведением, не одобряемым государством и обществом.

Таким образом, исходными величинами, операторами, которые способствуют объяснению феномена злоупотребления правом, являются статика и динамика субъективных прав (содержание права и его осуществление). В свою очередь, субъективное право понимается из смысла трех соотношений: а) объективное право - субъективное право; б) субъективное право - юридическая обязанность; в) субъективное право - интерес.

Объективное право есть система официально признаваемых и действующих государственных юридических норм, в которых проявляется воля общества <1>. Это определение затрагивает лишь один аспект объективного права, лежащий на поверхности. Оно удобно в учебных и методических целях. "Сведение права лишь к нормам права противоречит реальной действительности. Право является значительно более сложным общественным явлением, чем лишь только нормы права, правила должного поведения, которые обеспечиваются принудительной силой государства" <2>. Тем более что в последнее время к нормам государственным добавился обычай как полноправный регулятор гражданских отношений, и это уже должно принудить к пересмотру дефиниции объективного права.

<1> См.: Байтин М.И. О современном нормативном понимании права // Журнал российского права. 1999. N 1. С. 105.

<2> Пионтковский А.А. К вопросу о взаимоотношении объективного и субъективного права // Советское государство и право. 1958. N 5. С. 28.

Чтобы рассмотреть подробнее этот вопрос, необходимо и достаточно выяснить определенные сущностные черты объективного права. Ему обычно присущ целый ряд признаков, перечень которых может отличаться, но в целом обычно сводится к нормативности, государственно-волевому и властно-регулятивному характеру, формальности, общеобязательности.

Ни одна из этих черт не присуща праву субъективному. Конечно, отрицательные свойства не могут дать качественное определение субъективного права, но они в достаточной степени помогают понять изучаемое явление. Благодаря им возможно противопоставление двух аспектов права - объективного и субъективного. Все объективное неразрывно связано с государством, которое либо издает соответствующие нормы, либо придает им общеобязательность и обеспечивает их реализацию.

Право как содержание правоотношений есть сфера самостоятельности отдельного лица, его возможность действовать или бездействовать. Оно не формально, до известных пределов произвольно. Правовые отношения являются первоисточником, прообразом права, но свой законченный вид субъективные права получают при помощи гарантированности со стороны государства, т.е. при помощи норм. Это позволяет с определенной долей условности находить в субъективном праве черты "нормативности".

Если же считать, что "нормативный характер права заключается в том, что право как государственная воля общества проявляется в реальной жизни не иначе как система официально признаваемых и действующих в данном государстве юридических норм" <1>, то субъективное право не нормативно. О какой-либо государственной воле в существе субъективных прав трудно помыслить. Вернее всего будет заключить, что субъективные права в качестве первоисточника права получают отражение в нормативных актах, тем самым приобретают к своей исконной нормативности как конкретного образца поведения нормативность формальную. "Объективное и субъективное право в одинаковой степени нормативны, но в первом случае проявляется в абстрактном виде и как общее правило, неоднократно прилагаемое к типичным ситуациями и отношениям, а во втором - проявляется в конкретном виде и как наличная мера возможного поведения субъекта, имеющая общее значение для данной ситуации и данного отношения. Достоинство всеобщности более свойственно объективному праву, но субъективное право обладает не менее важным достоинством персонализации" <2>.

<1> Пионтковский А.А. Указ. соч. С. 100.

<2> Явич Л.С. Сущность права. Л., 1985. С. 91.

Нужно заметить, что сравнение объективного и субъективного начал в праве обычно строится на основе рассуждений о том, что первично, а что производно. Во многом отличие в аргументации применительно к этому соотношению стало камнем преткновения известных научных школ: юридического позитивизма, социологической юриспруденции, естественно правового направления и т.п. Однако в столкновении взглядов на эту проблему нередки случаи подмены понятий. Сами того не замечая, сторонники отмеченных научных школ говорят на разных языках. К примеру, утверждая, что субъективные права принадлежат людям природно, естественно, а не в силу их дарования сувереном, приверженцы естественно права используют сугубо позитивистский термин "субъективное право". Таким образом, сложившуюся юридическую лексику наполняют иным содержанием, говоря о качественно иных явлениях. Это мнение разделяется и современными теоретиками права: "...процесс общей социологизации и гуманизации юридического знания при всей его значимости имеет и ряд негативных моментов. С точки зрения науки это прежде всего чревато рассогласованностью стройной системы категориального аппарата, "размытостью" многих научных конструкций, разрабатывающихся на основе формально логической методологии и потому не способных воспринять социальное содержание без ущерба для своей теоретической формы" <1>.

<1> Гайворонская Я.В. К вопросу о понимании правовых и юридических норм // Правоведение. 2001. N 3. С. 39.

В этой связи хотелось бы отметить, что автор хотя и склоняется к идеям социологического, а не нормативистского позитивизма, но использует терминологию в том значении, в каком она была создана нормативистами. Применительно к первичности объективного права перед субъективным следует подчеркнуть, что "получить понятие о правопорядке можно было только постепенно, путем абстракции, благодаря наблюдению над наличными субъективными правами. (Здесь, видимо, имеются в виду не субъективные права в смысле гарантированной государством меры поведения, а в смысле исконных человеческих возможностей, то есть в немного ином понимании. - Примеч.

авт.) Правопорядок гарантирует и переделывает по-своему права в субъективном смысле, но не является их творцом" <1>.

<1> Дернбург Г. Пандекты: В 3-х т. М., 1906. Т. 1. Общая часть. С. 101.

Отграничение объективного права от субъективных прав позволяет обнаружить и указать глубинные качества последних.

Субъективное право всегда персонифицировано, т.е. связано с личностью отдельного субъекта правоотношений. Оно конкретно, так как происходит из определенных жизненных обстоятельств и может существовать при отсутствии законодательного запрета без прямого закрепления в правовых нормах. Недаром Л.С. Явич писал о сравнительно ограниченном числе норм и практически бесконечном числе наличных прав, что делает объективное право легче воспринимаемым и познаваемым, чем субъективное право <1>. В дополнение к сказанному в литературе справедливо подчеркивается присущее исключительно субъективному праву свойство "распоряжаемости" <2>.

<1> См.: Явич Л.С. Указ. соч. С. 95.

<2> См.: Матузов Н.И. К делению права на объективное и субъективное // Правоведение. 1971. N 2. С. 107.

Соотношение субъективного права с юридической обязанностью выражается прежде всего в том, что это понятия парные. Отсутствие одного из них полностью лишает смысла второе. Природа их взаимообусловленности заключена не только в предоставительно-обязывающем характере правовых норм, которые предусматривают варианты как возможного поведения, так и необходимого, она заключается и в том, что эти понятия образуют содержание конкретных правоотношений.

Обязанности как правовая категория длительное время оставались в тени учения о субъективных правах. Вот одно из наиболее правдоподобных объяснений такого положения вещей: право родилось "в атмосфере борьбы личности за свои собственные интересы в судебном процессе и поединке сторон. Потому в нем так односторонне выражен момент этого субъективного притязания, субъективного актива и отодвинут на задний план момент обязанности, момент пассива. В этом проявляется элементарная человеческая склонность помнить о своих правах и забывать по возможности об обязанностях" <1>.

<1> Алексеев Н.Н. Основы философии права. СПб., 1999. С. 171.

Крен в сторону субъективных прав по отношению к обязанностям сродни в свою очередь ведущей роли постоянно исследуемого объективного права по сравнению с правом субъективным. В наше время обязанности постепенно освобождаются от прикладной роли, тем более что их разработка служит условием пополнения знаний о субъективных правах и их эффективном осуществлении.

В любой правовой норме (речь не идет о статье закона) одновременно содержится или выводится из ее смысла актив, т.е. возможность действовать определенным образом, и пассив - долженствование. Поддерживается определенный баланс, который и составляет регулирование отношений. Субъективное право как мера свободы и самостоятельности индивида уравнивает установленная в интересах общества мера "несвободы" - юридическая обязанность. Значение юридической обязанности заключается в ограничении эгоистических интересов одного субъекта в пользу интересов публичных.

Только в том случае можно говорить о наличии субъективного права, когда помимо допущения поведения для управомоченного лица будет закреплена необходимость действовать или воздерживаться от действий иного лица, участвующего в правоотношениях, именуемого обязанным. Тем более актуален этот тезис применительно к теории злоупотребления правом, где определенные обязанности установлены и для осуществления права.

Традиционное определение обязанностей как меры должного поведения вызывает справедливую критику, равно по тем же причинам, что и дефиниция субъективного права как меры возможной активности. Наиболее четкую и обоснованную позицию отстаивает по этому вопросу В.С. Ем <1>.

<1> См.: Ем В.С. К вопросу о понятии, содержании и сущности правовых обязанностей // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 1981. N 1. С. 57 и след.

На современном этапе сложилось "узкое" и "широкое" понимание содержания субъективных прав. Понятие субъективного права как меры дозволенного поведения лица, гарантированной

законом (узкое понимание), в широкой трактовке включает помимо полномочий и притязаний еще и "систему юридических обязанностей, т.е. совокупность конкретных долженствований, необходимостей, императивов, предусмотренных законами государства" <1>.

<1> Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М., 1997. С. 253.

Объяснение сути субъективного права через включение в него юридической обязанности страдает, на наш взгляд, рядом недостатков. Начнем с того, что терминологически опять возникают сплошные недоразумения, с чем согласны и сторонники широкой трактовки субъективных прав <1>. По существу возражений следует заметить, что расширение формулы субъективного права означает поглощение им своей собственной противоположности, что логически ошибочно.

<1> См.: Ильин И.А. О сущности правосознания. М., 1993. С. 33.

Объяснение содержания одного неопределенного понятия через другое, не менее неопределенное, свойственно правовой науке. В этой связи последующие исследования только расширяют предмет анализа, не проникая в его сущность. Именно этим объясняются многочисленные идеи "широких" трактовок. Не случайно Л.С. Явич указывал на увлечение науки шириной, а не глубиной правопонимания <1>.

<1> См.: Явич Л.С. Указ. соч. Л., 1985. С. 89.

Общим местом в правовой науке стало понимание субъективного права либо как воли управомоченного лица, либо как его интереса. Выдвинутая Р. Иерингом концепция того, что интерес составляет содержание субъективного правомочия, построена на критике тезиса: субъективное право - это господство индивидуальной воли лица. Коротко говоря, новая идея заключалась в следующем. В любом субъективном праве присутствуют два элемента. Первый, материальный элемент - выгода субъекта, т.е. тот самый интерес. Он составляет сущностное наполнение субъективного права. Второй, формальный, выражается в обеспеченности личной сферы субъекта от посягательств извне. Таким образом, субъективное право - не что иное, как охраняемый позитивным правом интерес отдельного лица <1>.

<1> См.: Иеринг Р. Избранные труды. Самара, 2003. С. 301 - 321, 358 и след.

Создавая свою теорию, Р. Иеринг предполагал учесть недостатки и слабые стороны волевой трактовки содержания субъективного права и предложить качественно иной взгляд на суть правомочия. Однако итогом стало появление концепции, которая в основных своих моментах повторила критикуемую. Автор в своих рассуждениях фактически заменил "волю" на "интерес". Поэтому все возражения, направленные против "теории воли", справедливы и в отношении "теории интереса".

Аргументация Р. Иеринга, убедительная на первый взгляд, при ближайшем рассмотрении оказывается основанной на недоразумении. Основная логическая посылка "интерес - это смысл субъективного права" позволяет сделать вывод, что прекращение интереса влечет за собой уничтожение права. На практике нередко встречаются ситуации, когда лицо обладает субъективным правом, не имея интереса. Так, например, отказ собственника от вещи еще не прекращает право собственности на нее, несмотря на утрату интереса в праве (ст. 225 ГК РФ).

Определение, предложенное Р. Иерингом, подменяет содержание права его целью и "является слишком узким, так как очень часто допускается осуществление права без собственного интереса и даже вопреки ему; это определение является, с другой стороны, слишком широким, потому что предполагает защиту интереса независимо от наличия субъективного права" <1>.

<1> Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. М., 1949. Т. 1. Полутом 1. С. 241.

Интерес представляет собой сложное явление, лежащее в основном в области социологии и психологии. Как социологическая категория он может служить побудительной силой, заставляющей лицо стремиться к правообладанию. Интерес с точки зрения человеческой психологии - явление настолько неустойчивое, трудно осознаваемое, не поддающееся рациональному анализу, в конечном счете настолько индивидуальное, что рассматривать его в качестве содержания права в субъективном смысле не представляется возможным. Праву с необходимостью присущи свойства определенности и типичности. Следовательно, интересы

служат причиной приобретения субъективных прав, если это зависит от субъекта, а также стимулом их осуществления.

Следует подчеркнуть, что в этой связи остро встает вопрос анализа охраняемого законом интереса как "пограничной" зоны между фактическими отношениями и субъективным правом. В настоящее время опубликованы единичные исследования, которые посвящены этому вопросу и позволяют выявить самые трудноуловимые свойства субъективных прав <1>.

<1> См.: Малько А.В. Законные интересы советских граждан. Саратов, 1985; Он же. Основы теории законных интересов // Журнал российского права. 1999. N 5/6. С. 65 - 72; Крашенинников Е.А. Понятие охраняемого законом интереса // Проблемы защиты субъективных гражданских прав. Ярославль, 2000. С. 3 - 10; Михайлов С.В. Интерес как общенаучная категория и ее отражение в науке гражданского права // Государство и право. 1999. N 7. С. 86 - 92.

Возвращаясь к содержанию субъективных прав, отметим, что интерес и воля - наиболее типичные его объяснения, но не единственные. В немецкой классической юридической литературе широкое распространение получило понимание права (как объективного, так и субъективного) через категорию "власть". Первое есть объективная общественная (государственная) власть, второе - власть индивида. К примеру, у Эннекцеруса встречается следующее определение: субъективное право - "это предоставляемая правопорядком, служащая для удовлетворения человеческих интересов власть" <1>.

<1> Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. Т. 1. Полутом 1. С. 244.

В отличие от интереса власть не является целью приобретения прав. Справедливо полагая, что цель не может быть сущностью права, но играет значительную роль в процессе правообладания и правоосуществления, немецкие ученые обращали внимание на способность "власти лица" служить разумному человеческому интересу. В противном случае, когда власть не в состоянии сбалансировать индивидуальные потребности, не в силах запретить осуществление права без всякого интереса для субъекта, такая власть не является субъективным правом <1>.

<1> См.: Там же. С. 244 и след.

Некоторые российские дореволюционные исследователи также предпочитали определять субъективное право с помощью термина "власть", но в то же время не считали, что тем самым ориентируют поведение управомоченного лица на координацию с правами и возможностями третьих лиц. Вот, в частности, высказывание Н.А. Зверева: "Юридическая власть лица или субъективное право в собственном смысле есть господство этого лица в определенном, точно очерченном круге отношений, - такое господство, которое поддерживается в случае нужды общественною властью от нарушений со стороны посторонних лиц". И далее: "Обладающий субъективным правом имеет признанную и охраняемую власть или беспрепятственно действовать в известных случаях и известным образом, как бы эти действия ни затрагивали и ни нарушали интересы других, или требовать от этих других в свою пользу определенного образа действий" <1>.

<1> Зверев Н.А. Энциклопедия права: Лекции. М., 1901. С. 230.

Когда речь идет о гарантированности возможностей субъекта правоотношения посредством техники нормативных предписаний и особенно принудительного элемента последних, то акцент власти перемещается с индивида на государство. Вряд ли можно утверждать, что лицо наделяется властью, например, в гражданско-правовых отношениях. Термин "власть", органичный для политической и публично-правовой области, выглядит натянутым применительно к частным отношениям. Поэтому такое понимание субъективных прав, на наш взгляд, требует многочисленных уточнений.

В конце XIX в. была сформулирована идея, что право в субъективном смысле представляет собой сферу внешней свободы, очерченную правовыми нормами <1>. Думается, это определение наиболее последовательно и продуктивно в целях исследования злоупотребления правом. Достоинств у такого подхода много. Нормы объективного права закрепляют выгодные обществу границы, в которых лицо может свободно действовать вовне, не причиняя вреда другим. Эти же границы защищают от вторжения иных лиц. К тому же свобода одновременно указывает и на индивидуальную волю субъекта. "Индивидуальная воля в общественной жизни проявляет себя в процессе столкновения ее с волей других лиц как свобода либо как ограничение воли. Фактически воля - это способность личности совершать регуляцию и саморегуляцию своего поведения; это

высший уровень регуляции личности, противостоящий импульсивным мотивам, образующимся стихийно" <2>.

<1> См.: Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб., 1999. С. 152.

<2> Диденко Н.Г., Селиванов В.Н. Право и свобода // Правоведение. 2001. N 3. С. 8.

Показательно в связи со сказанным суждение В.С. Нерсисянца: "Всемирная история как движение ко все большей свободе все большего числа людей демонстрирует, что эта свобода возможна только как право, только в правовой форме, поскольку лишь право (как всеобщая, равная, а потому и одинаково справедливая для всех мера упорядочения, формализации, регуляции человеческих отношений) проводит (и способно провести) разграничительную линию между свободой и произволом, оформляет и нормирует свободу как статус и отношения независимых друг от друга субъектов права в рамках общественного правопорядка (в условиях действия общей правовой нормы)" <1>.

<1> Нерсисянц В.С. Ценность права как триединства свободы, равенства и справедливости // Проблемы ценностного подхода в праве: Традиции и обновление. М., 1996. С. 4.

Рассуждения о том, что субъективное право есть внешняя свобода, верны хотя бы потому, что без свободы каждого отдельного лица распоряжаться своими возможностями нет и не может быть субъективного права. Эффективно преодолевается проблема наличия субъективных прав у управомоченного лица, не заинтересованного в их приобретении и осуществлении. Предоставление субъективного права не связано с выяснением вопроса, пойдет ли это на пользу или будет ему вредно. Формализм объективных норм способен гарантировать только охрану свободной сферы человека от внешних препятствий и посягательств.

Способность личности сознательно обозначать цели и двигаться к ним, избирая тот или иной способ поведения, есть свобода, но свобода внутренняя, т.е. психическое свойство человека. О ней вести речь в контексте книги нет необходимости. Эта сфера не подпадает под правовое регулирование. Важен другой аспект свободы - ее внешняя сторона, понимаемая как способность проявлять свои устремления в социальных отношениях. В первом случае формирование личностного мировоззрения, установок, целей может отчасти происходить под влиянием внешних факторов (воспитания, общения и др.), но внутренняя свобода неотъемлема, не может изменяться и ограничиваться извне, тем более под влиянием государственной воли, без которой немыслимо позитивное право.

Вторая сторона (внешняя) может являться содержанием такого юридического явления, как правомочие. "Существо, совершенно лишенное внешней свободы (раб), есть вместе с тем и существо совершенно бесправное. Во всяком праве свобода лица, в смысле нестесненной другими лицами возможности осуществлять те или другие цели, составляет настолько существенный признак, что с уничтожением его уничтожается самое право" <1>.

<1> Трубецкой Е.Н. Указ. соч. С. 17.

В равной степени как термин "субъективное", слишком сильно проникнутый философским звучанием, вызывает недовольство у ряда ученых и практиков, так и попытка определить сущность этого явления через категорию свободы представляется им неоправданным уходом в философию. Думается, что уяснение сути любого процесса или понятия в гуманитарной области связано с обращением к философским выводам, хотим мы этого или нет. Такое научное определение содержания субъективного права позволяет лучше понять смежные с ним правовые институты (осуществление права, злоупотребление правом и т.п.).

С пониманием субъективного права как области внешней свободы индивида, очерченной правовыми нормами, связан, в частности, основной принцип осуществления гражданских прав (ст. 9 ГК РФ).

На определенном этапе анализа субъективных прав возник вопрос, насколько необходимо для юриспруденции определение субъективного права. "Субъективное право не есть ни сила, ни свобода, ни воля, ни интерес, но может быть при некоторых условиях и тем, и другим, и третьим и т.д. В этом отношении наиболее удачным является чисто формальное определение субъективного права, условно устанавливающее, что считает правомочием какое-либо конкретное законодательство. Такое определение обладает чисто условным характером и имеет значение только в пределах, установленных юридическими источниками. Оно имеет в виду известное установленное мнение - именно то, что люди считают правом в известных исторических условиях" <1>.

<1> Алексеев Н.Н. Указ. соч. С. 174.

Такая позиция помогла бы прекратить бесплодные, хотя и ожесточенные споры о субъективных правах. Однако позволим себе задаться вопросом: что есть известное установленное мнение? Вероятно, законодатель может попробовать закрепить максимальное количество вариантов поведения лица в конкретных жизненных обстоятельствах, что позволит регулировать общественные отношения без дополнительных теоретических пояснений. Но таким образом и правотворчество, и правоприменение столкнутся с проблемой разграничения соседствующих правовых явлений и путаницей в категориальном аппарате.

Нужно отдавать отчет в том, что свобода - едва ли более определенное понятие, чем власть, интерес и др. Тем не менее это одно из тех понятий и явлений, которые невозможно, да и нет необходимости объяснять. Остальные термины неудобны вследствие своего многозначного толкования. Свобода в главных своих свойствах понимается единообразно. Это позволяет поставить точку в спорах на тему о сущности права в субъективном смысле.

Содержание субъективного гражданского права в полной мере отражается в его структурной характеристике. Строго говоря, именно строение, состав элементов субъективного права создают наиболее полное представление о его природе в состоянии покоя, в статике. Более того, четкое структурирование обеспечивает понимание и динамических явлений, о которых речь пойдет в дальнейшем, в первую очередь осуществления правовых возможностей.

Общеизвестно, что теоретическая наука предлагает рассматривать субъективное право как совокупность трех проявлений: правомочия на собственные действия; право требования от других (обязанных) лиц; право на защиту. Прежде чем коснуться этой классификации, следует обратить внимание на то, как определялся состав субъективного права в досоветский период. Русские цивилисты исходили из природы самого явления, прибавляя к этому частноправовое восприятие субъективного права, что делает их модель очень показательной.

"Каждое субъективное право состоит уже в силу своего понятия из следующих элементов: а) лица, которому оно предназначено служить; б) предмета, из которого оно удовлетворяется, и в) защиты, без которой не существовало бы никакого права" <1>.

<1> Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. СПб., 1911. Т. 1. Часть общая. С. 380.

Если наложить современную структуру на дореволюционную, то видно, что полностью совпадает только третий элемент, являющийся признанной constant для любого права, - возможность юрисдикционной защиты. Остальные части абсолютно разные. Можно предположить, что их место в структуре субъективного права не очевидно.

Попытка вынести субъекта за содержание субъективного права, думается, оправданна. Отождествление лица и принадлежащего ему права было характерной чертой древнейших правовых воззрений, свойственных, к примеру, раннему римскому цивильному праву. Такая форма получила название предиката, когда право дает лицу юридическое качество, неразрывно связанное с его личностью. В этом случае нарушение права считалось личным оскорблением. Подобное представление о субъективном праве выражалось у римлян в том, что они не видели различия между *capitis deminutio*, умалением правоспособности, и физической гибелью. Они признавали неотчуждаемыми и непереносимыми большую часть субъективных гражданских прав <1>.

<1> См.: Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 383.

Но начиная с права позднего Рима и до современного этапа субъективное право понимается как нечто отделяемое от субъекта, находящееся в сфере правового господства лица, подчиненное его интересам <1>. Исключение составляют права личности, основанные на нематериальных благах, непереносимые по определению. Эти представления были известны и признаваемы русской цивилистикой, поэтому не совсем ясно, с чем связано включение в структуру самого субъективного права фигуры лица, им обладающего. Единственное рациональное объяснение видится в желании подчеркнуть тесную связь субъективного права с управомоченным лицом, которая во многом определяет и существование права.

<1> Имущественные права активно передаются и отчуждаются в гражданском обороте. Начиная с римской цессии и до современной обращаемости прав они воспринимаются как отделяемые от персоны явления.

Что касается предмета как структурной единицы субъективного гражданского права, то нужно пояснить, о чем идет речь. Ю.С. Гамбаров отмечал, что предметом права служат разнообразные интересы человеческого существования. "Лишенное предмета, право не имело бы в большинстве случаев значения и было бы не правом, а призраком: предмет составляет

материальный элемент права, который обозначает и ограничивает сферу деятельности его субъекта, и также необходим для права, как необходимо тело для живого существа" <1>.

<1> Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 381.

Анализируя предложенное понятие предмета субъективного гражданского права, можно сделать вывод, что он фактически представляет собою то, что в настоящее время называют содержанием субъективных прав.

Обозначенные современной цивилистикой два других элемента субъективных прав (право на собственные действия и право требования) возражений не вызывают, но требуют определенных уточнений, способных помочь пониманию проблемы ненадлежащего использования прав (злоупотребления).

Правоповедение раскрывается как возможность лица самостоятельно, своими активными действиями или в некоторых случаях бездействием извлекать пользу и реализовывать цели, ради которых лицо обладает правом. Наиболее отчетливо этот элемент наблюдается в вещных и других абсолютных правах. Подчеркнем, что правомочие на собственные действия - та часть содержания субъективного гражданского права, которая в большинстве случаев служит основой для злоупотребления. Такое положение объясняется тем, что в рамках правоповедения субъекту позволено самостоятельно выбирать и устанавливать задачи, способы, продолжительность, средства осуществления права в целом.

В этой связи следует обратить внимание на то, что правоповедение, как и другие элементы структуры субъективных прав, носит общий для всех типов субъективных прав характер. Вызывает сомнение утверждение, что этот элемент может не совпадать "с теми конкретными правомочиями, которые составляют содержание отдельных видов субъективных прав. Например, право собственности включает в себя правомочия владения, пользования и распоряжения имуществом" <1>.

<1> Матузов Н.И. Правовая система и личность. Саратов, 1987. С. 80.

На наш взгляд, триада собственника несколько не выпадает из видения структуры любого права, более того, она полностью относится именно к первому общему структурному элементу (праву на собственные действия). Другие субъективные права складываются из иных конкретных возможностей по удовлетворению интереса правообладателя, но они также укладываются в общую схему, состоящую из трех вышеперечисленных составляющих. Можно сказать, что, несмотря на разницу в конкретном наполнении элементов субъективного права, общее его содержание останется неизменным и будет охватываться отмеченной структурой.

Правотребование представляет собой такую часть структуры субъективного права, которая также в равной мере присуща содержанию любого субъективного права. Роль этого правомочия наиболее ярко выражена в структуре обязательственных, относительных гражданских прав. Это положение объясняется тем, что интересы управомоченного можно реализовать единственно поведением обязанных субъектов. В категории абсолютных прав этот элемент содержания выполняет роль гарантии собственного поведения.

Нередко значение правотребования преувеличивается, оценивается как существо субъективного права. "Поэтому требование служит характерной чертой субъективного права: где есть возможность требовать, там есть и право, где есть право - там непременно есть и требование. Отсюда субъективное право заключается в возможности обязательных требований одного лица к другим лицам" <1>.

<1> Зверев Н.А. Энциклопедия права. М., 1901. С. 232.

Вряд ли оправданно настолько категорично отдавать предпочтение какому-либо элементу структуры субъективного права. Тем более что в контексте доктрины злоупотребления правом представляют интерес все части его содержания. Каждая составляющая способна стать основой для злонамеренного поведения субъекта, так как субъективное право может осуществляться в равной степени через любое из указанных правомочий.

В юридической литературе советского периода активно обсуждалось предложение М.С. Строговича сделать больший акцент на материальный момент в субъективном праве, подчеркнуть в его содержании возможность пользоваться социальным благом, а не просто вести себя определенным образом. Обычное "правоповедение" представлялось формальным моментом. Были предприняты шаги по включению в структуру субъективного права еще одного элемента - "правопользования" <1>.

<1> См.: Матузов Н.И. Правовая система и личность. С. 80, 84 и след.

Думается, что такая детализация принесет мало пользы. Правомочие на собственные действия полностью поглощает правопользование. Значение материальности в структурной части субъективного права несколько неясно. Если и есть необходимость в дополнении структуры гражданского права четвертым звеном, то логичнее включить в его состав цель, назначение, интенцию, что и предлагали сделать русские цивилисты.

Л. Эннекцерус предлагал выделять правомочия <1> господства, притязания и возможности правообразования. В первом случае речь идет о "правовой власти воздействовать на определенный объект (вещь, лицо, произведения человеческого творчества, право, имущество) или исключать постороннее на него воздействие" <2>. Таким образом, традиционное правоповедение как способность активных действий субъектов права дополняется пассивной обязанностью остальных лиц. Требование об исключении чужого влияния на объект может пониматься столь расширительно, что содержанием субъективного права станут охватываться обстоятельства, выходящие за качественные характеристики, внутренне присущие этому праву. Приведенный Л. Эннекцерусом пример для иллюстрации первого элемента ясно показывает, насколько неразличима становится в таком случае грань между содержанием права как масштабом поведения управомоченного лица и процессом отдельного осуществления заключенной в этом праве конкретной возможности. "Владелец *jus ne altius tollatur* вправе требовать, чтобы здание, возводимое соседом, не превышало определенной высоты, поскольку сосед не уполномочен положительным образом воздействовать на положение самого земельного участка" <3>.

<1> Относительно дискуссии о соотношении категорий "правомочие" и "субъективное право" см.: Пустобаева Л.А. О понятии субъективного права // Правоведение. 1984. N 3. С. 48 - 49.

<2> Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. Т. 1. Полутом 1. С. 246.

<3> Там же. С. 246.

Второй элемент, выделяемый немецким юристом, аналогичен правомочию требования и отличается только наименованием "притязание". Что касается третьего звена, то оно понимается в германской доктрине как "правовая власть, в силу которой изменение права, т.е. установление, прекращение или изменение субъективных прав может быть осуществлено либо нами (самими), либо наступает в наших интересах даже помимо нашей воли" <1>.

<1> Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. Т. 1. Полутом 1. С. 247.

И опять налицо смешение двух правовых явлений: содержания гражданского права и деятельности по осуществлению прав. Изначально складывается представление, что третий элемент совпадает с правом распоряжения объектом, которое, согласно нашим взглядам, поглощается правомочием на собственные действия лица. Однако завершение толкования этого элемента свидетельствует о стирании границы между тем, что возможно совершать лицу, и тем, как оно должно это делать. Подобного рода теоретическая некорректность в очерчивании содержания субъективного гражданского права может служить причиной искаженного понимания и сущности концепции злоупотребления.

Смешение указанных правовых явлений встречается нередко. Многие научные рассуждения основаны на подмене содержания права процессом его осуществления. В этой связи особое внимание следует уделить характеристике процесса воплощения права в действительность.

Осуществление есть именно процесс, цепь взаимосвязанных обстоятельств, действий и бездействия, динамическое использование правомочий. Он рассматривается как часть более общего явления, называемого реализацией права. Последняя, в свою очередь, составляет стадию правового регулирования в целом. Если двигаться от общего к частному, то выстраивается следующая система, показывающая превращение гарантированных законом возможностей в реальность.

Правовое регулирование как длящийся процесс воздействия объективного права на поведение людей и общественные отношения предполагает активность с их стороны, формирующуюся по поводу создания права, осознания необходимости правовой регламентации и непосредственно по воплощению права в жизнь. Традиционно принято выделять в правовом регулировании несколько стадий:

1) создание нормативной основы поведения, оформление юридических возможностей и обязанностей;

2) индивидуализация прав и обязанностей в рамках конкретного правоотношения, когда участники наделяются не абстрактными, а поименованными вариантами поведения;

3) выбор одного из предоставленных разнообразных вариантов, заключенных в отдельном субъективном праве определенного лица, и воплощение его в рамках конкретной ситуации, под влиянием известных условий, т.е. реализация права.

Стадия реализации права есть прямое воплощение правообеспечительной и правоохранительной функции <1>. Она опирается на собственный механизм и средства, выражается в соответствующих актах.

<1> См.: Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.М. Корельского и В.Д. Перевалова. М., 1997. С. 268.

Отношение к процессу реализации с теоретической точки зрения должно быть чем-то устоявшимся, общеизвестным, бесспорным. Но, оказывается, его доктринальное толкование неоднозначно. Освещая этот вопрос, правоведы нередко называют одним термином различные по существу явления, дают противоречивые определения.

Например, описывая реализацию права применительно к различным правовым семьям (романо-германской, англо-американской), проф. В.И. Леушин обозначает термином "реализация" и механизм правового регулирования в целом, и непосредственно ту его часть, которая составляет воплощение права в отдельных правоотношениях <1>.

<1> См.: Там же. С. 377 - 378.

Более того, следующие характеристики: "это превращение происходит по воле обладателя права, т.е. от субъекта зависит, будет ли право реализовано, когда и в каких пределах" <1>, - позволяют заключить, что реализация права тождественна, по его мнению, осуществлению субъективных прав.

<1> Там же. С. 377 - 378.

На самом деле "осуществление" и "реализация" могут быть синонимами только в бытовом лексическом значении этих слов. Действительно, латинский корень *realis* обозначает овеществление чего-либо, воплощение чего-то нематериального (например, права) в реальный, материальный, вещественный результат, в поведение людей по удовлетворению своих интересов. В разговорном языке "осуществление" может означать то же самое. Однако в качестве юридических терминов они не совпадают, отражают суть двух разных правовых явлений. Их соотношение выражается в формуле "целое - часть целого". В этой связи некорректно рассматривать их в качестве тождественных категорий <1>. Единственное допустимое синонимичное значение юридического понимания осуществления - использование. К подобному выводу на различных этапах приходили и цивилисты, и теоретики права <2>.

<1> См., например: Тархов В.А. Гражданское право. Общая часть: Курс лекций. Чебоксары, 1997. С. 248.

<2> См., например: Ландкоф С.Н. Основы гражданского права. Киев, 1948. С. 48.

В академическом понимании реализация объективного права складывается из четырех составляющих: исполнения, соблюдения, использования (осуществления) и применения права.

Нормы права в процессе правового регулирования воздействуют на социальные отношения посредством включения определенных поведенческих механизмов участников этих отношений. В зависимости от того, какое предписание содержит норма, различают формы ее воплощения в жизнь. Если это обязанности, относящиеся к области долженствования, то форма их выражения - исполнение. Текстуально обязанности формулируются таким образом, что в их природе угадывается свойство исполнимости, т.е. принципиальной возможности для субъекта их выполнить.

Когда правовая норма представляет собой модель запрета, то ее реализация происходит через соблюдение. Эта категория носит дискуссионный характер. О.Э. Лейст подвергает сомнению ее своеобразие. Он отмечает, что соблюдение запретов дублирует понятие правомерного поведения, т.е. действия в пределах общеправового принципа "разрешено все, что не запрещено" <1>. "Несовершение преступлений и других правонарушений - не особая форма реализации права наряду с исполнением и использованием правовых норм, а общий результат существования и действия правовой системы, системы воспитания, образования, общественного мнения" <2>.

<1> Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. М.Н. Марченко. М., 1997. С. 421.

<2> Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. М.Н. Марченко. М., 1997. С. 421.

Представляется, что приведенная позиция логически обоснованна. Не может быть полезным введение в юридический оборот дополнительной категории, не имеющей серьезных теоретических оснований и практически не отличающейся от уже существующих. Соблюдение запретов обретает смысл только в единственном случае - когда заполняет пробел между обязанностью и субъективным правом. Существуют юридические конструкции, которые формулируют порядок действий, влекущих правовые последствия, но не выражающиеся в юридических обязанностях лица. Что касается предложения проф. В.И. Леушина разграничивать соблюдение и исполнение в зависимости от характера обязанности (пассивной или активной), то остается неясным, почему весь спектр юридических обязанностей не может укладываться в рамки исполнения.

Особым образом характеризуется такая часть реализации предписаний объективного права, как применение. Этому процессу присущ особый субъектный состав в лице государственных органов и их должностных лиц. Отличается и непосредственная деятельность, составляющая применение. Она выражается в рассмотрении или разрешении тех или иных ситуаций, вынесении индивидуального правового акта или решения по делу. Применение тяготеет к области публично-правового регулирования, связано с должностными полномочиями, компетенцией правоприменителя. Представляется, что как часть процесса реализации применение имеет самое дальнейшее отношение к категории субъективных прав, и в этой связи в рамках подобной формы реализации невозможно злоупотребление правом в классическом цивилистическом его понимании.

Применение права характеризует процесс реализации норм через индивидуальные юридические акты строго установленных субъектов, в его рамках невозможно осуществление субъективных прав, что позволяет исключить варианты правоприменения из перечня деяний, подпадающих под злоупотребление правом.

Следующей формой реализации является осуществление (использование) управомочивающих норм, которые содержат описание субъективного права. В ст. 9 ГК РФ предусмотрен принципиально иной подход к осуществлению гражданских прав в сравнении с аналогичной нормой ГК РСФСР 1964 г. Получила законодательное закрепление свобода воли граждан, юридических лиц и иных субъектов правоотношений в распоряжении своими возможностями, в числе которых возможность неиспользования принадлежащего лицу права.

Поведение лица, осуществляющего субъективное право, "может заключаться не только в совершении определенных действий, но и в их несовершении. В тех случаях, когда закон предоставляет субъекту воспользоваться правом, неиспользование права также будет его осуществлением" <1>. В исключительных случаях субъективное право по прямому указанию закона должно быть осуществлено именно в активных действиях либо не может не осуществляться длительное время. Предполагается, что такого рода требования не являются принуждением субъекта к осуществлению, а служат своего рода пресекательным сроком для существования субъективного права. Указанные исключения главным образом отражают общественную или государственную заинтересованность в осуществлении определенного вида прав, что вынуждает законодателя ставить существование права в зависимость от его постоянного или преимущественного использования.

<1> Агарков М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Изв. АН СССР. Отделение экономики и права. 1946. N 6. С. 425.

Гражданские права "не служат целью сами по себе. Они являются лишь средством к цели. Они должны обеспечить пользование известным жизненным благом или исполнение известной жизненной задачи" <1>. Реализация целей требует определенной деятельности, а также средств, орудий, которые становятся между целью и объектом и с помощью которых цель объективируется. "В деятельности человека, использующего соответствующие средства, субъективный характер цели превращается в объективность", - отмечал Д.А. Керимов <2>. Развивая эту мысль в отношении осуществления гражданских прав, следует констатировать, что субъективные права служат связующим звеном между управомоченным лицом и объектом его деятельности. Рассматривая субъективное право в качестве средства целеполагания, а следовательно, средства осуществления, можно заключить, что злоупотребление этим правом, как любым средством деятельности, возможно. Недозволенность и противоправность, характеризующие этот вид гражданско-правового деликта, относятся не к собственному праву, а к процессу осуществления. Достигнуть противоправного результата субъект может при наличии легальной цели и надлежащих средств. Для этого "необходимы еще действия людей, использующих правовые средства для объективизации правовой цели в реализуемых общественных отношениях. И здесь мы вплотную подошли к правореализующей деятельности, к проблеме целесообразности права и практике его осуществления на основе законности" <3>.

<1> Регельсбергер Ф. Общее учение о праве / Под ред. Ю.С. Гамбарова. М., 1897. С. 285.

<2> Керимов Д.А. Философские проблемы права. М., 1972. С. 368.

<3> Керимов Д.А. Указ. соч. С. 382.

Дореволюционная цивилистика использовала иные термины для обозначения процесса осуществления субъективных гражданских прав: "приложение" <1>, "отправление" <2>. Буквально они толковались как приспособление, адаптирование имеющихся у лица возможностей к конкретным жизненным условиям и обстоятельствам для извлечения пользы себе или иным лицам. "Под приложением или осуществлением права понимают осуществление заключающихся в нем правомочий, т.е. фактическое пользование своим правом" <3>. Надо полагать, что характеристика "фактическое" означает в используемом контексте реальное, реализуемое в отдельном правоотношении, а не используется как противоположность терминам "правовое", "юридическое".

<1> См.: Зверев Н.А. Указ. соч. С. 355.

<2> См.: Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 396.

<3> Зверев Н.А. Указ. соч. С. 355.

Традиционно субъективное гражданское право может осуществляться в трех формах:

- 1) использование объектом полезных свойств, не влекущее его уничтожение;
- 2) осуществление, при котором потребляются плоды;
- 3) использование, при котором объект права уничтожается.

Последняя из указанных форм, как в русско-дореволюционном, так и в современном гражданском праве, раскладывается на два аспекта. С одной стороны, она ориентирует на наличие у лица такого рода прав, осуществление которых возможно только единожды. По образному выражению Ю.С. Гамбарова, такое "моментальное" осуществление права сразу же означает его прекращение <1>. Продолжающееся осуществление состоит не в единичном акте, а в целом ряде воздействий управомоченного субъекта на предмет его права.

<1> См.: Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 398.

С другой стороны, нужно учитывать, что и осуществление права через уничтожение вещи должно быть сопряжено с соблюдением определенных правил, не любыми средствами и способами. В этой связи исключить в рамках концепции злоупотребления моментальное осуществление не представляется возможным. Другое дело, что для квалификации правонарушения будет иметь значение одномоментное осуществление права.

В числе прочих классификаций осуществления субъективных прав особый интерес представляет деление действия субъективного права, основанное на синтезе структуры (правомочий) прав с действиями, составляющими использование права. "В действиях субъективных прав можно различать три стороны: активную, пассивную и рефлексивную" <1>. Активное действие права обращено к управомоченному лицу. Оно представляет собой возможности его собственных действий для удовлетворения своих интересов, связано непосредственно с выбором им самим способов и форм поведения. Субъект рассматривается как лицо, управляющее своим правом.

<1> Там же. С. 382.

Пассивная сторона действия субъективного права взаимосвязана с активной, но противопоставляется ей в том смысле, что состоит в связанности объекта права, даже в случае отсутствия активного его использования <1>.

<1> См.: Там же. С. 382 и след.

Что касается рефлексивного действия субъективного права, то это название было заимствовано Ю.С. Гамбаровым из трудов Р. Иеринга, который усмотрел аналогию производимого правом действия с подобным явлением в области физиологии. Этот термин означает, что лицо, пользуясь своим правом, производит наряду с рассчитанными действиями и определенный побочный эффект, не зависящий от его воли и желания, выгодный либо вредный для третьих лиц. "При выгодных последствиях такого действия чужого права пользующееся третье лицо является как бы правовым паразитом, лишенным только юридической защиты; при невыгодных последствиях оно остается так же беззащитным" <1>.

<1> Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 388.

Возникает вопрос: нужно ли ограждать иных лиц от рефлексивного воздействия на них чужого права, и как это можно сделать? В основании рефлексивного воздействия лежит явление, при котором третье лицо не состоит в правовой связи ни с источником, ни с результатом деяния, которое несет ему пользу или ущерб. Следует предположить, что третье лицо не обладает субъективным правом, иначе оно имело бы правовые средства защиты от подобного влияния.

Рефлексивное действие при осуществлении может выражаться как в совершении фактических, так и юридических действий. В первом случае примером может служить вырытая одним лицом сточная канава, которая по своему местоположению приносит пользу соседям. Установленный сервитут на водопровод, если он проведен через участок соседа, означает для соседа возможность пользоваться им в определенной мере, если это не мешает лицу, в интересах которого сервитут установлен. По мнению Ю.С. Гамбарова, в этом случае имеет место юридическое рефлексивное воздействие права.

Представляется, что объектом рефлексивного воздействия являются интересы третьих лиц в той мере, в какой они не охраняются правом; третьи лица должны будут терпеть невыгоды от осуществления чужого права, и такого рода осуществление должно быть признано правомерным. Те из интересов, которые заслуживают особого внимания и в этом качестве снабжены юридическими способами охраны, хотя и не в форме субъективного права, должны быть избавлены от вреда, причиняемого управомоченным лицом при осуществлении им своего права.

Таким образом, есть смысл рассматривать в качестве предела использования субъективного права охраняемый законом интерес наравне с правами других лиц. Что касается положительного воздействия чужого права, то есть служащего пользе третьего лица, его можно при желании также облечь в соответствующие правовые формы. Ближе всего к урегулированию позитивного эффекта для одного участника отношений, приносимого осуществлением своего права другим лицом, находятся нормы об обязательствах вследствие неосновательного обогащения (гл. 60 ГК РФ).

Возвращаясь к современному гражданскому праву в вопросах подхода к регулированию процесса осуществления субъективных прав, нужно отметить следующие моменты. В законодательстве отсутствует определение надлежащего осуществления гражданских прав. Оно обозначено в самом общем виде через несколько отраслевых и конституционных правовых принципов. Если воспользоваться теоретическими разработками, то наиболее четкое и полное определение сформулировано С.Т. Максименко. Под осуществлением гражданских прав ею понимается "обусловленное волеизъявлением управомоченного лица (или его представителя) и обеспеченное системой гарантий превращение в действительность конкретной возможности, составляющей содержание субъективного гражданского права" <1>.

<1> Максименко С.Т. Осуществление гражданских прав // Гражданское право России / Под ред. З.И. Цыбуленко. М., 1998. Ч. 1. С. 243 - 244.

Акцент, сделанный автором дефиниции на условия беспрепятственной реализации гражданских прав, заключающихся в совокупности экономических, политических, юридических гарантий, оправдан тем, что наличие субъективного права само по себе не в состоянии служить интересам правообладателей. Осуществление заложенных в праве вариантов поведения должно определенным образом обеспечиваться. Причем в этой ситуации не так много зависит от объективных условий, какими являются степень развития общества, эффективность государственного устройства, развитая политическая система, высокий уровень правосознания населения и т.п.

Применительно к гражданским правоотношениям особое значение имеют гарантии, относящиеся непосредственно к правовому статусу лица: его способность на самостоятельные действия, поощрение инициативности и самобытности, активность в выборе средств и способов осуществления прав, необходимость выбора наиболее рациональных вариантов поведения.

Существует прямая обусловленность характера и особенностей осуществления гражданских прав спецификой предмета и метода цивилистики, прежде всего диспозитивностью гражданско-правовых норм. Применительно к осуществлению прав диспозитивность означает предоставление широкой свободы усмотрения управомоченному лицу практически во всех областях, охватываемых гражданским регулированием: в сфере предпринимательской деятельности, при заключении договоров и т.д. Таким образом, внешние предпосылки для надлежащего осуществления гражданских прав установлены.

Что касается условий внутренних, субъективных <1>, то к ним следует относить:

<1> См.: Максименко С.Т. Указ. соч. С. 243 - 244.

1) психическое отношение лица к своему поведению, которое включает несколько составляющих. В первую очередь осознание своих интересов и возможностей их удовлетворения посредством субъективного права, которым лицо обладает. Во-вторых, соотнесение своих

действий с нормативными правилами и принципами, оценка их в качестве добросовестных, справедливых, разумных, соответствующих правовым критериям. И наконец, необходимость отдавать себе отчет в правильности избранных вариантов поведения, в их безвредности для иных участников правовых отношений;

2) инициативность <1> субъекта, понимаемую как предприимчивость, самостоятельность, стремление к вариативности поведения. При этом субъект вправе выбирать из множества существующих средств и способов достижения цели. Условием надлежащего выбора должны служить адекватность средств и их безвредность для окружающих.

<1> См.: Там же. С. 244 - 245.

Процесс осуществления гражданских прав по своей природе тяготеет к нормальному, надлежащему протеканию. Действия, включаемые в осуществление, предполагаются правомерными. Но юридический опыт правореализации и связанный с ним опыт судебного рассмотрения конфликтов заставляют сделать существенную оговорку следующего содержания: надлежащими нужно считать только те действия лица, которые основываются на содержании его субъективного права, а также осуществляются с соблюдением определенных установок, пределов.

§ 2. Основные принципы осуществления субъективных гражданских прав

Прежде чем обратиться непосредственно к анализу принципов осуществления гражданских прав, следует обрисовать более общую картину формулирования, законодательного закрепления и применения принципов гражданского права в целом, с тем чтобы не сложилось ошибочного представления о частном характере заявленной проблемы.

Правовые принципы - категория многозначная, равно как и многие другие юридические понятия. В правоведении трудно вспомнить термин, у которого было бы единственное и исчерпывающее смысловое наполнение. Начиная собственно с понятия "право" и далее, все более или менее значимые юридические величины ("правоспособность", "ответственность", "юридическое лицо" и пр.) представляют собой явления спорные, недостаточно определенные.

Сложно сказать, служит ли такое положение прогрессу юриспруденции или, напротив, тормозит ее развитие. С одной стороны, вот уже несколько веков для специалистов актуальными являются одни и те же научные проблемы: соотношение объективного и субъективного права, сущность правоотношений, смысл и функции юридической ответственности и ее координация с понятиями "санкция" и "принуждение" и т.п. Это приводит к ощущению "пробуксовывания" научных исследований и неразрешимости указанных проблем и в конечном счете вынуждает задаваться вопросом: может быть, все это псевдопроблемы, наука ради науки?

С другой стороны, неоднозначность основных правовых категорий стимулирует поиск новых подходов к выяснению их сути и значения, которые подсказываются иными науками (социологией, экономикой, семиотикой), а также практикой правоприменения. Последняя выступает не только как область, где можно почерпнуть идеи для совершенствования теоретических конструкций, но и в качестве главного потребителя и контролера теоретических выводов, внедренных в законодательство.

Надо признать, наибольший вклад в исследование принципов как правового феномена внесли ученые процессуалисты <1>, видимо, в той связи, что принципы в действительности есть орудие суда, которое при умелом и добросовестном использовании неопределимо в динамических правовых отношениях и при правоприменении. Нечастые научные исследования принципов гражданского права, относящиеся в основном к периоду до принятия ГК РФ 1994 г. <2>, отличает определенный пафос. Создается впечатление, что принципы есть эталон, идеал, к которому принято стремиться, который необходим для любого полноценного кодифицированного нормативного акта, но суть и практические функции которого не имеют особого значения.

<1> См.: Добровольская Т.М. Принципы советского уголовного процесса. М., 1971; Кобликов А.С. Законность - конституционный принцип советского уголовного судопроизводства. М., 1979; Боннер А.Т. Принцип законности в советском гражданском процессе. М., 1989; Он же. Законность и справедливость в правоприменительной деятельности. М., 1992.

<2> См.: Братусь С.Н. Принципы советского гражданского права // Правоведение. 1960. N 1; Толстой Ю.К. Принципы гражданского права // Правоведение. 1992. N 2. С. 49 - 53; Садиков О.Н. Принципы нового гражданского законодательства СССР // Советское государство и право. 1991. N 10. С. 20 - 29.

Суммируя различные подходы к пониманию роли принципов в правовом регулировании, можно сформулировать несколько функций, ими выполняемых:

1) принцип гражданского права служит отправной точкой для создания стройной, единонаправленной системы норм отрасли или института. Он олицетворяет в самом общем виде представление общества о том, как следует регулировать частные отношения. Это своего рода социальный заказ, вытекающий из экономического уровня развития общества, национальных и нравственных установок, соответствующих историческому моменту. Правовой принцип отражает общественные настроения через призму политических интересов и служит вектором нормотворческого процесса;

2) посредством правовых принципов осуществляется системное толкование норм, без которого невозможно понять смысл каждого правила в отдельности. В сложном процессе юридической квалификации необходимо, чтобы частный случай был соотнесен с целым рядом норм, логическую совокупность которых позволяет определить знание основных начал отрасли;

3) правовые принципы, как правило, закрепляются в отдельных нормах для придания им общеобязательности. Таким образом, они могут применяться на практике в качестве обычного средства регулирования общественных отношений. Однако подобное их использование зачастую малоэффективно, так как нормы-принципы неконкретны, в большой мере декларативны. Регулировать конкретное спорное отношение при их помощи затруднительно. В результате норма-принцип требует от судьи расширительного толкования, ссылка на принцип служит лишь поводом для самостоятельного судебного творчества. Судья либо занимается поиском специальных правовых норм, конкретизирующих принципиальное правило, либо прибегает к аналогии. При высоком уровне правовой культуры правоприменителя это может быть оценено как положительное явление, а при недостаточности у него опыта и знаний превращается в произвол.

Одним из наиболее сложных вопросов при обсуждении сущности и значения правовых принципов является вопрос, как и когда определенные постулаты и положения становятся принципиальными для права в целом либо отдельной отрасли или института. Что выделяет эти положения из множества других правил поведения в обществе? Вопрос этот важен не только теоретически, но имеет значение для практики применения норм и принципов. Общеизвестно, что принципы могут напрямую обозначаться законодателем в качестве общих начал в Конституции, основных кодифицированных актах отраслей права и т.д., но могут вытекать из содержания совокупности правовых норм и даже существовать в форме обычая. В последних случаях есть опасность некачественного толкования, при котором принципом будут считать рядовые правовые установления и, напротив, не признают принцип там, где он имеет место.

Довольно своеобразную схему процесса закрепления принципов права предложила А.В. Попова: "...включает в себя следующие стадии: 1) оформление внутренней (субъективной) позиции индивидов на желаемое и должное поведение в обществе посредством специфических норм морали и нравственности; 2) трансформация... нравственных норм поведения людей в социальные нормы, определяющие основные цели, формы и условия поведения субъектов в наиболее значимых для общества областях жизни; 3) оформление социальных норм в правила поведения, а затем и в право... 4) выражение норм естественного права, сложившихся вследствие их применения в течение длительного времени, в форме обычая; 5) формирование правовой идеи, которая через правосознание ученых становится нормой-идеей... 6) переход нормы-идеи из обычно-правовой формы выражения в нормы позитивного права" <1>.

<1> Попова А.В. Принцип добросовестности в международном коммерческом обороте: Законодательство и судебная практика Российской Федерации и стран - членов Европейского союза: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 13 - 14.

Изложенный процесс выглядит логичным и последовательным, но очевидно, что слабым звеном в нем является законодатель, который должен на последнем этапе позитивировать уже сложившиеся принципы в нормы законов. Именно ему обычно пеняют на отсутствие конкретики принципиальных положений, "каучуковости" норм-принципов, на избегание дефиниций тех понятий, которыми принцип обозначается (например, добросовестности, справедливости, разумности и проч.). Однако, если верить предложенной модели закрепления идей в качестве принципов, общество к моменту их позитивирования уже должно хорошо представлять эти идеи, осознавать их содержание и даже активно применять как обычное правило. Следовательно, нечего законодателю пенять, коли сами виноваты.

Думается, предложенный процесс формирования принципов есть идеальная модель, слишком теоретическая, чтобы отражать реальный путь какой-либо идеи к закреплению в качестве правового начала. Определенная часть принципов, скорее всего, родилась в таком порядке из естественного права, но не все. Для распознавания и применения принципов, например, гражданского права ученым и практикам приходится прилагать серьезные усилия; большую помощь в этом действительно может оказать совершенствование законодательной техники.

Обычно правовые принципы подразделяют как некие основополагающие идеи воздействия юридических норм на общественные отношения, на принципы права в целом, затем принципы

отдельных отраслей, подотраслей и, наконец, институтов. Эта иерархия должна способствовать избеганию повторений, так как предполагается, что более общие принципы пронизывают всю нижележащую систему и не требуют дублирования. В свою очередь, чем мельче элемент правовой материи, тем конкретнее должны быть правовые постулаты, поскольку они подчеркивают своеобразие этого элемента, его отличие от остальных. "Имея общеобязательный характер, принципы права способствуют укреплению внутреннего единства и взаимодействия различных отраслей и институтов права, норм права и правовых отношений, субъективного и объективного права" <1>.

<1> Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. М.Н. Марченко. С. 295.

Требования к систематизации правовых принципов известны давно и поддерживаются современными теоретиками права, а именно: взаимообусловленность всех общих правовых начал общими целями; отсутствие внутреннего противоречия между основными принципами правовой системы; содержание одного принципа не должно полностью охватываться содержанием другого положения, принимаемого за принцип <1>.

<1> См.: Добровольская Т.М. Принципы советского уголовного процесса. С. 37; Панченко В.Ю. К проблеме систематизации общих принципов современного российского права // Ученые записки Юридического института Красноярского государственного университета. Вып. 2 / Отв. ред. Т.В. Сахнова. Красноярск, 2003. С. 80.

Именно с таких позиций теоретическая и законодательная "лестница" правовых принципов могла бы быть востребована судами, ведь практический смысл такой категории заключается в восполнении пробелов в регулировании при помощи модели аналогии права, а также облегчения толкования и координации норм при разрешении споров между участниками правоотношений. Однако четко соблюсти системную субординацию принципов ученым, и тем более законодателю, не удается.

Если обратиться к одному из классических учебников по гражданскому праву и сравнить предлагаемую там систему основных принципов отрасли гражданского права с принципами ее отдельных подотраслей и институтов, то обнаруживается определенная непоследовательность.

"К числу таких основных начал (принципов) гражданско-правового регулирования относятся:

- принцип недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела;
- принцип юридического равенства участников гражданско-правовых отношений;
- принцип неприкосновенности собственности;
- принцип свободы договора;
- принцип самостоятельности и инициативы (диспозитивности) в приобретении, осуществлении и защите гражданских прав;
- принцип беспрепятственного осуществления гражданских прав, в том числе свободы имущественного оборота (перемещения товаров, услуг и финансовых средств);
- принцип запрета злоупотребления правом и иного надлежащего осуществления гражданских прав;
- принцип всемерной охраны гражданских прав, включая возможность восстановления нарушенных прав и обеспечение их независимой от влияния сторон судебной защиты" <1>.

<1> Гражданское право: Учебник: В 2 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2003. Т. 1. С. 37 - 38.

Собственно, все перечисленные основные начала взяты из п. 1 ст. 1 ГК РФ. Из приведенного перечня принципов только первые два и последний можно назвать отраслевыми. При этом хотелось бы заострить внимание на том, что принцип юридического равенства участников гражданско-правовых отношений является одновременно и методом цивилистического регулирования, по мнению ряда ученых <1>, благодаря чему происходит отождествление приемов правового воздействия на общественные отношения с "экстрактом", сущностью этих самых правовых отношений.

<1> См.: Егоров Н.Д. Гражданское право как отрасль права // Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 1998. Ч. 1. С. 8 - 9.

Юридическое равенство субъектов, скорее всего, нельзя назвать методом регулирования, поскольку оно есть его конечная цель. Цивилистика достигает этой цели, используя дозволительный метод регулирования, метод минимизации запретов, прием диспозитивности правовых норм, а также благодаря саморегулированию участниками своих имущественных отношений посредством договора.

Однако юридическое равенство, видимо, не просто отраслевой принцип. Это есть сама идея права вообще. "В целом историческая эволюция содержания, объема, сферы действия принципа формального равенства не опровергает, а, наоборот, подкрепляет значение данного принципа (и конкретизирующей его системы норм) в качестве отличительной особенности права в его соотношении и расхождении с иными видами социальной регуляции (моральной, религиозной и т.д.). С учетом этого можно сказать, что право - это нормативная форма выражения свободы посредством принципа формального равенства людей в общественных отношениях" <1>.

<1> Нерсесянц В.С. Философия права: Учебник для вузов. М., 1997. С. 20.

В отношении остальных перечисленных принципов гражданского законодательства ситуация тоже неоднозначная. Так, можно считать принцип свободы договора основным началом подотрасли "Обязательственное право", принцип неприкосновенности собственности - основой подотрасли "Вещные права", а оставшиеся отнести к принципам института осуществления гражданских прав. В противном случае эти основополагающие идеи будут повторяться от отрасли к подотрасли и т.д. Такое дублирование сбивает с толку правоприменителя, поскольку нарушает субординацию принципов. Перед судьей неизбежно встанет вопрос, можно ли для толкования норм о вещных отношениях, к примеру, применить принцип свободы договора. Если он общеотраслевой, то даже нужно, а если характерен только для обязательств, то это недопустимо.

Комментируя принципы гражданского права, изложенные в ст. 1 ГК РФ, проф. В.П. Мозолин справедливо отмечает: "В отличие от всех других основных начал (принципов), относящихся ко всему гражданскому законодательству, принцип свободы договора, каким бы важным он ни был, имеет более локальное значение. Он применим лишь в договорном праве". И далее предлагает: "Поэтому было бы логичным заменить его более широким принципом, применимым ко всему гражданскому законодательству, - принципом свободы граждан и юридических лиц на совершение правомерных юридических действий" <1>. По существу, предлагаемое изменение сводится к известному правилу дозволенности любой прямо не запрещенной законом деятельности, свойственному частноправовому регулированию.

<1> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Под ред. проф. Т.Е. Абовой и А.Ю. Кабалкина. М., 2002. С. 29.

Ученые не спешат раз и навсегда определить систему гражданско-правовых принципов, следуя уже упоминавшейся традиции везде оставлять место для дискуссии <1>, что приводит в результате к неопределенности в законодательстве и девальвации категории принципов для практиков.

<1> См.: Гражданское право: Учебник: В 2-х т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. Т. 1. С. 38. Текст сноски.

В судебной практике имеют место две разновекторные, но одинаково вредные тенденции: либо судьи спекулируют на принципах и замещают ими конкретное нормативное регулирование <1>, либо отказываются руководствоваться положениями принципов и применять аналогию права, лишая тем самым защиты отдельные субъективные права.

<1> Причем подобная практика, сильно поредевшая в современных условиях, частично берет свое начало из научных дискуссий и судебных постановлений 30-х гг. XX в., когда норму ст. 4 ГК РСФСР 1923 г., закрепившую возможность решения споров, руководствуясь "общими началами советского законодательства и общей политикой Рабоче-Крестьянского Правительства" (аналогия права), предлагалось использовать как орудие целесообразности.

В первом случае проблема заключена в неясности соотношения нормы и правового принципа. Нужно подчеркнуть, что принципы также должны иметь выражение в нормах законодательства, только более общих по характеру регулирования. Соотношение будет выражено в формуле "норма специальная имеет приоритет в применении перед нормой общей (принципом)", то есть принцип применяется только в отсутствие более конкретного регулирования отношений или для уяснения содержания специальной нормы.

Вторая тенденция связана с необходимостью определять в судебном решении содержание отдельных принципов и мотивировать основание для их применения, что затруднительно для судей именно по причине научной и законодательной неопределенности в этом вопросе. Намного проще отказать в защите спорного отношения, сославшись на пробел в законе, чем взять на себя ответственность регулировать по аналогии права. Так, известны случаи полного или частичного отказа в удовлетворении требований о привлечении к гражданско-правовой ответственности

владельцев интернет-сайтов, разместивших порочащие и не соответствующие действительности сведения об истце. В этой ситуации для эффективной и справедливой защиты чести и репутации лица суд не может обойтись без применения общих начал гражданского законодательства, а также аналогии некоторых норм, регулирующих подобную ситуацию применительно к СМИ. Ради справедливости надо сказать, что есть и противоположная судебная практика, а некоторые судьи сами призывают своих коллег прибегать к аналогии права <1>.

<1> См.: Волков С., Булычев В. Защита деловой репутации от порочащих сведений

Между тем еще дореволюционные правоведы, наблюдая подобную практику, указывали: "Правосудие так или иначе должно совершаться, поэтому во всех новейших законодательствах принято правило, что суд не может отказываться от решения спорного дела под предлогом неполноты или неясности закона. Если он отказывается вынести решение по какому-либо делу, то за этот отказ он ответственен, как за отказ в правосудии... Он может воспользоваться законом, предусматривающим аналогичный случай; если же нельзя подыскать подобного закона, то суд в этом случае должен решить дело по духу действующего законодательства, руководствуясь намерениями и целями законодательства, которые нашли выражение в законодательстве в целом" <1>.

<1> Трубецкой Е.Н. Указ. соч. С. 131.

Для цивилистики, где значительная часть отношений регулируется диспозитивно, где многообразие жизненных проявлений не позволяет отразить в законе каждую из возможных ситуаций, отмеченные тенденции судебной практики ведут к серьезным проблемам. Думается, что преодолеть такое отношение судей можно только повышением уровня юридической техники при формулировании текстов норм-принципов и установлении более четкой и продуманной системы основных начал гражданского права. Следует согласиться с мнением Г.Д. Улетовой, что преодоление неизбежных в любом, даже самом совершенном законодательстве пробелов есть задача судопроизводства, но при этом суд должен знать содержание и строго соблюдать основополагающие принципы и избегать так называемых мнимых пробелов <1>.

<1> См.: Улетова Г.Д. К вопросу о применении аналогии в гражданском и арбитражном процессуальном праве // Арбитражный и гражданский процесс. 2004. N 4. С. 41 - 42.

Обращение теоретиков права к институту пробелов в праве и способам их восполнения не способствует единообразию судебной практики и определенности отраслевых подходов, поскольку разработки общей теории права по этой проблеме носят разноречивый характер. Для иллюстрации можно привести имеющие место три группы подходов к пониманию природы пробела в праве - "узкого", "умеренного" и "широкого", где выясняются различия между пробелами в праве и пробелами в законе и т.п. <1>. При этом пробел в праве мыслится как "полное или частичное отсутствие в источниках права норм, принципов, идей, необходимых для профессиональной юридической оценки фактов и связей, возникших или способных возникнуть в такой сфере общественных отношений, которая входит или должна входить в сферу правового регулирования" <2>. Остается неясным, каким образом можно ликвидировать в этом случае пробел в праве при помощи аналогии права, то есть как в отсутствие принципов и идей (если это признавать пробелом) можно регулировать отношения посредством принципов (анalogии права)? Коль скоро это неясно в науке, чего можно требовать от практики? Вероятно, есть определенный смысл разграничивать пробелы в праве и законе, хотя, на наш взгляд, разница не очевидна, но много больше пользы было бы в разработке методики применения аналогии права (в меньшей степени аналогии закона) для судебных органов.

<1> См.: Уранский Ф.Р. Пробелы в праве и способы их восполнения в правоприменительной деятельности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 12 - 14.

<2> Там же. С. 8.

Хотелось бы высказать в определенном смысле крамольную мысль, что аналогия права для сложившегося в нашем государстве представления об источниках права есть разрушительный. Посредством аналогии права, через применение основных принципов судья творит, по сути, новые нормы. Судья, если можно воспользоваться образом из русских сказок, "варит кашу из топора", то есть создает на основе неких генеральных идей право для отдельного случая.

Для того чтобы феномен правовых принципов выполнял в полной мере в российской цивилистике те функции, о которых было сказано выше, требуется пересмотреть место и роль

правоприменителя в нормотворческом процессе. Уже сегодня трудно продолжать утверждать, что высшие судебные инстанции в постановлениях пленумов судов соответствующего звена занимаются только буквальным толкованием и разъяснением содержания норм и что эти акты лишены обязательности для участников гражданского оборота. Следующим шагом, видимо, будет переоценка роли судебного решения в государственном нормотворчестве. По справедливому замечанию С.С. Алексеева, судебную деятельность нужно признать в качестве "специфической, подвижной и гибкой сферы правовой реальности - элемента правовой системы, участвующего в правовом регулировании" <1>.

<1> Алексеев С.С. Теория права. М., 1995. С. 263.

Это не значит, что следует немедленно перейти на прецедентную систему права, а лишь говорит о необходимости учитывать сложившиеся в российской юриспруденции тенденции повышения роли судебной практики в регулировании частных общественных отношений.

В этой связи хотелось бы выразить солидарность с позицией В.М. Жуйкова, который предлагает уже сегодня признать источником права судебную практику, выраженную в отдельных постановлениях Пленума Верховного Суда РФ и официально опубликованных постановлениях этого суда по конкретным делам, придав последним силу прецедента <1>. Нужно подчеркнуть, что самостоятельность и значение судебной практики в нормотворческом процессе выросли из необходимости разрешать спорные ситуации на основе аналогии права или закона.

<1> См.: Жуйков В.М. Судебная защита прав граждан и юридических лиц. М., 1997. С. 188 - 189.

Вернемся теперь непосредственно к основным началам осуществления гражданских прав.

Представление ученых о категории осуществления субъективных гражданских прав в главных моментах едино и отличается лишь расстановкой отдельных акцентов. Для дальнейшего анализа вопроса о принципах, влияющих на этот процесс, возьмем одно из наиболее исчерпывающих определений осуществления гражданских прав - это "...обусловленное волеизъявлением управомоченного лица и обеспеченное системой гарантий превращение в действительность конкретной возможности, составляющей содержание субъективного гражданского права" <1>.

<1> Максименко Т.С. Осуществление гражданских прав и исполнение обязанностей: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1970. С. 9.

"Право само по себе есть только отвлеченная формула, и чтобы получить осуществление, оно должно найти себе воплощение в чьем-либо поведении; а чтобы случилось последнее, надо, чтобы тот, к кому обращается право, понял, чего именно оно от него желает, и согласен был это выполнить" <1>. Если следовать этому постулату, то необходимо определиться с тем, могут ли одни и те же принципы лежать и в основе создания правовых норм, и в основе процесса осуществления субъективных прав отдельными участниками отношений.

<1> Гредескул Н.А. К учению об осуществлении права. Интеллектуальный процесс, требующийся для осуществления права. Харьков, 1900. С. 72.

У принципов гражданского права как отрасли есть первоочередная функция - служить стержнем для формирования, систематизации и толкования норм, регулирующих отношения, связанные с ее предметом. Именно поэтому говорят: "Знание нескольких принципов дороже знания тысячи норм". Подобной функции нет и не может быть у принципов осуществления субъективных гражданских прав как основ конкретных действий субъектов по реализации возможностей, предоставленных им правом. Общеотраслевые принципы лишь опосредованно ориентированы на отдельных участников частных отношений, в той мере, в какой лицам позволено самостоятельно определять правила своего поведения соглашением. Только в этом случае субъекты, выступая в роли "законодателя ad hoc", вынуждены соотносить свои правила поведения с общими тенденциями цивилистики.

При типичном осуществлении гражданских прав физические и юридические лица не связывают свои действия с принципами отрасли, а руководствуются системой конкретных запретов и дозволений. В своем поведении по реализации субъективных прав они не могут и не должны заниматься системным толкованием или ликвидацией пробелов в нормативном регулировании. Общеотраслевые принципы для процесса осуществления прав являются чем-то подспудным, стимулирующим осуществление через правовое сознание и культуру участников отношений в заданном объективном правом направлении.

Итак, процесс осуществления гражданских прав определяется не столько принципами объективного гражданского права как отрасли, а имеет характерные именно для динамической стороны права постулаты и идеи. Эту позицию нельзя назвать традиционной, скорее наоборот. В основном авторы указывают на обязательное подчинение процесса осуществления субъективных гражданских прав общеотраслевым и общеправовым принципам. Профессор В.А. Тархов, в частности, отмечает: "Осуществление субъективных прав должно происходить в соответствии с принципами гражданского права, из которых наиболее непосредственное отношение к осуществлению прав имеют принципы сочетания личных интересов с общественными, прав с обязанностями (к сожалению, в законодательстве последнего времени об этом не говорится). Сюда же относится принцип законности, который одинаково касается всех участников правоотношений" <1>.

<1> Тархов В.А. Гражданское право. С. 256.

Вот какое определение принципов этого института предложил профессор В.П. Грибанов: "Принципы осуществления гражданских прав - это те основные требования, которые социалистическое общество и выражающее его интересы советское гражданское право предъявляют к управомоченному лицу и тем лицам, которые от его имени осуществляют принадлежащие управомоченному субъективные гражданские права" <1>. Далее автор называет важнейшие из принципов осуществления прав: законность, добросовестность, соответствие осуществления права его назначению, гарантия реальности осуществления гражданских прав, принцип товарищеского сотрудничества при осуществлении прав и выполнении обязанностей и, наконец, принцип экономичности <2>.

<1> Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 225.

<2> См.: Там же. С. 225 - 232.

Современные авторы указывают на те же принципы, с незначительными уточнениями, определяющие основу процесса реализации правовых возможностей управомоченными лицами <1>.

<1> См.: Ем В.С. Осуществление гражданских прав и исполнение гражданско-правовых обязанностей // Гражданское право: Учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов. Т. 1. С. 384 - 389.

Представляется, что понимать принципы осуществления прав как законодательные требования к надлежащему использованию лицом своих правовых возможностей означает отождествлять их с пределами осуществления гражданских прав. Тем более что добросовестность, соответствие назначению и прочие требования относятся именно к разновидностям таких пределов. Есть ли смысл обозначать одну сущность двумя терминами? Думается, нет. И дело не только в борьбе за чистоту юридической лексики и терминологии. Речь идет о необходимости ориентировать участников правоотношений и правоприменителей на ясные правила поведения.

У категории пределов осуществления гражданских прав есть вполне определенное значение - быть в случае их нарушения частью объективной стороны такого правонарушения, как злоупотребление правом. В этой связи следует максимально конкретизировать каждый вид пределов осуществления прав в ст. 10 ГК РФ, чтобы не надо было при доказывании состава злоупотребления правом выводить суть предела методом "от противного".

Нужно не забывать, что юриспруденция имеет и прикладное значение, поэтому для теории, вероятно, не вредно обсудить "пределы-принципы", но для практики это губительно, так как порождает судебные ошибки. Пределы осуществления прав есть устойчивые и определенные запреты, ограничивающие свободу управомоченных лиц в интересах других членов общества. Отождествление их с принципами права открывает простор для формулирования генеральных идей на основе любой правовой нормы.

Принцип, который почти единодушно относят к первому по значимости для осуществления гражданских прав, - законность. В.П. Грибанов подчеркивает, что это общеправовой, а не отраслевой принцип, и раскрывает его смысл следующим образом: "Требование соблюдения закона относится как к соблюдению границ субъективного права, так и к соблюдению пределов его осуществления" <1>.

<1> Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. С. 226.

Для идеальной модели, какой является объективное право в качестве социального регулятора, говорить о законности означает допускать тавтологию. Закреплять призывы о

соблюдении норм, следовании закону и несоблюдении правонарушений в этих же самых нормах не имеет смысла, тем более возводить их в ранг общеправовых принципов. Если же адресовать этот принцип участникам правоотношений, осуществляющим свои гражданские права, то он, с одной стороны, поглотит все остальные принципиальные требования, поскольку все они позитивированы в той или иной мере. С другой стороны, наличие у лица субъективного права предполагает его осуществление в рамках установленных границ и с учетом законодательных требований, ведь управомоченное лицо приобретает именно правовую возможность, желая действовать в рамках нормативных правил и получать соответствующие гарантии и защиту.

Современные взгляды, предлагаемые теоретиками права, не замечающими тавтологичности сочетания "законность - основное начало объективного права", еще радикальнее - общеправовым мыслится "принцип правозаконности" <1>. При этом, раскрывая содержание этой категории, безусловно, требующей пояснений, специалисты по теории права указывают: "Сам принцип законности характеризует лишь одно из имманентных свойств позитивного права - общеобязательность, необходимость строжайшего, неукоснительного соблюдения действующих юридических норм, правовым же содержанием принцип законности наполняет принцип верховенства права" <2>. Нельзя сказать, что такое замечание прояснило суть законности как правового принципа, скорее, еще более утвердило во мнении, что законность нужно рассматривать как синоним обязательности.

<1> Панченко В.Ю. Указ. соч. С. 83.

<2> Там же. С. 84, со ссылкой на книгу: Алексеев С.С. Философия права. М., 1998. С. 132 - 133.

В этой связи для управомоченных лиц принцип законности осуществления принадлежащих им гражданских прав совпадает с принципом осуществления прав в соответствии с установленными пределами, т.е. по назначению, добросовестно и разумно, не причиняя вреда правам и интересам третьих лиц. Представляется, что благодаря своей объемности принцип законности осуществления прав должен либо остаться единственным принципом этого института гражданского права, либо вытесниться категорией предела осуществления субъективных гражданских прав.

Если обратиться к встречающемуся в современной литературе пониманию принципа законности при осуществлении гражданских прав, то можно увидеть, что он практически отождествлен с морально-этическими требованиями, а в конечном счете - с принципом добросовестности участников гражданских правоотношений. "Законность осуществления прав и исполнения обязанностей предполагает его подчиненность правилам деловой (профессиональной) этики и нравственным принципам общества" и далее идет ссылка на критерий "добрых нравов" как равнозначный законности и этичности принцип осуществления прав <1>.

<1> См.: Ем В.С. Указ. соч. С. 385.

В.С. Ем полагает, что "оценка законности действий по осуществлению гражданских прав... через призму нравственности не исключает самостоятельности принципа презумпции разумности и добросовестности субъектов при осуществлении ими субъективных прав и исполнении обязанностей" <1>. Думается, что в подобной трактовке принципы осуществления прав предстают бесконечным повторением одного и того же постулата, причем каждый следующий принцип призван определить содержание предыдущего, но в действительности только умножает их неопределенность. Получается следующая формула: законность есть нравственность, нравственность есть добросовестность и т.д.

<1> Там же. С. 386.

Необходимо, на наш взгляд, избавляться от подобных юридических "матрешек" и придерживаться по возможности однородных и самостоятельных величин. Принцип законности осуществления субъективных прав есть выражение позиции позитивистского толка, и здесь исключена возможность определения его содержания через призму морали. Предполагается, что нормы объективного права уже впитали в себя соответствующий запас общественных представлений о нравственности, и нет смысла снова отсылать к нравственным эталонам. Если же придерживаться отличных от позитивизма подходов, то вряд ли в них большое место стоит отводить законности в ее буквальном значении.

Нужно согласиться с С.С. Алексеевым, который отмечал: "Если видеть в принципах глубинные элементы структуры права и, следовательно, явления исконно правовые, то, надо

полагать, к их числу можно отнести лишь такие экономические, социально-политические и иные общесоциальные начала, которые вжились в материю права, приобрели юридический облик" <1>.

<1> Алексеев С.С. Общая теория права: В 2-х т. М., 1981. Т. 1. С. 262.

Хотелось бы заострить внимание еще на одной проблеме, характерной для сегодняшнего научного понимания принципа добросовестности при осуществлении гражданских прав. Законодатель сформулировал требование о добросовестном осуществлении как презумпцию, то есть предположение о том, что все управомоченные лица действуют добросовестно, пока не будет доказано обратное.

Оставив в стороне многолетнюю дискуссию о сути добросовестности и понимании bona fides как критерия реализации правовых возможностей, попробуем проанализировать, насколько правило ст. 10 ГК РФ можно по форме рассматривать в роли принципа данного института. Во-первых, критерий добросовестности должен учитываться не повсеместно, а только в случаях, когда законодатель указывает на него как на условие для защиты субъективного права. Следовательно, требование о добросовестности не универсально. Можно только сожалеть о подобном сужении его действия, но пока это так. Локальность этого критерия свидетельствует о том, что добросовестность нельзя рассматривать в роли принципа института осуществления гражданских прав.

Во-вторых, "принцип-презумпция" есть явление эклектичное. Правовая презумпция, как известно, представляет собой утверждение, которое признается достоверным, пока не будет доказано обратное. Принцип как объединяющая идея определенной совокупности норм не должен и не может опровергаться в каком-то из конкретных отношений. Таким образом, можно заключить, что избранная в настоящее время законодателем конструкция закрепления требования о добросовестном осуществлении субъективных гражданских прав исключает возможность рассматривать в науке и применять в судебной практике этот критерий осуществления в качестве принципа этого института.

Уже сейчас звучат следующие заключения: "Российские судебные органы недостаточно эффективно применяют принцип добросовестности. Недостаточно широко известен принцип добросовестности хозяйствующим субъектам. Полагаю, что в сложившейся ситуации суды не могут являться только простыми правоприменителями закона и в своей деятельности должны: 1) учитывать принцип добросовестности и, воспользовавшись расширительным толкованием п. 3 ст. 10 и п. 2 ст. 6 ГК РФ, постепенно наполнить содержание принципа добросовестности в гражданском праве РФ; 2) определить ответственность сторон за нарушение принципа добросовестности, которая должна быть соразмерной степени нарушения принципа, в тех случаях, когда имеется явное нарушение принципа добросовестности либо оно предполагается или требует определенных доказательств его нарушения, и выработать санкции" <1>.

<1> Попова А.В. Указ. соч. С. 30 - 31.

Трудно полностью согласиться с этими предложениями А.В. Поповой. С одной стороны, действительно, странно видеть, насколько узка сегодня область применения критерия добросовестности в гражданском обороте. Однако, с другой стороны, это не повод для расширительного толкования нормы ст. 10 ГК РФ, как и иных норм, тем более что в ней прямо очерчены границы, в которых добросовестность будет иметь юридическое значение.

А.В. Попова справедливо указывает на то, что принцип добросовестности "не сформулирован в нормах гражданского законодательства как четкий принцип, не закреплен в перечне общих начал гражданского законодательства, не нашел в ГК РФ правового определения понятия добросовестности" <1>. Но в то же время вряд ли разумно позволять судебным органам самостоятельно устанавливать меры ответственности за недобросовестные действия участников гражданского оборота. Это противоречит не только разделению властей в государстве, но и правилу о единообразии ответственности для субъектов гражданского права, которое может обеспечиваться только на уровне федерального законодательства, но не судебной практики. Нормы об ответственности должны быть доступны для ознакомления субъектов, должны содержать одинаковые условия и основания применения ответственности для любых лиц, не могут произвольно изменяться и расширительно толковаться - это аксиома для правового и демократического государства. Именно поэтому в настоящий момент требование добросовестности нельзя рассматривать в роли общего принципа гражданского права, а следует применять как предел осуществления субъективных гражданских прав. Это позволит при его несоблюдении квалифицировать ситуацию как злоупотребление правом и применить санкцию, предусмотренную Кодексом.

<1> Попова А.В. Указ. соч. С. 28.

Если будет изменена современная нормативная установка в отношении существа и сферы применения добросовестности, то вполне возможно станет рассматривать эту категорию уже не локальным пределом осуществления гражданских прав, а общецивилистическим принципом.

Однако законодатель упоминает добросовестность, разумность и справедливость еще в одном контексте - в норме ч. 2 ст. 6 ГК РФ, формулируя следующим образом: "При невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости".

Можно ли считать, что эта норма говорит о добросовестности и пр. как о принципах осуществления прав? Полагаем, что нельзя. Во-первых, эта норма адресована не участникам гражданского оборота, а суду, поскольку он будет применять гражданское законодательство, в то время как стороны осуществляют конкретные права и исполняют обязанности. Во-вторых, законодатель перечисляет в одном ряду как независимые категории "общие начала" гражданского законодательства и "добросовестность, разумность, справедливость", желая подчеркнуть, что суд, регулируя спор на основе правовых принципов, должен действовать честно, рационально, правомерно.

В литературе можно встретить противоположную точку зрения, сводящуюся к тому, что требования добросовестности, разумности и справедливости предъявляются в этом случае к субъектам отношений, подпадающих под действие аналогии права <1>. Но в таком случае причем здесь справедливость? Разве в отсутствие спора и судебного разбирательства стороны будут задумываться, какая норма законодательства регулирует их отношения, осознавать пробельность регулирования и необходимость применения аналогии права? Они будут руководствоваться общей дозволенностью прямо не запрещенных отношений, не более того.

<1> См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Под ред. проф. Т.Е. Абовой и А.Ю. Кабалкина. С. 42.

Думается, что применительно к институту осуществления гражданских прав достаточно выделить два принципа:

1) принцип свободы осуществления субъективных прав;

2) принцип соблюдения установленных пределов осуществления гражданских прав, в котором и конкретизируется общеправовой постулат взаимной ответственности государства (общества) и граждан, когда "невыполнение каждой из сторон своих обязанностей или злоупотребление правом должно влечь юридическую ответственность" <1>.

<1> Панченко В.Ю. Указ. соч. С. 87.

Остальные называемые в литературе основные начала этого института (добросовестность, разумность, соответствие назначению права, солидарность интересов участников правоотношений) должны пониматься как пределы осуществления прав и применяться для квалификации злоупотребления правами.

§ 3. Понятие и значение пределов осуществления субъективных гражданских прав

Потребность общества и государства в социально полезном поведении, определяемом через активность участников правовых отношений в различных областях человеческой деятельности, находит воплощение в использовании ряда средств воздействия на индивидуальное поведение. Указанные средства получили обозначение правовых стимулов, а процесс доведения информации о побудительных основах деятельности - правового стимулирования.

"Проблема социальной регуляции заключается в том, чтобы управлять мерой доступности ценностей, необходимых для удовлетворения интересов, это проблема разумного использования имеющихся возможностей... Здесь нет альтернативы - либо общество через инструменты управления будет стимулировать осуществление позитивных интересов и ограничение реализации негативных, либо эти негативные интересы будут препятствовать наиболее полной реализации интересов позитивных" <1>.

<1> Тихонравов Ю.В. Основы философии права. М., 1997. С. 162.

Анализируя роль правовой информации в глобальном социальном управлении, ее влияние на осознанное поведение людей, Ю.В. Кудрявцев отмечает: "Не характеризуя всего диапазона

случаев воздействия права на поведение людей, вспомним хотя бы две крайние его точки: с одной стороны, установление границы, "барьера" активному, разнообразному поведению... с другой стороны, побуждение к деятельности, изложение программы поведения, вызывающей (как следствие) соответствующую деятельность" <1>.

<1> Кудрявцев В.Н. Нормы права как социальная информация. М., 1981. С. 31.

Стимулы в праве, вопреки распространенному мнению, основанному на лексическом значении слова "стимул" (побуждение), предполагающему исключительно положительный вектор их воздействия, функционально крайне разнообразны. Неверно понимать под стимулом только позитивную заинтересованность лица, вызванную поощрениями, разрешениями, льготами, награждениями и пр. "Под правовыми стимулами следует понимать правовые нормы, поощряющие развитие нужных для общества, государства в данный момент общественных отношений, нормы, стимулирующие как обычную, так и повышенную правомерную деятельность людей и ее результаты" <1>. Стимулирование в праве преимущественно осуществляется через ограничения в широком смысле этого слова.

<1> Ведяхин В.М. Правовые стимулы: Понятие, виды // Правоведение. 1992. N 1. С. 51.

Правовые стимулы существуют как направления деятельности лиц к законопослушанию, т.е. к совершению того, что предписывается или по крайней мере дозволяется, и воздержанию от того, что запрещено. В этом смысле стимулы выступают в роли ограничителей поведенческой активности в любом из своих проявлений. "Ограничение является универсальной характеристикой стимулов. Любой стимул ограничивает активность, активность нуждается в стимулах именно как в ограничениях. В противном случае... активность могла бы быть абсолютно произвольной и бесконтрольной" <1>.

<1> Тихонравов Ю.В. Указ. соч. С. 165.

В системе юридических стимулов, выступающих внешними факторами воздействия на интересы субъектов права, выделяют сдерживающие и поощряющие. Иначе говоря, сознательное изменение поведения управомоченным лицом поддерживается негативными (запреты, обязанности, меры наказания и т.п.) и позитивными средствами (дозволения, льготы и пр.).

"Сдерживающий правовой стимул - это правовое ограничение противозаконной активности, создающее условия для удовлетворения интересов контрсубъекта и общественных интересов в охране и защите; это установленные в праве границы, в пределах которых субъекты должны действовать; это исключение определенных возможностей в деятельности лиц" <1>.

<1> Там же. С. 190.

Понятие правового ограничения несет широкую смысловую нагрузку. Для него свойственно выступать родовым по отношению к составляющим его видам ограничителей, таких как обязанности, лимиты, сервитуты, наказания, меры защиты и т.д. Более того, в качестве общетеоретической категории этот термин обобщает разного рода отраслевые границы правореализационной деятельности.

В цивилистике правовое стимулирование участников гражданского оборота неоднократно становилось предметом исследования и в качестве самостоятельной проблемы, и сопутствуя изучению способов обеспечения обязательств, правомерности и противоправности поведения, вопросов гражданско-правовой ответственности, исполнения обязательств и т.д. <1>. Думается, что в той или иной степени преломление ограничений в указанных аспектах можно считать частными проявлениями более общей проблемы - осуществления гражданских прав в целом.

<1> См.: Константинова В.С., Максименко С.Т. Правовые вопросы материального стимулирования деятельности предприятий. Саратов, 1981. С. 51 и след.; Тархов В.А. Ответственность по советскому гражданскому праву. Саратов, 1973. С. 92, 363 и др.; Малеин Н.С. Правонарушение: Понятие, причины, ответственность. М., 1985. С. 155 - 158.

Для обеспечения социальной ценности любого субъективного права, в том числе и гражданского, необходимо, чтобы его можно было реально осуществить. Осуществление гражданских прав нередко производит обманчивое впечатление упрощенности и прямолинейности данного процесса. Инициативность, свобода воли, автономность и вариативность поведения субъектов гражданского права позволяют заключить, что использование правовых возможностей есть сфера безграничной самостоятельности лица. К этой же мысли подводит многообразие

способов осуществления и защиты субъективных прав в рамках гражданских правоотношений. Однако гибкость правового регулирования взаимодействия лиц еще не означает, что активность субъектов может быть произвольной, что правомерность поведения есть пожелание, а не требование права.

Осуществление права, ничем не стесненное, "способно отразиться весьма вредно на интересах прочих членов того же общества, на интересах самого общества", - отмечал Г.Ф. Шершеневич <1>. Соответственно, помимо традиционного баланса прав и интересов равно самостоятельных субъектов, гражданскому праву не чуждо принимать во внимание интересы общественные, публичные. Строго говоря, они, в свою очередь, возникают из необходимости государства гарантировать своим гражданам правовое равенство. Именно в этих целях в гражданском законодательстве устанавливаются определенные рамки, служащие условием должного функционирования правового механизма. В области осуществления субъективных прав они называются пределами.

<1> Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). М., 1995. С. 174.

В системе ограничительных правовых стимулов пределы осуществления гражданских прав занимают, по нашему мнению, особое место. В самом деле, указанные пределы представляют собой положения, которые по юридической природе сродни еще и правовым принципам. Основной универсальный предел осуществления, какими являются права и интересы других лиц, выражается в том числе и в ранге международного и конституционного принципов. В таком качестве им свойственно играть роль общеправовых стимулов поведения людей.

"Такое, по сути, правовое ограничение имеет не столько внешние, произвольные основания, сколько внутренние, которые объективно обусловлены закономерностями организации совместной комбинированной деятельности, общения и сосуществования многих. Определенное ограничение личной свободы индивидуума может служить основанием свободы остальных" <1>.

<1> Диденко Н.Г., Селиванов В.Н. Право и свобода // Правоведение. 2001. N 3. С. 7.

Вместе с тем пределы осуществления воплощаются через вполне конкретный процесс реализации правомочий в рамках отдельного гражданского правоотношения. Осуществление права может быть правомерным и эффективным для управомоченного лица только при условии, что конкурирующие интересы будут удержаны в известных границах. Поэтому правовые ограничения, к числу которых мы отнесли пределы осуществления гражданских прав, одновременно служат гарантией действительности позитивного стимулирования.

Таким образом, нужно отметить, что пределы осуществления субъективных прав выполняют в механизме правореализации следующие задачи:

1) разумно ограничивают процесс реализации возможностей, заложенных в содержании гражданского права, в целях эффективного удовлетворения потребностей всех субъектов отношений;

2) служат средством, обеспечивающим способность осуществления, так как сдерживают антиобщественные и негативные проявления осуществления прав со стороны контрагентов в правоотношении;

3) стимулируют активное поведение управомоченного лица, направляя его к правомерности;

4) выступают элементом позитивной ответственности <1> субъекта права в его отношениях с государством и отдельными участниками гражданского оборота, в силу обязанности лица соотносить свое поведение с установленными в нормах границами и ориентирами.

<1> Проблема позитивной ответственности - один из самых дискуссионных вопросов теории права. С точки зрения общей идеи юридической превенции как основы правового регулирования явление позитивной ответственности требует детального изучения. В качестве одного из аспектов этой проблемы могут выступать границы надлежащего осуществления прав. Подробнее по этому вопросу см.: Лейст О.Э. Позитивная ответственность по советскому праву // Вестник Московского университета. Сер. "Право". 1977. N 1; Матузов Н.И. Позитивная ответственность личности // Правовая система и личность. Саратов, 1987.

При этом свобода не должна представляться вседозволенностью <1>. Теоретически в числе общих признаков сдерживающих стимулов выделяют свойства ущемления свободы физических и юридических лиц, уменьшение объема возможностей, сужение правомочий по содержанию. Достигается это при помощи установления дополнительных обязанностей и запретов, "сводящих разнообразие в поведении субъектов до определенного (предельного) состояния" <2>.

<1> См.: Диденко Н.Г., Селиванов В.Н. Указ. соч. С. 18 - 19.

<2> Диденко Н.Г., Селиванов В.Н. Указ. соч. С. 190.

Применительно к пределам осуществления гражданских прав приведенный выше вывод вызывает сомнения. На бытовом уровне понимания ограничения, установленные для процесса реализации правовых возможностей, можно сравнить с правилами дорожного движения, предписывающими предельную скорость передвижения, независимо от технического потенциала вашего автомобиля. Точно так соотносятся границы осуществления прав с заложенным в конкретном субъективном праве потенциалом. Этот пример приведен с единственной целью - показать, что установление пределов использования прав не может повлиять на содержательную характеристику предоставленного лицу права.

Ю.В. Тихонравов справедливо полагает, что относиться к ограничениям только как к ущемлению свободы лица - это одностороннее видение проблемы. Предназначение сдерживающих стимулов, коль скоро признается их превентивный характер, не в том, чтобы сузить свободу лица, а в том, чтобы "сдержать реализацию антиобщественных интересов личности" <1>.

<1> Тихонравов Ю.В. Указ. соч. С. 191 - 192.

При анализе пределов осуществления субъективных гражданских прав возникает необходимость разграничить и отдельно рассмотреть содержание субъективного права и процесс его осуществления. Это необходимо для того, чтобы избежать в дальнейшем распространенного в юридической литературе парадоксального предположения о наличии в субъективном гражданском праве противоправного элемента, при помощи которого можно нанести ущерб третьим лицам.

Изначально нужно отметить, что это явления взаимно определяемые, во многом основывающиеся на неразрывной связи друг с другом.

В правовой науке долгое время не проводилось различий между границами права и пределами его осуществления. Не случайно в числе примеров, приводимых Г.Ф. Шершеневичем для иллюстрации содержания гражданского права, один мог относиться к ненадлежащему варианту осуществления, а другие - описывать действия без права.

Рассматривая случаи "права участия частного" применительно к соседским городским отношениям, Г.Ф. Шершеневич перечисляет в одном ряду запрещение выводить окна и двери на соседний двор (в Своде законов это ограничение содержалось в т. X, ч. 1 ст. 455) и недопустимость сливания нечистот и сметания мусора на дом или двор соседа <1>.

<1> См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 180.

Если первое ограничение непосредственно относилось к механизму использования возможностей, содержащихся в праве собственности, позволяющих собственнику произвольно определять, с какой стороны ему следует делать окна, то во втором случае речь велась о поведении, не входящем в содержание права собственности. В первой ситуации самостоятельное поведение собственника по осуществлению права ограничивалось в связи с защитой интересов соседей и их прав на тайну частной жизни. Таким образом, не прекращалась сама возможность размещать в принадлежащем лицу доме окна и двери как часть содержания права собственности, а исключались соответствующие действия собственника по осуществлению этой возможности в условиях городской застройки. Второй пример не может относиться к описанию содержания субъективного права, так как мусорить и загрязнять чужое имущество и земельный участок не позволительно ни одному собственнику.

Следует отметить, что русские цивилисты не вводили в юридический лексикон категорию пределов осуществления прав, а пользовались общим понятием "правовые ограничения" или тождественным ему термином "право участия". При помощи последнего характеризовались ограничители поведения как в области частной, так и публичной жизнедеятельности. В то же время тождественность приведенных терминов, как и их "удачность", не была общепринятым фактом. Поскольку "право участия" предполагает участие третьего лица в пользовании вещью, то такая смысловая нагрузка не совместима с категорией "ограничения". "Ограничения права собственности имеют в виду только стеснение собственника из-за посторонних лиц в осуществлении его права, но не доставление посторонним лицам прав на чужую вещь" <1>. К подобному же заключению пришел Д.И. Мейер <2>.

<1> Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 175.

<2> См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право (по изд. 1902 г.). М., 2000. С. 346 - 347.

Таким образом, ограничениями называлось то, что в современном праве считается пределами осуществления. Уже в то время подчеркивалась мысль об относимости ограничений к процессу осуществления, а не содержанию субъективного права. Нужно заметить, что

дореволюционное законодательство знало понятие ограничений только одного гражданского права - собственности. В настоящее время пределы осуществления могут быть как общими для всех гражданских прав, так и применимыми к отдельным из них.

"Юридической границей индивидуальной свободы личности, ее воли являются субъективные права. Однако воля индивида проявляет себя как правовое явление, если только она не противоречит проявлению воли других отдельных индивидов или общей воли любой социальной целостности" <1>.

<1> Диденко Н.Г., Селиванов В.Н. Указ. соч. С. 12.

Прежде всего, следует выяснить тождество выражений "имею право на определенные действия" и "действую". Поведение лица одновременно характеризует и конкретные правомочия, содержащиеся в субъективном праве, и осуществление их. Цели у такого поведения идентичны - удовлетворение жизненных потребностей лица, обладающего правом. Строго говоря, единство субъективного права и механизма его осуществления объясняется тем, что и то и другое опосредуется и осознается через поведение <1>. Различия заключаются главным образом в том, что в одном случае поведение рассматривается типовым и статичным, так как всякое субъективное право представляет собою модель поведения, обладает высокой степенью общности. В противоположность этому поведение осуществления всегда есть определенный вид реальных действий субъекта, вытекающий из особенностей конкретной ситуации.

<1> Этот анализ впервые детально провел профессор В.П. Грибанов. См.: Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., 1972. С. 45.

Учитывая сказанное, можно заключить, что определение субъективного права в качестве общего типа поведения, а процесса осуществления в качестве конкретных форм проявления правовых возможностей в отдельном правоотношении <1> служит отправной точкой в рассуждениях о злоупотреблении правом.

<1> См.: Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. С. 55.

Само субъективное право и свобода, которая гарантируется в целях его реального осуществления, не могут быть безграничны. Всякое право, будучи мерой возможного поведения, имеет определенные рамки как по своему объему, так и по характеру осуществления. При этом первые из указанных пределов являются неотъемлемым свойством субъективного права, т.е. при выходе субъекта из границ содержания право перестает быть правом, превращаясь либо в фактическую возможность, не обеспеченную государственной защитой, либо в произвол.

В юридической литературе последних лет проблеме ограничений права собственности уделяется достаточно внимания <1>. Уже название монографии В.П. Камышанского ("Право собственности: Пределы и ограничения") подчеркивает мысль о том, что автор различает эти понятия, и это убедительно продемонстрировано в работе <2>. При этом, ссылаясь на ст. 10 ГК РФ, которая устанавливает согласно заголовку общие пределы осуществления гражданских прав, но в действительности указывает только на формы злоупотребления правом и не выделяет ни одного предела осуществления прав, автор не делает по этому поводу никаких замечаний. Это обстоятельство вызывает сожаление, поскольку право собственности, равно как и другие права, подчиняется в случае пробельности в регулировании его осуществления общей норме ст. 10 ГК РФ.

<1> См.: Маттеи У., Суханов Е.А. Основные положения права собственности. М., 1999; Щенникова Л.В. Вещное право. Пермь, 2001.

<2> См.: Камышанский В.П. Право собственности: Пределы и ограничения. М., 2000. С. 65, 101 - 123 и др.

В настоящее время существо пределов и их виды косвенно выводимы из запрета осуществления гражданских прав во вред другим участникам оборота. Представляется, что ситуация должна быть обратной. Оформление каждой из границ надлежащего осуществления прав через категорию прямых обязанностей управомоченного лица, не содержащихся в самом субъективном праве, а сопутствующих его использованию, позволило бы внести необходимую определенность в процесс реализации правомочий и решить вопрос грамотной квалификации противоправности злоупотребления правом как деликта.

Преимущество прямой обязанности как средства регулирования процесса использования субъективных прав связано с уже затрагиваемой ранее ее чертой - парностью и разумным сочетанием прав и обязанностей. Баланс между побудительными стимулами (субъективное право)

и сдерживающими (обязанность) достигается путем уравнивания интересов, лежащих в основе и того и другого. Показательно в этой связи высказывание Г.Ф. Шершеневича о юридической обязанности: "Это прежде всего сознание связанности своей воли... Человек действует не так, как побуждают его собственные интересы, он считает необходимым ограничить себя в возможном фактически осуществлении интересов из-за интересов других" <1>. Активная обязанность лица способна выполнять, одновременно со сдерживающей задачей, еще и стимулирование желательных для права действий <2>.

<1> Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М., 1912. С. 619 - 620.

<2> См.: Тихонравов Ю.В. Указ. соч. С. 196.

Все сказанное позволяет заключить обоснованность изменения законодательного подхода к закреплению пределов осуществления. Их выражение в форме прямых обязанностей лица следовать каждому виду пределов представляется много эффективнее, чем общий запрет на злоупотребление правом.

Подводя итоги теоретическому пониманию пределов осуществления субъективных гражданских прав, следует сформулировать их дефиницию, стараясь отобразить существенные особенности пределов, вытекающие из понимания их как разновидности правовых стимулов; из соотношения их с границами содержания субъективного права, которое подлежит осуществлению, а также учитывая исторический опыт цивилистики по этому аспекту.

Пределы осуществления субъективных гражданских прав - отраслевая разновидность общеправовых сдерживающих стимулов поведенческой активности, призванная оказать внешнее упорядочивающее воздействие на мотивацию, способы, средства и характер использования заложенных в содержании субъективного гражданского права возможностей. В качестве ограничивающих стимулов пределы осуществления прав формируют информационно-психологическую установку для участников гражданского оборота, направляя их деятельность в нужную обществу сторону. По форме пределы осуществления прав должны быть прямыми обязанностями, а не следовать из общего запрета злоупотреблять правом.

Для эффективности стимулирования поведения управомоченных лиц необходимо четко выразить в законодательстве существо и виды пределов, указав при этом на их юридическое значение. Последнее, на наш взгляд, заключается и в превентивном воздействии на правообладателей, и главным образом в том, что несоблюдение соответствующих пределов означает совершение лицом особого вида гражданского правонарушения - злоупотребления правом. Доказанное игнорирование субъектом поименованных в норме границ осуществления определяет установленную противоправность и общественную опасность такого поведения.

Дозволительная направленность регулирования гражданских правоотношений делает малоэффективными средства принудительного воздействия на деятельность субъектов. Напротив, для поступательного развития гражданского оборота участникам гражданских правоотношений предоставляются широкие возможности: осуществлять гражданские права самостоятельно, в своих интересах, по своему усмотрению; приобретать и реализовывать те правомочия, которые прямо не предусмотрены, но и не запрещены правом, и т.п.

"Участники данных отношений самим построением и механизмом функционирования последних вынуждаются, во-первых, признавать друг друга равными субъектами, во-вторых, полагать контрагента свободным и взаимодействовать с ним как со свободным, в-третьих, соблюдать принцип обоюдности равных предоставлений (в том числе при осуществлении прав и отправлении обязанностей) и т.п. Тот, кто в ходе социального обмена, в общении с другими субъектами строго не руководствуется такого типа императивами, тот просто автоматически выпадает из круга отношений права, перестает быть (или даже вовсе не становится) их участником" <1>.

<1> Мамут Л.С. Анализ правогенеза и правопонимание // Учен. зап. Тартуского гос. ун-та. Вып. 850. Историческое в теории права. Труды по правоведению / Отв. ред. И.Н. Грязин. Тарту, 1989. С. 12.

В действительности корреспондирующие права и обязанности субъектов еще не оплот надлежащего осуществления правомочий. Единственное средство, способное гарантировать свободное осуществление субъективных прав, заключается не в устранении публичного контроля или в обяывании контрагентов, а в оформлении области правового господства лица в правореализующем поведении, иными словами, в ограничениях осуществления субъективных гражданских прав.

"Таким образом, в праве действуют совместно принцип порядка и принцип свободы. Для водворения в обществе порядка право подчиняет волю отдельных лиц твердым нормам. Зато и

отдельным лицам предоставляет и обеспечивает внутри известных границ свободную деятельность воли" <1>.

<1> Регельсбергер Ф. Указ. соч. С. 3.

Норма ст. 10 ГК РФ является отражением конституционного положения о необходимости безвредного осуществления прав. Ее в полной мере можно было бы считать нормой-принципом отраслевого масштаба. Приемы юридической техники, которые использовались при ее формулировании, соответствуют декларативной модели. Выражение недопустимости поведения не конкретизировано, объективная сторона запрещенного деяния обозначена в самом общем виде.

Выясняется, что пределы осуществления прав, как следует из названия статьи, тяготеют одновременно и к возведенным в принцип условиям осуществления гражданских прав, и к необходимости подкреплять воспрепятствование нарушения пределов неотвратимостью гражданско-правовой ответственности.

Императив, который составляет принципиальные правила, не должен и не может обеспечиваться напрямую мерами государственного принуждения. Содержание принципа вытекает не из нормы объективного права, а из природы социальных отношений. Поэтому только при условии осознанного подчинения своих поступков общим идеям права можно превратиться в субъекта правоотношений. "Субъект волен вступать либо не вступать в отношения права. Однако, коль скоро он сделался участником, он - под угрозой оказаться вне сферы права - безусловно должен соблюдать вышеназванные требования права" <1>.

<1> Мамут Л.С. Указ. соч. С. 15.

В этой связи пределы осуществления, содержащиеся в ГК РФ, не могут формулироваться в декларативной, принципиальной форме по аналогии с нормой Конституции.

В своем стремлении объединить в норме ст. 10 ГК РФ границы осуществления прав с последствиями их несоблюдения законодатель столкнулся с проблемой сочетания принципов права и конкретных обязанностей управомоченных лиц, а также необходимостью выразить состав деликта и меры ответственности. В результате была создана правовая норма, парадоксальным образом соединяющая общие положения гражданского права с правилами о правонарушении, где принципы и презумпции, по существу, характеризуют состав деликта.

Такое положение вещей не могло не сказаться на применении указанной нормы судебными инстанциями. Статья 10 ГК РФ с введения в действие ч. 1 ГК РФ и до 2002 г. была практически не востребована правоприменителями. Для квалификации злоупотребления правом она имеет слишком абстрактный характер, а собственно перечня пределов не содержит вовсе. При отсутствии законодательных корректировок или толкования указанной статьи пленумом высшей судебной инстанции она будет примером разумного, но практически не действующего правового начинания, из опасения нарушить принцип законности при вынесении судебного решения <1>.

<1> См.: Емельянов В. Пределы осуществления гражданских прав // Российская юстиция. 1999. N 6. С. 15.

Однако начиная с 2002 г. указанную норму стали применять столь активно, что создался определенный "бум" злоупотребления правами в юридической доктрине и практике. Нужно констатировать, что интерес юристов-практиков не может быть объяснен осознанием природы злоупотребления правом, разрешением всех противоречий, связанных с этим феноменом или усовершенствованием законодательства. Пределы осуществления гражданских прав все так же трудно выводимы из ст. 10 ГК РФ и иных норм и по-прежнему имеют оценочный характер. "Спрос" на ст. 10 ГК РФ в сегодняшней действительности еще более пагубен, чем долгий период полнейшего игнорирования правоприменителями этой нормы, поскольку ее применяют как средство быстрого реагирования на те спорные ситуации, когда применение иных специальных норм потребовало бы длительного разбирательства и доказывания.

Исходя из сказанного выше, корректировка ст. 10 ГК РФ с учетом научных разработок и определения ее места в системе гражданского законодательства необходима.

Значение категории пределов осуществления прав для концепции злоупотребления правом велико. Злоупотребление правом не должно быть "правонарушением в зависимости от случая". В такой трактовке оно действительно создаст угрозу правопорядку, как этого опасался профессор М.М. Агарков <1>, так как будет средством государственной целесообразности, а не правового регулирования. Если же управомоченное лицо уже с момента приобретения субъективного гражданского права будет осведомлено о границах его деятельности по осуществлению правомочий, то есть будет одновременно и обязанным лицом, то для него не будет

неожиданностью вывод судьи о злоупотреблении правом при несоблюдении субъектом какой-либо из границ осуществления.

<1> См.: Агарков М.М. Указ. соч. С. 427 - 430.

В связи с изложенным, доказанное превышение пределов осуществления прав следует понимать как совершение лицом правонарушения в виде злоупотребления правом. Для облегчения квалификации состава этого правонарушения необходимо ввести в законодательство легальную классификацию пределов осуществления гражданских прав.

§ 4. Виды пределов осуществления гражданских прав

Обращаясь к современному гражданскому законодательству РФ, попытаемся охарактеризовать возможные группы предусмотренных пределов осуществления субъективных гражданских прав. К сожалению, в ст. 10 ГК РФ, посвященной этому вопросу, пределы обозначены в наиболее общем виде, в связи с чем их приходится выводить из общих начал и смысла гражданского законодательства.

Следует сразу подчеркнуть, что любая классификация пределов осуществления прав возможна с большой долей условности. Значение разделения на группы заключается прежде всего в более ясном осознании масштабов последствий несоблюдения пределов, относящихся к тому или иному виду.

Традиционно с начала 70-х годов XX в. принято квалифицировать границы осуществления прав в цивилистике путем выделения каждого известного законодательству и правоприменительной практике предела в отдельную категорию. Начиная с единственной монографии В.П. Грибанова, посвященной этому аспекту, и до настоящего времени выделяют предметные, субъектные, временные границы, а также назначение права. Позднее, с 1991 г., обособляется предел, обычно называемый "права и интересы третьих лиц".

На наш взгляд, подобное разделение нельзя назвать правовой классификацией. По своей форме оно более похоже на обычное перечисление. С методологической стороны в нем отсутствуют четкие критерии, согласно которым обобщаются или разграничиваются те или иные границы осуществления, отсутствует закономерная связь между группой пределов и юридическими последствиями их несоблюдения, не устанавливается приоритетность значения одной группы пределов перед другими. Следовательно, можно сказать, что полной и адекватной классификации пределов на современном этапе в доктрине российского гражданского права не существует.

Строго говоря, современное использование деления пределов, предложенного В.П. Грибановым, невозможно еще по одной причине. С принятием нового Гражданского кодекса и соответствующего ему пакета иных нормативных актов изменились представления по поводу осуществления субъективных гражданских прав, претерпели изменения подходы к анализу и регулированию проблемы злоупотребления правом.

В этой связи коренные отличия законодательства советского периода от российского гражданского законодательства в этой области заставляют по-новому взглянуть на предмет и значение классификации пределов. Многие из ранее установленных ограничений в значительной степени утратили свою актуальность. Одним из примеров может служить назначение права, которое начиная с ГК 1922 г. было главным масштабom использования гражданских прав. В современных условиях существуют проблемы, связанные с пониманием назначения права и его ролью в процессе реализации прав, которые не позволяют однозначно относить указанный предел не только к главному ограничителю осуществления, но и к классу универсальных.

Наше предложение разграничивать группы пределов осуществления прав по критерию универсальности их применения может с достаточной степенью справедливости основываться еще и на том, какой нормативный акт служит формой выражения того или иного предела. Сфера действия закона в пространстве и по кругу лиц, а также его место в иерархии нормативных актов во многом определяют общий либо специальный характер той или иной границы осуществления.

Прежде чем перейти непосредственно к предлагаемой модели классификации пределов, следует особо остановиться на некоторых из них, привычно выделяемых доктриной гражданского права. Речь идет о так называемых предметных, субъектных и временных границах. Объясняется это тем, что нет достаточных оснований рассматривать все перечисленное в качестве границ процесса осуществления, а не ограничений содержания субъективного права. К тому же законодатель не указывает их в норме ст. 10 ГК РФ и в других посвященных осуществлению правил, из чего можно заключить, что только доктринальный анализ ГК РФ может позволить вести речь об указанных пределах использования гражданских прав. Научное же значение выделения этих пределов вызывает сомнения.

Итак, предметные ограничения. Они были заимствованы цивилистами из разработок общей теории права. Считается, что эти границы обусловлены предметом субъективного права. Они позволяют обратить внимание на то, что субъективное право на совершение одних действий не может распространяться на другие действия. Тем самым очерчивается круг поведенческой активности управомоченного лица, то, что в гражданском праве справедливо называют "общим типом поведения" <1>.

<1> Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. С. 45.

В.В. Лазарев, поясняя суть предметных ограничений осуществления субъективных прав, обращал внимание на то, что наличное субъективное право предполагает заранее известный круг деяний, допустимых для лица на его основе, и соответственно невозможность совершения любых иных действий в рамках того же права. Так, покупатель, имея право требовать замены недоброкачественного товара в установленные сроки, не может требовать замены в эти же сроки вещей, соответствующих нормальным качественным характеристикам <1>.

<1> См.: Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В.В. Лазарева. М., 1994. С. 322 - 325.

Насколько можно судить, предмет, таким образом, приравнивается к объему содержания субъективного права и воздействует на процесс осуществления только в той мере, в какой осуществление зависит от содержания права. Учитывая, что осуществить можно только то, что попадает в границы правомочий, связь между содержанием (предметом права) и его использованием очевидна. Но суть этой связи не позволяет сделать вывод о том, что содержание права может одновременно служить пределом его осуществления.

Значение несоблюдения предметных границ заключается в том, что лицо действует не в статусе управомоченного, а без права. Поведение субъекта, вышедшего за границы предмета своих возможностей, не может рассматриваться как злоупотребление своим правом. Такое поведение не способно вызывать юридического эффекта, тождественного осуществлению наличного субъективного права. Пользуясь ранее приведенным примером, можно пояснить, что лицо, желающее вернуть вещь надлежащего качества, не совершает ничего предосудительного, но его намерение не основывается на субъективном праве и отсутствуют основания для удовлетворения подобного требования.

Таким образом, предметные границы целиком поглощаются содержанием субъективного гражданского права, и если и влияют на его использование, то опосредованно. Они не могут выступать пределом осуществления и влечь последствия, предусмотренные для несоблюдения пределов, главным из которых является совершение лицом гражданского правонарушения (злоупотребления правом).

Перейдем к анализу так называемых субъектных факторов, которые, по мнению некоторых ученых, также способны воздействовать на осуществление субъективного гражданского права. Речь идет о характеристиках правового статуса лица, обладающего правом, которые в той или иной мере влияют на использование правомочий.

Трудно отрицать тот факт, что гражданское право реализуется определенными лицами, каждое из которых обладает своеобразным набором статутных характеристик, позволяющих ему действовать в гражданском обороте, такими как: объем дееспособности, возраст, образование, гражданство, профессия, статус индивидуального предпринимателя и т.п. Нередко наличие у субъекта какого-либо гражданского права еще не означает возможность его самостоятельного осуществления.

Использование прав может зависеть от объема дееспособности лица, в ряде случаев права осуществляются при условии принадлежности к российскому гражданству и т.п. Более того, у субъекта в обладании может оказаться право на объект, извлечение полезных свойств которого и распоряжение которым связано с определенным уровнем образования либо профессиональной принадлежностью и получением соответствующего разрешения (лицензии). В таких ситуациях принадлежащее лицу право им непосредственно осуществляться не может.

Ответить однозначно на вопрос, являются ли элементы правового статуса субъектными ограничителями осуществления права, сложно. При определенных обстоятельствах характеристики субъекта могут обладать правопрекращающим свойством, в частности, если лицо приобретает право на имущество, которое в силу закона не может ему принадлежать (ст. 238 ГК РФ). Это изъятие из правового статуса лица является поводом не к квалификации его действий по осуществлению права в качестве ненадлежащего поведения, правонарушения, а к невозможности осуществлять право с момента его приобретения. Единственный вариант поведения, который действительно существует у лица в этой ситуации, продиктован обязанностью совершить

отчуждение этого имущества в течение одного года с момента возникновения права собственности.

Аналогичная ситуация складывается у субъекта, если отсутствует лицензия на занятие определенной деятельностью. Следовательно, при определенных условиях субъектные границы влияют на само существование субъективного гражданского права, но они не служат при этом пределами его использования, в их непосредственном понимании. Более правильно рассматривать элементы правового статуса управомоченного лица в качестве предпосылок правообладания и правореализации.

Если осуществляется право при отсутствии надлежащего объема дееспособности, то сделки, связанные с таким осуществлением, либо ничтожны, т.е. наступают последствия, соответствующие действию без права, и отсутствует какой-либо правовой эффект от поведения лица (ст. ст. 171 - 174 ГК РФ), либо могут быть признаны недействительными по заявлению заинтересованных лиц (ст. ст. 175 - 177 ГК РФ). Нужно обратить внимание на тот факт, что и в первом, и во втором случае осуществление права с пороком субъекта может быть сочтено надлежащим (например, ч. 2 ст. 171, ч. 2 ст. 172 ГК РФ).

Все сказанное позволяет заключить, что нет причин относить этот вид границ к пределам осуществления в том их смысле, какой мы определили исходя из толкования легального закрепления обсуждаемой категории и правовых последствий, связанных с их превышением.

Выделяя среди пределов осуществления субъективных гражданских прав временные границы, мы снова оказываемся в сложной ситуации. Трудно утверждать, что осуществление права никак не связано со сроками. Фактор времени имеет большое значение как "мера оценки социальных процессов и явлений и как средство целенаправленного регулирования человеческой деятельности" <1>.

<1> См.: Гражданское право: В 2-х т. / Под ред. Е.А. Суханова. М., 1994. Т. 1. С. 186.

Существование прав и обязанностей во времени есть одно из средств юридического воздействия на поведение участников гражданских отношений. Воздействие, понимаемое в качестве ограничения активности управомоченного лица, выражается, по общему мнению, в пресекательных по своей природе сроках. Затруднение вызывает осознание правовых последствий истечения различного вида сроков в зависимости от их назначения (порождающих права, установленных для осуществления прав и исполнения обязанностей, сроков для защиты <1>). Еще более интересную систематику сроков предлагают ученые, которые выделяют два больших блока - сроки осуществления прав и сроки для исполнения обязанностей. При этом сроки осуществления, в свою очередь, подразделяются на время существования права, преклюзивные (пресекательные), претензионные, гарантийные и т.д. <2>.

<1> См.: Гражданское право: Учебник: В 3-х ч. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 1997. Ч. 1. С. 282.

<2> См.: Там же. С. 282 - 283.

Виды сроков и их значение - один из самых дискуссионных вопросов правоведения. Для целей настоящего исследования мы затронем только один из аспектов учения о сроках, с тем чтобы понять, насколько они способны влиять на использование правовых возможностей и вправе ли мы расценивать сроки как пределы осуществления прав в контексте ст. 10 ГК РФ.

В современной отечественной цивилистике существуют две оппозиционные доктрины понимания сроков. Первая настаивает на несовпадении сроков существования права и пресекательных сроков, считая их самостоятельными разновидностями сроков осуществления прав <1>. Сторонники второй концепции не соглашались с подобным подходом, рассматривая пресекательные сроки и сроки существования права как одно и то же.

<1> См.: Советское гражданское право: В 2-х т. / Под ред. О.А. Красавчикова. М., 1985. Т. 1. С. 274.

Аргументом за разграничение этих видов сроков служит то обстоятельство, что пресекательные сроки затрагивают такие субъективные права, которые могли бы существовать и далее при условии их надлежащего осуществления управомоченным лицом. Думается, этот смысловой нюанс не имеет какого-либо теоретического или практического значения. Срок, который погашает право, будь то общий срок действия (например, двадцать лет для патента на изобретение) или срок, прекращающий договор (например, наем жилого помещения прекращается в силу длительного отсутствия нанимателя, если это оговорено сторонами), в любом случае определяет время существования конкретного субъективного права.

Выделение пресекательных сроков в особый вид имело бы значение, если бы они могли рассматриваться в качестве своеобразной санкции за ненадлежащее осуществление прав, но это не так. То, что поручительство, к примеру, прекращается, если кредитор в течение одного года со дня наступления срока обязательства не предъявляет иск к поручителю (ст. 367 ГК РФ), не означает, что в отношении кредитора устанавливается наказание в виде прекращения права. Речь идет о заранее известном разумном сроке существования указанной правовой возможности. В этом смысле пресекательный характер, выраженный в предыдущем примере, в действительности не устанавливает каких-либо особенностей. Срок существования указанного права кредитора равнозначен сроку действия доверенности и т.п. Иначе пришлось бы признать, что неосуществление кредитором права на иск наказуемо, в противоречие с нормой ст. 9 ГК РФ. Следовательно, сроки существования и пресечения действия прав стоит объединить в одно понятие, условно называемое сроками погашения действия права <1>.

<1> См.: Гражданский кодекс. Часть 1: Научно-практический комментарий / Отв. ред. Т.Е. Абова. М., 1996. С. 27.

Более того, вызывает сомнение и разумность разграничения сроков существования и сроков осуществления права. Трудно представить себе осуществление несуществующего или прекращенного во времени права, а равно и существование субъективного гражданского права, которое невозможно осуществить в связи с истечением срока осуществления. Такая тавтологичность сроков в отношении действия права во времени и его использования к тому же стирает грань между содержанием права и осуществлением, на этот раз применительно к временным ограничениям.

В результате временные границы, равно как и предметные, должны относиться не столько к процессу реализации, сколько собственно к праву, и влечь соответствующие правовые последствия. Во всяком случае, совершить злоупотребление правом в случае несоблюдения срока осуществления (существования) невозможно. По истечении срока действия права субъект перестает быть правообладателем и его поведение, в том числе причиняющее вред, лишается средства, при помощи которого можно злоупотреблять правом.

Таким образом, классификация пределов осуществления прав не должна содержать тех границ, которые по своей природе являются свойствами содержания права, либо хотя и относятся к характеристикам процесса осуществления, но не в состоянии приводить в случае их несоблюдения к злоупотреблению правом как единственному юридическому последствию, с которым следует связывать категорию пределов осуществления. Критерий соотношения пределов осуществления с предусмотренным в случае их несоблюдения правонарушением, на наш взгляд, есть самый понятный ориентир для систематизации пределов.

Думается, что как с практической, так и с теоретической точек зрения необходимо объединить все возможные варианты пределов осуществления изначально в два класса: универсальные и специальные.

Универсальные - это те, которые применимы к любым субъектам права, в рамках всяких гражданских правоотношений безотносительно к типу осуществляемого гражданского права. Они не имеют исключений, распространяются в безусловной форме на процесс использования всех правомочий, т.е. обладают в этом смысле качеством всеобщности (универсальности), не заставляют делать выбора. К универсальным пределам, на наш взгляд, следует относить: права третьих лиц, интересы третьих лиц, средства защиты принадлежащего лицу права.

Специальные пределы, напротив, находятся в тесной обусловленности с видом правоотношения, в котором реализуется право, зависят от содержания самого субъективного гражданского права. Нередко для их применения в качестве критерия осуществления имеют значение статусные характеристики управомоченного лица, а также дополнительные обстоятельства конкретной жизненной ситуации. Специальными пределами можно признать добросовестность и разумность при осуществлении прав (исходя из их настоящего легального закрепления); назначение права; средства и способы осуществления.

Предложенная классификация призвана облегчить квалификацию злоупотребления правом в зависимости от вида предела, который был нарушен. Разграничение основывается на том обстоятельстве, что пределы, относящиеся к первому классу, распространяются на все без исключения субъективные гражданские права, а пределы второго класса предусматриваются законодателем относительно конкретного вида гражданских прав.

Остановимся подробнее на каждом из приведенных видов.

А) Универсальные пределы осуществления

1. Права и интересы третьих лиц

Влияние международных основ правового общения на внутригосударственные принципы и нормы несомненно. Ряд международных принципов получил отражение в Конституции РФ, а затем и в отраслевом законодательстве. Некоторые применяются в силу присоединения России к международным соглашениям, в которых они отражены. Известны случаи, когда принципы обретают форму обычаев международной жизни <1>.

<1> См.: Нешатаева Т.Н. Иностранные предприниматели в России: Судебно-арбитражная практика. М., 1998. С. 37.

Применительно к интересующему нас аспекту осуществления частных прав нужно заметить следующее. Прообразом ныне действующих международных положений на этот счет являлся внутригосударственный акт, получивший широкий резонанс в мире - Декларация прав человека и гражданина, принятая во Франции в 1789 г. В ст. 4 этого акта указывалось: "Свобода состоит в возможности делать все, что не вредит другому: таким образом, осуществление естественных прав каждого человека ограничено лишь теми границами, которые обеспечивают другим членам общества пользование этими же правами" <1>.

<1> Цит. по: Малиновский А.А. Злоупотребление правом (основы концепции). М., 2000. С. 12.

Таким образом появился один из центральных принципов международного гуманитарного права и международного частного права, одновременно определяющий наиболее общий предел осуществления прав, при условии соблюдения которого поведение управомоченного лица признается правомерным.

В дальнейшем аналогичные правила были предусмотрены в ч. 2 ст. 29 Всеобщей декларации прав человека 1948 г. В ней, в частности, отмечалось, что "при осуществлении своих прав и свобод каждый человек должен подвергаться только таким ограничениям, какие установлены законом исключительно с целью обеспечения должного признания и уважения прав и свобод других и удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе" <1>.

<1> Всеобщая декларация прав человека. М., 1998.

Международный принцип надлежащего осуществления субъективных прав складывается из нескольких составляющих. Во-первых, из представления о том, что абсолютный характер прав граждан не предполагает абсолютности и бесконтрольности их осуществления. Во-вторых, надлежащее осуществление означает поведение лица, которое соответствует не только правовым, но и нравственным нормам, признаваемым в обществе. В-третьих, осуществление прав ограничивается для обеспечения и защиты важнейших социальных ценностей, вследствие чего правомерность осуществления поддерживается принудительными мерами.

В ст. 10 ГК РФ, по существу, необходимо было продублировать норму Конституции РФ (ч. 3 ст. 17), где сказано: "Осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц", поскольку последняя содержала указание на наиболее общий предел осуществления субъективных прав, в том числе и гражданских. В действительности, норма ГК РФ в действующей редакции не устанавливает этого предела, как это должно следовать из ее названия. Для того чтобы установить предел реализации гражданских прав, приходится толковать ч. 1 ст. 10 ГК РФ методом "от противного". Происходит это путем следующих умозаключений: так как причинение вреда другим лицам при осуществлении своего права запрещено, следовательно, пределом осуществления прав выступают объекты, которым может быть причинен подобный вред, т.е. права третьих лиц.

Показательна в этой связи опубликованная судебная практика по гражданским делам, в которых суды предпочитают ссылаться на предел осуществления прав, закрепленный в Конституции РФ, а не норму ГК РФ. При этом спорные правоотношения относятся к типично гражданско-правовым (жилищные) и норма ст. 10 ГК РФ должна была применяться в первую очередь, но в связи с неопределенностью перечисленных в ней пределов суд руководствовался ч. 3 ст. 17 Конституции РФ <1>.

<1> См.: Бюллетень ВС РФ. 2001. N 9. С. 1 - 2.

При этом возникает несколько вопросов, требующих разрешения: только ли права иных участников гражданского оборота служат ограничителями осуществления субъективных прав, или сюда же нужно отнести свободы (по аналогии с конституционным пределом)? Могут ли выступать пределом осуществления гражданских прав интересы третьих лиц?

Думается, что применительно к гражданскому обороту категория свободы практически полностью поглощается понятием "субъективное гражданское право" и не требует обособления в качестве самостоятельной границы осуществления прав. Упоминание свободы в нормах гражданского законодательства призвано либо подчеркнуть произвольность поведения субъекта и его независимость от чьей-либо воли, либо указать на то, что данное положение относится к разряду принципов права. Поэтому для цивилистики традиционным является выражение свободы через модель субъективного права.

Намного сложнее аспект соотношения субъективного права с интересом. Обе категории широко применяются в гражданском правовом регулировании. В отдельных институтах интерес обозначен как равнозначный правам предел реализации прав. Примером может служить институт права собственности, где свобода усмотрения собственника при осуществлении правомочий по владению, пользованию и распоряжению имуществом ограничивается не только правами, но и охраняемыми интересами других лиц (ч. 2 ст. 209 ГК РФ). Применительно к субинститутам права собственности на отдельные объекты это правило применяется не только в силу характера общей нормы, но и в связи с дополнительными отсылками, в частности, осуществление права собственности на землю (ч. 1 ст. 260 ГК РФ) должно соответствовать ст. 209 ГК РФ в силу прямого указания закона.

Субъекты иных вещных прав, к которым отнесено право хозяйственного ведения и право оперативного управления имуществом и др., при их использовании также ориентируются на общее правило ст. 209, а следовательно, ограничены в осуществлении как правами, так и интересами третьих лиц.

Применительно к такому субъекту гражданских отношений, как государство, законодатель и судебная практика признают в большинстве случаев именно "государственный интерес", а не конкретное субъективное право. В судебных постановлениях первой и апелляционной инстанций Арбитражного суда г. Москвы, касающихся установления факта злоупотребления правами, где в роли нарушителя пытаются представить государство в лице прокурора, можно встретить следующий аргумент: "Суд расценил обращение прокурора с данным иском как злоупотребление правом, поскольку доказательства, подтверждающие нарушение интересов государства и общества, не были представлены суду". И суд кассационной инстанции, мотивируя отмену предыдущих решений, делает акцент именно на категории интереса государства. "Кассационная инстанция не может согласиться с выводом суда о том, что прокурор злоупотребил правом на предъявление иска. Ссылка на то, что прокурор не представил доказательств, свидетельствующих, какие именно интересы государства и общества нарушены, также не может быть признана обоснованной и служить к отмене решения суда" <1>.

<1> Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 23 апреля 2001 г. Дело N КГ-А40/1689-01.

В то время как в советском правоведении соотношение интереса и субъективного права занимало главным образом специалистов в области гражданского процесса <1>, в связи с необходимостью применения нормы о защите судом и того и другого, в современной юридической литературе такое явление, как "интерес", изучается много и разносторонне <2>.

<1> См.: Чечот Д.М. Субъективное право и формы его защиты. Л., 1968. С. 25 и др.; Гукасян Р.Е. Проблема интереса в советском гражданско-процессуальном праве. Саратов, 1970 и др.

<2> См.: Малько А.В. Основы теории законных интересов // Журнал российского права. 1999. N 5/6; Крашенинников Е.А. Понятие охраняемого законом интереса. Ярославль, 2000.

Из соотношения двух указанных категорий можно вывести, что интерес лица может лежать за пределами правового поля, например как мотив его поведения или предпосылка к правообладанию. Применительно к сделкам это общепризнанное обстоятельство. Мотив, т.е. субъективное (психическое) отношение человека к совершаемому им действию, побуждение совершить либо не совершать сделку "лежит вне пределов самой сделки и не оказывает на нее никакого влияния" <1>. Следовательно, в таком понимании интерес лица юридически безразличен. Исключением являются случаи, когда закон или стороны в договоре не придают условию о мотиве значение существенного.

<1> Кротов М.В. Сделки // Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 1997. Ч. 1. С. 218.

В подобном понимании интерес, по сути, - фактическое состояние, которое не может выступать пределом для осуществления прав. К аналогичному выводу приходили и известные дореволюционные русские цивилисты <1>. Нарушение какого-либо интереса третьего лица, не

оформленного субъективным правом, не признавалось основанием для расценивания действий управомоченного лица в качестве правонарушения (злоупотребления правом). Ф. Регельсбергер отмечал: "Насколько управомоченный поступает согласно своему праву, настолько он может даже нарушать сферу чужих интересов. Он не может лишь нарушать сферу чужих прав" <2>.

<1> См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 112 - 113.
<2> Регельсбергер Ф. Указ. соч. С. 228.

Другое дело так называемый законный или охраняемый интерес, который обладает определенной защитой независимо от оформления в субъективное право. Его правовая защита связана с тем, что некоторым фактическим жизненным обстоятельствам, не закрепленным в содержании конкретного субъективного права, закон придает повышенное значение. К примеру, охраняемым является интерес нанимателей при принудительном обмене жилого помещения (ст. 68 Жилищного кодекса РСФСР), при котором суд учитывает заслуживающие внимание доводы и интересы лиц, проживающих в обмениваемом помещении. По существу, речь должна идти именно о принятии судом во внимание этого интереса, а не о его защите, поскольку элемент защиты главным образом позволяет определить природу требования: либо как основанного на праве, либо как вытекающего из фактического состояния, которое следует иметь в виду.

Действующее гражданское законодательство упоминает интерес как предел осуществления права собственности, никак его не конкретизируя. Если исходить из толкования ст. 209 ГК РФ, то собственник при использовании своего права не должен нанести ущерб любым социальным отношениям, в том числе и неправовым. Есть основания считать такое положение неоправданным сужением правовых возможностей собственника. При осуществлении права всегда задеваются чьи-либо интересы, но если они не оформлены правом и не обозначены особо в качестве интересов, заслуживающих правового внимания, они не должны служить ограничителем активности собственника, связанной с осуществлением права. Здесь должен соблюдаться приоритет права над "неправом", фактом.

В юридической литературе встречаются высказывания, что у самого интереса также есть пределы осуществления, и это позволяет проводить аналогию с моделью злоупотребления правом <1>. Они представляются необоснованными, поскольку в этом случае стирается всякая грань между рассматриваемыми понятиями, тем более что в действительности речь идет об интересе, который оформлен субъективным гражданским правом.

<1> См.: Курбатов А. Недопустимость злоупотребления правом как способ установления пределов реализации (удовлетворения) интересов // Хозяйство и право. 2001. N 9. С. 27 и след.

Считается, что при определенных условиях есть смысл рассматривать интерес в качестве критерия правомерности осуществления прав, в частности, когда руководитель коммерческой организации совершает сделки от имени, но не в интересах самой организации <1>. Аргументы высказываются следующие. Несмотря на то что действия директора презюмируются действиями самого юридического лица, судьи, а вслед за ними и некоторые авторитетные ученые считают, что "поскольку полномочие возникает лишь для действий в чужом интересе, то, если не было действия в чужом интересе, в интересе организации, при совершении данного действия исчезло и само полномочие руководителя" <2>.

<1> Подробнее см.: Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. М., 1999.
<2> Скловский К.И. О применении норм о злоупотреблении правом в судебной практике // Вестник ВАС РФ. 2001. N 2. С. 20.

Думается, что при всей актуальности проблемы злоупотребления правами руководителя юридического лица интерес вряд ли поможет в борьбе с этим видом злоупотребления правом. При такой ситуации под удар ставится вторая сторона по сделкам с этим юридическим лицом. Любой контрагент организации должен быть уверен в том, что директор действует от имени и в интересах организации. Установить соответствие действий руководителя действительным интересам юридического лица для партнеров по договорам нет возможности и, очевидно, необходимости. Поскольку такие сделки будут квалифицироваться по ст. 173 ГК РФ, то признание их недействительными будет зависеть от добросовестности другой стороны.

2. Средства и приемы защиты

Предваряя непосредственный анализ указанной категории в качестве одного из универсальных пределов осуществления прав, необходимо коротко остановиться на дискуссионности правовой природы права на защиту в теоретической и цивилистической

литературе. Для исследуемого вопроса выяснение сущности права на защиту имеет принципиальное значение, поскольку от этого зависит как отнесение его к тому или иному классу пределов, так и сама возможность рассматривать его в качестве ограничителя поведения лица по осуществлению права.

Традиционно правоведение рассматривает право на защиту как составную часть структуры любого субъективного права в числе других правомочий <1>. Следует подчеркнуть, что и в этом качестве некоторые детали в понимании права на защиту становятся предметом научных споров.

<1> См., например: Матузов Н.И. Субъективные права граждан СССР. Саратов, 1966. С. 45 - 46.

Существует мнение, согласно которому указанное правомочие не должно рассматриваться параллельно с другими, т.е. с правомочием на собственные активные действия и правами требования к обязанным лицам. Оно выражается в возможности обеспечить и гарантировать субъективное право при помощи мер государственного принуждения, следовательно, является неотъемлемым свойством субъективного права. Предполагается, что с его наличием та или иная фактическая возможность превращается в юридическую <1>. Нужно согласиться с выводом А.П. Сергеева о том, что, "несмотря на некоторые различия, существующие между этими точками зрения, принципиальных расхождений между ними нет, так как в обоих случаях право на защиту рассматривается в качестве обязательного элемента субъективного права" <2>.

<1> См., например: Иванов О.В. Вопросы советского государства и права // Труды Иркутского гос. ун-та. Серия юридическая. 1967. Т. XIV. Вып. 8. Ч. 3. С. 44; Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность. М., 1976. С. 73 - 74.

<2> Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 1. С. 267.

Антагонистическая позиция заключается в понимании права на защиту как самостоятельного гражданского права <1>. Она исходит из общетеоретического деления субъективных прав по выполняемым ими функциям на регулятивные и охранительные. Сторонники этой позиции полагают, что право на защиту не проявляется у лица в рамках регулятивного отношения. Его актуальность связана с нарушением или оспариванием материального субъективного права, т.е. реализуется при охранительном правоотношении. Такой подход к пониманию содержания субъективного права на защиту должен предполагать, в свою очередь, что в составе его содержания будут в наличии известные элементы, присущие любому гражданскому праву: правоповедение, правотребование, возможность защищать право.

<1> Там же. С. 267.

Последняя точка зрения имеет целый ряд достоинств, но не дает исчерпывающих ответов на принципиальные вопросы. В частности, не ясно, как должна соотноситься самостоятельность права на защиту с его зависимостью от содержания основного (нарушаемого или оспариваемого) субъективного права. Должно ли при этом выноситься за скобки содержания и структуры регулятивного субъективного права правомочие на защиту, а если да, то что будет отличать фактическую возможность от юридической? В каком статусе следует понимать фактические меры, предпринимаемые управомоченным лицом по самозащите прав, если право на защиту в целом будет не принадлежностью любого из гражданских прав, а самостоятельной юридической конструкцией?

Все эти сомнения составляют предмет отдельного научного интереса. Что касается исследуемого аспекта, то важно подчеркнуть следующее. В том случае, если право на защиту есть самостоятельный вид субъективных прав, охранительных по своему характеру, то его невозможно рассматривать в качестве предела осуществления гражданских прав. Более того, на осуществление этого права, в свою очередь, должны будут распространяться все иные универсальные пределы осуществления, а в ситуациях, прямо предусмотренных законом, и некоторые специальные. Именно такой порядок нужно будет применять и к действиям по самозащите права. Пределами необходимой обороны, крайней необходимости, оперативных мер воздействия на правонарушителя и даже фактических способов самозащиты, носящих превентивный характер (охрана имущества), будут права и интересы третьих лиц, адекватность выбранного приема защиты характеру нападения или иного посягательства и т.п. Таким образом, признавая самостоятельность права на защиту, необходимо будет признать невозможность его использования в роли предела осуществления гражданских прав, как это предлагалось некоторыми авторами <1>.

<1> См.: Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., 1972. С. 49; Ем В.С. Пределы осуществления субъективных гражданских прав // Гражданское право / Под ред. Е.А. Суханова. Т. 1. С. 157.

При традиционной оценке права на защиту в качестве элемента структуры любого субъективного гражданского права определенные ограничения, установленные в законе для реализации этого правомочия, должны носить характер универсального ограничителя поведения по осуществлению. Правомочие на защиту в соответствии со ст. ст. 11 - 12 ГК РФ может состоять из действий по самозащите, куда следует также относить возможность применения оперативных мер воздействия в отношении обязанного лица, а также из обращения за защитой права к компетентным органам для применения к правонарушителю мер государственного принуждения.

"Способ самозащиты гражданских прав - это действие или система действий по защите гражданского права, предпринимаемых управомоченным на то в силу закона или договора лицом без обращения в соответствующие государственные или иные правоохранительные органы" <1>.

<1> Свердлык Г., Страунинг Э. Способы самозащиты гражданских прав и их классификации // Хозяйство и право. 1999. N 1. С. 35.

В отношении действия лица по самозащите права, которые традиционно выражаются в состояниях необходимой обороны или крайней необходимости, следует заметить, что гражданское законодательство не детализирует указанные способы, предполагая заимствовать в уголовно-правовой науке и практике разработанные критерии их правомерности. В частности, единственным пределом реализации необходимой обороны и крайней необходимости в Гражданском кодексе указывается запрет на причинение вреда. Остальные требования, такие как соразмерность причиненного и предотвращенного вреда, защита действительного права от наличного, а не мнимого посягательства, соотнесение способов и приемов защиты с конкретными условиями правонарушения и т.п., применяются по аналогии.

Меры оперативного воздействия являются одним из самых дискуссионных способов самозащиты права <1>. В зависимости от своей природы и области применения (например, в договорных отношениях), а также в силу ряда особенностей, присущих этому виду защиты, он осуществляется в пределах, которые предусмотрены для отдельных видов субъективных прав. С учетом того что эти меры могут быть применены для превенции нарушения большинства субъективных гражданских прав, можно предположить, что не будет ошибкой отнести их в рамках нашей классификации к классу универсальных пределов. "Тем важнее станет правильность выбора того или иного способа самозащиты, поскольку при несоблюдении указанных требований действия по самозащите нарушенных прав могут перерасти в правонарушения (злоупотребление правом, самоуправство)" <2>.

<1> Подробнее см.: Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. С. 132 - 164.

<2> Свердлык Г., Страунинг Э. Указ. соч. С. 38.

Особый интерес в связи с анализом концепции злоупотребления представляют охранные действия субъекта в отношении своего имущества. Их обычно называют фактическими правоохранительными мерами <1>. На наш взгляд, их не следует рассматривать в качестве элемента структуры субъективного гражданского права. Фактическое поведение не может приравниваться к юридической возможности. Поэтому примеры злоупотребления при принятии лицом мер к охране имущества следует квалифицировать не как реализацию правомочия на защиту, предпринятую в рамках регулятивного правоотношения, до наступления посягательства, а как действия, входящие в содержание иных элементов субъективного права. Собственник дома, устанавливая забор с колючей проволокой, через которую проходит ток, действует для предупреждения возможного вреда от третьих лиц, т.е. реализует правомочие владения вещью. В этом контексте нельзя вести речи о злоупотреблении правом на защиту. Предпринятые меры к охране имущества призваны подтвердить в глазах окружающих то, что лицо вступило во владение, а также указать границы его собственности. В этой связи на осуществление мер по охране имущества должны распространяться все общие пределы осуществления субъективных гражданских прав, в первую очередь запрет на нарушение прав и охраняемых интересов иных лиц.

<1> См.: Грибанов В.П. Пределы осуществления гражданских прав. С. 177.

Поэтому ситуации с проведением электрического тока через ограждение или размещение собственником огнестрельного оружия со взведенным курком для простреливания ног возможному вредителю его имущества должны квалифицироваться как злоупотребление правом, т.к. налицо

нарушение центрального предела осуществления права, т.е. посягательства на права и интересы других лиц. Эффект от подобных охранных мероприятий может распространиться на прохожих, играющих рядом с забором детей, животных и т.п. Рассматривать такое деяние в качестве превышения пределов необходимой обороны не представляется возможным.

Отсутствие наличного действительного посягательства, профилактические цели приведенных мер не позволяют применять в этом случае нормы о превышении самозащиты. К тому же в подобной ситуации нарушается и один из специальных пределов осуществления, установленный в отношении владения и пользования имуществом, каким являются безопасные для жизни, здоровья, имущества третьих лиц средства и приемы осуществления прав.

Что касается пределов осуществления установленных для защиты прав через юрисдикционные органы государства, то нужно отметить, что большая их часть составляет процессуальную сторону проблемы. Какие-либо материально-правовые особенности в этом случае выделить трудно <1>.

<1> См.: Аксенова О.В. К вопросу о пределах осуществления гражданских процессуальных прав // Теория и практика субъективных прав и процессуальные формы их защиты. Тверь, 2000. С. 103 - 106.

Б) Специальные пределы осуществления прав

1. Добросовестность и разумность при осуществлении прав

Согласно п. 3 ст. 10 ГК РФ законодатель ставит защиту гражданских прав в прямую зависимость от того, осуществлялись ли эти права разумно и добросовестно. Размещение этой нормы в статье, посвященной пределам осуществления прав, свидетельствует, что при определенных обстоятельствах критерии добросовестности и разумности должны выступать ограничителями поведения по реализации права. Если бы это требование не связывалось с прямо указанными в законе случаями применения, оно могло бы претендовать на универсальность. "Эти требования отличаются от пределов, перечисленных в п. 1 ст. 10 ГК РФ, тем, что формулируют границы не любых гражданских прав, а только некоторых, специально указанных в законе" <1>.

<1> Емельянов В. Пределы осуществления гражданских прав // Российская юстиция. 1999. N 6. С. 16.

Думается, что нет оснований считать, будто одни права должны осуществляться добросовестно, а для других это не обязательно. В этой связи законодательная формула "в тех случаях, когда закон ставит защиту гражданских прав в зависимость от того, осуществлялись ли эти права разумно и добросовестно", с одной стороны, есть неоправданное сужение сферы применения этого предела. Такое легальное прочтение вынуждает относить добросовестность и разумность к группе специальных границ осуществления.

С другой стороны, причина, по которой законодатель не пожелал распространить это установление на осуществление всего круга гражданских прав, лежит на поверхности. Использование в юридической лексике так называемых "каучуковых" понятий должно быть определенным образом лимитировано. Конечно, такое положение является полумерой, компромиссом между желанием применить нравственные категории в правовом поле и осознанием опасности такого заимствования.

Поэтому на современном этапе будем рассматривать критерий добросовестности и разумности в отношении осуществления прямо оговоренных в законодательстве субъективных гражданских прав так, как это вынуждает нас делать законодатель, в качестве специального предела осуществления прав. При этом подчеркнем, что ценность нормы ст. 10 ГК РФ как общей по отношению ко всему иному гражданскому законодательству могла бы серьезно возрасти, если бы требование осуществлять права добросовестно и разумно распространялось на любую реализацию прав. Это позволило бы судьям обоснованно обращаться к этой норме в тех случаях, когда прямое установление добросовестности в отношении осуществления какого-либо права отсутствовало, но недобросовестное использование права причинило или могло причинить ущерб третьим лицам. К тому же это позволило бы не уточнять этот предел применительно к каждому отдельному институту.

Поскольку есть все основания считать добросовестность и разумность самостоятельными ограничителями негативной активности участников гражданского оборота, то некорректно ставить этот предел в зависимость от иных, указанных в ст. 10 ГК РФ, как это предлагает сделать И.Л. Иванов <1>.

<1> См.: Иванов И.Л. Принципы деятельности управляющих акционерного общества // Журнал российского права. 1999. N 5 - 6. С. 21.

Этимологическое значение слова "добросовестность" указывает на его нетождественность категории разумности, что позволяет говорить, по сути, о двух различных критериях осуществления. Поведение можно назвать добросовестным в том случае, если лицо, его совершающее, осознает свою ответственность перед другими членами общества, ориентируется на честное выполнение своих обязательств, руководствуется в поступках общественно полезным намерением, стремится избежать причинения вреда третьим лицам. Безусловно, в таком виде дефиниция не перестает нести нравственную, этическую нагрузку, не становится более удобной для правовых целей. В то же время она немного конкретизирует воспринятое правом понятие, которое с трудом укладывается в рамки стереотипного юридического мышления.

Что касается разумности, то это свойство, напротив, отображает интеллектуальную составляющую человеческого поведения, непосредственно не тяготеет к моральным качествам личности. Разумность характеризует способность лица логически и творчески мыслить, обобщать результаты своих знаний и опыта. Это понятие также инородно по отношению к правовым текстам, оно тяготеет, скорее, к экономическому содержанию общественных отношений.

Закономерен вопрос, насколько эффективным и востребованным может быть применение указанных категорий в рамках юридических конструкций и правоприменения. Следует подчеркнуть, что ГК РСФСР 1964 г. обходился вовсе без упоминания понятия "разумность", а "добросовестность" употреблял только в двух аспектах: в отношении добросовестности владения и добросовестности приобретателя. Позднейшее гражданское законодательство начинает более активно пользоваться этическими, несвойственными праву терминами. Эти характеристики служат критериями сроков исполнения обязательств, осуществления отдельных видов субъективных гражданских прав. Современный ГК РФ не только широко применяет оба явления в своих нормах, но и формулирует их в качестве специальной правовой презумпции для осуществления строго оговоренных гражданских прав.

Из смысла гражданского законодательства ясно, что добросовестность понимается среди обстоятельств, которые определяют субъективную сторону поведенческой активности субъекта (не знал, не мог знать, не должен был знать о правах третьих лиц либо о своей неуправомоченности). При помощи добросовестности могут оцениваться действия лица и для выяснения противоправности, т.е. для описания объективной стороны поведения. "Недобросовестными могут быть признаны лишь граждане и организации, совершая противоправные действия или бездействия, знали или должны были знать о характере этих действий и их последствиях. Если бы это было не так, в тексте соответствующих норм говорилось бы не о недобросовестности, а о противоправности. Указание же именно на недобросовестность свидетельствует о необходимости интегрированного понимания данной категории" <1>. В частности, недобросовестность составляет элемент состава такого вида злоупотребления правом, как недобросовестная конкуренция, характеризуя и субъективную сторону деяния, и его объективную сторону.

<1> Богданов Е. Категория "добросовестности" в гражданском праве // Российская юстиция. 1999. N 9. С. 13.

Двойственность, заключенная в том, что добросовестность может одновременно относиться к вине и объективной неправомерности поведения либо характеризовать только одну из указанных сторон, делает затруднительным применение ее в роли предела осуществления гражданских прав. Такого рода дуализм не может не осложнять в том числе и квалификации отдельных составов злоупотребления правом. В отличие от упоминаемой ранее недобросовестной конкуренции, где добросовестность в своем отрицательном значении относится в большей степени к противоправности поведения, в иных видах злоупотребления она свидетельствует об оценке лицом своих действий и их последствий. Это обстоятельство иногда служит основанием для вывода о том, что для большинства составов злоупотребления, вне сферы конкурентных отношений, добросовестность является субсидиарной границей осуществления и может обозначаться следующим образом: "лицо, реализующее принадлежащее ему субъективное гражданское право, следует считать добросовестным в том случае, когда оно действует без умысла причинить вред другому лицу, а также не допускает самонадеянности и небрежности к возможному причинению вреда" <1>.

<1> Емельянов В. Пределы осуществления гражданских прав. С. 16.

Думается, что в этом вопросе нужно согласиться с другой позицией, когда требование добросовестности по существу будет означать недопущение недобросовестного поведения участников гражданского оборота, следовательно, характеризовать правомерность поведения <1>.

<1> См.: Иванов И.Л. Указ. соч. С. 22.

Уяснение содержания добросовестности в правоотношениях важно по той причине, что подобное осуществление прав презюмируется законодателем. Презумпция есть положение, признаваемое истинным, пока не доказано обратное. В тех ситуациях, когда кто-либо расценивает поведение управомоченного лица как недобросовестное, вследствие чего возможно причинение вреда, ему следует доказать это обстоятельство в суде. В ином случае этот предел считается ненарушенным, несмотря на любые фактические отношения и их бытовое понимание. В соотношении презумпции добросовестности с двумя другими известными в цивилистике ключевыми презумпциями виновности (п. 2 ст. 401 ГК РФ) и разумности выявляются следующие ее особенности, важные для настоящего исследования.

Во-первых, презумпция добросовестности в отличие от виновности не может иметь общеправового значения, как полагают некоторые авторы <1>, иначе два этих предположения исключили бы друг друга. "Добросовестность и виновность характеризуют поведение субъекта гражданского права в плане его отношения к своим действиям и их последствиям. Однако в таком случае обе эти презумпции одновременно существовать не могут..." <2>. Презумпция добросовестности законна по своей природе, т.е. применяется в строго установленных случаях. По этой же причине нет необходимости в дополнительном подтверждении ее в своей положительной форме в судебном разбирательстве. К компетенции суда отнесено только опровержение этой презумпции. В силу строго ограниченной области применения предположения о добросовестности и его значения в своем негативном проявлении, презумпция добросовестности может сосуществовать с общеправовой презумпцией вины в гражданском праве.

<1> См.: Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 1. С. 326.
<2> Богданов Е. Указ. соч. С. 13.

Во-вторых, в сравнении с презумпцией виновности категория добросовестности, предусмотренная в качестве предела осуществления гражданских прав, связывается не только с возможностью применения мер ответственности, но с защитой права всем многообразием указанных в ГК РФ способов. Недобросовестное лицо может претерпевать определенное воздействие на свое поведение без привлечения к юридической ответственности.

По поводу разумности, которая также предполагается при реализации определенных прав и обязанностей, нужно подчеркнуть, что она в большей степени призвана характеризовать объективную сторону деяния. Именно в этой связи разумность как предел использования прав и одновременно при посягательстве на право - как основание считать деяние правонарушением, вызывает сомнение. Если добросовестность, преимущественно описывающая вину лица, более или менее установима, а в тех случаях, когда она относится к составу объективной стороны, законодатель перечисляет возможные виды недобросовестных деяний, то разумность не конкретизируется нигде. Ее смысловые нюансы в этом смысле более оценочны, опасны для правопорядка, чем применение моральной оценки качеств лица.

Считается, что для уяснения разумности поведения необходимо мысленное моделирование некоей идеальной личности, т.е. нормального среднестатистического человека, с тем, чтобы на примере его поведения судить о разумности действий участников гражданского оборота.

"Юридически значимым качеством, критерием правомерности актов психической (разумное поведение, разумное понимание) или физической (разумные меры, разумное ведение дел) деятельности человека в предусмотренных законом случаях является их соответствие возможному поведению разумного человека в конкретной ситуации", - отмечает В. Емельянов, уточняя при этом: "Под разумными следует понимать действия, которые совершил бы человек, обладающий нормальным, средним уровнем интеллекта, знаний и жизненного опыта" <1>.

<1> Емельянов В. Указ. соч. С. 16.

В международной правотворческой практике известен случай, когда при разработке Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Венская конвенция 1980 г.) китайская делегация предложила использовать термин "разумный" (reasonable) в тексте ст. 9, но предложение было отклонено из-за возражений, которые были озвучены представителями ФРГ. Суть их сводилась к тому, что подобный термин может создать в применении норм Конвенции слишком много проблем, так как его смысловое значение неясно <1>.

<1> См.: Patrick X. Bout Trade Usages: Article of Convention on Contracts for the International Sale of Goods // <www.cisgw3.law.pace.edu/cisgw/bibli/bout.html>.

Определение правовых понятий при помощи оценочных и нравственных категорий всегда вызывало недовольство в научной среде. Еще проф. И.А. Покровский подвергал жесткой критике идею "доброй совести" и "добрых нравов" (*bona fides*), которая была возрождена с рецепцией позднего римского права в ряде европейских кодексов XIX в., в частности в Швейцарском и Германском гражданском уложениях. "Как только мы выйдем из пределов этого ясного и определенного понятия, мы попадем на наклонную плоскость, по которой мы неизбежно докатимся до полного судейского контроля за всей областью оборота, с точки зрения современных субъективных и произвольных представлений о "справедливости", "социальном идеале" и т.п.". И далее: "И нельзя не согласиться с тем, что допущение такого широкого простора судейскому усмотрению было бы со стороны закона чудовищным "моральным хакарири" <1>.

<1> Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 259 - 260.

В настоящее время не ослабевает дискуссия о том, какова должна быть роль судебной практики в обработке и уточнении смысла оценочных понятий норм закона, причем обе дискутирующие стороны осознают невозможность абсолютного неприменения в юридической лексике нравственных терминов. Другое дело, каким образом можно бороться с толкованием их, вредящим прочности правопорядка.

По мнению М.И. Брагинского, "использование ГК указанных и некоторых других такого же типа "каучуковых" понятий открывает перед судом широкие возможности для учета особенностей конкретного дела, которое им рассматривается" <1>. С этим тезисом трудно не согласиться, но сыграет ли положительную роль судебная практика в выработке представлений об этих явлениях и как долго будет длиться этот процесс, остается неясным. В настоящее время наличие такого рода категорий означает, как правило, неприменение судьями норм, их содержащих.

<1> Брагинский М.И. О гражданском кодексе РФ // Вестник ВАС РФ. 1995. N 7. С. 101.

Смысловая размытость нравственных категорий, их неприспособленность для практики лежат на поверхности, поскольку "представления о морали не зафиксированы документарно, а в сознании людей могут быть истолкованы весьма различно" <1>.

<1> Аксенова О.В. Указ. соч. С. 104.

Думается, что российское законодательство уже не откажется от употребления понятий добросовестности и разумности, а также от использования этой презумпции как одного из специальных пределов осуществления прав. Поэтому следует прибегнуть к традиционному для нашей правовой системы средству преодоления неоднозначности терминов, а именно предложить высшим судебным инстанциям разработать более или менее ясные критерии их применения, в том числе для квалификации злоупотребления правом.

2. Назначение права

Анализируя назначение права в рамках классификации пределов осуществления, следует иметь в виду, что критерии отнесения пределов к тому или иному классу выведены нами из законодательства. В случае с назначением сложилась ситуация, когда теоретические разработки и выводы оказались не воспринятыми законодательством, пришли с ним в противоречие.

Исходя из легального понимания пределов, назначению в настоящее время в ГК РФ отводится вспомогательная роль в рамках отдельных правовых институтов, главным образом в жилищных отношениях. Именно поэтому оно относится к группе специальных пределов осуществления. По большому счету назначение как свойство, присущее любому субъективному праву, как цель его существования, оказывает значительное влияние на осуществление субъективного права, в связи с чем обладает свойством универсальности.

Такое положение существовало на протяжении советского периода истории нашей страны, что и послужило, надо полагать, основанием для исключения назначения из текста общей нормы о злоупотреблении правом. В этом случае модернизация законодательства была непродуманной.

Назначение права заключается в легальной, общественно полезной цели, ради которой субъект обладает правом и использует его. Можно предположить, что назначение имеет два аспекта. При широкой трактовке указанного понятия под ним понимают удовлетворение потребностей и интересов, которые существуют у управомоченного лица и возникают в сфере

производства, распределения и потребления материальных благ. Такое определение можно распространить на любое субъективное гражданское право без учета его особенностей.

Функциональное назначение каждого вида прав должно прямо и недвусмысленно предусматриваться в нормах соответствующего института, находиться в зависимости не столько от природы права, сколько от свойств объекта, принадлежащего лицу на определенном правовом основании. В частности, назначение права на имя не подчеркивается в тексте закона, но из его смысла следует, что оно направлено на индивидуализацию лица среди других участников гражданских правоотношений. Если при осуществлении права на имя субъект воспользовался правомочием в определенных случаях использовать псевдоним, то истинное назначение этого права не должно игнорироваться. Псевдоним должен в определенной мере выполнять функцию индивидуализации, не вводить в заблуждение окружающих. Именно этим обстоятельством объясняется недопустимость использования в качестве псевдонима имен людей, известных в той же области деятельности.

Нередко юридическая характеристика объекта права является определяющей для решения вопроса о назначении права на определенный объект. Следует подчеркнуть, что в этой ситуации назначение не будет распространяться на весь правовой институт. Так, жилое помещение согласно ст. 288 ГК РФ предназначено исключительно для проживания граждан, поэтому назначением права собственности на жилое помещение будет удовлетворение потребностей собственника или третьих лиц в жилье. Аналогичная норма есть в ЖК РФ в ст. 30: "Собственник жилого помещения осуществляет права владения, пользования и распоряжения принадлежащим ему на праве собственности жилым помещением в соответствии с его назначением и пределами его использования" <1>. Но ни в коем случае не имеет смысла распространять указанную легальную цель на право собственности в целом.

<1> СЗ РФ. 2005. N 1 (ч. 1). Ст. 14.

В российской цивилистике до принятия Гражданского кодекса 1994 г. не существовало разногласий о необходимости выделения назначения в качестве главного предела надлежащего осуществления прав. Начиная со ст. 1 ГК РСФСР 1922 г., в который устанавливалось, что "гражданские права охраняются законом, за исключением тех случаев, когда они осуществляются в противоречии с их социально-хозяйственным назначением", этот предел был сначала единственным, а затем наиболее значительным из числа иных ограничений права пользования <1>.

<1> Подробный анализ ст. 1 ГК РСФСР 1922 г. и кодифицированных актов советского периода см.: Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. С. 64 и след.

Толкование этого термина являлось предметом острой дискуссии у специалистов по гражданскому праву. Социально-хозяйственное назначение рассматривалось в качестве одного из проявлений теории социальных функций <1>. Его объединяли с гражданской правоспособностью, которая в контексте ст. 4 ГК РСФСР 1922 г. предоставлялась гражданам в целях развития производительных сил страны, в связи с чем назначение гражданских прав определялось исключительно производственными интересами <2>. В преломлении к концепции злоупотребления правом, социально-хозяйственное назначение было единственным основанием для квалификации деяния в качестве шиканы. С.А. Аскназий усматривал в нем возможность пресечения и иных видов злоупотребления правом <3>. Несомненный интерес представляет позиция И.Б. Новицкого, который считал, что из смысла ст. 1 ГК РСФСР 1922 г. следует регулирование так называемых "соседских" отношений <4>. Соседское право было незнакомо советской доктрине, считалось атрибутом западных, буржуазных направлений в праве. В то же время правоприменительная практика сталкивалась с необходимостью разрешения спорных ситуаций в отношениях между владельцами сопредельного имущества, на что и старался сделать акцент профессор И.Б. Новицкий.

<1> См.: Канторович Я. Первая статья Гражданского кодекса // Право и жизнь. 1925. Кн. 2 - 3. С. 9.

<2> См.: Добров А. Статья 1 Гражданского кодекса // Право и жизнь. 1927. Кн. 1. С. 28.

<3> См.: Аскназий С.А. Статья 1 Гражданского кодекса // ЕЖСЮ. 1923. N 38. С. 39.

<4> См.: Новицкий И.Б. Принцип доброй совести // Вестник гражданского права. 1926. N 6. С. 56 - 57.

Показательно, что параллельно с научной дискуссией о толковании ст. 1 ГК РСФСР 1922 г. практика активно применяла указанную норму, хотя во многом безграмотно и необоснованно. Таким образом, правоприменители собственным негативным опытом давали понять, что для

квалификации злоупотребления правом как особого вида деликта требуется детальная, продуманная характеристика, в первую очередь объективной стороны деяния. Назначение права даже "социально-хозяйственное" - критерий слишком неоднозначный. Его применение в роли предела осуществления может стать причиной судебного произвола. Учитывая, что в рамках командно-административной системы хозяйствования стала очевидной опасность регулирования отношений при помощи трудноустановимой категории, для современного гражданского оборота, где приоритетной является защита субъективных прав граждан, такого рода предел осуществления тем более неудобен. К концу 30-х годов XX в. практика применения этой нормы, как и многочисленные судебные решения, была признана вышестоящими инстанциями не соответствующей социалистической законности. В практике общая норма, содержащая указание на предел осуществления прав - назначение, уступила место специальным нормам. Большая часть случаев злоупотребления стала разрешаться на основании правил о недействительности сделок, так как суды избегали толковать и применять общий предел.

В дальнейшем в советском законодательстве указание на назначение с дополнительными характеристиками (например, назначение прав в социалистическом обществе в период строительства коммунизма) сохранялось вплоть до современного гражданского законодательства.

Из советского опыта толкования назначения можно сделать два заключения. Первое - что назначение есть легальная цель правообладания, а осуществить право в соответствии с назначением означает "такое поведение лица, которое отвечает содержанию и цели данного права" <1>. Второе - назначение в роли свойства любого гражданского права не является объективным и неизменным. Им охватываются представления людей о том, зачем необходимы предоставленные ими правомочия. В этом смысле представления о цели субъективного права влияют и на выбор лицом надлежащего способа его реализации. Субъект права формирует собственное видение назначения прав, опираясь на образовательный, социальный, культурный уровень, ему присущий <2>.

<1> Рясенцев В.А. Условия и юридические последствия отказа в защите прав (к ст. 5 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик) // Советская юстиция. 1962. N 9. С. 8.

<2> См. подробнее: Кашанина Т.В. Оценочные понятия в советском праве // Правоведение. 1976. N 1. С. 25 - 31.

Следовательно, нужно признать серьезное воздействие назначения на побудительные интересы индивидов при приобретении ими субъективных прав, его способность ориентировать правоосуществление как в нужном, социально полезном, так и в осуждаемом правом направлении.

Серьезным недостатком легальной цели, затрудняющим ее использование как универсального предела, является большая степень субъективности, зависимости от условий внешнего воздействия на субъекта права, а также в неточности толкования правоприменителем. Поэтому нужно сделать вывод, что, во-первых, назначение права не следует распространять для сдерживания негативных эффектов осуществления на все гражданские права. Не представляется возможным однозначно выяснить назначение права собственности, авторского права, субъективных прав на результаты интеллектуальной деятельности. Слишком разнообразны объекты этих субъективных прав, что влияет на определение назначения, многоплановы интересы управомоченных лиц.

Во-вторых, более ценно использовать назначение права в роли специального ограничения, несколько расширив сферу его применения. "Назначение", скорее всего, является качеством объекта отношений. Именно у вещей или благ нетрудно установить цель создания и использования. Поэтому, если закон или обычай делового оборота устанавливает смысл и функции конкретного объекта, то это отражается на процессе осуществления права на данный объект.

Не только жилищные отношения могут ориентироваться на легальную цель. Назначение прав нетрудно установить в сфере расчетных отношений, обязательств, связанных с перевозкой, способов обеспечения исполнения обязательств и т.п.

В-третьих, разумно учитывать назначение субъективного права субсидиарно к универсальным пределам осуществления, что в определенной ситуации может облегчить квалификацию поведения лица в качестве неправомерного.

3. Способы и средства осуществления

Пределы осуществления субъективных гражданских прав могут определяться правилами о недопустимости или допустимости тех или иных способов осуществления. Соответствующие правила не обобщены каким-либо образом в тексте закона.

Это ограничение носит ярко выраженный специальный характер и по причине своего закрепления в специальных нормах отдельных институтов, и в той связи, что способы соотносятся с конкретным субъективным правом в условиях определенной жизненной ситуации. Случается, что один и тот же способ будет надлежащим в ненаселенной местности (к примеру, уничтожение вещи путем сожжения) и противоправным в черте населенных пунктов.

Способ означает единичное действие или систему действий, применяемых управомоченным лицом при использовании правомочий, заключенных в содержании его субъективного права. Средства, как правило, употребляются в более широком значении, служат родовым понятием по отношению к способам, приемам, орудиям, которые применяются лицом для достижения цели или удовлетворения потребностей.

Самым подробным образом средства осуществления детализированы в институте права собственности и иных вещных прав. Причем, учитывая особую важность для общественных, публичных интересов режима собственности и использования недвижимого имущества применительно к конкретному объекту, способы осуществления служат пределом осуществления и гарантией прав других участников оборота (соседей, собственников, арендаторов и т.п.).

В отношении средств осуществления иных имущественных субъективных прав можно сказать, что в законе содержатся самые общие установки, основанные на принципе "не навреди". Такое положение соответствует началам цивилистики, а именно диспозитивности регулирования частных правоотношений. Традиционно приемы осуществления прав из договоров подлежат определению по соглашению сторон.

В то же время из смысла гражданского законодательства можно вывести следующие общие требования к средствам и способам осуществления гражданских прав:

1) безопасность для жизни, здоровья, имущества граждан и организаций. Практически исключены такие варианты использования прав, которые предполагают взрывы, сжигания, затопления, уничтожение имущества посредством ядовитых химических веществ, слишком громкий звуковой эффект и пр. Каждый подобный способ осуществления допустим либо с санкции (разрешения) государственных органов, либо должен производиться вне населенных пунктов. Исключения могут составлять бытовые и незначительные их проявления, к примеру, сжигание мусора;

2) отсутствие проявлений жестокости и соответствие способов осуществления прав принятым в обществе нравственным нормам. Указанное положение главным образом относится к правам на животных как особый объект. Обращение с животными должно быть не только безопасным для них и окружающих, но оно должно быть гуманным. В случаях жестокого обращения с животными право собственности подлежит прекращению, в порядке его выкупа любым лицом, предъявившим требование в суд (ст. 241 ГК РФ). Ссылка при этом на основы морали и гуманизма является необходимым техническим приемом для права, поскольку дает возможность избежать перечислений всех вероятных способов ненадлежащего обращения с животными;

3) требование, предъявляемое к средствам и способам, можно сформулировать по аналогии с римским частным правом, как "быть рачительным хозяином" принадлежащего имущества. Во всяком случае, "бесхозяйственность" при определенных условиях должна рассматриваться как частный случай злоупотребления правом. Вызвано это несколькими причинами. Во-первых, бесхозяйственное обращение служит предпосылкой для причинения вреда третьим лицам, создает угрозу правам и интересам окружающих. В частности, аварийное состояние здания или сооружения в силу нерачительного обращения не может быть личным делом его собственника, так как от этого терпят неудобства расположенные рядом строения, жильцы, наниматели, арендаторы, а нередко и случайные прохожие. Во-вторых, бесхозяйственное осуществление прав на особо ценные исторические, культурные, архитектурные, научные объекты может привести к их утрате или существенному повреждению, что будет ущемлять общественный интерес. Поэтому по решению суда у лица, ненадлежащим образом осуществляющего свое право, ценности такого рода могут быть изъяты путем выкупа государством или продажи с публичных торгов (ст. 240 ГК РФ). В-третьих, данное негативное свойство способов осуществления прав может означать оказание вредного воздействия на окружающую природную среду. В последнем случае речь будет идти об одновременном подпадании под действие норм гражданского, природоохранительного, земельного законодательства.

Таким образом, право препятствует осуществлению права, если избранные управомоченным лицом средства и способы могут оказать пагубное влияние на личные неимущественные блага или имущество третьих лиц. Исключением выступают ситуации, когда не затрагиваются права и интересы граждан и юридических лиц. Следовательно, специальный характер этого вида пределов определенным образом сочетается с универсальностью правила о ненарушении области правового господства иных субъектов.

Трудно согласиться с мнением, согласно которому способы правопользования, являющиеся пределами осуществления гражданских прав, однородны в этой функции с "запретами,

устанавливающими недопустимость нарушения формы и порядка осуществления субъективных гражданских прав" <1>. Последние условия при их несоблюдении не могут повлечь за собой совершение злоупотребления правом. Смысл и значение превышения пределов осуществления заключаются в четкой взаимосвязи со злоупотреблением правом. Несоблюдение письменной формы сделки, даже повлекшее ее ничтожность, нельзя считать деликтом (злоупотреблением). Что касается процедуры осуществления, то в качестве примера приведен запрет на отчуждение имущества, находящегося в долевой собственности, с нарушением права преимущественной покупки. Нужно признать, что режим общей собственности нередко становится почвой для совершения злоупотребления правом, но не в связи с несоблюдением предусмотренной процедуры отчуждения. Пределом, который превышает при ненадлежащем осуществлении права общей собственности на имущество, являются права другого сособственника.

<1> Гражданское право: В 2-х т. / Под ред. Е.А. Суханова. Т. 1. С. 157.

Глава 2. ИСТОРИЯ УЧЕНИЯ О ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИИ ПРАВОМ

§ 1. Зарождение представлений о злонамеренном использовании прав в Древнем Риме

В том, что злоупотребления гражданскими правами имели место на протяжении многовекового развития цивилистических институтов, убедиться не трудно. Значительно сложнее выяснить качественные особенности поведения, составляющего злоупотребление правом, и ответить на вопрос, насколько соотносимо современное представление об этом явлении с ранее существовавшими взглядами. Иными словами, следует понять, идет ли речь об одном и том же правовом феномене или с течением времени отношение к злоупотреблению правом изменилось настолько, что становится бессмысленным отыскание его исторических первоисточков.

Для ответа на этот вопрос нет необходимости в освещении правового воздействия на ненадлежащее осуществление субъективных прав на каждом этапе развития общества. Требуется произвести выборку историко-правового материала, ориентируясь на прогрессивные в юридическом понимании эпохи. Для последовательного анализа интересующего нас аспекта необходимо и достаточно остановиться на следующих периодах: частном праве Древнего Рима; идеях нового времени, точнее, времени с начала первых европейских кодификаций и до окончания XIX в.; отечественной цивилистике советского периода развития.

Принято считать, что значительная часть правовых институтов берет свое начало из юридических конструкций Древнего Рима. Применительно к злоупотреблению частными правами римские источники и мнения юристов традиционно служат точкой отсчета с определенными оговорками, хотя первое легальное упоминание злонамеренного использования субъективного права действительно можно найти в римских правовых текстах.

В отличие от анализа юридических представлений по вопросам вещных прав, цессии, семейного и наследственного регулирования, где заслуга римского права столь велика, что современные исследования не могут обойтись без детального его изучения и во многом основывают на нем свои выводы и предложения, в теории злоупотребления правами римскому частному праву обычно отводится роль декоративная и второстепенная.

В юридической литературе упоминается о том, что в древнеримских правовых памятниках есть описание отдельных ситуаций, напоминающих по своим признакам злоупотребление субъективным гражданским правом. Однако создается впечатление, что значение римского права в этом вопросе невелико, и только уважение к традиции начинать исторический экскурс с его положений вынуждает ученых останавливаться на описании указанных в римских источниках случаев злоупотребления. Более того, общепризнанным стал вывод, сделанный профессором В.П. Грибановым: "Проблема злоупотребления правом в римском праве существует лишь как проблема решения отдельных, исключительных по своему характеру случаев" <1>, с чем соглашаются и другие исследователи <2>.

<1> Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. С. 29.

<2> См.: Малиновский А.А. Злоупотребление правом (основы концепции). С. 7.

Думается, что подобное заключение соответствует действительности только отчасти. Оно верно, поскольку констатирует, что в дошедших до нас немногих памятниках римского права упоминаний того, что мы называем злоупотреблением правом, немного и все они известны. В остальном же вывод об игнорировании римскими юристами указанной проблемы представляется поспешным.

Начнем с того, что на ранних этапах существования римского права (старого гражданского права) большая часть правовых явлений рассматривалась исключительно с практической точки

зрения. Не были свойственны римскому частному праву научные искания, право должно было решать вполне определенные задачи, связанные с эффективным регулированием конкретных жизненных ситуаций. С этим римские правоведы и правоприменители справлялись должным образом. "Выработав удивительную по своему техническому совершенству систему действующего права, римляне мало думали о его дисциплине... мало занимались теоретической разработкой юриспруденции и того менее выяснением ее основных начал" <1>.

<1> Зверев Н.А. Указ. соч. С. 31 - 32.

В этой связи решения отдельных случаев, приводимые римскими юристами, были не только иллюстрациями правореализации, но и собственно правом. Римское право - "не теоретическое исследование, а более всего казуистические решения... Создание римских юристов было чисто практическое, исходившее из наблюдения этой жизни и направленное на удовлетворение ее запросов средствами существующего права" <1>.

<1> Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 109.

Ответ на вопрос, почему осуществление права, в том числе ненадлежащее, не являлось первоочередной проблемой в римском частном праве, кроется, на наш взгляд, в двух причинах. С одной стороны, реализация частных правовых возможностей длительное время оставалась в стороне от государственного вмешательства. "Государственная власть в древнейшее время не вмешивалась в столкновения между частными лицами" <1>. В период действия старого гражданского права большая часть обязательств из правонарушений отдавалась на усмотрение "обиженного" и "обидчика". Надо полагать, что соседские конфликты урегулировались по такому же образцу непосредственно сторонами.

<1> Покровский И.А. История римского права. СПб., 1998. С. 377.

Во-вторых, основы соседского взаимодействия, устанавливающие правила сосуществования на близлежащих земельных участках, были сложившимися испокон веков обычными нормами человеческого поведения. До тех пор, пока отношения собственности не усложнятся настолько, чтобы обычаи не были в состоянии справляться с разрешением разного рода конфликтов в этой области, а также пока не возникнет задача унифицировать взаимоотношения собственников, не требовалось законодательного внимания к проблеме позитивного осуществления права собственности. Субъективные представления людей о праве как мере справедливости до определенного момента позволяли публичной власти не регулировать большую часть гражданских общественных отношений.

Римское частное право в значительной мере несло на себе отпечаток правовых воззрений древности, в том смысле, что отличалось теократическим, сакральным и в целом крайне формализованным характером. Ю.С. Гамбаров отмечал, что "права облакаются здесь в твердые и неподвижные формы, вне которых они не пользуются никаким внешним признанием" <1>. Это положение не могло содействовать повсеместной замене писанным правом устных обычных норм, так как последние были подвижнее, отличались ясностью и гибкостью применения. Следовательно, пока не сформировались соответствующие условия, не могло быть и речи о законодательном регулировании и адекватном судебном разбирательстве споров о злостном использовании правовых возможностей. Условия эти следующие:

<1> Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 96.

- 1) постепенное усовершенствование римского писаного права, его целенаправленное движение от разрешения единичных казусов к обобщенному правовому регулированию;
- 2) отход от формализованности процедуры разбирательства конфликтов;
- 3) появление органов, в компетенцию которых входило рассмотрение гражданско-правовых деликтов и решения которых были принудительно обеспечены;
- 4) усложнение социальных отношений, в первую очередь отношений собственности на недвижимое имущество и земельные участки, вынуждающие прибегать к государственному вмешательству для нормального сосуществования собственников, защиты общественных интересов и т.д.

Наличие всех перечисленных обстоятельств (условий) было отмечено в конце классического римского периода. Поэтому сначала в Институциях Гая, а много позднее в Дигестах Юстиниана появляются правила, направленные на установление определенного баланса интересов собственника и иных управомоченных лиц при использовании ими своих прав, которые по существу могут служить прообразом пределов осуществления частных прав.

К началу первого века до нашей эры происходит заметное усиление интереса римской юриспруденции к вопросам неприкладного характера. Право из прикладной дисциплины начинает обретать черты наукообразности. Труды римских юристов этого периода - уже не просто консультации по практическому толкованию и применению обычаев и принципов, а попытка их философского осмысления. "Оставаясь практиками, юристы в то же время начинают более разрабатывать юридические вопросы и теоретически" <1>.

<1> Покровский И.А. Указ. соч. С. 137.

Решения отдельных случаев, описанные у Гая и в других источниках (Цельсом, Помпонием), свидетельствуют о том, что римские юристы столкнулись с необходимостью пересматривать казавшиеся незыблемыми правовые постулаты, в особенности касающиеся права собственности. Выяснилось, что формула *qui iure suo utitur, neminem laedit*, т.е. тот, кто пользуется своим правом, никому не причиняет вреда, не абсолютна <1>, пусть даже исключения из нее не получили широкого распространения. Заключенный в ней принцип неограниченного осуществления субъективных прав вступал в противоречие с конкретными жизненными обстоятельствами. Его действие на практике означало, что свобода управомоченного лица проявляется в целом ряде неудобств и стеснений, а иногда в прямом ущербе для другого, равномасштабного субъекта.

<1> См.: Доманжо В. Ответственность за вред, причиненный путем злоупотребления правом // Ученые записки Казанского университета. Кн. 5. 1913. С. 1.

Осмысление сложившегося противоречия между принципиальным положением и практикой осуществления субъективных прав позволило римским цивилистам прийти к выводу, который на современном этапе воспринят большинством европейских стран, включая Российскую Федерацию. Он заключался в запрещении деяния, которое формально соответствовало мере правового господства субъекта (субъективному праву), но не служило удовлетворению никаких его интересов. В позднейшем законодательстве такое деяние стало называться *shikane* (шикана). Таким образом, практика разрешения отдельных споров руководствовалась иным подходом к использованию субъективных прав. Сохранились изречения, которые прямым образом запрещали шикану, вернее, то, что в современных условиях рассматривается в качестве таковой.

Можно прочесть у Гая: *male nostro iure uti non debemus* (I; 53); или *malitiis indulgen dumnon est* (I, 38. D. 6.1) <1>. В Институциях речь идет о злоупотреблении правом хозяина по отношению к рабу, в частности, закреплено следующее положение: "Не допускается чрезмерно жестоко поступать со своими рабами без законной причины", и далее: "В случае если бы жестокость господ показала невыносимую, их нужно принуждать продать своих рабов в другие руки. И то и другое по справедливости, так как мы не должны злоупотреблять предоставленным нам правом" <2>.

<1> Цит. по: Барон Ю. Система римского гражданского права: В 2-х вып. и 3-х кн. СПб., 1898. Вып. 1. Кн. 1. Часть общая. С. 175.

<2> Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. М., 1997. С. 24.

По аналогичному основанию и в связи со ссылкой на злоупотребление правом Гай указывает на воспрепятствование расточителям управлять своим имуществом, поскольку при этом затрагивались права членов его семьи, наследников, иждивенцев <1>.

<1> Там же.

Наиболее ярко свидетельствует о регулировании так называемой шиканы осуждение владельца дома, который перед его продажей счищал со стен гипсовые украшения и живопись с единственной целью - досадить будущему собственнику. Цельс, разрешая этот спор, заявил: "Не следует снисходить к злобе" <1>.

<1> См.: Перетерский И.С. Дигесты Юстиниана. М., 1956. С. 14.

Этот пример получил известность, так как он наглядно показывает бессмысленность, бесполезность такого поведения для владельца и необходимость для будущего собственника терпеть убытки в результате подобных действий. Единственный резон, который может быть найден в такого рода деянии, - использование права для досаждения другому лицу. Такое поведение не могло быть признано правомерным.

Помимо запрета шиканы этот казус послужил основанием для формулирования иных гражданско-правовых норм. Немецкие пандектисты XIX в., руководствуясь этим примером,

сформулировали на его основе следующее правило: "Лицо, которое владело чужой вещью и произвело в ней известные улучшения, не должно снимать этих улучшений, если это не представляет для него никакого интереса" <1>.

<1> Барон Ю. Указ. соч. С. 173.

Препятствия злонамеренным действиям управомоченного лица устанавливались в связи с представлениями о справедливости <1>. Поясняя необходимость мер защиты собственника от злоупотреблений, Ф. Регельсбергер отмечал, что нужен "особый такт для того, чтобы не нарушать самостоятельности права в стремлении удовлетворять требованиям нравственности, но с другой стороны, было бы недостойно права брать под свою защиту такие действия, которые попирают требования нравственности" <2>.

<1> См.: Дождев Д.В. Римское частное право / Под ред. В.С. Нерсисянца. М., 1996. С. 16, 27.

<2> Регельсбергер Ф. Указ. соч. С. 290.

Афоризмом стало латинское изречение, которое также приписывают Гаю: *malititis non est indulgendum* (I, 38. D. 6,1), что означает "злоупотребление непростительно". В то же время именно Гай формулирует в одном из своих отрывков норму, не совпадающую с вышеприведенными выводами: "Никто не считается поступающим злоумышленно, если он пользуется своим правом" - *nullus videtur dolo facere, qui jure suo utitur* (D. 50.17.55). Другими словами, всякое действие, которое входит в состав права, может быть совершено даже в том случае, когда оно приведет к вредному результату для соседей или других лиц и не принесет пользы управомоченному. Столь жесткое и однозначное правило относилось, по существу, к требованию о пределах осуществления прав, в действительности же говорило об отсутствии таковых.

Единственным ограничителем осуществления признавалась исключительность цели и намерения лица навредить. Об этом свидетельствует, например, один из отрывков Дигест: "Наконец, Марцелл пишет, что нельзя ничего взыскивать с того, кто, копая на своем участке, отвел источник соседа, нельзя также предъявлять иска об умысле: понятно не должен иметь иска, если копавший сделал это без намерения причинить вред соседу, но для улучшения своего участка" (D. 39.3.1.12) <1>.

<1> Grimm Д.Д. Лекции по догме римского права. Пг., 1916. С. 133.

Дилемма, которую вынуждены были решать римские юристы, актуальна и поныне. Именно она составляет проблему регулирования злоупотребления гражданским правом. Как следует соотносить легитимность управомоченного субъекта, действующего в рамках содержания принадлежащего ему субъективного права, с тем обстоятельством, что его действия наносят вред общественным отношениям? Наряду с обозначением сути проблемы злоупотребления можно считать, что в римском частном праве было обозначено и ее решение.

Действия, входящие в правовую сферу отдельного лица, не могли быть противозаконными только от того, что они не приносили пользы управомоченному и заставляли окружающих терпеть негативные эффекты. "Печать противозаконности не кладется на него и тем обстоятельством, что побудительной причиной его служит для управомоченного намерение причинить вред другому. Поэтому правомерность действия, которым осуществляется право, не может быть оспариваема доказательством злого умысла или требованием присяги. Однако если злая воля обнаруживается из обстоятельств дела с такой несомненностью, что иной побудительной причины к действию не оказывается, то правовой порядок отказывает в защите подобному осуществлению, ибо злоупотребление недопустимо" <1>.

<1> Там же. С. 133.

Во времена императора Юстиниана появляются многочисленные ограничения права собственности, которые носят как позитивный, так и негативный характер. Это положение можно считать первым шагом в сторону легального оформления использования субъективного права собственника, по существу означая преобразование его из всевластия в ограниченную публичными интересами и правами частных лиц меру свободы. Описание всех известных римскому частному праву вариантов установленных ограничений правомочий собственника не входит в круг задач данного исследования, тем более что практически все они известны и современному российскому институту собственности. Интерес представляет то положение, что в числе одной из групп указанных ограничений появляются правила соседского взаимодействия, которые, в свою очередь, оформлялись или в частные сервитуты, или в принцип недопустимости шиканы.

Несмотря на то что институт собственности составлял базу римского гражданского законодательства, был символом римской государственности и частного права, абсолютный характер субъективного права, предоставленного собственнику, в конечном итоге причинял вред им же самим. Введение четких границ осуществления права собственности, в первую очередь на недвижимое имущество, было осознанно римскими юристами как объективная необходимость.

Зависимость других лиц от чужой вещи как части внешнего мира, при условии невозможности воздействовать на такую вещь, обуславливала ситуацию, в которой они по крайнему мере должны были быть гарантированы от действий со стороны собственника, "то есть иметь возможность удовлетворять негативный интерес в отношении вещи - как если бы она вообще не существовала" <1>. В этой связи в Дигестах и других источниках появились ограничения, заключающиеся в обязанности собственника воздерживаться от определенных действий (in non faciendo) - негативные ограничения.

<1> Дождев Д.В. Указ. соч. С. 345.

В основной своей части, наряду с публичными требованиями, они касались отношений собственника и других управомоченных лиц (собственников, арендаторов и т.п.), владеющих соседними земельными участками, строениями, пастбищами и др. Собственник признавался зависимым от интересов других членов общества - iura vicinitatis (права по соседству).

В случаях, когда собственник терпел ущерб от деятельности соседа, который, удовлетворяя свои интересы, дымил, сливал дождевую воду, выпускал пар, допускал проникновение запахов, звуков, камнепадов на участок соседа, была возможна негативная защита. Сфера господства одного собственника заканчивалась в пределах его земельного участка, и любой выход за него позволял другому собственнику вчинять иск об устранении препятствий. Исключения составляли две группы случаев. Во-первых, необходимо было смириться и терпеть вредные воздействия, если они были вызваны нормальными способами эксплуатации собственности (отопление здания зимой, отведение дождевой воды с верхнего участка на нижний, шум от игры на музыкальных инструментах). При этом здесь следует различать несколько вариантов:

1) когда у собственника нет необходимости действовать на территории соседа, свои потребности он удовлетворяет в границах своего участка или дома, но побочные сопровождающие осуществление действия и эффекты (звуки, запахи) выходят за границы его собственности. Казусы подобного характера были нередки, и можно привести одно из типичных решений по этому поводу. "У Помпония в 41 книге "Чтений" высказано сомнение, может ли кто-либо вчинять иск о том, имеет ли он право производить не очень сильный дым, например, из очага, в своем имении или нет. И Помпоний заявляет, что, скорее, нельзя вчинить такой иск, также как нельзя вчинить иск о том, что он имеет право зажигать огонь в своем имении, или находиться, или мыться" <1>. Обычное использование имения, стандартные воздействия от него не требовали согласования с соседом, они предполагались;

<1> Дождев Д.М. Указ. соч. С. 348.

2) в той ситуации, когда для нормального использования собственной вещи (земли, здания, сада) требуется вторгнуться на соседний участок, необходимо было устанавливать соответствующее правовое основание, сервитут. В отсутствие последнего actio negatoria было допустимо и оправданно, несмотря на резоны, приводимые заинтересованным лицом.

Второе исключение составляли любые действия, формально попадающие в первую группу, но осуществляемые с единственным умыслом и целью - причинить вред, при отсутствии иного интереса или пользы для себя. Следует особо отметить, что поведение, которое в современном законодательстве обозначается как шикана, могло квалифицироваться в таком качестве при условии его правомерности и соответствия содержанию права.

В то же время некоторые примеры поведения собственников, которые в современном российском праве следовало бы рассматривать как шикану, в римском частном праве таковыми не признавались. Классическая иллюстрация шиканы - строительство высокой стены, закрывающей соседу вид или солнечный свет, - по мнению некоторых римских юристов, не могла быть запрещена, не рассматривалась как ненадлежащее поведение. Господство собственника в пределах своего имения, как общее правило, оставалось абсолютным. Субъективное право могло осуществляться даже при условии нарушения прав и интересов других лиц, если при этом отсутствовала исключительная цель причинить вред <1>.

<1> См.: Хвостов В.М. Система римского права: Учебник. М., 1996. С. 230.

Находим противоположное суждение у Барона: "Законом Юстиниана (nov. 63) запрещено было собственникам городских участков в Константинополе возводить высокие стены с той целью, чтобы лишить других домохозяев морского вида и т.д." <1>.

<1> Барон Ю. Указ. соч. С. 175.

При отсутствии терминов "злоупотребление", "шикана" деяния, их составляющие, были не только знакомы римскому частному праву, но и довольно последовательно регулировались. Постепенно из разрешения отдельных казусов складывалась устойчивая тенденция, основы которой в настоящее время составляют концепцию злоупотребления гражданскими правами.

Подытоживая рассмотрение правил взаимоотношений лиц при осуществлении ими субъективных прав, в особенности права собственности на недвижимость, можно заключить, что, несмотря на тенденцию к абсолютизации власти управомоченного лица, римские законы устанавливали границы, далее которых "не допускалось распространение правового господства в смысле беспощадного индивидуализма" <1>.

<1> Регельсбергер Ф. Указ. соч. С. 288.

Было сформулировано несколько требований осуществления гражданских прав:

1) есть субъективные права, которые по предписанию источников должны реализовываться *civilliter*, т.е. с осмотрительностью, с "пощадой", для того, кого они ограничивают или затрагивают. "С тем, чтобы их осуществление по возможности не вредило осуществлению определенных прав, принадлежащих другим лицам" <1>. Оговорка "по возможности" означает, что нужно учитывать, насколько управомоченный "не лишается от этого практических выгод своего права" <2>.

<1> Хвостов В.М. Указ. соч. С. 86.

<2> Регельсбергер Ф. Указ. соч. С. 289.

Поясним указанное правило примерами. Сервитутное право (предиальный сервитут) требовалось осуществлять щадяще по отношению к правам и интересам собственника в той мере, в какой это не лишало данный сервитут смысла. Собственники должны были иметь в виду интересы соседей при осуществлении своих полномочий и "быть осторожными";

2) недопустимо осуществлять право без всякой заинтересованности в нем, причиняя неудобство и ущерб иным членам общества, в особенности если действия субъекта имеют целью досадить и причинить вред. Доказывание последнего, в частности исключительной цели, в эпоху римского права, равно как и в современном гражданском праве составляет главную сложность в применении запрета шиканы. Как отмечают специалисты по догме римского права, именно это обстоятельство не позволило римским юристам сформулировать недозволение действий, составляющих злонамеренное осуществление права, как общее начало римского частного права <1>;

<1> См.: Грим Д.Д. Указ. соч. С. 132 - 133.

3) при определенных условиях неосуществление права, если оно ущемляло права других лиц, требовалось квалифицировать как ненадлежащее осуществление субъективного права. Примером может служить запрещение непринятия наследства наследником по завещанию, если установлен легат (завещательный отказ), по соображениям защиты прав лица, в пользу которого назначен легат <1>. В таком случае и свобода завещаний ограничивалась, устанавливались пределы легатов (завещательных отказов) с целью воспрепятствовать попыткам передачи наследственного имущества исключительно отказополучателем в обход кредиторов наследодателя.

<1> См.: Перетерский И.С. Указ. соч. С. 13.

Все изложенное свидетельствует о том, что злоупотребление гражданским правом не являлось для римского права отдельным исключительным событием, которое лишь иногда требовало постороннего вмешательства, как принято считать в современной юридической литературе. Римские юристы не только обозначили проблему воздействия на процесс вредоносного осуществления прав, но и предложили первую модель ее разрешения. Именно в эту эпоху была сформулирована по существу квалификация шиканы, выработаны объективно необходимые ограничения осуществления права собственности. Недозволенность злонамеренного использования правомочий являлась правилом, высказанным в различных римских источниках.

При определенных обстоятельствах римляне считали бездействие формой злоупотребления правом, санкцией за которое было принуждение к осуществлению <1>.

<1> См.: Римское частное право: Учебник / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М., 2001. С. 50.

Нужно отметить, что такое правило по своей форме соответствовало правовым предписаниям в рамках отдельных институтов, а не общего правового принципа. По этому поводу выше уже отмечалось, что римское частное право не тяготело к нормам-принципам, было казуистичным. Принципы, скорее, продуцировались практикой разрешения конфликтов, а не учеными или законодательством. Поэтому решения отдельных случаев, заключающиеся в запрещении злоупотреблять гражданским правом, являются чуть ли не более важными и ценными для исследования, чем декларация данного запрета в виде принципиального положения. К тому же справедливо отмечалось позднейшими исследователями римского частного права, что "в нескольких отдельных применениях, которые указывают на существование этого общего начала" <1>, можно проследить тенденцию.

<1> Барон Ю. Указ. соч. С. 174 - 175.

В этой связи ставший привычным в нашей литературе тезис профессора В.П. Грибанова об отсутствии в римском частном праве общего принципа, запрещающего злоупотребление, и, следовательно, малозначительности римских источников для анализа указанной проблемы, требует в определенной мере пересмотра.

§ 2. Развитие представлений о злоупотреблении субъективным гражданским правом в странах Западной Европы и дореволюционной России

Если роль ответов римских знатоков права и практических комментариев применительно к теории злоупотребления субъективными правами сильно преуменьшалась в юридической литературе, то в отношении анализа средневекового европейского права выводы в большой степени справедливы. Действительно, в средние века не было создано каких-либо вразумительных теоретических моделей, способствовавших развитию правоведения. Обстоятельства, обусловившие кризисные явления в этот период, многочисленны: сильные теократические тенденции, слабая государственная организация, издержки феодального общества и проч.

Только в позднем средневековье, с началом рецепции римского права в ведущих европейских государствах, появились научные искания, заложившие основу прогрессивных исследований Нового времени. Однако было бы ошибкой и недооценивать предшествующую эпоху. Для нее характерно постепенное развитие казуистики от римских правовых традиций "к продуманным до мелочей решениям конфликтов, в которых углубленный анализ конфликта и введение абстрактных понятий давали возможность расширить область действия правила и придать ему более точную форму" <1>. При этом нельзя не подчеркнуть то обстоятельство, что злоупотребление правом тяготеет к конкретным жизненным ситуациям и с трудом подвергается типизации в нормах.

<1> Аннерс Э. История европейского права / Пер. со шведского. М., 1996. С. 207.

Эпоху буржуазных революций Нового времени справедливо можно считать временем второго рождения концепции злоупотребления, более того, периодом формирования этой концепции в ее современном восприятии, включая введение в юридический лексикон соответствующих юридических терминов (шикана, злоупотребление).

Если быть последовательным в изложении эволюции представлений о злоупотреблении правом, то следующей вехой стало появление в Прусском земском уложении 1794 г. законодательно выраженного правила, запрещающего злоупотреблять правом, впервые снабженного санкцией <1>. На основе известной римской дилеммы, согласно которой требовалось выбирать, что приоритетнее, принцип свободного использования правомочий или принцип полного возмещения любого причиненного ущерба, на рубеже XVII - XVIII вв. формулируется общая норма о злоупотреблении <2>. Предпочтение, таким образом, отдается идее неприятия правом любого проявления вредоносного поведения.

<1> См.: Покровский И.А. Указ. соч. С. 113.

<2> См.: Там же.

Прусское земское уложение не только первым из европейских кодификаций вывело из обычного права и легализовало запрет на злоупотребление частными правами, но одновременно развило воспринятые из римского права ограничения института собственности, установленные в интересах соседства. Особое место в перечне ограничений было уделено следующим правилам, по существу, составившим основу теории злоупотребления:

1) согласно римской традиции собственник недвижимого имущества в Пруссии мог свободно действовать в пределах своих владений, не принимая во внимание интересы соседей. Но он не должен был злоупотреблять своей властью, т.е. "прибегать к таким приемам пользования, которые лишь грозят вредом соседу" <1>;

<1> Курдиновский В.И. К учению о легальных ограничениях права собственности на недвижимость в России. Одесса, 1899. С. 35.

2) в границах своего участка собственник не должен своими действиями или упущениями создавать такого рода состояния, которые могли бы вредно отразиться на владениях соседа, благодаря воздушным или водным течениям. Последнее правило прогрессивно тем, что не только действия, но и пассивное состояние лица, способное причинить ущерб, должны были оцениваться как злоупотребление.

Одно из судебных решений, в основание которого была положена эта норма, анализирует В.И. Курдиновский, поясняя при этом, что "такое правило принято потому, что полнота права собственности на недвижимость при осуществлении его в действительности вопреки этому правилу привела бы к обесценению соседних участков и вызвала бы социальную войну между земельными владельцами" <1>;

<1> Там же. С. 36.

3) власть собственника в границах его земельного участка ограничивается целым рядом предписаний, отдаленно напоминающих решения римских юристов по отдельным соседским тяжбам. Они могут быть условно объединены в группу нормативных требований для соседского строительства и касаются в основном размещения окон и дверей, скатов крыш, балконов, устройств в городской черте, чтобы они не были источником вреда для других лиц. Имелся в виду ущерб, наносимый в том числе и личным неимущественным отношениям, например тайне частной жизни.

Особо нужно остановиться на норме, содержащей следующее правило: "Собственник может отвести дождевую воду со своего участка, воспользовавшись для этой цели соседним участком, если он не имеет возможности иначе осушить свою почву и если это принесет ему больше пользы, чем вреда соседу" <1>. Комментируя это положение, В.И. Курдиновский замечает, что отмеченные отношения носили возмездный характер. Тем самым по природе они напоминают личный сервитут <2>. Оговорка же о соразмерении вреда, причиняемого соседу своей выгодой, не позволяет сделать столь однозначного вывода. Правило в последней своей части напоминает институт крайней необходимости, учитывая, что вода может быть источником вреда как для имущества, так и для жизни людей. Отнесение указанной нормы к числу ограничений осуществления права собственности на недвижимое имущество позволяет дать ей иное толкование. Можно заключить, что речь идет все-таки о повинности (сервитуте), но к его реализации необходимо было относиться разумно, осторожно, иначе такое поведение могло квалифицироваться как злоупотребление.

<1> Там же. С. 38.

<2> См.: Курдиновский В.И. Указ. соч. С. 38.

Итак, с рецепцией римского частного права целый ряд ограничений осуществления права собственности сохранил свою актуальность и получил выражение в Прусском кодексе, а другие оказались непригодными вне условий Римской империи и не востребованы европейским законодательством. Рецепция не остановила также развитие национального права, в связи с чем возникли общественные отношения, незнакомые римским юристам. По мере развития городской жизни существенно усложнились отношения между соседями и потребовались новые правила, определяющие их взаимосвязи.

Принимаемые в XIX в. последующие кодифицированные акты европейских стран можно подразделить на две категории. К первой относились те, которые по образцу Прусского уложения нормативно отразили идею злоупотребления частными правами. По этому направлению пошли, в частности, Саксонский гражданский кодекс, а позднее Германское и Швейцарское гражданские уложения.

Применительно к Саксонскому кодексу необходимо подчеркнуть, что он запретил только шикану, а общих положений о недопустимости иных злоупотреблений при осуществлении частного права им воспринято не было, так как "это правило при применении на практике ведет к недоразумениям" <1>. Остальные формы злоупотребления понимались как подрыв власти собственника, которые лишали право собственности "прочности", его изначального значения. Об этом впоследствии будет писать профессор И.А. Покровский, объясняя, в связи с чем у принципа недозвонения злоупотребления правом столь много идейных противников <2>.

<1> Там же. С. 43.

<2> См.: Покровский И.А. Указ. соч. С. 114 - 119.

Вторая группа отличалась отсутствием законодательного регулирования не только иных злоупотреблений, но и шиканы. Сюда можно отнести Французский гражданский кодекс 1804 г., Австрийский гражданский кодекс 1811 г. По этому же пути предполагалось установить нормативное регулирование осуществления прав в проекте российского гражданского уложения. Непризнание этого вида деликта не означало отсутствия в законодательстве перечисленных стран границ надлежащего осуществления гражданских прав. Напротив, практически повсеместно стандарт осуществления был связан с соблюдением прав и заслуживающих внимания интересов третьих лиц. В то же время несогласование своего поведения с действиями других участников правоотношений не влекло равным счетом никаких последствий для нарушителя и демонстрировало абсолютную неподкрепленность установленных требований о пределах использования субъективных прав, их правовую необеспеченность.

Что касается австрийского гражданского законодательства, то, единственное из указанных, оно принципиально неблагоприятно отнеслось к идее легализации злоупотребления, особенно в той части, в какой это касалось осуществления права собственности на недвижимость. Ему остались неизвестны многие из ограничений осуществления права собственности, установленные в интересах соседей, которые были определены в законодательствах других стран. В.И. Курдиновский писал, что с точки зрения австрийского законодателя все новеллы, связанные с признанием в определенных случаях поведения управомоченного лица неправомерным, не вызывались "потребностями общего блага и, будь они приняты в Австрии, повели бы к бесконечным контроверзам" <1>.

<1> Курдиновский В.И. Указ. соч. С. 54.

В целом институт злоупотребления правом, в рамках которого требовалось установить законодательные пределы осуществления всех гражданских прав, смущал как ученых, так и практиков того времени. Главной причиной настороженного отношения была необходимость в этом случае в первую очередь ограничивать осуществление права собственности. "Конечно, подобная принципиальная изолированность, проистекающая из далекой от реалий жизни концепции права собственности, и известный гражданско-правовой традиции строгий запрет на вредное воздействие создали ряд проблем для цивилистов в области вещного права. Начнем с того, что юристы-цивилисты долгие годы отказывались рассматривать правовое урегулирование так называемой "зловредности" (law of nuisance) как возможный гражданско-правовой инструмент в области земельных отношений" <1>.

<1> Маттеи У. Основные принципы права собственности // Маттеи У., Суханов Е.А Основные положения права собственности. С. 208.

Для исследователей теории злоупотребления особую историческую ценность представляет французский правовой опыт. Идея abus de droit (от фр. - "злоупотребление правом") именно во Франции получила свое окончательное оформление. С одной стороны, в ст. ст. 4, 11 Декларации прав человека и гражданина 1789 г. можно обнаружить формулировку общего принципа осуществления субъективных прав: "Свобода состоит в возможности делать все, что не наносит вред другому: таким образом, осуществление естественных прав каждого человека ограничено лишь теми пределами, которые обеспечивают другим членам общества пользование теми же правами" (ст. 4). И далее говорится о том, что пределы осуществления прав должны быть закреплены в законе.

Однако такого закрепления в гражданском законодательстве Франции не последовало. Формулировка общего принципа осталась благим намерением, не подкрепленным санкцией, не содержащей признаков деяния вне установленных пределов и механизмов его пресечения. Все эти характеристики были разработаны судебной практикой. Именно французские правоприменители ввели в юридический язык термин "шикана", которым обозначалось осуществление права с единственным желанием причинить ущерб другому лицу; а также термин

"злоупотребление", означающее родовое понятие, предполагающее объективно вредоносное осуществление права без исключительного намерения навредить. "С помощью развитой судебной практикой доктрины злоупотребления правом были впоследствии легально ограничены права собственника на свободу обращения со своим имуществом (ст. 544 ФГК), права на одностороннее расторжение трудовых договоров предпринимателями и пр. Так что если суд усмотрит в осуществлении этих прав злоупотребление (abus de droit), то это приведет к принятию им решения о возмещении ущерба или прекращении соответствующих действий или бездействия" <1>.

<1> Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. М., 1998. Т. 1. С. 147.

Почва для сильного акцента на правоприменение была подготовлена содержащейся в проекте Вводного закона к Французскому гражданскому кодексу статьей о том, что в отсутствие точного закона по гражданско-правовым вопросам судья является выразителем справедливости <1>. В дальнейшем введение к проекту Кодекса не сохранилось, но сохранилась идея восполнения законодательных пробелов при помощи судебной практики.

<1> См.: Le code civil livre du centenaire. Paris, 1904. P. 9.

Судьям же требовалась нормативная основа для мотивированного вынесения решений. В этой связи они руководствовались известным правилом генерального деликта (ст. 1382 Французского гражданского кодекса). Но к концу XIX в. конфликты, характеризующиеся как злонамеренное осуществление субъективных прав, переросли соседские взаимоотношения, вылились в качественно иные формы. В частности, их разновидности появились в среде конкурентных отношений, в предпринимательской сфере и т.д. Модель генерального деликта уже не могла эффективно разрешать все возникающие казусы. Основным препятствием для ее применения служила формальная правомерность действий управомоченного лица. Для их урегулирования требовалось по-новому осмыслить концепцию злоупотребления правом.

Последние десятилетия XIX в. прошли под знаком рассмотрения вопроса о пределах поведения субъекта права при использовании им правомочий. Исследовались самые разные аспекты этой проблемы. Основным и наиболее трудно разрешимым вопросом оставался вопрос сохранения прочности права при пресечении злонамеренного осуществления. Иными словами, следовало определить, что важнее, ограничить приемы осуществления прав и тем самым не допускать нанесения ущерба другим участникам гражданского оборота или смириться с этим "злом" ради неизбежности традиционных правовых конструкций.

Различные подходы в ответах на указанный вопрос обусловили появление нескольких моделей восприятия злоупотребления, нашедших отражение в Германском, Швейцарском гражданском уложениях, Французском гражданском кодексе и проекте русского гражданского уложения.

Чтобы поставить заключительную точку в анализе французской доктрины злоупотребления, отметим, что в комиссию по пересмотру Французского гражданского кодекса были внесены предложения по изменению и дополнению ст. 6, автором которых был Р. Салейль. Они заключались в следующем: "Не может признаваться законным осуществлением права действие, совершенное лицом без ощутимой и правомерной для себя выгоды, но имеющее в качестве единственно возможного результата причинение вреда другому лицу" <1>. Французский законодатель, таким образом, вслед за уже сложившейся судебной практикой по этому вопросу решил ограничить произвол управомоченных субъектов и нормативно запретить шикану. По существу, это означало признание де-юре того, что разрабатывалось судьями де-факто.

<1> Le code civil livre du centenaire. P. 33.

Предполагая допустить государственно-властный механизм в процесс осуществления частных прав путем закрепления ответственности за совершение шиканы, нельзя было игнорировать аспект соотношения существа субъективного права, свободы усмотрения при их реализации с необходимостью постоянно "оглядываться" на иных участников общественных отношений под угрозой отказа в защите права. Р. Салейль аргументировал свою позицию следующим образом: "Свобода и государственное вмешательство не только не составляют противоречия, но представляются нам двумя сторонами одной и той же системы, восполняя одна другую. Государству, подавляющему личность и составляющему мечту некоторых социалистов, мы противопоставляем принцип коллективизма, в силу которого должна быть оказана помощь и взаимная поддержка всем друзьям свободы, для того, чтобы защитить ее наверху против тех, кто ею злоупотребляет" <1>.

<1> Le code civil livre du centenaire. P. 34.

В аналогичном направлении указанный вопрос рассматривался в Швейцарском гражданском уложении, с той лишь разницей, что в ст. 2 запрет злоупотребления правом был сформулирован наиболее широко, не исчерпывался недозволением шиканы. "Всякий при осуществлении своих прав и исполнении своих обязанностей должен поступать по доброй совести, очевидное злоупотребление правом недопустимо" <1>. Установление такого широкого предела осуществления прав, каким являлся ориентир на добрую совесть участника, одновременно было и достоинством, и предметом критики. Критиковались в первую очередь неопределенность и размытость содержания добрых нравов, дающие значительное место для судебного усмотрения и произвола <2>. В то же время признание иных форм злоупотребления правом, которые наравне с шиканой должны были лишаться юридической защиты, было прогрессивной характеристикой нормы Швейцарского гражданского уложения.

<1> Цит. по: Покровский И.А. Указ. соч. С. 114.

<2> См.: Покровский И.А. Указ. соч. С. 116 - 118; Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. С. 33.

В отличие от швейцарского варианта германское право пошло по пути узкого толкования злоупотребления. Изначально в нескольких проектах Германского гражданского уложения вопрос о недопустимости злоупотребления предполагалось сделать принципиальным для любых цивилистических отношений. Но эти соображения натолкнулись на сопротивление со стороны тех, кто считал, что подобная общая норма повредит прочности правопорядка, создаст опасную неопределенность в пользовании правами <1>. В этой связи шикана запрещалась только применительно к осуществлению права собственности, наряду с установлением иных ограничений, главным образом в интересах соседства <2>. Такое положение полностью соответствовало существовавшему в данный период представлению о том, что область злоупотреблений есть только бытовые конфликты собственников прилежащих друг к другу земельных участков или жилых помещений. Случаи шиканы приведены, к примеру, Р. Иерингом только в главе "Между соседями" <3>.

<1> См.: Покровский И.А. Указ. соч. С. 114.

<2> См.: Курдиновский В.И. Указ. соч. С. 44.

<3> См.: Иеринг Р. Юриспруденция обыденной жизни. Собрание мелких юридических вопросов, вытекающих из событий обыденной жизни. М., 1881. С. 36 - 38.

В дальнейшем комиссия от рейхстага отдала предпочтение первой из обозначенных позиций. Из раздела о праве собственности данное правило было перенесено в общую часть Уложения в § 226. Его текст с определенными изменениями действует в современной Германии.

Подход к толкованию злоупотребления правом в Германском гражданском уложении отличается рядом особенностей:

1) злоупотребление, несмотря на то что стало общегражданским принципом, понимается единственно как шикана. Иные формы законодательно не признаются;

2) шикана, в свою очередь, опирается на ряд квалифицирующих признаков (осуществление субъективного права, сопряженное с причинением вреда; умысел, исключительная цель; причинная связь между деянием и ущербом), которые позволяют заключить, что она представляет собой один из составов гражданского правонарушения;

3) конкретика элементов состава не оставляет места для установления общих пределов осуществления прав, в частности таких, как права и интересы иных лиц, разумность и добросовестность и др.

В противовес Швейцарскому гражданскому уложению указанная правовая модель маловосприимчива к переменчивому процессу реализации конкретных субъективных прав, представляет собою детальную формулу. Последнее качество является не только способом борьбы с судебным усмотрением, но и препятствием к практическому применению нормы параграфа 226. В таком понимании шикана абсолютно недоказуема, за исключением редких гротескных ситуаций.

Таким образом, европейское право, "выйдя из одной и той же отправной мысли, запрещения шиканы, вылилось в два совершенно различных типа" <1>:

<1> Покровский И.А. Указ. соч. С. 115.

1) "объективная" трактовка злоупотребления как поведения, не соответствующего принципу справедливости и добрым нравам, т.е. объективно недобросовестное деяние;

2) "субъективная", где умысел, цель, желания и другие личностные и психологические характеристики преобразуют осуществление правомочия из правомерного деяния в деликт.

Последующая эволюция взглядов в отношении концепции злоупотребления происходила согласно одному из этих вариантов. Такое положение сохраняет актуальность до настоящего времени.

Что касается русского права, то оно, несмотря на серьезное отставание от западных образцов законодательства, не осталось в стороне от обсуждаемого вопроса и стремилось определиться с воздействием на правомерное, но причиняющее ущерб поведение субъектов главным образом при помощи юридической практики. Объясняется такое положение несколькими причинами.

Прежде всего десятый том Свода законов Российской империи, посвященный частному праву, находился под влиянием западноевропейского, а в особенности французского права <1>. Французские заимствования нередко становились предметом жесткой критики со стороны ученых, считавших, что у России должно быть самобытное право. Применительно к злоупотреблению правом идеи Кодекса Наполеона не могли стать примером для подражания в российском праве. Выше уже отмечалось, что предложения по внесению изменений во Французский гражданский кодекс в связи с легализацией шиканы были выдвинуты только к концу XIX в. Очевидно, этим можно объяснить тот факт, что нормативно злоупотребление не было отражено в русском Гражданском уложении.

<1> См.: Аннерс Э. Указ. соч. С. 357.

В России, как и во Франции, судебная практика стала применять принцип недопустимости шиканы в отсутствие законодательного правила. Отличие заключалось в том, что руководствовались разумными пределами пользования правом только высшие судебные инстанции и в единичных случаях. Практика, здесь нужно согласиться с В.П. Грибановым, характеризовалась крайней нерешительностью <1>.

<1> См.: Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. С. 38.

Из исследования европейского законодательства ясно следует, что в вопросах регулирования злоупотребления правом значительную роль сыграли рецепция римского права и активное формирование права соседства, основанное на судебном разрешении конфликтных ситуаций между собственниками соседних земельных участков. В дореволюционной России в полной мере нельзя было наблюдать ни одного из указанных обстоятельств.

Римские идеи стали проникать в русское право только в последние десятилетия XIX в., через активное преподавание этой дисциплины в рамках университетских курсов. Что касается соседского права, то масштабы российского государства, малочисленность населения, проживающего на большей части ее территории, незначительный в сравнении с Западной Европой рост городов не могли стать основой для его создания. "Понятное дело, что при таких условиях редки были столкновения между соседями, редки были и случаи, когда власть должна была создавать правила к их разрешению" <1>.

<1> Курдиновский В.И. Указ. соч. С. 230.

В начале XX в. параллельно возникли процессы, способствовавшие развитию в нашей стране идеи недопустимости шиканы. С одной стороны, появляется научная дискуссия о сущности субъективных прав, одним из аспектов которой становится вопрос о пределах их надлежащего осуществления. В споры была вовлечена значительная часть цивилистов и теоретиков права - Г.Ф. Шершеневич, И.А. Покровский, В.П. Доманжо, Ю.С. Гамбаров, А.Н. Гуляев, Н.М. Коркунов и др. Позиции порою отличались противоположными векторами.

К примеру, В.П. Доманжо и И.А. Покровский старались обосновать необходимость в известных пределах воздействовать на поведение управомоченного лица. "Если гражданское право является по преимуществу областью частного самоопределения, т.е. областью дозволенного эгоизма, то запрещение шиканы устраниет крайние, антисоциальные типы этого эгоизма. Современное гражданское право как бы говорит человеку: если тебе позволено быть в известных пределах эгоистом, то это не значит, что ты можешь быть злым" <1>.

<1> Покровский И.А. Указ. соч. С. 119.

Иллюстрацией другой позиции могут служить выводы А.М. Гуляева, который выступал против легализации шиканы, но признавал, что практике придется иногда заниматься разрешением подобных конфликтов. "На пути своего осуществления правомочие может не

встретить никаких препятствий, и тогда мирным путем устанавливается то фактическое состояние, которое должно соответствовать юридическому основанию правомочия. Или наоборот, осуществление права встречает препятствие со стороны неправомерной или правомерной воли другого лица. Тогда возникает вопрос, чья воля должна уступить. Вопрос должен быть разрешен не лично физической силой, а авторитетом судебного решения" <1>.

<1> Гуляев А.М. Русское гражданское право. СПб., 1913. С. 133.

Были предприняты попытки изменить законодательное регулирование частного права, подготовлен проект Гражданского уложения, в котором содержались правила о недопустимости злоупотребления, сформулированные в соответствии с немецкой моделью.

Начиная с 70-х годов XIX в. Правительствующий Сенат рассматривал в год несколько случаев злоупотребления гражданским правом и выносил решения в пользу тех, кто терпел ущерб от злонамеренного осуществления права. Тем самым преодолевалась устойчивая тенденция кассационной практики, руководствовавшейся положением: "Нет правила, чтобы лицо, действовавшее по праву, законом ему предоставленному, могло подвергаться за деяние свое какой бы то ни было ответственности" <1>.

<1> Доманжо В.П. Вопрос об ответственности за вред, причиненный при осуществлении права, в проекте нашего гражданского уложения // Сборник статей по гражданскому и торговому праву. М., 1915. С. 319.

Как законодательный, так и судебный путь развития должен был привести к укоренению в российском праве общего начала запрещения злоупотребления. Революционные события XX в. не позволили продолжить усовершенствование гражданского законодательства.

Концепция злоупотребления осталась отраженной лишь в немногих решениях Сената. Среди них есть очень показательные постановления. В частности, решение N 126 1902 г., которое звучало следующим образом: "Никто не свободен пользоваться своим правом так, чтобы лишить другого возможности пользоваться его правом. Положить точно определенную грань между свободой пользоваться своим правом и обязанностью уважать право соседа - теоретически нельзя; грань эта в каждом спорном случае должна быть определена судом" <1>.

<1> Гуляев А.М. Указ. соч. С. 133. Текст примечания.

В.П. Доманжо отмечал, что в кассационных решениях 1890 - 1894 гг. встречались мотивы "превышения законного права" <1>, которые служили основанием для возмещения вреда. Основным вопросом для правоприменителей в дореволюционной России был вопрос, насколько достаточно нормы генерального деликта для разрешения указанных конфликтов и нужны ли какие-либо специальные нормы?

<1> Доманжо В.П. Вопрос об ответственности за вред, причиненный при осуществлении права, в проекте нашего гражданского уложения. С. 320.

С одной стороны, расширительное толкование ст. 684 Гражданского уложения России 1833 г. позволяло ее применять и к случаям ненадлежащего осуществления прав. Норма содержала следующее правило: "Каждый обязан вознаградить за вред или убытки, причиненные кому-либо его деянием или упущением, хотя бы сие деяние или упущение и не составляли ни преступления, ни проступка, если только будет доказано, что он не был принужден к тому требованиями закона или правительства, или необходимой личной обороной, или же стечением таких обстоятельств, которые он не мог предотвратить" <1>. С другой стороны, этот принцип был ориентирован в первую очередь на противоправные деяния. В отношении деяния, формально составляющего право лица, принуждение его к возмещению вреда означало предпочтение в защите одного права перед другим. Но возникал вопрос: на каком основании? К тому же следовало разрешать споры, где вред причинялся умышленно, хотя и в рамках правомочия.

<1> Цит. по: Емельянов В. Всегда ли возникает обязанность возмещения причиненного вреда? // Российская юстиция. 2001. N 1. С. 24.

В проекте нового Гражданского уложения вопрос был решен только отчасти. К примеру, была закреплена норма, устанавливающая пределы надлежащего поведения соседей <1>. Но этот нормативный акт так и не стал действующим.

<1> Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского уложения. С объяснениями, извлечениями из трудов Редакционной Комиссии / Под ред. И.М. Тютрюмова. СПб., 1910. Т. 1. С. 787.

Все изложенное свидетельствует, что для российского общества тема злоупотребления правом так и не получила законченного оформления. Именно этим обстоятельством можно объяснить вновь возникшую дискуссию в 20-х гг. XX в., которая была стеснена рамками советского правового поля, практически не использовала опыт дореволюционного русского правоведения и западные доктрины и вылилась в многолетние споры в научной литературе.

В XX в. институт осуществления права, в том числе и ненадлежащего, не утратил своей важности, заметно обозначилась тенденция усиления значения пресечения злоупотребления как общеправового принципа. Она проявилась в том, что не только гражданско-правовые акты стали содержать подобные нормы, но и конституции.

Большая часть стран, которые приняли за образец Французский гражданский кодекс и французскую правовую традицию (Нидерланды, Испания, Италия, Бельгия, Португалия, канадская провинция Квебек), закрепили в законодательстве правило, отказывающее в защите шикане.

Гражданский кодекс Квебека, один из самых новых гражданско-правовых актов в мире, сохранил и воспроизвел правило, содержащееся в Кодексе Наполеона. Указанная норма дополняется элементами немецкой и швейцарской модели понимания шиканы. "Никакое право не может быть осуществлено с целью причинения вреда другому лицу или способом несоразмерным и неразумным, противоречащим требованиям добросовестности" (п. 7 титула 1 книги 1 ГК Квебека) <1>.

<1> Гражданский кодекс Квебека / Пер. с франц. М., 1999. С. 40.

Налицо попытка соединить в норме все известные правоведению пределы осуществления прав (права других лиц; средства и способы осуществления; добросовестность). Отсутствует акцент на исключительность цели как главный квалифицирующий признак злоупотребления, что позволяет сделать вывод о признании законодательством Квебека и иных форм ненадлежащей реализации права. Общее правило конкретизируется в положениях об отдельных институтах, в частности в сфере отношений соседних собственников недвижимого имущества. "Соседи должны терпеть обычные причиняемые соседями неудобства, которые не превышают должных пределов терпения", - указывает ст. 976 Гражданского кодекса Квебека. Интересно, что обстоятельства, которые следует терпеть и которые превышают пределы терпения, определяются местными обычаями <1>.

<1> Гражданский кодекс Квебека. С. 164.

Социалистические государства вслед за СССР уделяли этой проблематике незначительное внимание, так как реальная свобода осуществления субъективных гражданских прав появилась у граждан этих стран только к 80 - 90 гг. XX в. До этого научные доктрины обозначали проблему злоупотребления тем, что пытались соотнести правореализацию с назначением каждого отдельного права. Законодательное регулирование злоупотребления практически отсутствовало.

Несмотря на неприменение законодателем термина "злоупотребление правом" и сужение его сущности до осуществления права в противоречии с хозяйственным назначением, советские цивилисты привнесли много новых идей в концепцию злоупотребления правами и ответственности за данное деяние. Их воззрения будут изложены непосредственно в параграфе о правовой природе этого юридического феномена.

Подытоживая обзор исторического развития представлений о злоупотреблении гражданским правом, отметим устойчивую тенденцию, выражающуюся в неослабевающем научном и практическом интересе к проблеме ненадлежащего осуществления гражданских прав во всех цивилизованных государствах мира. Опыт предыдущих поколений ученых и практиков в законодательном регулировании отношений, связанных с причинением вреда посредством субъективного права, может быть с определенными корректировками положен в основу совершенствования действующего российского гражданского законодательства.

Глава 3. СОВРЕМЕННОЕ ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ЗЛУПОТРЕБЛЕНИЯ ГРАЖДАНСКИМ ПРАВОМ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

§ 1. Злоупотребления правом:
вопросы терминологии и юридическая природа

В теории злоупотребления субъективным гражданским правом вопросы сущности этого явления оказались тесно переплетены с этимологией термина, используемого для его обозначения. Нельзя сказать, что в правовой теории такое положение встречается редко. Традиционно феномены в праве рассматривались в первую очередь через призму языковых и текстовых особенностей. Существует определенная зависимость между лексическим значением названия и содержанием явления. При этом не следует воспринимать неоднозначность и парадоксальность выбранного термина как отсутствие смысла у лежащих в его основе отношений. Таким образом, для научного познания допустимо обращаться к лексической нагрузке избранных названий, не преувеличивая в то же время значения такого анализа.

Сложилось так, что в длительной дискуссии по проблеме надлежащего осуществления субъективных прав основные акценты сместились с исследования специфических черт злоупотребления правом как гражданско-правового деликта на принципиальный вопрос, имеет ли словосочетание "злоупотребление правом" смысловое наполнение или является чем-то надуманным, безосновательным.

Обсуждение проблемы злоупотребления неизбежно сводится к постоянному доказыванию действительного существования предмета обсуждения. Трудно привести в пример хотя бы одно иное правовое явление, которое так настойчиво отрицается и одновременно вызывает к себе научный интерес. Одной из главных причин такого положения служила неясность используемого термина.

"Юрист, как юрист, не обязан, конечно, быть филологом. Но если мыслить, как говорил Кант, значит говорить с самим собою, и если, не умея выражать точно своих понятий, мы не можем сделаться понятными ни себе самим, ни другим, - очевидно, что вопрос о языке науки, о ее терминах становится первостепенным. Не решив этого вопроса, мы не можем сделать ни одного надежного шага в какой-либо отрасли философии. Если мы мыслим словами, мы должны подобрать подходящие слова" <1>.

<1> Катков В.Д. К анализу основных понятий юриспруденции. Харьков, 1903. С. 72.

В словаре В.И. Даля находим следующее толкование слова "злоупотреблять": "Употреблять во зло, на худое дело, ко вреду, во вред себе или другому, извращать, обращать хорошее средство на худое дело" <1>. Если перевести вышесказанное на юридический язык, то деяние, которое можно назвать злоупотреблением и не нарушить при этом лексического значения слова, должно отвечать ряду необходимых признаков. Оно предполагается активным поведением лица, с достаточной степенью осознания того, что подобное поведение порицаемо обществом. Этот вид поведения должен быть направлен на причинение вреда себе или иным лицам либо объективно причинять вред при отсутствии изначальной цели навредить.

<1> Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка. М., 1989. Т. 1. С. 685.

Злоупотребить можно, имея в наличии какое-либо доступное (приобретенное), предоставленное средство. Особенно показательна характеристика "хорошее средство". Предполагается, что назначение у средства позитивное, его надлежащее применение общеплезно. Индивид приобретает его, руководствуясь стремлением удовлетворить вполне допустимые потребности. При злоупотреблении чем-либо происходит процесс подмены целей использования вещи или права. Исконный смысл пользования посредством злоупотребления искажается субъектом осознанно или небрежно. При этом само по себе искажение целеполагания предмета, используемого лицом, не может осуждаться обществом, за исключением случаев, когда это приводит к вредному, опасному последствию для окружающих.

Лексический анализ слова "злоупотребление" имеет целью показать, что в контексте рядом с ним может и должно стоять существительное, положительная смысловая нагрузка которого бесспорна. Употребляют во зло то, что предоставлялось во благо и не несет в себе отрицательного заряда. С точки зрения языковой логики, негативные свойства предмета, очевидные для всех, не требуют того, чтобы дополнительно подчеркивать глаголом намерение их применения.

Опираясь на эту посылку, можно заключить, что субъективное право, благодаря своей изначальной положительной направленности, может выступать средством для злоупотребления. С точки зрения языкового анализа, в словосочетании "злоупотребление правом" отсутствует противоречие.

Думается, главное, чего следует избегать при уяснении сути злоупотребления правом, это выход за предмет правового регулирования, к чему может подтолкнуть этимология термина, включающая в себя корень "зло". В пример можно привести следующее высказывание: "Злоупотребление правом зачастую носит характер нарушения норм нравственности. Нравственность - такой способ регулирования человеческого поведения, который основан на

противопоставлении добра и зла, требовании следовать добру, обобщенно выражающий представление о безнравственном, заслуживающем осуждения" <1>.

<1> Цыбулевская О.И. Моральный аспект злоупотребления правом // Актуальные вопросы частного права: Межвузовский сборник научных трудов / Отв. ред. Ю.С. Поваров, В.Д. Рузанова. Самара, 2004. С. 266.

Предпринимая попытку дать этимологический анализ слову "злоупотребление", нужно отдавать отчет в том, что считать себя способным определить "зло" как философскую или правовую категорию есть утопия. Здесь следует согласиться с тем, что "дальнейшая смысловая конкретизация неизбежно упирается в необходимость толкования категорий зла и права. Законодательная практика сегодня не останавливается перед специфическим (юридическим) определением самых обыденных и, казалось бы, самоочевидных явлений (вода, пожар, уголь и т.д.). Тем не менее хочется верить, что в текстах нормативно-правовых актов не появятся вскоре дефиниции "зла" - "для целей настоящего закона". Понятие права (онтологическое) и даже понятие права позитивного также вряд ли будут окончательно определены и легализованы" <1>.

<1> Бородин В.В., Крусс В.И. О злоупотреблении правами и свободами // Правоведение. 2002. N 6. С. 37.

Благодаря тому что в последнее время проблемой злоупотребления правом стали заниматься не только цивилисты, но и специалисты других отраслевых юридических дисциплин и теоретики права, сразу же появились попытки обобщить эту конструкцию, сделать ее универсальной, подвести общую теоретическую базу. При этом выявленные различия в подходах к квалификации того, что называется злоупотреблением правом в УК РФ и ГК РФ, а также в других актах, не поставили под вопрос саму возможность применения одного термина к столь различным явлениям, а, напротив, подтолкнули теоретиков права к тому, чтобы ввести трудно применяемые и понимаемые дефиниции, не годящиеся для отраслевых дисциплин вообще. В частности, определение злоупотребления правом как отклонения от нормального поведения, но не правонарушения, или перенос злоупотребления правом в морально-этическую плоскость, не смущаясь полным отсутствием прикладного юридического значения такого понятия. Распространенным подходом сегодня стало определение сущности злоупотребления правом не столько от слова "употребление", сколько от слова "зло", через социально-этическую призму <1>.

<1> См.: Алимов Р.Н. Конструкция "злоупотребления правом" как способ ограничения частного интереса: Межотраслевое исследование. Интерес в частном и публичном праве. М., 2002. С. 93.

Однако наши рассуждения о смысле словосочетания "злоупотребление правом" имеют цель лучше уяснить природу правового института, особенно в той связи, что термин нередко загромождает собой суть данного явления. Для закрепления же в норме, скорее всего, следует использовать дефиницию не зла и права, а злоупотребления правом как юридического деяния, и не через философское или лингвистическое его наполнение, а через перечисление юридически значимых признаков состава указанного деяния.

Учитывая, что юридический язык отличается от повседневного и даже литературного языка вполне определенными нюансами используемых терминов, следует сразу оговориться, что, по нашему мнению, в словосочетании "злоупотребление правом" только в отношении первого понятия можно использовать обыденное толкование. Остальные составляющие представляют собой единицы специального языка. Воспользуемся сделанными нами ранее выводами о том, что в контексте исследования мы будем понимать под субъективным гражданским правом <1>.

<1> При толковании понятия злоупотребления правом, как при любом юридическом толковании, существует два уровня: анализ текста и анализ контекста. Последний предполагает максимально широкий охват философского, социального и правового исследования материала, где используется понятие. Подробнее см.: Прокофьев Г.С. Анализ юридического текста: Некоторые вопросы теории // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 1995. N 2. С. 80 - 85.

Субъективное гражданское право представляет собой масштаб личной свободы участника гражданских правоотношений, по содержанию сводящийся к возможностям действовать самому, требовать определенных действий от других лиц и при необходимости обращаться за защитой в юрисдикционные органы государства. Важным свойством субъективного права, позволяющим отличать его от дозволений, а в конечном итоге - от фактических действий лица, является то, что

законодатель признал мерой правовой свободы необходимые для общества, полезные и поощряемые возможности. Не вызывает сомнений тот факт, что в субъективных правомочиях "отражаются наиболее существенные интересы, жизненно важные для большинства граждан, имеющие известное социальное значение" <1>.

<1> Малько А.В. Указ. соч. С. 70.

Поскольку субъективное право одобряется государством в качестве идеальной модели правового поведения лица в гражданском обороте, то на первый взгляд субъективное право не должно служить основанием причинения ущерба. В действительности же субъективное гражданское право в процессе своего осуществления, не изменяя бесспорно положительного содержания, хорошо подходит для роли средства (предмета), которым субъект может воспользоваться во зло третьим лицам.

Во-первых, благодаря своему легальному оформлению правовые возможности помогают закамуфлировать противоправную активность лица под формальную дозволенность. Во-вторых, положительная направленность субъективного права основывается не на его структурных элементах, не на отдельных правомочиях в его содержании, а на генеральной цели, ради которой субъект стремится к правообладанию. При условии подмены одной цели (интереса, назначения) другой, с противоположным знаком, структурная модель субъективного гражданского права может быть использована в общественно вредном поведении.

В-третьих, не нужно забывать, что при злоупотреблении схема субъективного права используется в определенном организованном и мотивированном процессе, каким является его осуществление. Следовательно, речь нужно вести о ситуации, когда правомерная возможность, не утрачивая данного свойства, трансформируется в действительность в искаженных формах. Примерами могут служить жестокие способы реализации права родителей воспитывать детей, небезопасные варианты использования собственником принадлежащей ему вещи, бесхозяйственное осуществление иных вещных прав.

Субъективные права тяготеют к частным отношениям, органичны для цивилистики, где указанное явление наиболее актуально, развито, где налицо его ведущая роль даже в сравнении с правовыми нормами. "Гражданское право как система юридической децентрализации по самой своей структуре покоится на предположении множества маленьких центров, автономных устройств жизни в тех областях, которые охватываются гражданским правом... Таким образом, понятие субъекта прав и принадлежащих ему субъективных прав составляет логическое предположение всякого гражданского права, без этих понятий самое гражданское право было бы немислимо" <1>. В этой связи первоначальность субъективных прав для цивилистики, их значение и роль во многом сродни значению букв в языке.

<1> Покровский И.А. Указ. соч. С. 107.

Думается, что субъективные права являются единицей измерения частного права. Будучи элементом правоотношений, они служат удовлетворению интересов частных лиц, их назначение заключается в реализации потребностей индивида. Постепенно субъективные права стали применяться в ряде публичных отраслей в качестве общеправовой категории.

"Не случайно история правовых систем оказывается в известном плане историей "наслоения" над частным правом публичного права, что отражает развертывание над базисными отношениями (координации и равенства сторон) отношений надстроечного и субординационного характера, т.е. отношений власти - подчинения" <1>.

<1> Явич Л.С. Указ. соч. С. 93.

Эффективность их использования в публичном праве нередко подвергалась сомнению. В частности, Е.Б. Пашуканис утверждал, что "в то время как цивилистика, имеющая дело с основным первичным правовым слоем, широко и уверенно пользуется понятием субъективных прав, в теории публичного права применение этого понятия порождает на каждом шагу недоразумения и противоречия. Поэтому система гражданского права отличается простотой, ясностью и законченностью, в то время как теории государственного права изобилуют натянутыми, искусственными, односторонними до уродливости построениями" <1>.

<1> Пашуканис Е.Б. Избранные произведения по общей теории права и государства. М., 1980. С. 94.

Слишком велика роль нормативного регулирования в сферах, напрямую связанных с общественными интересами. Здесь бесспорно прикладное значение субъективных прав по

отношению к праву объективному, но возможно, что именно второстепенность субъективного права является явным доказательством его неуместности в публичных отраслях. Именно в связи с этим учение о злоупотреблении субъективным правом можно считать сугубо цивилистическим.

Компетенция государственных или муниципальных должностных лиц выражается не посредством модели субъективного права, а как совокупность обязанностей. В тех случаях, когда речь идет не об обязанностях, а о правомочиях, они все равно не становятся для этих должностных лиц субъективными правами, поскольку не соответствуют уже названной выше структуре (право на свои действия, на действия третьих лиц и на защиту), не позволяют субъекту бездействовать без объяснения причин, то есть осуществлять или нет данное правомочие, зависит не от управомоченного лица. Там, где законодатель применительно к лицам, облеченным публичным статусом, употребляет термин "право" (например, право суда), он отнюдь не предусматривает свободы выбора, это право зависит от условий, тут же в законе и определенных.

Нарушение полномочий как части компетенции есть основание для ответственности в рамках административного правонарушения, а не гражданско-правового деликта. В этой связи высказывание о возможности злоупотребления правом в рамках судебной процедуры, ведения следствия или дознания и т.п. есть результат некорректного распространения концепции злоупотребления правом на область публичных отношений. Злоупотребление, выражающееся в ненадлежащем исполнении должностных обязанностей, не может квалифицироваться как злоупотребление правом. К примеру, судья, который, воспользовавшись своим должностным положением, выносит немотивированный или незаконный судебный акт, не злоупотребляет "правом на вынесение акта". В этом случае он не исполняет обязанность, установленную в нормах ГПК РФ (ст. 195). Вынесение законного и обоснованного судебного акта сформулировано законодателем как должностное и не может зависеть от желаний конкретного судьи.

При сравнении сущности того, что называется злоупотреблением в доктрине и законодательстве уголовного, таможенного, административного отраслей права, с институтом злоупотребления гражданским правом выясняется их несовпадение в ключевых моментах. Полномочия должностных лиц некорректно рассматривать в качестве их субъективных прав, так как они не предполагают возможности неосуществления, выбора способа осуществления и т.п., одновременно выступают обязанностями этих лиц, поэтому внешне похожий состав нормы ст. 285 УК РФ не тождественен правилу ст. 10 ГК РФ. Модель правоотношений, при которой право лица есть еще и его обязанность, в частности, когда речь идет о понятиях "должностное положение", "должностные функции" и т.п., должна абсолютно исключать возможность говорить о злоупотреблении правом как специфическом юридическом феномене. Представляется разумным обдумать, как иным образом, не прибегая к термину "злоупотребление", обозначить в административном или уголовном праве состав, связанный с использованием должностного положения лица в корыстных и иных ненадлежащих целях. Это позволит не использовать одно и то же наименование для регулирования принципиально различных вариантов поведения.

Вопрос о правовой природе злоупотребления правом потому не стоит так остро в науке уголовного права по отношению к составам преступлений, где употребляется этот термин, поскольку никому не придет в голову однозначно называть эти деяния преступлением и спорить о том, являются они правонарушением или нет. Это лишний раз подтверждает, что мы имеем дело лишь с одинаковыми терминами, но различными явлениями в частном и публичном праве. Однако даже подобные примеры, анализируемые специалистами по теории права, не препятствуют им в выявлении межотраслевого понимания злоупотребления правом <1>.

<1> См.: Цыбулевская О.И. Указ. соч. С. 268.

Пожалуй, одним из самых неоднозначных аспектов проблемы отраслевой принадлежности института злоупотребления субъективными правами является целесообразность использования его в конституционном и налоговом праве.

В последнее время на страницах периодической печати все чаще можно встретить статьи о многочисленных злоупотреблениях в налоговой области. Изначально создавалось такое впечатление, что авторы публикаций либо используют термин "злоупотребление правом" в обиходном, а не юридическом смысле, либо, как уже отмечалось ранее, употребляют это выражение как омоним к цивилистическому институту злоупотребления, то есть слова одинаковые, а явления разные.

При детальном рассмотрении тех аспектов, которые анализировались в качестве злоупотреблений в налоговой области, выяснилось, что речь не идет о ненадлежащем осуществлении налоговых прав. Скорее наблюдается использование гражданских прав таким образом, что это способствует либо уходу от уплаты налога, либо уплате налога через "неблагонадежные" банки, на корреспондентских счетах которых отсутствуют средства, либо взысканию из бюджета сумм якобы вторично уплаченных налоговых платежей, которые в действительности в бюджет не поступали, и т.п. Последний из перечисленных примеров в

настоящее время уже может быть отнесен к поучительным и хрестоматийным образцам злоупотребления гражданскими правами, приводящим к негативным последствиям в налоговой сфере, которые современное российское законодательство преодолело. Такой пример был доходчиво описан Н.К. Сидорович еще в 2003 г. и сводился к следующему: "Организация "уплачивала" один и тот же налог два раза: один раз производилась реальная уплата, а второй раз налог "уплачивался" через "свой" банк, а затем требовался к возврату как излишне уплаченная сумма налога (уплаченная по ошибке). Но проблема заключалась в том, что второй раз налог в бюджет не поступал, налогоплательщик не нес никаких затрат, а налоговый орган обязан был вернуть якобы уплаченную сумму налога" <1>. Такое использование юридическими лицами права на оплату налога через любые банки, имеющие соответствующую лицензию, становилось основой для мошеннических действий в связи с широкой трактовкой Постановления Конституционного Суда РФ от 12 октября 1998 г. N 24-П "По делу о проверке конституционности пункта 3 статьи 11 Закона Российской Федерации от 27 декабря 1991 г. "Об основах налоговой системы в Российской Федерации" <2>.

<1> Сидорович Н.К. Злоупотребление правом в налоговой сфере (пункт 2 статьи 45 Налогового кодекса РФ) // Арбитражная практика. 2003. N 2 (23).

<2> СЗ РФ. 1998. N 42. Ст. 5211.

В своем Постановлении Конституционный Суд РФ указал, что уплата налога - это фактически изъятие части имущества налогоплательщика, и повторное изъятие имущества путем принудительного списания денежных средств со счетов налогоплательщиков, уплативших налоги в бюджет, но которые по тем или иным причинам в бюджет не поступили, нарушает конституционные гарантии частной собственности. "Взыскиваемые суммы в таком случае не являются недоимкой, поскольку конституционная обязанность по уплате налогов считается исполненной в тот момент, когда изъятие части имущества добросовестного налогоплательщика в рамках публично-правовых отношений произошло". Далее подобное правило нашло отражение и в п. 2 ст. 45 НК РФ. С тем чтобы пресечь возможности ненадлежащего осуществления прав и гарантий участниками правоотношений, которые оказывали негативный эффект в налоговой сфере, Конституционный Суд вынужден был истолковать свое собственное Постановление, разъяснив, что указанное там правило касается только добросовестных налогоплательщиков <1>. Правда, специалисты утверждают, что правоприменительная практика не стала легче <2>.

<1> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 25 июля 2001 г. N 138-О // СЗ РФ. 2001. N 32. Ст. 3410.

<2> См.: Сидорович Н.К. Указ. соч.; Стрельников В.А. Оценочные категории // ЭЖ-Юрист. 2005. N 1.

Средством "налоговых" злоупотреблений служит, в частности, право на создание нескольких юридических лиц, реально подконтрольных какому-то одному физическому или юридическому лицу, что позволяет переводить имущество и совершать сделки, снижая налоговое бремя до минимума. Многие компании путем нескольких последовательных операций по созданию юридических лиц, а затем выходу из числа учредителей организуют для себя "фирмы - корзины для яиц", где концентрируется основное имущество, главным образом недвижимость, но совсем не осуществляется деятельность.

Другим гражданско-правовым средством злоупотребления является выбор сторонами такой договорной модели, посредством которой их деятельность для налогообложения выглядит одним образом, а для иного регулирования - другим. То есть автономия воли как центральный принцип частных отношений позволяет манипулировать правовыми средствами так, что публичное регулирование будет ущербно.

В современной российской предпринимательской практике есть следующие поучительные примеры. Юридическое лицо занимается оказанием консультационных услуг (консалтингом), в целом его деятельность вполне легальная и эффективная. Однако по просьбе своих партнеров, желающих легализовать определенную сумму денег, полученную нелегальным путем, это юридическое лицо заключает гражданско-правовые договоры на оказание консалтинговых услуг. В результате заказчику передает дискету с информацией, содержащей коммерческую тайну или какое-либо ноу-хау, заказчик принимает ее как знак надлежащего выполнения договора и оплачивает огромной суммой денег. Налоговые органы не могут оценить эту информацию и ее реальную стоимость, все-таки действует режим тайны и возможность установить договорную цену. Таким образом легализуются теневые доходы, а при несколько иных задачах может минимизироваться и налоговое бремя.

Наиболее сложным и спорным моментом в понимании злоупотребления правом является проблема сочетания в одном понятии двух противоположностей: поведение лица в правоотношении постоянно колеблется между противоправностью и правомерностью.

"Признаки правомерного и противоправного поведения определены законом или другими нормативными актами, поэтому разграничительная линия между ними, казалось бы, не представляет проблемы" <1>.

<1> Кудрявцев В.Н., Малеин Н.С. Закон и пределы правомерного поведения // Советское государство и право. 1980. N 10. С. 31.

При этом в действительности между этими полюсами существуют точки, которые трудно определенно связать с одним из них. Именно таким образом можно описать деяния, составляющие злоупотребление правом, поскольку оно, являясь осуществлением легальной возможности, одновременно служит источником вреда для третьих лиц, тяготея тем самым и к норме, и к деликту. В то же время определять злоупотребление правом как нечто среднее (уже не правомерное, но еще не противоправное), как девиантное отклонение от нормы, но не являющееся правонарушением, абсолютно бессмысленно с точки зрения правового регулирования. Какие средства воздействия на злоупотребление правом тогда можно использовать? Меры ответственности предполагают наличие правонарушения. Для научных целей "среднее" положение злоупотребления правом между надлежащим и общественно вредным поведением также означает отсутствие четких представлений об этом институте.

Злоупотребление правом появилось как отклик на реальные конфликтные ситуации, в рамках которых приходили в противоречие два центральных принципа цивилистики. Свободное поведение управомоченного лица по осуществлению права оказывалось вредоносным для иных лиц. С одной стороны, потерпевший был вправе рассчитывать на устранение посягательства и возмещение ущерба, исходя из принципа генерального деликта. В таком случае меры ответственности должны были применяться к лицу, действующему, по существу, правомерно. С другой стороны, господствовало представление о том, что "само собой разумеется, осуществление права должно быть дозволено и тогда, когда им нарушаются чужие интересы" <1>.

<1> Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. М., 1950. Т. 1. Полутом 2. С. 436.

Промежуточное положение, которое занимало злоупотребление правом между противоправностью и правомерностью, служило главным, но не единственным аргументом противников этой категории. Негативное отношение к институту злоупотребления, предполагающему, по мнению критиков, самую широкую свободу судебного усмотрения, объяснялось опасениями по поводу возможного произвола правоприменителя.

Впервые в советской литературе это возражение было высказано М.М. Агарковым, который считается одним из идеологов отрицания самой конструкции злоупотребления. С его именем часто связывали мысль о противоречии, заключенном в термине "злоупотребление правом", и его несовместимости с идеей прочности правопорядка <1>.

<1> См.: Братусь С.Н. О пределах осуществления гражданских прав // Правоведение. 1967. N 3. С. 80; Ерошенко А.А. Осуществление субъективных гражданских прав // Правоведение. 1972. N 4. С. 28 и след.

Однако внимательное прочтение работы М.М. Агаркова не позволяет сделать подобных выводов. Автор не предлагает отказаться от постановки проблемы злоупотребления правом, напротив, для него очевидны ее проявления в отдельных жизненных ситуациях. "Допустим, два полностью или частично совпадающих по своему содержанию субъективных права, границы которых определены законом, например права пользования двух жильцов коммунальной квартиры или двух соседей, собственников жилых домов. Из существа дела вытекает и повседневым опытом подтверждается, что осуществление права одним нередко фактически исключает или затрудняет права его соседа. Никакая регламентация (нормы соседского права, правила пользования квартирами и т.д.) не может исчерпать всего разнообразия возможных случаев" <1>.

<1> Агарков М.М. Указ. соч. С. 428.

Отмечая некоторую противоречивость термина, ученый считает вполне допустимым использовать его для обозначения анализируемого вопроса. "Если не забывать условность этого термина, то им можно пользоваться, как и многими другими условными выражениями, которые образуют значительную часть юридической терминологии" <1>.

<1> Там же. С. 429.

В то же время автор рассматривает концепцию злоупотребления гражданскими правами под принципиально иным углом зрения. Он предлагает не пытаться противопоставлять осуществление права его содержанию, тем более не признавать осуществление права противоправным, поскольку в обоих случаях рассуждения, по его мнению, страдают нелогичностью. Актуальность злоупотребления, на его взгляд, заключается в том, что при помощи данного института есть возможность решить проблему коллизий субъективных прав и пробельности законодательства. Для преодоления обозначенных проблем следует определиться, должен ли быть законодатель монополистом в области установления границ субъективных прав, а суд - послушным исполнителем, либо судьям будет дозволено в отсутствие правовой регламентации самостоятельно устанавливать, правомерно или нет поведение.

Последовательное отстаивание такой позиции вынуждает М.М. Агаркова выносить за скобки рассуждений злоупотребление правом в области соседских взаимоотношений, вопросы совершения недействительных сделок и шикану. Таким образом, идея злоупотребления правом была сведена к одному из инструментов восполнения пробелов в законодательстве и ограничения судебного произвола. Даже шикана как классический пример злоупотребления не нашла своего места в концепции М.М. Агаркова, поскольку ее состав прямо описан в законе и исключает, по его мнению, свободу судебного усмотрения. "Применение ее требует от суда лишь установления определенного факта - отсутствие у лица иной цели, кроме цели причинить вред другому. Суду не приходится в этом вопросе устанавливать самому границу субъективного права. Он должен лишь установить фактические обстоятельства дела и применить ту границу, которая установлена законом" <1>.

<1> Агарков М.М. Указ. соч. С. 430.

Видимо, такого рода подмена понятий послужила причиной обращения в последующем к работе М.М. Агаркова за контраргументами.

Нормальное развитие гражданского оборота зависит не столько от объема, детальности и юридической техники нормативных актов, регулирующих его, сколько от добросовестности и сознательности участников гражданских правоотношений, особенно при осуществлении принадлежащих им субъективных прав.

В обществе сложилось однобокое представление о надлежащем развитии правоотношений как о необходимости неуклонно и четко исполнять каждому возложенные на него обязанности. О правах при этом речи не заходит. Предполагается, что их осуществление не может нанести вреда правопорядку. Такие взгляды основываются, во-первых, на определении осуществления прав как реализации предоставленных законом возможностей, а во-вторых, на таких принципах цивилистики, как свобода усмотрения при использовании правовых возможностей, осуществление прав в своих интересах и т.п. (ст. ст. 1, 9, 209 и др. ГК РФ). Более того, если у субъекта нет необходимости в реализации заложенных в праве возможностей, он может вовсе не осуществлять их.

Однако это кажущаяся "безвредность" осуществления прав. В действительности управомоченное лицо использует свое право не в вакууме и его свобода поведения не безгранична. В гражданском обороте происходит одновременная реализация тысяч правовых возможностей, многие из которых пересекаются или соседствуют друг с другом. Допустить полную свободу каждого субъекта общественных отношений - значит превратить правовое поле в его противоположность - хаос, а субъективное право - в произвол.

Именно этим обстоятельством объясняется установление пределов осуществления гражданских прав в ст. 17 Конституции РФ и ст. 10 ГК РФ. К таким пределам относятся: права и интересы иных лиц, определенные требования к формам осуществления (безопасность средств и способов удовлетворения своих потребностей), назначение права, т.е. те легальные цели, ради которых существуют субъективные права. Причем следует заметить, что речь не идет о тотальном вмешательстве в сферу интересов отдельных лиц и посягательстве государства на принадлежащие им права. Наоборот, законодатель, стремясь защитить участников правоотношений от взаимного вредоносного поведения, устанавливает единые и довольно справедливые правила игры. Тем самым достигается относительный баланс интересов в обществе.

Итак, для того, чтобы надлежащим образом осуществлять свое право, лицо должно не только четко представлять те возможности, которые в нем заключены, т.е. знать содержание субъективного права, но и правильно оценивать свое поведение при реализации данных возможностей. Иными словами, уважительно относиться к интересам других лиц и соотносить свои действия с указанными интересами.

Поведение управомоченного лица, хотя и действующего в границах содержания своего субъективного права, но выходящего за пределы осуществления, есть поведение противоправное, неисполнение обязанности.

Подобное умозаключение воспринимается в цивилистике очень осторожно, часто недоуменно, а иногда враждебно. Отношение к проблеме злоупотребления субъективными гражданскими правами крайне неоднозначно.

Термин "злоупотребление правом" одновременно и привлекает, и отпугивает исследователей. С одной стороны, что может быть выигрышной в рассуждениях, чем обоснование парадоксальности изучаемой категории? Внутреннее противоречие, заключенное в этом словосочетании, дает пищу для различных спекуляций. Действительно, рассуждают одни, как можно злоупотребить тем, что тебе предоставлено в качестве правовой возможности. Другие откликаются: если злоупотреблять - значит поступать противоправно, то разве может быть противоправным субъективное право?

Не стоит считать парадокс термина основой проблемы злоупотребления. Это лишь одно из следствий, но никак не причина сложностей, связанных с правовым регулированием этого вопроса. Праву известно множество неадекватных содержанию терминов, например "юридическое лицо", "недействительные сделки" и т.п. Более того, именно образность словосочетания помогает в данном случае лучше понять правовую природу самого явления.

Сегодня существуют как минимум три концепции, объясняющие значение и сущность категории злоупотребления. Первая основывается на понимании злоупотребления в узком смысле, т.е. на сведении данного института только к шикане. Аргументы в пользу такой позиции следующие: теория злоупотребления правом не должна являться способом урегулирования коллидирующих прав или средством устранения пробелов в праве. Нельзя допустить, чтобы судьи на основе неких общих критериев самостоятельно определяли в каждом отдельном случае, осуществлялось ли право надлежаще, т.е. в соответствии с требованиями закона. Такого рода расширение судебного усмотрения, основанного не на конкретных правовых предписаниях, а на принципах права, по мнению И.А. Покровского, М.М. Агаркова и др., приведет к непрочности права, сделает неопределенной границу субъективных прав <1>.

<1> См.: Покровский И.А. Указ. соч. С. 112 - 113.

Профессор И.А. Покровский, не отрицая, что "осуществление прав может в том или другом случае приводить к нежелательным с точки зрения правопорядка последствиям" <1>, на вопрос, должно ли право мириться с этими последствиями, отвечал: да, должно, если это нужно для "прочности права". Исключение, по его мнению, могли составлять лишь случаи, когда лицо использовало право не для удовлетворения своих интересов, а с исключительной целью причинить другому вред. Именно шикану, действие вопиющее и без всяких сомнений противоправное, следует, по мнению сторонников этого подхода, называть злоупотреблением правом, только к ней гражданское право не может относиться равнодушно. Запрещение шиканы "столь же естественно, как запрещение умышленного правонарушения вообще. Иначе можно было бы утверждать, что каждый убийца только пользуется своим правом на употребление своих рук" <2>.

<1> Там же. С. 112.

<2> Там же. С. 118.

М.М. Агарков, считая эти рассуждения вполне последовательными, делает вывод, что прочность права есть большее благо, чем гибкость и конкретность судебных решений, которые будут реализовывать теорию злоупотребления. По его мнению, нельзя допустить, чтобы лицо узнавало о границах своего права не заранее из закона, а *post factum* из судебного решения. Запрет же шиканы не повлечет необходимость применения общих принципов осуществления прав, а оставит суду привычную задачу установления указанных в законе фактов (вреда, умысла, цели и т.д.) <1>.

<1> Агарков М.М. Указ. соч. С. 430.

Развивая эти мысли и доводя их до логического завершения, следует предположить, что вред, который будет причинен при использовании субъектом принадлежащего ему гражданского права, при наличии каких-либо его интересов, а не с исключительной целью навредить другим, нужно оставить без внимания. "Каждый, таким образом, в области гражданского права может действовать, исключительно руководствуясь своими собственными интересами и не заботясь об интересах других: эти последние должны заботиться о себе сами. Нужно только, чтобы осуществляющий свое право субъект оставался в формальных границах этого последнего" <1>.

Вот так прочность права! Заботясь о монополии законодателя в сфере определения границ субъективных прав и пределов их осуществления, пытаясь защитить правообладателя от судебного произвола и сомнений в отношении своих правовых возможностей, указанные авторы навлекают на него другую беду - произвол иных участников гражданского оборота, так же осуществляющих права, и абсолютную неповоротливость правовой защиты.

<1> Там же. С. 113.

Следующая точка зрения характеризуется отрицанием теоретической и практической значимости злоупотребления правом как самостоятельной категории <1>. Ее сторонников, во-первых, сильно смущала неадекватность термина, а во-вторых, они сочли, что действия, называемые злоупотреблением, есть действия за пределами права, вопреки праву. "Границы права установлены в его нормах. В противном случае следовало бы встать на позицию неопределенности правовых норм, что в свою очередь неизбежно привело бы к противопоставлению формы и содержания права, "буквы" и "духа" закона" <2>.

<1> См.: Ярошенко А.А. Осуществление субъективных гражданских прав в противоречии с их назначением // Правоведение. 1972. N 4. С. 30 - 31; Кудрявцев В.Н., Малеин Н.С. Указ. соч. С. 36 - 38.

<2> Кудрявцев В.Н., Малеин Н.С. Указ. соч. С. 38.

Гораздо логичнее, по мнению этих ученых, применять в этом случае нормы об отдельных составах правонарушений, не обозначая особенностей злоупотребления. Они отрицают даже шикану, как весьма специфический деликт, считая, что возможно одно из двух: или субъект действует в границах принадлежащего ему права, и тогда не злоупотребляет своим правом; или он выходит "за пределы, установленные законом", и, таким образом нарушая закон, не злоупотребляет правом, а совершает элементарное правонарушение, за которое должна следовать ответственность. В обоих случаях для идеи и общей нормы о злоупотреблении правом нет места <1>.

<1> См.: Малеин Н.С. Юридическая ответственность и справедливость. М., 1992. С. 160.

В единственной монографической работе на эту тему, написанной В.П. Грибановым, предлагается еще один вариант понимания злоупотребления, и рассматриваемая проблема представлена следующим образом. Если конкретные формы поведения управомоченного субъекта по осуществлению его права полностью соответствуют общему типу предписанного законом поведения, то отсутствует всякая противоправность - это абсолютно законное осуществление; если лицо выходит за рамки предоставленного ему права, то злоупотребления правом тоже нет, т.к. налицо обычное правонарушение. Под злоупотреблением правом профессор В.П. Грибанов понимает особый тип гражданского правонарушения, совершаемого субъектом права и представляющий собой использование недозволенных конкретных форм в рамках дозволенного ему законом общего типа поведения <1>.

<1> См.: Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. С. 63.

Из всех приведенных выше позиций наиболее предпочтительна последняя. Это не означает, что у нее нет слабых сторон. Любая попытка решить такой острый и противоречивый вопрос неизбежно обречена на критическое к ней отношение, и аргументы против существуют, часть из них уже была названа в качестве доводов иных концепций. Профессор В.П. Грибанов ясно показал, что хотим мы того или нет, но в общественных отношениях постоянно встречаются ситуации, когда лицо, формально действуя как правообладатель, нарушает права и законные интересы других лиц. И ни прочность права, ни какие-либо иные мотивы не могут оправдать этих действий и оставить их без правового регулирования. К тому же управомоченный субъект крайне редко осуществляет свое право исключительно с целью ущемить права иных лиц. Шикана есть крайняя форма злоупотребления, но не единственная. Следует добавить, что современное гражданское законодательство восприняло именно последнюю концепцию.

В указанной монографии делается еще один важный вывод: злоупотребление правом - деликт, гражданское правонарушение, хотя и характеризующееся специфическими чертами.

Противники существования злоупотребления правом как самостоятельной категории ссылаются на то, что если есть уже правонарушение как наиболее разработанный институт, есть нормы об ответственности, то зачем нужно еще и злоупотребление. Дело в том, что закрепление в законодательстве отдельных составов правонарушений, причем отличающихся рядом особенностей, является обычной практикой. В ГК РФ, например, отдельно устанавливаются нормы

об основаниях и последствиях недействительности сделок, что тоже есть правонарушение, правда, и по этому вопросу в науке нет единства мнений <1>.

<1> См.: Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. М., 1954. С. 65 - 67; Хейфец Ф.С. Недействительность сделок по российскому гражданскому праву. М., 1999. С. 12 - 38.

§ 2. Злоупотребления правом как гражданское правонарушение

В общей теории права существуют два метода определения правонарушения. Первый из них относится к научно-теоретическим методам и заключается в отграничении правонарушения от правомерного деяния. Вторым выражается в обнаружении эмпирическим путем ряда необходимых и достаточных признаков в поведении лица, совокупность которых будет указывать на совершение им правонарушения.

Если следовать первому из приведенных методов, то прежде всего нужно будет определить круг отношений, которые подлежат таким оценкам, как правомерность и противоправность. Для этого потребуется исключить из предмета рассуждений множество социальных отношений, которые не могут по различным причинам называться правовыми <1>.

<1> См.: Шабуров А.С. Поведение людей в правовой сфере. Правомерное поведение. Правонарушение // Теория государства и права / Под ред. В.М. Корельского, В.Д. Перевалова. М., 1997. С. 399.

Речь идет об отношениях, которые лежат вне сферы правового регулирования, в связи с непригодностью применения к ним юридических средств воздействия. Главным образом, не подвержены правовой оценке чувства (любовь, дружба и проч.), мысли людей. Существуют виды отношений в обществе, правовая безразличность к которым объясняется одновременно и неэффективностью для них правовых методов, и незаинтересованностью в регулировании со стороны государства. К последним можно отнести область создания произведений искусства, творчества и тому подобные юридические поступки, где право опосредует, защищает только результат и способы его использования.

Именно такая логика подхода к выяснению существа правонарушения позволяет в дальнейшем не переносить юридические конструкции в область морали, этики, бытового уклада человеческих взаимоотношений. При этом нужно понимать, что правовые нормы, конечно, уже впитали необходимую для их применимости долю моральных установлений, но это не значит, что правовыми средствами возможно урегулировать ситуации, находящиеся исключительно в области действия моральных требований. Иначе грань между правовой нормой и моральной абсолютно стирается.

Особенно остро подобная тенденция наблюдается при анализе проблемы злоупотребления правом. В литературе по этому вопросу можно встретить, к примеру, следующее суждение: "Правомерное злоупотребление правом причиняет вред не охраняемым законом отношениям, поэтому такие злоупотребления в зависимости от конкретных обстоятельств можно рассматривать как аморальные или нецелесообразные" <1>. Некорректность приведенной формулировки заключается не только в двойном парадоксе термина "правомерное злоупотребление правом", но главным образом в попытке распространить юридическую конструкцию злоупотребления субъективными правами на область жизнедеятельности людей, которую право не регулирует. Автор сам подчеркивает то обстоятельство, что указанные им отношения не охраняются законом, то есть их участники не обладают субъективными правами, следовательно, они не могут осуществить их с нарушением установленных пределов, то есть злоупотребить. Если и возможно использовать в подобной ситуации термин "злоупотребление", то в его общеупотребимом, бытовом звучании и без добавления слова "правом".

<1> Малиновский А.А. Злоупотребление правом: Теоретические аспекты // Журнал российского права. 1998. N 7. С. 71.

В теории государства и права разработаны определенные признаки правового поведения. В частности, его определяют как "социально значимое осознанное поведение индивидуальных или коллективных субъектов, урегулированное нормами права и влекущее за собой юридические последствия" <1>. В целом такое понимание правового поведения не вызывает возражений, хотя и требует некоторых уточнений.

<1> Шабуров А.С. Указ. соч. С. 401.

Правовое поведение включает в себя правомерные и противоправные варианты деяний. Для исследования правовой природы злоупотребления гражданским правом ключевым является вопрос о социальной значимости действий лица, осуществляющего право. С одной стороны, фиксируя ту или иную возможность в качестве субъективного права, государство стремится подчеркнуть небезразличное к ней отношение и одновременно указывает на правомерность. С другой стороны, особенно в поле гражданского законодательства, действует разрешительный метод регулирования общественных отношений, одним из принципов которого является "все, что не запрещено, дозволено".

По общему правилу необходимо доказать наличие в деянии четырех условий, совокупность которых и будет свидетельствовать о совершении лицом правонарушения:

- 1) неправомерность действия или бездействия причинителя вреда;
- 2) наличие убытков (вреда);
- 3) причинная связь противоправного деяния с наступившим вредом;
- 4) вина причинителя вреда.

Нужно начать с того обстоятельства, что характерные черты феномена злоупотребления правом накладывают отпечаток в первую очередь на субъекта данных отношений. Лицо, совершающее этот вид гражданских правонарушений, должно иметь формально возможность действовать подобным образом.

Субъектом злоупотребления может быть только управомоченное лицо. Если у него нет соответствующего субъективного права или оно заблуждается относительно наличия права, то его действия нельзя квалифицировать как злоупотребление правом. Субъектный состав этого вида правонарушения представлен гражданами РФ, юридическими лицами, Российской Федерацией, субъектами РФ, муниципальными образованиями, иностранными лицами.

В связи с особенностями юридической природы злоупотребления правом суды отказывают в удовлетворении требований о признании действий лица в качестве злоупотребления правом, если при этом будет выяснено, что лицо не просто не осуществляло свое право, а не исполняло обязанность.

Неправомерность или противоправность есть признак объективной стороны деяния, означающий несоответствие поведения субъекта предписаниям норм объективного права. Применительно к злоупотреблению гражданским правом в договорных отношениях можно считать неправомерным поведение, не соответствующее норме договора, если договорное положение изменяет диспозитивную норму закона.

Для юридической характеристики злоупотребления гражданским правом важное значение имеет механизм преобразования формально правомерного поведения, каким является осуществление субъективного права, в поведение противоправное. Для правонарушения свойственно наличие расхождения между индивидуальной волей субъекта и общественной, государственной волей, объективированной в правовых нормах. В этой связи логическая цепь рассуждений применительно к злоупотреблению правом выглядит следующим образом:

1) управомоченное лицо, реализующее возможности, заключенные в принадлежащем ему праве, так или иначе вторгается в сферу правового господства третьего лица (лиц). При этом результат вторжения может быть для последнего безразличен либо в определенной степени полезен. Это явление получило название "рефлексивного действия" субъективного права. Выгода, которую получает третье лицо, не выражается правом. Ее природа фактического свойства, она рассматривается для целей правового регулирования в качестве интереса, лишь при определенных условиях получающего защиту;

<1> См.: Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 388.

2) если эффект от осуществления гражданского права негативный, вредоносный, то независимо от формального соответствия поведения содержанию субъективного права его следует устранять. В подобной ситуации конфликт частных правообладателей одновременно проявляется как конфликт частной и публичной воли, означающий противоправность действий лица;

3) алгоритм внешней реакции на подобное поведение различается в зависимости от того, что нарушается при правоосуществлении - права или интересы иных участников отношений. Ранее уже отмечалось, что посредством закрепления в юридических нормах желательного и социально полезного для государства поведения в виде субъективных прав подчеркивается особая заинтересованность в нем общества. Поэтому невольное или намеренное причинение вреда и посягательство на права третьих лиц с необходимостью будут противоправны.

Когда объектом посягательства выступает интерес, то для признания осуществления права неправомерным потребуются прямое указание в нормативных источниках на его охраняемость. Примером могут служить правила п. п. 2, 3 ст. 209, ст. 293 ГК РФ. В противном случае поведение управомоченного лица нельзя будет квалифицировать как неправомерное.

Наибольшие сложности связаны с установлением противоправности деяния, формально соответствующего осуществлению права. В том случае, если в тексте общей нормы о злоупотреблении будут поименованы все основные виды пределов осуществления гражданских прав, то для доказательства противоправности поведения управомоченного лица достаточно будет обосновать превышение хотя бы одного из них. Назначение пределов заключается именно в том, чтобы служить основанием для квалификации правонарушения.

В настоящее время, когда пределы осуществления обозначены в самом общем виде, трудно установимы из текста нормы, временным показателем неправомерности должен выступать объективно причиненный третьим лицам вред (за исключением случаев, когда причинение вреда допускается законом).

Следующий признак - наличие вреда. Понимание негативных последствий, наступивших для третьих лиц в силу злоупотребления правом, будет различным в зависимости от того, в рамках договорных или внедоговорных отношений произошло злоупотребление. Думается, что негативные последствия применительно к злоупотреблению правом должны трактоваться максимально широко: убытки (ст. 15 ГК РФ), вред жизни, здоровью, умаление нематериальных благ и пр.

Однако, думается, не оправданно расширять понятие вредных последствий настолько, что они будут превращаться в оценочную категорию с безграничным содержанием, как это иногда пробуют сделать в периодической печати: "Как представляется, по смыслу закона данную норму следует толковать расширительно, а именно - термин "вред" здесь означает не только вред в смысле убытков и морального вреда, а вообще всякое неудобство, пусть и не связанное с материальными потерями или физическими и нравственными страданиями. Точнее, на наш взгляд, говорить не о "вреде", а о вообще неблагоприятных последствиях" <1>.

<1> Пашин В. Выявление злоупотребления // ЭЖ-Юрист. 2005. N 5.

В. Пашин предлагает рассматривать в качестве вреда любой дискомфорт и неудобства для целей квалификации деяния как злоупотребления правом. С этим предложением нельзя согласиться по двум причинам. Во-первых, непонятно, почему к отдельно взятому институту гражданского права нужно применять не общий подход к пониманию вредных последствий, а некий особый и специальный. Во-вторых, еще в Древнем Риме многие "неудобства" собственников предписывалось терпеть, если они были связаны с нормальным осуществлением собственником своего права. Неудобство и дискомфорт - явления трудно определяемые и субъективные (что одному неудобно, другому нормально или даже хорошо), их доказательство крайне затруднительно, а уж оспаривание и вовсе невозможно. Трудно представить себе, как ответчик сможет убедить судью, что на самом деле истцу удобно и комфортно.

В отношении наличности причиненного вреда нужно заметить, что, на наш взгляд, в качестве злоупотребления правом должны признаваться и те ситуации, при которых вредоносный результат еще не наступил, но ненадлежащее осуществление права создало все условия его наступления. В частности, когда реализация права носит длящийся характер. При квалификации такого поведения суд должен применить не только ст. 10, но и ст. 1065 ГК РФ о предупреждении вреда. По своей конструкции подобные действия напоминают одну из моделей древнеримских квазиделиктов, когда, согласно Институциям Юстиниана, предусматривалась ответственность за создание угрозы для прохожих. К примеру, если на крыше или на карнизе дома был установлен предмет, который при случайном падении мог нанести ущерб третьим лицам <1>.

<1> См.: Институции Юстиниана / Пер. с лат. Д. Расснера. Под ред. Л.Л. Кофанова, В.А. Томсинова. М., 1998. С. 317 - 319; Дождев Д.В. Указ. соч. С. 560.

Такое видение разделяют и другие авторы, считающие, что наличие вреда не является обязательным признаком шиканы. В обоснование достаточно было бы сослаться здесь на буквальный смысл закона, который говорит только о намерении причинить вред, а не об уже наступившем вреде. Однако в литературе высказываются и иные точки зрения. При этом не учитывается, во-первых, то, что нормы о шикане применяются не только (и не столько) для привлечения лица к ответственности, сколько для отказа ему в защите права (п. 2 ст. 10 ГК РФ), а это не предполагает с необходимостью наличия вреда и привлечения правонарушителя к ответственности. Во-вторых, не учитывается и возможность существования таких ситуаций, когда вред еще не наступил, но потенциальная угроза его наступления уже налично. И, следовательно, намерения лица причинить вред могут быть уже известны не только ему, но и окружающим: сторона спора уже может доказывать наличие у другой стороны исключительного намерения причинить ей вред <1>.

<1> См.: Пашин В. Указ. соч.

Объективная сторона состава характеризуется активными действиями лица, поскольку законодатель в ст. 10 ГК РФ подчеркивает именно эту форму осуществления. Такой подход представляется разумным в той связи, что осуществление путем бездействия нужно расценивать как отказ от осуществления права. Последнее вполне допустимо и не влечет прекращения права (п. 2 ст. 9 ГК РФ), но в случае отказа от осуществления нет возможности причинить вред посредством права, то есть невозможно злоупотребление.

Интересен в этой связи пример из арбитражной практики по делу о возмещении имущественного ущерба (вреда), причиненного ненадлежащей охраной товарно-материальных ценностей. В указанном деле истец пытался доказать, что в действиях ответчика были все элементы состава злоупотребления правом. Доказаны были вред, нарушение ответчиком (собственником склада) прав третьих лиц (арендаторов склада), т.е. универсального предела осуществления гражданских прав. Следовательно, противоправность деяния не вызвала сомнений. Но все это связывалось с бездействием собственника (он не принял элементарных мер к техническому укреплению склада и его оборудованию техническими средствами охраны и т.п.). Поскольку ст. 10 ГК РФ предусматривает именно действия управомоченного лица и суд не смог выяснить, являлось ли подобное неосуществление права причиной наступившего вреда, то в удовлетворении исковых требований было отказано <1>.

<1> См.: Архив Арбитражного суда Воронежской области. 2002. Дело N А14-91-02-15/9.

Ранее уже отмечалось, что злоупотребление правом по своей природе не должно служить средством восполнения пробелов в гражданском законодательстве. Любое правонарушение как договорного, так и внедоговорного характера требует доказывания всех его элементов в суде. Злоупотребление правом не исключение. Исторически сложилось так, что начиная с 1930-х гг. и до настоящего времени конструкцию злоупотребления используют именно в этом вспомогательном качестве.

По ряду причин злоупотребление правом не раз становилось орудием "целесообразности" в праве. Российские арбитражные суды посредством модели злоупотребления борются с недостатками законодательства о несостоятельности (банкротстве). Показательно Определение Арбитражного суда Воронежской области "Об отказе в принятии заявления о банкротстве". Мотивируя отказ в принятии заявления от кредитора о банкротстве должника, судья квалифицирует действия заявителя как злоупотребление правом на принудительную ликвидацию неплатежеспособного контрагента. При этом в действительности у судьи возникли небезосновательные опасения в том, что, не исчерпав иных способов взыскания задолженности, кредитор прибег к наиболее радикальному средству - банкротству. Полагая, что ликвидировать организацию следует только в исключительных случаях, судья вынесла указанное определение.

В этом случае речь не идет о безграмотности правоприменителя, напротив, судья выносила определение, руководствуясь большим опытом в рассмотрении дел о несостоятельности. Нередки случаи, когда ради взыскания незначительных долгов (законодательный критерий для обращения в суд с требованием о банкротстве крайне низкий для юридических лиц - 500 МРОТ <1>) процедуры банкротства устанавливаются в отношении вполне работоспособного лица. Начав дело о банкротстве, заявитель вынуждает остальных кредиторов также предъявить требования ко взысканию, несмотря на то что они, возможно, еще могли бы отсрочить оплаты, и т.п. Судебный процесс о банкротстве действительно не может служить целям взыскания долга любыми средствами. В то же время нужно подчеркнуть абсолютную невозможность пресекать процессуальные злоупотребления (сутяжничество и прочее) при помощи нормы ст. 10 ГК РФ, состав злоупотребления правом требует состязательного доказывания <2>. Следовательно, только принятие новой редакции Закона о банкротстве может служить надлежащей борьбе с процессуальными нарушениями. А ссылка на ст. 10 ГК РФ должна быть мотивирована в судебном решении доводами сторон, оценкой судом всех элементов состава злоупотребления правом. Примером грамотного, с точки зрения квалификации состава злоупотребления правом в области банкротства, судебного акта может служить Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 25 мая 2001 г. <3>.

<1> См.: Федеральный закон РФ от 8 января 1998 г. N 6-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" // СЗ РФ. 1998. N 2. Ст. 222.

<2> См.: Архив арбитражного суда Воронежской области. 1999. Определение Арбитражного суда Воронежской области по делу N А14-7942-99/20/36-36.

<3> См.: Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 25 мая 2001 г. по делу N КГ-А40/2495-01.

Для уяснения сущности злоупотребления правом как правонарушения имеет смысл отграничить его от сходных отношений, в частности, определить, может ли состав злоупотребления служить основанием для признания сделки недействительной. Природа недействительных, в особенности ничтожных, сделок сложна. Так и нет единой позиции в отношении того, являются ли такого рода сделки правонарушением или остаются деянием правомерным <1>. Одни ученые исходят из тех соображений, что деяние, противоречащее норме объективного права, например сделка, не соответствующая закону, по ст. 168 не может расцениваться правомерным. Другие считают, что сделка, в особенности оспоримая, остается сделкой и по намерениям сторон, и в силу неоспаривания этой сделки заинтересованными лицами и т.п.

<1> См., например: Рабинович Н.В. Недействительность сделок и ее последствия. Л., 1960; Шахматов В.П. Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. Томск, 1967.

В этой связи если исходить из второй позиции, то не ясно, каким образом злоупотребление правом, выступающее основанием для недействительности, сможет в итоге сохранить такое свойство сделки, как правомерность.

Субъективная сторона злоупотребления правом всегда характеризуется виной управомоченного лица в форме умысла. Это утверждение основано на существовании анализируемого явления, законодательный запрет которого связан с особой общественной опасностью сознательного извращения смысла субъективного права управомоченным лицом, что девальвирует ценность субъективного права для гражданского оборота. Об этом же свидетельствует термин "злоупотребление", подчеркивающий намерение лица использовать право ненадлежащим образом.

Неосторожное причинение вреда в рамках осуществления лицом принадлежащего ему гражданского права должно дополнительно оцениваться судом. В случае, когда безвредное использование этого правомочия невозможно, приоритет должен быть отдан управомоченному лицу как обладателю юридически обеспеченной возможности действовать. В этой связи суд должен исключить при квалификации злоупотребления правом ситуации, при которых причиняемый третьим лицам вред является следствием обычной эксплуатации вещи и должен расцениваться как разумно терпимым.

Именно по особенностям субъективной стороны злоупотребление гражданским правом разграничивается на формы.

§ 3. Формы злоупотребления гражданским правом

Следуя логике российского законодателя и сделанным ранее выводам, можно заключить, что злоупотребление правом как неправомерное осуществление субъективного гражданского права есть нарушение управомоченным лицом установленных пределов осуществления. Согласно норме ст. 10 ГК РФ указанное деяние может иметь различные варианты проявлений. Буквальное прочтение текста Кодекса позволяет выделить три формы злоупотребления правом:

- 1) шикану;
- 2) злоупотребление в иных, отличных от шиканы, формах;
- 3) злоупотребление правом применительно к конкурентным отношениям.

При ближайшем рассмотрении приведенного разделения злоупотребления правом на формы становится заметно отсутствие единого критерия классификации. Если шикана и злоупотребление в иных формах сравниваются главным образом в связи с особенностями субъективной стороны деяния, то обособление в отдельную группу ненадлежащего осуществления конкурентных прав вызвано другими причинами. Последний вид злоупотребления с точки зрения степени и формы вины управомоченного лица вполне укладывается в рамки второй группы (злоупотреблений, отличных от шиканы). Совершение шиканы в отношении между конкурентами представляется маловероятным, о чем речь пойдет далее.

Следовательно, устанавливая особый запрет на использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции и на злоупотребление доминирующим положением на рынке, законодатель не имел целью противопоставить этот вид формам, перечисленным в ч. 1 ст. 10 ГК РФ. Скорее подобное обособление вызвано стремлением подчеркнуть значение этого правонарушения для развития рыночных отношений, в частности конкуренции.

Действительно, с конца XIX в. особую актуальность и масштабы приобрело осуществление хозяйствующими субъектами гражданских прав (на рекламу своей продукции, на свободный выбор контрагентов и партнеров, на самостоятельное управление производством и т.п.) для создания неблагоприятных условий другим производителям товаров. При этом не только ограничивалась конкуренция, причинялся ущерб предпринимателям, но вводились в заблуждение и несли убытки потребители.

В большинстве развитых стран было создано антимонопольное законодательство, сосредоточенное на пресечении злоупотребления правами в сфере профессиональной предпринимательской деятельности <1>. В отличие от злоупотреблений правом в иных социальных отношениях, где они носили отдельный и частный характер, в этой области подобное поведение затрагивало одновременно права и интересы неопределенного круга лиц, приобретало характер, пагубный для общества в целом.

<1> См.: Ячеистова Н. Пресечение антиконкурентных действий: Международный опыт правового регулирования // Российская юстиция. 2000. N 6. С. 13 - 15.

Этим объясняется особое внимание законодателя к злоупотреблению конкурентными правами, закрепленное в ст. 10 ГК РФ. По этой же причине заметна разница между уровнем разработанности института злоупотребления правом в целом и той его частью, которая затрагивает конкуренцию товаропроизводителей <1>. Тем не менее каких-либо принципиальных особенностей состава, позволявших бы выделить злоупотребление конкурентными правами в особую форму, нет.

<1> См.: Зарезин М. Мы не боремся с монополиями, мы боремся с их злоупотреблениями // РГ. 1996. 27 февр.

Еще одним вероятным мотивом для особого выделения анализируемой формы злоупотребления в ст. 10 ГК РФ является то, что законодатель желал указать на возможность применения к этим отношениям не только административных норм, но и гражданско-правовых, включая установленные в них меры ответственности. Можно предположить, что и отказ в защите соответствующего права субъекту рыночной экономики, который совершил злоупотребление, как общая санкция за этот вид деликта (п. 2 ст. 10 ГК РФ), и другие меры воздействия на правонарушителя, например возмещение убытков, могут быть применены в суде по требованию пострадавшей стороны независимо от административных средств воздействия, очерченных в Законе о конкуренции.

Особо дискутируется в юридической литературе вопрос о правильности использования термина "гражданские права" ("осуществление прав") применительно к участию в рыночной конкуренции или доминирующему положению на рынке товаров. Предлагается ориентироваться на норму ч. 2 ст. 34 Конституции РФ, где запрет сформулирован следующим образом: "Не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию" <1>.

<1> См.: Садиков О.Н. Злоупотребление правом в Гражданском кодексе России // Хозяйство и право. 2002. N 2. С. 43 - 44.

Думается, что в области правового регулирования любая деятельность будет складываться из реализации прав и исполнения обязанностей ее субъектами. В этой связи скорее критике должна быть подвергнута норма Конституции за свой, по существу, обобщенно-декларативный характер. Для установления ее содержания нередко прибегают к ссылке на ч. 3 ст. 17 Конституции РФ, где говорится о недопустимости нарушения прав и свобод других лиц при осуществлении принадлежащего субъекту права <1>.

<1> См.: Залеская М.В. Использование наименования юридического лица для получения необоснованных конкурентных преимуществ // Право и экономика. 2001. N 2. С. 19.

Сторонники уточнения редакции ст. 10 ГК РФ и закрепления в ней правила, аналогичного конституционной норме, аргументируют свою позицию следующими доводами: "Такое законодательное решение будет более точно отражать реальные правонарушения на рынке и ориентировать стороны и суды на применение к ним специального законодательства о конкуренции, а не общего правила ст. 10 ГК РФ, требующего непростого толкования" <1>.

<1> Садиков О.Н. Указ. соч. С. 44.

Такого рода усовершенствование гражданского законодательства трудно признать рациональным. Природа ст. 10 ГК РФ как общей нормы по отношению к специальному антимонопольному законодательству очевидна. Принцип приоритетного действия специального правила перед общим никем не оспаривается. В свою очередь, категория "экономическая деятельность" для юриспруденции имеет смысл при условии ее детализации в гражданских правах и обязанностях. Ее иные значения не могут быть полезны для целей правового

регулирования, и, следовательно, их закрепление в норме права будет равнозначно незакреплению.

Некорректность предлагаемой редакции ст. 10 ГК РФ в отношении злоупотребления правами в конкурентной среде выражается в двух моментах: во-первых, в отсутствии оснований к выделению этих деяний в особую форму злоупотреблений, поскольку они с успехом поглощаются "иными формами" злоупотребления, а во-вторых, в том, что в норме дважды указано одно и то же нарушение антимонопольного законодательства под разными наименованиями и проигнорирована другая разновидность ненадлежащего осуществления конкурентных прав.

В отношении первого нужно заключить: легально выраженных форм злоупотребления правом как гражданско-правового правонарушения только две. Использование прав в целях ограничения конкуренции есть частный случай иных, нежели шикана, форм злоупотребления гражданским правом.

Во втором случае речь идет о том, что в специальном законодательстве о конкуренции различаются правонарушения, связанные с доминирующим положением субъекта на товарном рынке (ст. 5 Закона РСФСР от 22 марта 1991 г. N 948-1 "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" (далее - Закон о конкуренции)), и те, которые составляют недобросовестную конкуренцию (ст. 10) <1>. Аналогичным образом различаются эти явления в других законах, регулирующих конкурентные отношения <2>.

<1> Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. N 16. Ст. 499. С 1 ноября 2006 г. ст. ст. 5 и 10 Закона РСФСР "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" утрачивают силу. В Федеральном законе от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции" (РГ. 2006. 27 июля) о правонарушениях, связанных с доминирующим положением на рынке, говорится в ст. 10, а о недобросовестной конкуренции - в ст. 14.

<2> См.: Федеральный закон "О защите конкуренции на рынке финансовых услуг" от 23 июня 1999 г. // СЗ РФ. 1999. N 26. Ст. 3174. Утрачивает силу с 1 ноября 2006 г. в связи с принятием Федерального закона от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции".

Статья 10 ГК РФ не содержит упоминаний недобросовестной конкуренции, но упоминает "использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции". Поскольку эта цель - общая для всего спектра противоправных деяний в этой области, она не может однозначно указывать на то, что законодатель имел в виду недобросовестную конкуренцию. Более того, недобросовестные действия конкурентов по отношению к друг другу, в условиях отсутствия доминирования одного из них на рынке определенного товара, вообще не могут служить цели ограничения конкуренции. Речь в этом случае следует вести об уродливых формах конкурентных отношений, а не об ограничении их. Получается, что в ГК РФ указаны не разные проявления злоупотреблений конкурентами гражданскими правами, а уточнена цель злонамеренного использования субъектом своего доминирующего положения. В таком случае требуется дополнить норму Кодекса запретом недобросовестной конкуренции.

Слово "конкуренция" в переводе с латыни означает столкновение в результате каких-либо действий. Экономический суверенитет каждого участника деловых отношений не только делает возможным такие столкновения с другими суверенными субъектами, но и превращает эту возможность в неизбежность. Конкурентные отношения лежат в двух пересекающихся областях: с одной стороны, существует взаимное соперничество предпринимателей за внимание и спрос потребителей, а с другой стороны, конкуренция охватывает непосредственно отношения между предпринимателями и потребителями. Борьба за потребителя вынуждает хозяйствующих субъектов обеспечивать конкурентоспособность производимых товаров и услуг, что достигается за счет улучшения качества продукции, предоставления гарантий покупателям, льготных условий оплаты, рекламы с использованием отличительных знаков предприятия и т.п.

У рыночного института конкуренции существуют две негативные тенденции - стремление хозяйствующих субъектов к монопольному положению и ведение борьбы недобросовестными методами.

Конкуренция - состязательность хозяйствующих субъектов, когда их самостоятельные действия эффективно ограничивают возможность каждого из них односторонне воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Трудно найти более яркую иллюстрацию отношений, где бы участники стремились ущемить права друг друга, т.е. нарушить самый универсальный предел осуществления гражданских прав. Конкуренты обречены действовать, руководствуясь исключительно собственными интересами, не только не заботясь об остальных, но стремясь не оставить для них никаких преимуществ. Именно в этой связи злоупотребление правом в конкурентной среде есть в определенном смысле поведение нормальное, как это ни парадоксально звучит. Однако, чтобы не доводить ситуацию до абсурда и помня о необходимости законодателя стоять на страже публичных интересов государства и прав отдельных граждан, потребовалось конкретизировать, что же понимается под

злоупотреблением правом на конкуренцию. Для этих целей наиболее общий предел осуществления прав, которым являются права и законные интересы иных лиц, пришлось уточнить в специальном законе и там же детально характеризовать отдельные составы злоупотреблений (ст. ст. 5, 10 Закона о конкуренции и соответственно ст. ст. 10, 14 Федерального закона от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции").

Российский закон содержит принципиальные различия двух указанных видов злоупотребления в конкурентной среде. Можно выделить следующие отличительные признаки:

1) субъектами недобросовестной конкуренции, в отличие от проявлений монополистической деятельности, не могут быть органы исполнительной власти и местного самоуправления, поскольку последние вообще не участвуют в предпринимательской деятельности, а следовательно, и в непосредственной конкурентной борьбе на рынке. Таким образом, в субъектный состав входят российские или иностранные коммерческие организации и их объединения, в определенных случаях - некоммерческие организации, а также индивидуальные предприниматели;

2) недобросовестная конкуренция понимается как действие хозяйствующего субъекта, т.е. активное поведение на соответствующем товарном рынке;

3) это должны быть действия, которые противоречат действующему законодательству, правовым обычаям или требованиям добропорядочности и разумности. При этом не требуется выяснять, входят ли соответствующие нормативные акты в состав антимонопольного законодательства. В частности, ряд требований о надлежащей конкуренции содержится и в Гражданском кодексе, например, положения п. 2 ст. 69 и п. 3 ст. 73 ГК РФ, запрещающие лицу участвовать в двух и более полных товариществах или совершать без согласия других участников полного товарищества от своего имени и в своих интересах или в интересах третьих лиц сделки, однородные с теми, которые составляют предмет деятельности товарищества. Такое недобросовестное поведение может серьезно отразиться на положении товарищества на рынке <1>;

<1> См.: Тотьев К.Ю. Конкуренция и монополии: Правовые аспекты регулирования: Учебное пособие. М., 1996. С. 109.

4) недобросовестные предприниматели стремятся приобрести необоснованные преимущества перед своими контрагентами путем использования противоправных и нечестных приемов, которые перечислены в ст. 10 Закона о конкуренции (с 1 ноября 2006 г. - ст. 14 Федерального закона от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции").

Факультативно можно выделить еще один признак состава недобросовестной конкуренции - наличие убытков или угрозы причинения убытков другим конкурирующим субъектам. Для пресечения такой конкуренции фактически причиненный вред не обязателен, он важен только в том случае, когда конкурент требует возмещения убытков.

Комплексный характер предпринимательских отношений, подпадающих под административную, налоговую, уголовную, гражданскую юрисдикцию, обязывает к взвешенному подходу в выборе средств и способов правового регулирования, особенно в части применения санкций. Представляется, что костяк конкурентных отношений есть сфера гражданско-правового воздействия, и следовательно, нужно активнее применять такие меры ответственности, как возмещение убытков, компенсация морального вреда и т.п., так как они в большей степени, чем административные способы, помогут восстановлению справедливого равновесия интересов на товарных рынках и обеспечат надлежащее осуществление прав и хозяйствующих субъектов, и потребителей.

Следуя выводу о необходимости рассмотрения злоупотреблений в конкурентных отношениях в качестве частного случая "иных форм" ненадлежащего осуществления гражданских прав, при анализе видов указанной формы нужно иметь в виду общие признаки состава злоупотребления правом в иных формах и правилами специального закона <1>.

<1> Анализу злоупотребления субъективными правами в области конкурентных отношений и доминирующего положения на товарном рынке в последнее время посвящались многие монографические исследования и статьи в периодической печати. Наиболее глубоко указанный аспект освещался в следующих работах: Баринов Н.А. Козлова М.Ю. Антимонопольное законодательство Российской Федерации. Волгоград, 2000; Тотьев К.Ю. Указ. соч.; Еременко В.И. Регулирование конкурентных отношений в Российской Федерации // Законодательство и экономика. М., 1995. Вып. 13/14. С. 67 - 75.

При этом трудно согласиться с выводом профессора О.Н. Садикова о том, что положения ст. 10 ГК РФ не должны применяться в отношении тех гражданских правонарушений, которые имеют правовые особенности и урегулированы специальными нормами <1>. Думается, что признание

приоритетного действия специальных правил перед общими не должно разрушать целостности правового института. Разумнее применять норму Гражданского кодекса для установления родовых качеств правонарушения (злоупотребления правом), а особенности их преломления применительно к отдельным отношениям регулировать специальными установлениями.

<1> См.: Садиков О.Н. Указ. соч. С. 48.

Наряду с анализом форм злоупотребления правом, предложенных российским законодателем, в современной юридической литературе общетеоретического характера приводятся научные классификации, которые пытаются охватить все имеющиеся в российском праве упоминания злоупотребления.

Ранее уже отмечалась некорректность введения в правовой лексикон злоупотребления правом в качестве единого для частного и публичного права института. Составы этого правонарушения кардинально различны применительно к гражданскому и уголовному законодательству. Нет оснований считать должностные функции государственных служащих их субъективными правами.

К этому следует добавить, что еще менее обоснованно отождествлять бытовое значение термина "злоупотребление" с юридической конструкцией. При попытке объединить общечеловеческое восприятие негативных поступков (злоупотреблений), совершаемых в рамках отношений, не подлежащих правовому регулированию, с гражданско-правовым деликтом и с преступлением в одной системе утрачивается как научная, так и практическая ценность классификации. Общая теория права не должна создавать общие для всех отраслей права категории, не основанные на единстве их содержания, а исходя из применения к ним одинакового обозначения.

Примером подобного "обобщения" морально-этических аспектов с узкоправовыми может служить разграничение форм злоупотребления правом, изложенное в монографии А.А. Малиновского <1>. По мнению автора, варианты злоупотребления правом можно подразделить на правомерные (легальные) и противоправные. Ранее им предлагалась еще одна форма, промежуточная, - "законодательно ограничиваемые злоупотребления" <2>.

<1> См.: Малиновский А.А. Злоупотребление правом (основы концепции). С. 29 - 34.

<2> Там же. С. 71 и след.

Думается, что термин "злоупотребление правом", сам по себе вызывающий у цивилистов многочисленные возражения, приобретает абсолютно парадоксальный смысл при добавлении к нему слова "правомерное". Но если с условностью первого термина можно смириться по причине его выразительности, подчеркивающей использование легального и позитивного средства для достижения вредоносного результата, то формула "правомерное злоупотребление правом" служит примером сочетания взаимоисключающих явлений. Тем более что определение этого рода злоупотреблений предлагается следующее: "Правомерное злоупотребление правом причиняет вред не охраняемым законом отношениям, поэтому такие злоупотребления в зависимости от конкретных обстоятельств можно рассматривать как аморальные или нецелесообразные" <1>.

<1> Там же. С. 71.

Не имеет смысла квалификация поведения лица в качестве злоупотребления правом, если речь идет о несоблюдении им моральных норм человеческого общежития. В этом случае можно предположить, что либо государство и общество мало заинтересованы в охране указанных интересов, либо нет возможности применения к лицу каких-либо юридических механизмов воздействия. Известно, что целый спектр отношений невозможно урегулировать посредством правовых норм (мысли, любовь, дружбу, чувства). Принимая во внимание, что автор признает абсолютную безвредность данного вида злоупотребления по отношению к правам и интересам третьих лиц <1>, вызывает недоумение сам факт отнесения такого поведения к категории злоупотребления правом.

<1> См.: Там же.

При этом у подобного подхода есть сторонники. "Правомерное злоупотребление правом носит в большинстве случаев характер нарушения норм нравственности. Оно происходит при реализации субъектом своих прав в виде использования правовых предписаний. Субъект действует аморально, если не соотносит свое поведение с преобладающими на данном этапе развития представлениями о добре и зле, хорошем и плохом, с общечеловеческими ценностями. Он при этом не совершает правонарушений и не подлежит юридической ответственности. При

данном виде злоупотребления правом в подавляющем большинстве случаев причиняется моральный вред, и это влечет за собой общественное порицание" <1>. Вызывает определенные сомнения необходимость выделения такой юридической формы, как "правомерное злоупотребление правом", учитывая, что ни в правовом регулировании, ни в юридической ответственности она не нуждается. Право, впитав в себя определенный минимум моральных требований, уже не может и не должно обращаться к этической стороне общественных отношений, так как иначе произойдет смешение двух различных социальных регуляторов без всякой практической необходимости в этом.

<1> Цыбулевская О.И. Указ. соч. С. 270.

Строго говоря, по мнению А.А. Малиновского, собственно гражданско-правовое злоупотребление относится к следующему подвиду - "законодательно ограничиваемым злоупотреблениям" - по причине его регулирования нормой ст. 10 ГК РФ, не содержащей, на его взгляд, санкции. Именно отсутствие санкций, т.е. возможности применения ответственности к злоупотребляющему лицу, служит поводом для приведенной классификации. Представляется, что при определенных условиях можно усомниться в юридической природе отказа в защите права как санкции ст. 10 ГК РФ, но иные примеры, предложенные автором, вынуждают признать его аргументацию неубедительной. В частности, не вызывает сомнений понимание лишения родительских прав как меры семейно-правовой ответственности. Утверждать, что значение подобной меры только в препятствовании дальнейшим злоупотреблениям, означает не признавать существование гражданско-правовой и семейно-правовой ответственности вообще. Тем более что лишение прав нередко понимается как исключительное проявление отказа в защите права в контексте ст. 10 ГК РФ. Если не рассматривать лишение права в качестве самой строгой меры воздействия на субъекта, то что же тогда следует называть санкцией?

Что касается "противоправных злоупотреблений правом", выделяемых А.А. Малиновским, то данное словосочетание тавтологично и с позиций цивилистической доктрины, и с точки зрения публичного права, на которое в первую очередь ориентируется автор. Противоправность - неотъемлемая черта, элемент состава злоупотребления правом. Ее подчеркивание аналогично по смыслу словосочетанию "противоправное правонарушение".

Таким образом, приведенные формы злоупотребления правом не отражают никаких существенных отличий одних вариантов ненадлежащего осуществления прав от других и не могут иметь сколько-нибудь важного значения ни для науки, ни для судебной практики.

Интересным представляется предложение Г.А. Гаджиева о возможном выделении такой самостоятельной формы злоупотребления правом, как осуществление права, противоречащее принципу добросовестности <1>. Однако в этом случае нет единого критерия деления на формы, поскольку и шикана есть недобросовестное поведение, и иные варианты могут быть отнесены в полной мере к этой группе. Если согласиться с этим предложением, то данная новая форма поглотит все имеющиеся злоупотребления правом.

<1> См.: Гаджиев Г.А. Конституционные принципы добросовестности и недопустимости злоупотребления субъективными правами // Государство и право. 2002. N 7. С. 60.

Проявления поведения субъекта права, которые можно квалифицировать в качестве злоупотребления правом, разнообразны. Специфические черты субъективного права, выступающего средством для правонарушения, тип предела осуществления права, нарушаемого в каждом отдельном случае, особенности правоотношений, в которых реализуется право, и прочие детали правоосуществления определяют многообразие вариантов злоупотребления гражданскими правами. Достаточно вспомнить, что злоупотребить возможно правом на жилище, родительскими правами, правом кредитора на принудительную ликвидацию должника, правами из векселя, правом управления юридическим лицом и т.д. В то же время перечисление в общей норме всех разновидностей не требуется, да и вряд ли возможно.

Ни объект посягательства, ни качество прав и интересов третьих лиц, нарушаемых при ненадлежащем осуществлении права, не в состоянии добавить что-либо важное к общим признакам злоупотребления. Применительно к этому правонарушению особое юридическое значение может иметь только субъективная сторона деяния. Отношение лица к совершаемому деянию, принятие им обычных мер к предотвращению убытков для иных участников гражданского оборота, мотивы и цели, определяющие его деятельность, - единственные обстоятельства, способные влиять на квалификацию злоупотребления правом и меру ответственности за его совершение. Существенно разграничивать умышленное, исключительно целенаправленное использование правомочий для умаления прав третьих лиц (так называемую шикану) от умышленных вредоносных действий по осуществлению права, вызванных иными целями, а также

от небрежного осуществления принадлежащих субъекту прав, повлекшего причинение вреда окружающим.

Известно, что субъективная сторона правонарушения в цивилистике не играет столь значительной роли, как в уголовном и административном праве. Вина как условие ответственности (ее степень и форма) не оказывает определяющего влияния на квалификацию деяния и размер ответственности, так как по общему правилу объективно причиненный вред (размер и иные характеристики результата посягательства) служит критерием меры ответственности. В этой связи использование элемента субъективной стороны деяния для выделения форм злоупотребления правом нельзя назвать типичным. Однако именно прямой умысел в совокупности с исключительным, единственным намерением лица использовать свое право для причинения вреда другому позволяют отграничить шикану от любого иного злоупотребления.

Следует отметить некоторую непоследовательность законодателя, заключающуюся в установлении общей санкции - отказе в защите права - для злоупотребления в целом. Тем самым утрачивается смысл в особом регулировании и квалификации состава шиканы. Либо на особую опасность данного деяния, связанную с сознательным употреблением права в качестве средства для ущемления прав другого лица без всякой иной пользы для управомоченного, должны с необходимостью обращать внимание суды и принимать усиленные меры, либо достаточно установить объективную сторону состава, не вдаваясь в детали мотивации поведения. В последнем случае традиционным для гражданского права образом объем и характер ответственности будут зависеть только от фактически причиненного вреда.

С точки зрения правовой теории и логики познания для характеристики какой-либо части (вида) явления требуется проанализировать его целое (класс), принять за основу общие сущностные признаки, а затем сравнить части одного явления между собой в целях выявления особенностей, определяющих природу этого вида.

В отношении института злоупотребления исторически сложилось так, что рассуждения о частном случае предшествуют анализу более общих проявлений и черт. Такого рода исследование "от обратного", а именно от состава шиканы к злоупотреблению правом вообще, является повторением истории возникновения указанного типа правонарушений.

Изначально преследованию и пресечению со стороны публичной власти подвергалась только шикана, как наиболее опасный случай осуществления прав. К тому же это соответствовало господствующему представлению о непогрешимости правообладателя. В дальнейшем произошло осознание того факта, что шикана наряду с крайней степенью общественной опасности отличается еще и малой распространенностью, нетипичностью. Это не означает отсутствие при осуществлении права возможности навредить окружающим лицам. Напротив, проявлений ненадлежащей реализации права достаточно. Юридические рамки шиканы слишком узки, не способны вместить в себя все возможные случаи злоупотребления. С этого момента категория шиканы могла применяться либо в качестве действительно редкого, радикального вида злоупотребления, сохраняя свой исконный состав признаков, либо ее следовало толковать шире, по существу, использовать вместо термина "злоупотребление правом".

Современное российское гражданское законодательство не отождествляет шикану со злоупотреблением правом, ее признаки выделены в тексте нормы и противопоставлены иным вариантам ненадлежащего осуществления прав. Поскольку элементы состава злоупотребления в целом законодательно не выражены, в рассуждениях о свойствах более общего явления, по существу, правового института, и мы будем основываться на методе "от частного к общему".

"Шикана" - термин, заимствованный российской доктриной из немецкой правовой науки XIX в. <1>. Исходное его значение нашло отражение в Германском гражданском уложении (1900 г.) в параграфе 226, где было сказано: "Недопустимо осуществление права исключительно с целью причинения вреда другому". Данная трактовка категории шиканы получила обозначение "принцип чистой шиканы". Этот принцип был ориентирован на самое аккуратное отношение к процессу реализации гражданских прав. Учитывая большое значение для свободного гражданского оборота института самостоятельного и инициативного осуществления правовых возможностей участниками отношений и реально оценивая последствия вмешательства в эту область государственного механизма, немецкие цивилисты смоделировали компромиссное правило, равным образом полезное для общества и безопасное для субъектов права.

<1> См.: Доманжо В. Ответственность за вред, причиненный путем злоупотребления правом. С. 5.

"Запрещено не всякое осуществление права, причиняющее вред другому. Без нанесения вреда другим лицам при осуществлении некоторых прав даже нельзя обойтись, если вообще их осуществлять. Недостаточно также, чтобы осуществление права имело целью причинить вред. Требуется большее: из обстоятельств дела должно вытекать, что осуществление права для лица, совершившего данное действие, не может иметь никакой другой цели, чем причинение вреда" <1>.

<1> Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. Т. 1. Полумом 2. С. 437.

С течением времени, к середине XX в., немецкие юристы сделали попытку расширить содержание этой категории за счет смещения акцента правоприменителя с установления единичности и исключительности намерений лица на доказательства умысла и оценку иного побудительного мотива к совершению указанного деяния. В каждом случае ненадлежащего осуществления субъективного гражданского права судье надлежало выяснять существо других целей такого осуществления, помимо причинения вреда конкретному лицу. Причем изначально сопутствующие цели анализировались только с точки зрения их соответствия закону и представлениям о нравственности <1>.

<1> См.: Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. С. 32.

Позднее понятием шиканы стали охватываться ситуации правоосуществления, где наличествовали иные легальные эгоистические цели. Для их квалификации в таком качестве судья должен был мотивированно и обоснованно указать в решении, какая из целей осуществления была главной для субъекта - причинить ущерб или получить какую-либо выгоду. Если это была во всех проявлениях бессмысленная для субъекта вредоносность либо цель причинить вред, досадить сопровождалась малозначительной выгодой, то данное поведение лишалось защиты, признаваясь шиканой. Принцип "чистой шиканы" заменялся идеей: "Если законные интересы являются определяющими, то шикана отсутствует" <1>.

<1> См.: Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. С. 32.

Необходимость более широкого подхода была вызвана тем, что большинство случаев злоупотребления правом целеустремлялись не столько к причинению вреда, сколько к удовлетворению корыстных или других интересов. Все они не могли квалифицироваться как шикана и оставались вне правового поля. Нередко и типичные проявления шиканы в узком понимании из-за сложностей с доказательством "исключительности" цели не получали надлежащего юридического воздействия.

Сторонники широкой трактовки содержания шиканы стремятся оправдать сложившиеся в судебной практике подходы к квалификации злоупотребления <1>. При этом неверно толкуется в науке и судьями содержание п. 5 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. N 6/8: "...отказ в защите права со стороны суда допускается лишь в случаях, когда материалы дела свидетельствуют о совершении гражданином или юридическим лицом действий, которые могут быть квалифицированы как злоупотребление правом, в частности, действий, имеющих своей целью причинить вред другим лицам" <2>. Нужно обратить внимание на то, что данное Постановление имеет в виду любое злоупотребление, а шикана приводится в целях уточнения и по аналогии с текстом ст. 10 ГК РФ.

<1> См.: Яценко Т.С. Шикана как правовая категория в гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2001. С. 6, 20 - 21.

<2> Постановление Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 1 июля 1996 г. N 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" // Вестник ВАС РФ. 1996. N 9.

Алгоритм выделения признаков генерального состава злоупотребления следующий. Так как шиканой признаются действия, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, то наличие иной цели в поведении лица, а также действия ненамеренные (неосторожные) представляют собою "иные формы" злоупотребления правом.

В последнее время в научной литературе встречаются суждения иного рода. "Так, статья 10 ГК РФ предусматривает запрещение таких форм злоупотребления правом, как шикана и злоупотребление правом в иных формах. Особенностью последней формы является то, что она совершается без намерения причинить вред другому лицу, но объективно причиняет вред. В этом случае, если ограничивать понятие шиканы только действиями, осуществляемыми с исключительной целью ущемления чужих интересов, то правоупотребление, преследующее как эту цель, так и иные, в том числе и законные цели, остается за пределами запрета" <1>.

<1> Яценко Т.С. Шикана как правовая категория в гражданском праве. С. 21.

Представляется, что это заключение не может выводиться из толкования ст. 10 ГК РФ. Совсем не очевидно, что понимание законодателем шиканы как действия, подчиненного

единственному стремлению навредить, означает необходимость квалифицировать иные формы злоупотребления правом как неосторожное (неумышленное) причинение вреда. Напротив, нужно констатировать, что буквальное установление содержания п. 1 ст. 10 ГК РФ позволяет относить ко второй форме злоупотреблений как умышленные деяния с различными, не единичными намерениями, так и небрежное осуществление прав, задевающее права окружающих.

Можно привести и еще более радикальные толкования ст. 10 ГК РФ применительно к формам злоупотребления правами: "...как следует толковать словосочетание "исключительное намерение". Представляется, что и здесь толкование должно быть расширительным. Ведь при буквальном толковании следует констатировать, что шикана предполагает отсутствие у лица вообще какой-либо иной цели. Но такие ситуации встречаются крайне редко. Представляется, что состав шиканы имеет место и тогда, когда помимо причинения вреда другому лицу есть и иная цель, но она противоречит праву или явно безнравственна. Кроме того, шикана, на наш взгляд, присутствует и в том случае, если помимо цели создания неблагоприятных последствий для другого лица в действиях управомоченного лица имеется некий позитивный законный интерес, но этот интерес мог быть реализован другим - более простым - путем, не влекущим для других неблагоприятных последствий. В этом случае шикана будет заключаться именно в избрании заведомо неразумного и неадекватного способа удовлетворения законного интереса исключительно для того, чтобы породить неблагоприятные последствия для других лиц.

Наконец, шикана будет присутствовать и в тех случаях, когда помимо цели создания неблагоприятных последствий для других лиц преследует и собственный законный интерес, но этот интерес крайне незначителен, достигаемая выгода практически неощутима и явно несоразмерна тем неблагоприятным последствиям, которые при этом возникают у других лиц"
<1>.

<1> Пашин В. Указ. соч.

Есть все основания полагать, что категория шиканы в ее современном нормативном оформлении декларативна и невелика, но это не повод называть любое злоупотребление правом шиканой. Расширительное толкование по общему правилу недопустимо, им полностью может быть изменен первоначальный смысл нормативного правила, а подобные изменения должны проходить необходимые законодательные процедуры.

Область применения шиканы ограничивается, с одной стороны, не предпринимательской сферой гражданского оборота. Предприниматель в связи с участием в деловом обороте по определению преследует цель систематического получения прибыли (ст. 2 ГК РФ). Все иные его намерения лишь дополняют главную цель, сопутствуют ей. По крайней мере даже самые радикальные проявления злоупотреблений предпринимательскими правами, основанные на личных неприязненных отношениях с партнерами или конкурентами, не могут совершаться с единственной целью навредить. По этой причине невозможно рассматривать в виде частных случаев шиканы использование прав в целях злоупотребления доминирующим положением либо недобросовестную конкуренцию.

В этой связи злоупотребление правом в иных формах возможно:

1) при осуществлении гражданских прав в корпоративной деятельности, следовательно, конкретными видами должны признаваться:

1) осуществление права на принудительную ликвидацию должника в порядке несостоятельности (банкротства);

2) действия предпринимателей, оказывающие негативное воздействие на конкурентную среду, такие как недобросовестная конкуренция и злоупотребление доминирующим положением на данном товарном рынке; к этой подгруппе следует относить и недобросовестную рекламу <1>;

<1> См.: Федеральный закон РФ от 18 июля 1995 г. N 108-ФЗ "О рекламе" // СЗ РФ. 1995. N 30. Ст. 2864.

3) ненадлежащее использование наименования юридического лица, товарного знака и других объектов промышленной собственности;

4) поведение, связанное с ненадлежащим использованием прав из гражданско-правовых договоров, к примеру, права на отказ от предоставления или получения кредита <1>, права на обращение векселя ко взысканию <2> и т.п.;

<1> Подробнее см.: Гурский А. Кредит обеспечен - значит, открыт? // Бизнес-адвокат. 1999. N 20; Федоренко Н.В., Пипник Т.Д. Обзор практики разрешения Арбитражным судом Ростовской области споров с участием банков // Вестник ВАС РФ. 2001. N 5.

<2> Подробнее см.: Мельников О.О. Правовые проблемы новации долга в заемное обязательство // Вестник ВАС РФ. 1999. N 6; Медведев М. Простой вексель не прост и опасен //

Бизнес-адвокат. 2000. N 2; Наумова Л. Взыскание хромает исполнением // Бизнес-адвокат. 2001. N 15 - 20; Бурмистров Р.Е. Недобросовестные действия и преступные злоупотребления с векселями // Нотариус. 2000. N 4 (24).

II) в отношениях, не связанных с предпринимательской деятельностью участников гражданского оборота:

1) при осуществлении права собственности:

а) собственниками-соседями (недвижимое имущество которых имеет общую границу, т.е. прилегает друг к другу, или расположено в непосредственной близости друг от друга);

б) собственниками животных, при условии жестокого обращения с последними;

в) собственниками жилых помещений <1>, при условии бесхозяйного отношения к данному имуществу;

<1> См.: Лыкова Э.Б. Жилищное право России: Учебное пособие. Воронеж, 2002. С. 127 - 141, 224 - 239.

г) собственниками культурных, исторических и т.п. ценностей, бесхозяйное отношение к которым угрожает их утратой или повреждением;

д) собственникам имущества, которые злоупотребляют правами, вытекающими из режима общей собственности на имущество <1>;

<1> См.: Там же.

2) при ненадлежащем использовании иных прав (нанимателей) на жилое помещение;

3) при несоблюдении пределов осуществления родительских прав и прав лиц, заменяющих родителей <1>;

<1> См.: Антокольская М.В. Семейное право: Учебник. М., 1996. С. 227 - 240; Фаддеева Т.А. Личные и имущественные отношения между родителями и детьми // Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 1998. Ч. 3. С. 383 - 388; и др.

4) деяния, сопряженные с реализацией авторских и смежных прав.

Особенности отдельных видов злоупотребления правом в "иных формах" будут освещены в соответствующем параграфе. Важно подчеркнуть, что специальные правила о них, содержащиеся в отдельных законах или нормах ГК РФ, должны соответствовать общим признакам злоупотребления гражданским правом.

Исходя из идеи отнесения семейного права в качестве подотрасли гражданского права, следует привести правила Семейного кодекса РФ о злоупотреблении родительскими правами в соответствие с общей нормой ст. 10 ГК РФ. В этом случае речь идет не об умалении приоритета действия специальных норм перед общими, а о приведении в единую систему норм, составляющих один правовой институт.

В этой связи ст. 69 Семейного кодекса РФ нужно совершенствовать. В ее тексте общее понятие "злоупотребление родительскими правами" как родовое явление перечисляется наряду с его отдельными проявлениями. К примеру, жестокое обращение с детьми есть осуществление родительских прав ненадлежащими средствами и способами, т.е. вид злоупотребления правом, но в ст. 69 Семейного кодекса РФ они указаны как равнозначные основания для лишения родительских прав.

Применительно к семейному праву злоупотребление правами и санкция за его совершение (лишение родительских прав) отличается многочисленными особенностями, что требует дополнительного исследования данной проблематики.

Наравне с формами злоупотребления правом в работах последнего времени встречаются суждения об особенностях злоупотребления правом применительно к комплексным областям отношений. А.П. Белов усматривает необходимость рассмотрения понятия злоупотребления правом применительно к внешнеэкономической деятельности <1>. Думается, что в этом случае речь нужно вести об отдельных ситуациях, к примеру, договорных конфликтах и т.п.

<1> См.: Белов А.П. Злоупотребление правом во внешнеэкономической деятельности // www.wci.ru.

§ 4. Юридические последствия злоупотребления гражданским правом

Для выяснения возможных юридических последствий ненадлежащего осуществления гражданских прав и их характера будем исходить из изложенного выше понимания злоупотребления правом как гражданского правонарушения, у которого есть определенные особенности.

В противоположность этому подходу в литературе последних лет встречается точка зрения на злоупотребление правом как особый вид правового поведения, за которое наступают столь же особенные последствия <1>. Ранее уже отмечалась неубедительность вывода о существовании поведения, которое и не правомерно, и не противоправно, поэтому коснемся только особенностей юридических последствий, предложенных автором подобного утверждения.

<1> См.: Шабуров А.С. Указ. соч. С. 414.

Своеобразие юридических последствий злоупотребления правом проявляется, по мысли А.С. Шабурова, в том, что они не должны быть мерами ответственности (так как злоупотребление не называется правонарушением), ни тем более мерами поощрения и стимулирования, поскольку данное поведение не признается общественно полезным <1>. В этой связи к числу последствий отнесены следующие меры: признание сделок недействительными, прекращение использования права без его лишения и государственный отказ в защите права <2>. Из всего перечисленного только последнее нашло прямое отражение в норме о злоупотреблении гражданским правом.

<1> См.: Там же.

<2> Там же.

Вопрос о возможности рассматривать злоупотребление правом в роли основания для признания сделок недействительными является в настоящее время очень актуальным. При этом чаще всего и судьи, и ученые анализируют норму ст. 168 ГК РФ, оценивая обоснованность ссылок на ст. 10 ГК РФ в качестве закона, которому не соответствует сделка. На практике высказываются следующие аргументы: "Квалификация действия лица как действия, осуществляемого с намерением причинить вред другому лицу, то есть злоупотребление правом, является исключительной прерогативой суда. При этом суд констатирует факт, что данные действия совершаются лицом, допускающим злоупотребление правом, в рамках закона, они не могут признаваться ничтожными с момента их совершения. Таким образом, при установлении факта злоупотребления правом квалификация сделки как ничтожной на основании ст. 168 ГК РФ, предусматривающей ее несоответствие требованиям закона или иных правовых актов, неверна" <1>.

<1> Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 20 июня 2001 г. по делу N КГ-А40/2961-01.

Можно заключить, что суды не считают возможным признавать злоупотребление правом основанием для применения ст. 168 ГК РФ, исходя не из сущности явления, а из невозможности считать такие сделки ничтожными, не влекущими правовых последствий с момента совершения. Для научного познания этот довод нельзя признать убедительным. Если гипотетически предположить, что сделки на основании ст. 168 относились бы к категории оспоримых, а не ничтожных, то снова возникала бы необходимость определять пригодность злоупотребления правом в качестве основания для недействительности.

Наиболее убедительные суждения по этому аспекту высказал К.И. Скловский. Действительная уязвимость применения ст. 10 ГК РФ в роли закона, которому не соответствует сделка, заключается в следующем: "Смысл статьи 168 ГК РФ состоит в том, что нарушается известный позитивный закон и, как следствие этого нарушения, сделка не имеет силы, иными словами, действие статьи 168 ГК РФ имеет объективный, а не субъективный характер, тогда как злоупотребление правом чаще всего - продукт злой воли, направленной против конкретного лица" <1>.

<1> Скловский К.И. О применении норм о злоупотреблении правом в судебной практике. С. 20.

Косвенных аргументов может быть больше. К ним относятся и несущественность для квалификации недействительности сделок, не соответствующих закону, умысла стороны, а также необходимость доказывания совершения злоупотребления правом исключительно в судебном порядке. Последнее замечание перекликается с приведенным ранее Постановлением Федерального арбитражного суда Московского округа, т.е. подчеркивает то обстоятельство, что

злоупотребившим лицо становится только после соответствующего решения суда, а не независимо от такого решения (ст. 166 ГК РФ, применительно к ничтожным сделкам).

И все же важнейшей причиной бессмысленности и необоснованности применения ст. 168 ГК РФ через ст. 10 ГК РФ служит несоотнесенность санкций. Если установлен в действиях лица состав злоупотребления правом, то его необходимо привлечь к ответственности за это правонарушение. В этой связи есть смысл лишить его судебной защиты и, несмотря на формальное соответствие его поведения содержанию его субъективного права, обязать возместить потерпевшему убытки. Порочить сделку в такой ситуации может означать, что суд будет действовать в интересах правонарушителя, так как последствием будет двусторонняя реституция. В литературе отмечается, что иски о признании сделок недействительными нередко выступают в качестве средства защиты недобросовестной стороны от требований контрагента по сделке <1>.

<1> См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 650.

Практически не оспаривается в научной литературе тот факт, что непосредственной санкцией за это правонарушение является судебный отказ в защите принадлежащего лицу права <1>. Такой вывод основывается на традиционной модели правовой нормы, где есть гипотеза, диспозиция и санкция. Последняя означает такую часть нормы, в которой указываются меры воздействия на субъекта при неисполнении им правового предписания. Норма, выраженная в п. 2 ст. 10 ГК РФ, содержит правило о том, что при несоблюдении требований, предусмотренных пунктом первым настоящей статьи, суд может отказать лицу в защите принадлежащего ему права. Поскольку в пункте первом речь идет о недопустимости ненадлежащего осуществления гражданских прав, т.е. злоупотребления правами, следовательно, вполне обоснованно считать отказ в защите права санкцией за злоупотребление. С этих позиций отказ в защите действительно представляет собой санкцию.

<1> Иногда можно встретить в отдельных исследованиях утверждение обратного, т.е. отрицание за отказом в защите прав природы юридической санкции. Примером служит позиция О.Н. Кудрявцева в публикации "Условия осуществления гражданских прав". Цит. по: Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. С. 89.

Если определять санкцию не в смысле необходимой части правовой нормы, а как меру государственно-принудительного воздействия на правонарушителя <1>, то это будет сродни ее отождествлению с категорией гражданско-правовой ответственности. При этом следует подчеркнуть, что применительно к исследуемому вопросу важно установить, выступает ли санкция одновременно в качестве меры гражданско-правовой ответственности.

<1> См.: Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. С. 89.

В правоведении ведется многолетняя дискуссия главным образом советских и российских цивилистов о понимании имущественной ответственности и ее соотношения с санкцией правовых норм. Поскольку целью настоящих рассуждений является очерчивание круга юридических последствий ненадлежащего осуществления гражданских прав, в том числе мер ответственности, следует определиться с ее существом и значением.

С середины XX в. и до настоящего момента существуют две противоположные концепции ответственности в гражданском праве, разграничение подходов которых во многом заключено в соотношении категорий "ответственность" и "санкция".

Сторонники первой исходят из понимания ответственности как формы государственного принуждения, что позволяет им не только эффективно отграничить ее от иных социальных мер воздействия, но и практически отождествить с правовой санкцией. По мнению В.П. Грибанова, к примеру, гражданско-правовая ответственность есть одна из форм государственного принуждения, означающая применение санкций имущественного характера, направленных на восстановление нарушенных прав и стимулирование нормальных экономических отношений юридически равноправных участников гражданского оборота <1>.

<1> См.: Гражданское право: Учебник: В 2-х т. / Под ред. Е.А. Суханова. Т. 1. С. 172 - 173.

Некоторые авторы, рассматривая гражданско-правовую ответственность в качестве санкции для правонарушителя (возложение дополнительных обязанностей или лишение прав), полагают неправильным считать ее формой государственного принуждения. Свою позицию они аргументируют возможностью добровольного претерпевания отрицательных последствий нарушителем без принудительного воздействия со стороны государства <1>.

<1> См.: Егоров Н.Д. Ответственность // Гражданское право: Учебник / Под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. Ч. 1. С. 480 - 481.

Другой подход к выяснению указанного соотношения состоит в рассмотрении санкции как более широкого понятия по сравнению с имущественной ответственностью, что, на наш взгляд, верно. Санкции правовых норм предназначены для склонения поведения участников правовых отношений в необходимом праву русло. Их целью является гарантированное соблюдение и исполнение нормативных предписаний. Достижение этого результата возможно самыми различными средствами, среди которых меры ответственности занимают, безусловно, центральное место, но не являются единственными. Поэтому отождествлять санкции с ответственностью можно при определенном предварительном анализе содержащихся в санкции установлений.

Прежде чем дать оценку отказу в защите права с точки зрения возможности относить его к мерам ответственности, подчеркнем его нетипичность в роли санкции. Общая норма ГК РФ о злоупотреблении правом содержит многочисленные скрытые неточности, объективно не укладывающиеся в теоретическое и прикладное понимание санкции, особенно в случае ее тождества с мерами ответственности.

Во-первых, применение отказа в защите права не обязательно для судьи даже при установлении им факта и состава правонарушения. Формулировка "может отказать" свидетельствует о том, что это право суда, а не его обязанность. Такое положение не свойственно для правовых санкций. Можно предположить, что в определенных случаях суд будет обременять правонарушителя негативными для него последствиями, а в других нет. То есть иногда норму ГК РФ можно не соблюдать без опасения понести за это ответственность. В законе нет уточнений, касающихся обстоятельств, при наличии которых суд может не применять отказ в защите права, следовательно, это область судебного усмотрения. Не ставя целью обсуждать преимущества и недостатки настолько широких судебных полномочий, можно заметить только, что наряду с возможным недобросовестным поведением судей и полной зависимостью потерпевшей стороны от произвола правоприменителя эта редакция нормы означает по существу отсутствие санкции за злоупотребление гражданским правом.

Во-вторых, спорен характер этой санкции. В одной из последних работ по этому вопросу высказывается суждение об относительно определенной природе санкции <1>. Такое определение давалось и в работах советского периода <2>.

<1> См.: Яценко Т.С. Шикана как правовая категория в гражданском праве. С. 7.

<2> См.: Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. С. 89.

Действительно, санкции правовых норм подразделяются на абсолютно определенные, относительно определенные и альтернативные. В том случае, когда правоприменитель лишен какого-либо усмотрения при выборе характера, размера неблагоприятных последствий в отношении правонарушителя, принято говорить об абсолютно определенном виде санкции. Если характер и (или) размер (срок) принудительного воздействия предусмотрен в норме при помощи установления отрезка, в рамках которого возможен выбор судьи, санкция считается относительно определенной. При наличии в тексте санкции логических операторов, означающих дизъюнкцию ("или"), она альтернативная <1>.

<1> См.: Теория государства и права / Под ред. В.М. Корельского, В.Д. Перевалова. С. 281.

Можно ли считать отказ в защите права проявлением относительно определенных санкций только на том основании, что его невозможно отнести ни к одному из иных видов? Видимо, нет. Судья в этом вопросе не выбирает вариант принудительной меры из установленного законом отрезка (например, взыскать штраф в размере от 100 до 300 МРОТ). В норме отсутствуют указания на примерные варианты, составляющие отказ в защите права. У суда есть возможность применить либо не применить саму санкцию, не более того, что не позволяет говорить о ее относительно определенном характере.

Профессор О.С. Иоффе точно подметил, что ответственность - это санкция за правонарушение, но санкция не всегда есть мера юридической ответственности <1>. На основе такого подхода еще в 1960-е гг. было предложено исходить для понимания гражданско-правовой ответственности из следующих тезисов. Неправомерный поступок не должен исчерпываться для нарушителя последствиями, наступающими в нормальной обстановке <2>. Обязанность исполнить обязательство в договорных отношениях либо истребование вещи из чужого незаконного владения и тому подобные обязанности нельзя считать ответственностью, так как в такого рода

принуждениях выражено стремление восстановить надлежащее развитие событий, вернуть отношения к норме, но отсутствуют обременения для нарушителя.

-
- <1> См.: Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву. Л., 1955. С. 7 - 8.
<2> См.: Там же. С. 7 - 8.

Приведенные аргументы представляются убедительными и последовательными. Не ставя целью комплексно исследовать проблемы гражданско-правовой ответственности и отдавая себе отчет в существовании иных равно интересных точек зрения по этому вопросу <1>, можно ограничиться определением ответственности, которое по праву может считаться господствующим в отечественной цивилистике и отвечает нашим представлениям. Отрицательные имущественные последствия для нарушителя в виде лишения субъективных гражданских прав, возложения новых или дополнительных гражданско-правовых обязанностей - вот что такое гражданская ответственность. Текст приведенного определения принадлежит О.С. Иоффе <2>, но его убежденными сторонниками в советский период являлись О.А. Красавчиков, В.И. Кофман <3> и др., а в настоящий момент является, в частности, профессор В.В. Витрянский <4>.

-
- <1> См.: Тархов В.А. Указ. соч.

<2> См.: Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории "хозяйственного права". М., 2000. С. 476.

<3> См.: Красавчиков О.А. Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве // Ученые труды Свердловского юрид. ин-та, 1971. Вып. 27. С. 16; Кофман В.И. Ответственность за нарушение обязательств // Советское гражданское право: В 2-х т. / Под ред. О.А. Красавчикова. Т. 1. С. 479 - 484.

- <4> См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 609.

При обсуждении проблем гражданско-правовой ответственности особо остро стоит следующий вопрос: можно ли считать дополнительные обязанности или лишение права наказанием для правонарушителя? Принимая во внимание, что особенность гражданской правовой ответственности заключается в ее компенсаторном, восстановительном характере, говорить о наказании некорректно. Ответственность и наказание не отождествляются даже в уголовной правовой науке, где отмечается наиболее близкое их соприкосновение.

Вряд ли можно перенести в область гражданского регулирования вывод о том, что "основная черта юридической ответственности - штрафное, карательное назначение" <1>. В гражданской правовой ответственности отсутствует карательная цель. Ярко выражена направленность на возмещение имущественных потерь от неправомерных действий. Дополнительность и обременительность в применении мер ответственности для нарушителя в гражданских правоотношениях проявляется в возложении на него обязанности загладить негативный эффект от своего поведения. При этом действует принцип соответствия размера ответственности размеру причиненного вреда. Смысл ответственности должен восприниматься правонарушителем как необходимость совершать действия, противоречащие его интересам, в том числе имущественным. Более того, возмещение им убытков, взыскание неустойки и т.п. вынуждают его осознавать все преимущества надлежащего (нормального) поведения.

<1> Сенякин И.Н. Юридическая ответственность. Лекция 24 // Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. С. 542.

Следование приведенному определению позволяет относить к мерам гражданской ответственности возмещение убытков и взыскание неустойки в договорных отношениях и возмещения вреда в деликтных. Перечисленные обязанности - единственные из вариантов защитных средств, закрепленных в ст. 12 ГК РФ, которые характеризуются дополнительностью для правонарушителя, в силу того что они "не являются частью позитивного содержания договорного обязательства и возникают только из факта его нарушения" <1>.

-
- <1> Дмитриева О.В. Ответственность без вины в гражданском праве. Воронеж, 1998. С. 35.

Предусмотренная законодателем санкция за ненадлежащее осуществление права - отказ в защите права - вряд ли служит типичным примером выражения меры ответственности. С одной стороны, она означает претерпевание управомоченным лицом, совершившим злоупотребление, отрицательного эффекта, но, с другой стороны, не обременяет его сама по себе. Определение правовой природы данной санкции вызывает сложности, несмотря на то что ее явно выраженная неблагоприятная окраска не вызывает сомнений.

Сам по себе отказ в защите права в качестве меры ответственности пониматься, по нашему мнению, не может, поскольку не обременяет злоупотребляющего правом дополнительно. Единственная мера, сущность которой соответствует и смыслу отказа в защите, и признакам ответственности, - лишение права, однако современное представление о принципах регулирования частных отношений несовместимо с подобной трактовкой санкции за злоупотребление гражданским правом.

В советский период правоведа и практики нередко отождествляли отказ в защите с лишением права. Определенная логика в их рассуждениях есть, тем более что основаны они на постулате о неразрывности понятия "субъективное право" и возможности его государственной защиты. "Но раз субъективному праву отказано в защите со стороны закона, то оно становится юридически незащищенным и тем самым перестает быть правом" <1>.

<1> Иоффе О.С., Грибанов В.П. Пределы осуществления субъективных гражданских прав // Советское государство и право. 1964. N 7. С. 80.

Нужно заметить, что лишение или прекращение права признавалось не единственной формой проявления отказа в защите права. Напротив, подчеркивался широкий спектр юридических последствий, означающих для управомоченного лица применение этой санкции. Отмечалась неприемлемость вывода о всеобщности лишения права в качестве санкции за его ненадлежащее осуществление <1>.

<1> См.: Там же. С. 80 - 81.

В то же время профессор В.А. Рясенцев, перечисляя последствия отказа в охране гражданских прав, которые, по его мнению, следовали из санкции ст. 5 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г., в числе первых указывал на "прекращение права, в частности, изъятие в доход государства имущества, используемого его собственником в ущерб общественным интересам" <1>.

<1> Рясенцев В. Условия и юридические последствия отказа в защите гражданских прав // Советская юстиция. 1962. N 9. С. 10.

Поскольку на том этапе развития нашего общества феномен злоупотребления правом регулировался, а следовательно, и исследовался как осуществление права в противоречии с его социально-хозяйственным назначением, то во многом его состав старались использовать как средство решения конъюнктурных политических задач. Насколько трудно устанавливаемым был критерий этого правонарушения, настолько же неопределенный характер носила санкция за его совершение.

Применять такую разновидность санкции, как прекращение права, рекомендовалось в исключительных случаях, "когда ненадлежащее осуществление права поражает субъективное право в полном его объеме" <1>. О лишении права чаще всего говорилось в связи с получением нетрудовых доходов от сдачи в наем дома или квартиры. В подобной ситуации имущество подлежало конфискации в доход государства, без каких-либо компенсаций собственнику.

<1> Иоффе О.С., Грибанов В.П. Указ. соч. С. 83.

Критерий, согласно которому суд должен был устанавливать, полностью или в части субъективное право служило орудием правонарушения, для выбора соответствующего способа воздействия на управомоченное лицо в рамках отказа в защите его права, представляется абсолютно неприемлемым в современных условиях. К тому же его предлагалось использовать в совокупности с другими обстоятельствами дела, например систематичностью совершаемых действий, особой злобностью, характером личности нарушителя <1>.

<1> См.: Там же. С. 84.

В юридической литературе последнего времени отказ в защите гражданских прав в качестве санкции за злоупотребление правом также предлагается понимать в нескольких проявлениях. Л.А. Куликова отмечает, с одной стороны, единственность санкции за злоупотребление, а с другой стороны, называет формы отказа в защите, такие как отказ в конкретной форме защиты права при сохранении самого права, отказ в защите отдельного правомочия, лишение субъективного права <1>.

Принимая во внимание сделанный ранее вывод о злоупотреблении как своеобразном, но все-таки правонарушении, совершение деяния, соответствующего его составу, должно с необходимостью влечь именно ответственность. Думается, что алгоритм "правонарушение - ответственность" - это аксиома для юриспруденции. Однако применительно к злоупотреблению возмещение убытков (вреда) может быть применено только в соответствии с правилом генерального деликта или принципа о необходимости возмещения убытков. То есть типичные меры гражданско-правовой ответственности характеризуются в отношении злоупотребления, по существу, субсидиарностью и косвенностью. В чем же в таком случае смысл непосредственной санкции?

Для ответа на этот вопрос потребуется рассмотреть такие аспекты отказа в защите права, как:

- 1) что означает для управомоченного лица отсутствие принудительного обеспечения его права со стороны государственно-властного механизма;
- 2) кому принадлежит инициатива применения санкции;
- 3) каков порядок реализации подобного отказа;
- 4) с какими иными юридическими последствиями совместима эта мера.

Содержание санкции в виде отказа в защите права не определено прямо ни в одном из нормативных актов гражданского законодательства, поэтому для его установления потребуется прибегнуть к различным методам толкования правовых предписаний и выработанным на практике подходам.

Буквальное грамматическое понимание словосочетания "отказ в защите права" сводится к тому, что при установлении судом ненадлежащего правоосуществления не следует удовлетворять исковые требования управомоченного лица о применении одного из перечисленных в ст. 12 ГК РФ способов защиты гражданских прав. Причем имеет смысл вести речь об отказе в защите только в том случае, когда лицо избирает для защиты своего права юрисдикционную форму, то есть обращается к государственным органам. Поскольку основанием для применения такой меры служит гражданское правонарушение, требующее доказывания, это позволяет отнести возможность ее использования к исключительной компетенции суда. Видимо, этими доводами руководствовался и законодатель, формулируя правило п. 2 ст. 10 ГК РФ.

При этом следует иметь в виду, что требование о защите должно быть связано с содержанием того субъективного права, которое осуществляется с нарушением установленных пределов, и направлено к лицу, терпящему неудобства и лишения от подобного осуществления.

Следовательно, суд не должен отказывать в защите права от действительно неправомерных посягательств третьих лиц, которые никак не связаны с качеством осуществления этого права. К примеру, если собственник квартиры реализует свое право проживания в ней путем создания систематического шума, содержания многочисленных домашних животных, угрожающих безопасности других жильцов (собственников, нанимателей) или санитарному состоянию их жилых помещений, то совершаемое им злоупотребление правом в "иных формах" не должно служить основанием к отказу в защите от противоправного завладения его квартирой.

У самого подготовленного и грамотного судьи возникнут сложности с толкованием содержания этой "санкции". Как следует понимать отказ управомоченному лицу в принудительной защите его права?

Если ее понимать не расширительно, то для отказа в судебной защите потребуется предварительное обращение в суд самого причинителя вреда (правообладателя, ненадлежащим образом осуществляющего право). В таком случае третьему лицу, права и интересы которого ущемляются в связи с совершением контрагентом (соседом, партнером, кредитором и т.п.) злоупотребления правом, придется дожидаться соответствующего судебного разбирательства по инициативе причинителя вреда.

Абсурдность ситуации заключается не только в том, что санкция за противоправное поведение будет применяться в зависимости от воли нарушителя, а потерпевший лишен будет возможности требовать ее применения, но еще и в вопросе, от какого посягательства будет защищаться недобросовестный субъект права. Можно только предполагать, что это либо попытка остановить меры самозащиты, предпринимаемые потерпевшим, либо встречное требование по отношению к требованию лица, терпящего негативное правоосуществление.

Единственным случаем, когда рационально применить эту редакцию санкции, будет отказ в удовлетворении заявленных управомоченным лицом в суд требований, если направление иска в суд и будет формой осуществления права, посредством которой причиняется вред. Иными словами, в таком порядке может быть наказуемо "сутяжничество". Еще возможны ситуации, в которых право должно основываться на судебном акте. Взыскание процентов за пользование чужими денежными средствами, к примеру, производится на основании решения суда.

Следовательно, непосредственно в момент заявления требования о взыскании процентов появляется возможность злоупотребления данным правом <1>.

<1> См.: Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 19 мая 2000 г. по делу N КГ-А40/1969-00.

Несмотря на очевидные недостатки такого толкования, у него есть сторонники. Правда, высказывая подобную точку зрения, обычно делают ссылку на проведенное обобщение судебной практики. "Анализ современной судебной практики подтвердил, что данная санкция в большинстве случаев применяется в форме отказа в удовлетворении требований лица, вытекающих из принадлежащего ему права, которое, однако, используется во вред другому" <1>.

<1> Яценко Т.С. Шикана как правовая категория в гражданском праве. С. 22.

С другой стороны, отказом в защите права в равной мере будет и удовлетворение судом требований, заявленных потерпевшими лицами, которые стремятся пресечь ненадлежащее осуществление права, причиняющее им ущерб. На наш взгляд, такое понимание анализируемой санкции в большей мере отвечает потребностям гражданского оборота. Для эффективной правовой борьбы со злоупотреблением правом следует предоставить третьим лицам, права которых ущемляются, продуманный механизм самостоятельной защиты.

Нужно признать, что санкция за злоупотребление правом в виде отказа в защите права не должна быть, очевидно, адресована к правонарушителю как к активному субъекту судебного разбирательства, наделенного процессуальной инициативой. То есть случаи отказа в удовлетворении заявленных им требований о защите права должны трактоваться возможными, но не типичными ситуациями. Общим правилом нужно признать принудительную защиту судом нарушенных прав и охраняемых интересов граждан и юридических лиц, терпящих ненадлежащее осуществление.

Однако особенности конструкции злоупотребления правом, главным образом связанные с использованием в роли средства причинения вреда модели субъективного права, не позволяют изменить формулировку санкции. Поэтому наиболее верно будет предложить новый подход к толкованию и применению на практике анализируемой санкции. Отказ в защите права, которое служит источником намеренного вреда для третьих лиц, необходим как предварительная мера, позволяющая далее применять меры ответственности или требовать прекращения деятельности управомоченного лица.

Представляется, что для пресечения злоупотребления правом нужно исходить из трех стадий воздействия на нарушителя в рамках судебного разбирательства:

1) применение предварительной меры. Для нужд рассматриваемого судом казуса, в котором усмотрены черты злоупотребления правом, следует сначала устранить противоречие между формально соответствующим нормам содержанием субъективного права и нарушением пределов осуществления этого права. Поэтому судья должен применительно к конкретному случаю поставить управомоченное лицо в известность об отказе в защите его права;

2) применение меры гражданско-правовой ответственности или иного непосредственного воздействия на правонарушителя. Если потерпевшим будет доказан ущерб, то суд вправе удовлетворить требование о его возмещении. Если злоупотребление правом носит длящийся характер, то суд должен обязать управомоченное лицо прекратить такое правоосуществление и использовать возможности принадлежащего ему права в соответствии с установленными пределами осуществления;

3) определение юридической судьбы результата ненадлежащего осуществления права. На третьей стадии перед судом может стоять вопрос о созданном, приобретенном или иным образом возникшем у управомоченного лица результате его ненадлежащего поведения.

В качестве последнего могут выступать: доходы и плоды от ненадлежащего пользования вещью; сделки, совершенные с заведомо вредоносными для государства, общества или второй стороны целями; проценты за пользование денежными средствами, которые лицо сознательно взыскивало с затягиванием сроков; суммы неосновательного обогащения <1> за счет потерпевшего и пр.

<1> О том, что нормы о кондикции, к примеру, относятся к нормам о злоупотреблении правом как специальные нормы к общим, делается вывод Д.А. Ушивцевой, см.: Ушивцева Д.А. Правовое регулирование обязательств вследствие неосновательного обогащения: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. С. 25.

Применительно к результатам совершенного злоупотребления правом суду следует ориентироваться на специальные нормы ГК РФ о недействительности сделок (ст. ст. 169, 179), о неосновательном обогащении (ст. ст. 1102 - 1109) и т.п.

Со времени римского частного права известен тезис, согласно которому правовую возможность от просто социальной (фактической) отличает такой элемент ее содержания, как государственная защита <1>. Его можно назвать общепризнанным. В частности, в литературе не раз высказывались суждения такого рода. В.П. Грибанов обращал внимание на то, что "субъективное право, предоставленное лицу, но не обеспеченное от его нарушения необходимыми средствами защиты, является лишь "декларативным правом" <2>. С ним солидарен в этом вопросе профессор В.А. Тархов, отмечающий: "Если же материальное субъективное право действительно существует, то оно подлежит защите независимо от спорного деления на "регулятивное" и "охранительное" <3>.

<1> Римские юристы полагали, что не столь важно знать, имеет ли лицо зафиксированное в нормах право, важнее вопрос, может ли оно судебным путем добиться его принудительного осуществления, т.е. защиты посредством иска. Цельс, например, описывает иск (actio) как право получить судебную защиту для осуществления правомочия требовать определенного действия или воздержания от действий от известного лица. См.: Хвостов В.М. Указ. соч. С. 68 - 69.

<2> Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. С. 104.

<3> Тархов В.А. Указ. соч. С. 119.

Приведенные высказывания представляются полностью обоснованными, несмотря на имеющие место возражения <1>. Если ориентироваться на трехзвенную структуру любого субъективного гражданского права, где функцию гаранта выполняет правомочие на защиту, то для воздействия на лицо, ненадлежащим образом реализующее принадлежащее ему право, суду прежде необходимо отказать ему в защите.

<1> См., например, публикацию Е.А. Крашенинникова, где предлагается выделять в структуре субъективного права только два элемента, вынося правомочие на защиту за его содержание, что мотивируется невозможностью сочетать в субъективном материальном праве процессуальные возможности: Крашенинников Е.А. Проблема защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. Ярославль, 1979. С. 79.

Таким образом, ценность отказа в защите права заключена в обеспечении возможности суда применять действительные меры воздействия в отношении правонарушителя, в том числе меры гражданско-правовой ответственности.

Глава 4. ОСОБЕННОСТИ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОТДЕЛЬНЫХ ВИДОВ ЗЛУПОТРЕБЛЕНИЯ ГРАЖДАНСКИМ ПРАВОМ

Настоящее исследование не ставит перед собой цели дать характеристику каждому проявлению модели злоупотребления правом в "иных, нежели шикана, формах", когда-либо имевших место или только предполагающих возникнуть в будущем в гражданских правоотношениях. Важно подчеркнуть, что специальные правила о них, содержащиеся в отдельных федеральных законах или нормах Гражданского кодекса РФ, должны соответствовать общим признакам злоупотребления гражданским правом, вытекающим из анализа ст. 10 ГК РФ и природы данного явления.

Между тем современной судебной практике уже известно значительное число вариантов злоупотребления субъективными гражданскими правами. Некоторые из них уже получили освещение не только в научных публикациях, но и в актах высших судебных инстанций, поэтому их целесообразно только перечислить:

1) злоупотребление правами, возникшими из обеспечения исполнения обязательства банковской гарантией <1>;

<1> См.: Информационное письмо ВАС РФ N 27 от 15 января 1998 г. // Вестник ВАС РФ. 1998. N 3.

2) злоупотребления правом в отдельных видах договорных обязательств, то есть совершение действий, связанных с ненадлежащим использованием прав из гражданско-правовых договоров, к примеру, права на отказ от предоставления или получения кредита <1>;

<1> Подробнее см.: Гурский А. Указ. соч.; Федоренко Н.В., Пипник Т.Д. Указ. соч.

3) злоупотребление правом на обращение векселя ко взысканию, в связи с известной абстрактностью вексельного обязательства <1>;

<1> Подробнее см.: Мельников О.О. Указ. соч.; Медведев М. Указ. соч.; Наумова Л. Указ. соч.; Бурмистров Р.Е. Указ. соч.

4) злоупотребление конкурентными правами и доминирующим положением на рынке товаров. Действия предпринимателей, оказывающие негативное воздействие на конкурентную среду, такие как недобросовестная конкуренция и злоупотребление доминирующим положением на данном товарном рынке; к этой подгруппе следует относить и недобросовестную рекламу <1>;

<1> См.: Федеральный закон от 18 июля 1995 г. N 108-ФЗ "О рекламе".

5) злоупотребление правом во внешнеэкономических отношениях и при выборе сторонами применимого права к договору, осложненному иностранным элементом (так называемой автономии воли в международном частном праве) <1>.

<1> См.: Бендевский Т. Международное частное право: Учебник / Пер. с македонского С.Ю. Клейн; отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2005. С. 241 - 246; Муранов А.И. К вопросу об обходе закона // Московский журнал международного права. 1997. N 3; Мосс Дж. К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража. М., 1996; Вилкова Н. Применимое право при разрешении споров из внешнеэкономических сделок // Хозяйство и право. 1995. N 11; Рубанов А.А. Институт "автономии воли" в МЧП как теоретическая проблема // Современный ежегодник международного права. М., 1986.

Для иллюстрации особенностей отдельных видов составов злоупотребления субъективными гражданскими правами остановимся на трех наиболее показательных блоках правоотношений: вещных, поскольку с них ведет свое начало институт злоупотребления правом; правоотношений, связанных с функционированием юридического лица, поскольку в этой области злоупотребления трудно распознаваемы и нередко латентны; семейных отношениях, в связи с тем что именно в их контексте уху наиболее привычно слышать термин "злоупотребление" (например, родительскими правами).

§ 1. Злоупотребления при осуществлении права собственности и иных вещных прав

А) Соседские взаимоотношения

Термин "соседское право" не знаком нашей правовой доктрине и законодательству, а редкое упоминание в текстах гражданско-правовых норм слова "соседи" ориентировано на бытовое, обиходное понимание его смысла. Трудно точно определить, что является собственно "соседскими отношениями". Простое перечисление вероятных соседских отношений не обозначит предмет нашего анализа, необходимы критерии. Два из возможных критериев уходят корнями в суждения римских юристов, - пограничность имущества и вещный характер прав субъектов. Такое классическое представление о соседстве, к сожалению, не охватывает в современной жизни и половины случаев, которые нужно рассматривать и регулировать как соседские конфликты.

Начнем с того, что разделение права на вещное и обязательственное крайне условно. Доктринальные разработки по этому вопросу находятся в явном несоответствии с законодательством; так, аренда, наем и т.п. имеют целый ряд признаков, указывающих на вещный характер отношений, особенно когда речь заходит о связи "арендатор - третьи лица". Сервитуты, напротив, несмотря на отнесение к вещным правам, имеют все основания считаться обязательствами.

Круг интересующих нас отношений может быть максимально широким. Хрестоматийные примеры о тяжбах собственников соседних земельных участков, споры о том, можно ли строить хлев рядом с соседской беседкой для отдыха, склоки о том, кто больше мешает: тот, кто слушает громкую музыку, или тот, кто постоянно ремонтирует свою квартиру, и т.д., - подталкивают к выводу о том, что соседские отношения всегда основаны на пограничности имущества субъектов, а следовательно, являются вещно-правовыми. Участниками подобных жизненных ситуаций чаще всего, конечно, становятся собственники недвижимого имущества, члены семей собственников, лица, обладающие правом пользования землей, правом проживания в жилых помещениях.

Однако, если внимательно присмотреться, то выясняется, что значительная часть соседских отношений основана на обязательствах. Использовать прилежащее друг к другу имущество могут арендаторы, доверительные управляющие и т.п. Понятно, что дуализм природы найма, аренды,

доверительного управления есть общеизвестная истина, однако формально отнести данные права к вещным правам нельзя. Таким образом, даже в классических случаях совладения граничащим имуществом можно обнаружить конфликты не только вещных правообладателей, но и обязательственных.

Нет никаких оснований к тому, чтобы исключать из спектра "соседских" целый ряд "обязательно-подобных" отношений. Как, например, можно оценить отношения между соарендаторами? Неделимость предмета аренды и договорные основы их взаимоотношений практически не оставляют места для рассуждений о вещных элементах в их правах на имущество. Такого рода конфликт интересов должен тоже поглощаться категорией "соседи".

Из всех известных цивилистике критериев разграничения вещных и обязательственных прав только один, на наш взгляд, практически не может быть оспорен: вещные права мыслятся как бессрочные, постоянные, а обязательства всегда предполагают конечную дату, даже при отсутствии прямо выраженного срока. В таком контексте соседские связи тяготеют к вещным по своей природе правоотношениям, поскольку моделируются как длящиеся, создающие условия для множественных и постоянных нарушений прав.

Второй критерий - наличие общей границы у вещей - так же не универсален, как и вещный характер прав соседствующих лиц. Дело в том, что нередко соседями являются лица, имущество которых не соприкасается. К примеру, собственники квартир в многоквартирном доме, арендаторы нежилых помещений в зданиях, разделенных тротуаром. Более того, соседями, по сути, следует назвать и лиц, обладающих правом общей собственности на вещь, хотя при этом вещь одна и нельзя говорить о граничащем имуществе. Наиболее часто встречаемые в судебной практике дела, связанные с взаимоотношениями между соседями, - это споры об использовании или приватизации чердачных и подвальных помещений многоквартирных домов, а также иных объектов общей собственности всех жильцов дома.

Итак, если критерии определения соседских отношений, дошедших до нас еще из римского частного права, не могут по отдельности или в совокупности определить область соседских отношений, а современного законодательного подхода к этой категории нет, есть смысл исходить из интуитивного, общераспространенного понимания соседства. Соседство есть взаимоотношения двух и более лиц, обладающих вещными или обязательственными правами на одно и то же либо граничащее друг с другом и расположенное в непосредственной близости имущество, что создает почву для возможных длящихся нарушений прав любой стороны.

Нормы, прямо или косвенно регулирующие соседские конфликты, в гражданском законодательстве есть, хотя их и немного. Дело, разумеется, не в количестве и даже не в уровне их юридической техники. Эти нормы крайне разрозненны, пунктирны. Вот они: п. 2 ст. 209 ГК РФ, устанавливающий общий предел осуществления права собственности - права и интересы третьих лиц; ст. 10 ГК РФ, запрещающая использовать гражданские права во вред третьим лицам (злоупотреблять правом) под угрозой отказа в защите права; п. 3 ст. 292 ГК РФ, предусматривающий возможность защиты прав членов семьи собственника жилого помещения от любых третьих лиц; и, наконец, ст. 293 ГК РФ и ст. 98 Жилищного кодекса РСФСР, грозящие прекращением права собственности или выселением из жилого помещения за систематическое нарушение прав и интересов соседей. Уже из перечня видно, что две из указанных норм носят общий характер и требуют сложного толкования для применения к конкретному делу, а две последних статьи, напротив, очень узки по содержанию и их буквальное применение не может обеспечивать необходимое правовое воздействие на весь круг соседских конфликтов.

Попробуем смоделировать любую спорную ситуацию с участием соседей с тем, чтобы выяснить, как посредством приведенных норм ее можно разрешить. Допустим, в соседней квартире круглосуточно гремит музыка, а вы и ваши домочадцы не можете спокойно отдохнуть после работы. Понятно, что за подобное нарушение ваших прав ни один суд не применит нормы о выселении правонарушителей, несмотря на наличие предупреждений и длящийся характер нарушений. На одной чаше весов будут лишь ваши "некоторые, вполне терпимые неудобства", а на другой - необходимость оставить людей без жилья. Можно, конечно, прибегнуть к ст. 10 ГК РФ и с успехом доказать наличие злоупотребления правом в действиях соседа, но санкция за это правонарушение довольно неопределенна. Отказ в защите права (п. 2 ст. 10 ГК РФ), во-первых, возможен в буквальном понимании только для истцов, а во-вторых, может проявляться в самых различных конкретных мерах, одна из которых - все то же прекращение права собственности на жилое помещение <1>.

<1> См.: Поротикова О.А. Отказ в защите права как санкция за злоупотребление субъективным гражданским правом // Актуальные проблемы гражданского права, гражданского и арбитражного процесса. Ч. 1: Гражданское право: Материалы науч. конф. / Под ред. Е.И. Носыревой, Т.Н. Сафроновой. Воронеж, 2002. С. 141 - 143.

Подробнее о применении санкции ст. 10 ГК РФ сказано в параграфе 4 гл. 3 этой книги.

Таким образом, любой соседский кризис с точки зрения гражданского законодательства потребует обязательного обращения в суд, что само по себе не обеспечивает оперативного регулирования, но даже после этого трудно надеяться на какое-либо эффективное разрешение сложившейся ситуации. В этой связи соседи редко прибегают к исконным цивилистическим методам регулирования, а стремятся использовать публично-правовые, административные рычаги: вызвать милицию, представителей домоуправления и т.п.

Само по себе административное воздействие на соседские конфликты вполне уместно, и наша задача вовсе не в том, чтобы решить, какая отрасль нужнее и важнее. Проблема в том, что при всей безусловной оперативности административных мер они хороши только для настоящего момента, способны на сегодня заставить соседа выключить музыку, а все дальнейшие взаимоотношения соседей так и остаются неурегулированными.

И все-таки в определенных случаях соседских споров, когда речь идет о соседях - собственниках пограничного имущества, гражданско-правовые средства могут быть эффективны. Основным таким средством является негаторный иск. К.И. Скловский в одной из своих статей так и определил негаторный иск как способ защиты гражданских прав, изобретенный римским гением в интересах владеющего собственника, которому докучает нетактичный сосед <1>.

<1> См.: Скловский К.И. Негаторный иск: отрицание не должно быть огульным

Прожить в соседних квартирах, на рядом расположенных дачах или работать в снятых через стенку офисах без претензий друг к другу практически невозможно. Громкие звуки, неприятные запахи, мусор, необходимость пользования общими объектами природы или инфраструктуры (водоемом или водопроводом) действительно создают условия для дующихся, повторяющихся раздоров и правонарушений. Именно для устранения помех в реализации правомочий собственника и был замыслен римскими юристами негаторный иск. Удовлетворение негаторных требований судом, к примеру, о прекращении строительной деятельности соседа, грозящей загрязнением вашему участку или закрытостью окон в вашем доме, будет реально исполнимым рычагом воздействия на противоправное поведение.

Однако и негаторный иск не панацея. Ситуации, при которых действия соседа не имеют какого-то овеществленного результата, то есть не могут быть проконтролированы приставом-исполнителем, останутся конфликтными даже после удовлетворения негаторных требований. Допустим, сосед угрожает убить или избить вас, поджечь дом, и из страха вы не можете свободно пользоваться своим жильем. Такие случаи не редкость, но даже при удовлетворении судом негаторного иска такое решение невозможно будет исполнить, ведь не поставишь же в вашей квартире милицейский пост и не поселишь пристава.

Необходимо подчеркнуть, что область соседского права - одна из тех сфер человеческой жизнедеятельности, где правовые средства почти бессильны, а вернее, где для их эффективности требуется еще сложившаяся культура и обычаи общежития.

Если обратиться к зарубежным нормам о правилах соседских взаимоотношений, к примеру, у собственников жилых помещений, то можно увидеть, что они коренятся на сложившихся общественных представлениях и принципах. Так, в германском Законе "О праве собственности на жилое помещение и о праве длительного пользования жилой площадью" (Законе о праве собственности на жилье) в § 14, определяющем круг обязанностей домовладельцев, указано, что собственники жилых помещений должны пользоваться ими "...таким образом, чтобы не создавать своими действиями неудобства для других домовладельцев, выходящие за пределы упорядоченного общежития" <1>. Предполагается, что принципы общежития в Германии известны любому участнику гражданских отношений, и даже без перечисления в нормах закона могут быть использованы судом для регулирования соседских конфликтов.

<1> Германское право / Пер. с нем. Р.И. Кариулина. М., 1999. Ч. III. С. 65.

Ряд таких принципов подробно толкуется У. Маттеи <1>, в частности принцип "старшинства собственности". Речь идет о том, что, приобретая дом в жилом престижном квартале города, вы должны понимать: здесь уже заведен определенный порядок осуществления права собственности, здесь нельзя устраивать свиноферму или разводить змей. Напротив, если купленный вами земельный участок располагается в деревне, то, строя там виллу, вы должны быть готовы терпеть сельские звуки и запахи, приспосабливаться к заведенному до вас образу жизни. Эти простые правила в нашем государстве игнорируются не только участниками гражданских отношений, но и законодателем, а следовательно, правоприменителями. А ведь, по сути, эти обычаи выступают ограничителями негаторных требований, что крайне важно для справедливого разрешения споров соседей.

<1> См.: Маттеи У., Суханов Е.А. Указ. соч. С. 209, 219 и др.

Еще один момент, который следует учитывать при регулировании конфликтов между соседями, особенно в связи с рассмотрением судами требований об устранении препятствий в пользовании имуществом, это то, что существуют такие негативные эффекты жизнедеятельности соседа, которые связаны с нормальным функционированием собственности. Это правило также сформулировано еще в Древнем Риме <1>, о нем много написано в трудах дореволюционных русских цивилистов <2>. Нужно согласиться с Д.В. Дождевым в том, что неудобства собственника при нормальном, среднем поведении соседа - явление нечастое <3>. При этом важно другое - установление еще римскими юристами обязанности терпеть обычные эффекты от деятельности соседей и не подавать иски об их устранении.

<1> См.: Дождев Д.В. Указ. соч. С. 346 - 347.

<2> См.: Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 382 и след.

<3> См.: Дождев Д.В. Указ. соч. С. 347.

Дело в том, что полное устранение неудобств, исходящих от соседей, возможно только при условии абсолютного бездействия этих лиц. Если квартира или дом заселены и используются, то это неминуемо влечет появление дымов, мусора, стоков воды, звуков телевизора или фортепьяно и прочего, без чего нельзя обойтись. В этой связи иски о прекращении подобных помех должны оцениваться судом исходя из принципа разумности и добросовестности, поскольку нередко вчинение таких исков есть само по себе злоупотребление правом на защиту, сутяжничество.

В одной из новейших зарубежных гражданско-правовых кодификаций - Гражданском кодексе Квебека - содержится норма (п. 976), направленная на регулирование прав соседей именно с этих позиций: "Соседи должны терпеть обычные причиняемые соседями неудобства, которые не превышают должных пределов терпения, исходя из природы и местоположения их земельных участков или из местных обычаев" <1>.

<1> Гражданский кодекс Квебека. С. 164.

Применительно к сказанному нужно еще заметить, что сложившиеся в различных регионах России обычаи соседских отношений могут, пожалуй, самым лучшим образом влиять на подобные конфликты, но они не учитываются судами в силу законодательного ограничения применения обычаев как источников права сферой предпринимательских отношений.

Применительно к злоупотреблению вещными правами и непосредственно правом собственности на недвижимое имущество нельзя не коснуться опыта Великобритании. Известно, что англо-американская правовая традиция имеет ряд существенных особенностей в подходах к правовому регулированию в целом и к регулированию гражданских отношений в частности. В Своде английского гражданского права в п. 857 содержится определение категории nuisance - "зловредность", в качестве которой рассматривается действие или бездействие, в силу которого для лица незаконно создается надоедание, помеха или беспокойство при пользовании недвижимостью путем причинения последней физического ущерба либо иного вмешательства в пользование недвижимостью, угождениями, выгодами или иными подобными правами либо путем воздействия на здоровье лица, его комфорт и удобства. Если такое надоедание, помеха или беспокойство создают нарушения владения (Trespass), то это не препятствует иску о зловредности <1>.

<1> См.: Свод английского гражданского права. Обязательственное право / Под ред. проф. Э. Дженкса. М., 1941.

Приведенная дефиниция как нельзя лучше очерчивает круг вероятных соседских конфликтов, возникающих при злоупотреблении одним из соседей своим правом на объекты недвижимости. В то же время налицо две проблемы: первая, теоретического толка, заключается в расширительном и оценочном подходе к проявлениям злоупотребления правом собственности на недвижимое имущество, а вторая имеет еще и прикладное значение и заключается в замещении известного нам негативного требования иском о прекращении зловредности.

Английское право в свойственной ему манере не предпринимает попыток определить критерии того, что следует квалифицировать как зловредность, а перечисляет разнообразные варианты негативных эффектов от правоосуществления, которые могут стать основанием для иска о зловредности. Более того, отсутствует прямое запрещение подобной деятельности. Иск опирается скорее на самое общее правило о защите собственника от каких-либо посягательств со стороны третьих лиц. Поскольку, на наш взгляд, отнюдь не всякое препятствие, чинимое собственнику вещи, следует воспринимать как злоупотребление правом, то в приведенном определении смешиваются два понятия. Во-первых, причинение неудобств, в силу неисполнения

пассивной обязанности "не препятствовать", лежащей на третьих лицах в модели абсолютного правоотношения собственности, и, во-вторых, претерпевание неудобств в результате злонамеренного использования третьим лицом принадлежащего ему права.

Английский подход к разрешению проблемы "зловредности" при осуществлении права собственности на имущество оригинален не только в квалификации этого явления, но и в вопросе о последствиях подобного деяния. Лицо, потерпевшее от "зловредности", может подать иск о прекращении поведения, составляющего зловредность, и взыскать с нарушителя убытки. Если провести параллель с российским гражданским законодательством, то становится видно, что собственно иск "о зловредности" в отечественной традиции тождественен негативному требованию. Отказ в защите права как санкция за злоупотребление правом английской практике не известен, но терпящему "зловредность" собственнику дан иск из общего принципа о возмещении вреда. Возможность возместить убытки, причиненные злоупотреблением правом, в российской действительности может рассматриваться только как конкретизация общей санкции за злоупотребление правом.

Теперь попробуем разобраться в том, почему "не работают" наиболее жесткие санкции за нарушение правил соседского взаимодействия - прекращение прав собственности или найма (ст. 35, 79, 83, 91 ЖК РФ и ст. 293 ГК РФ).

Крайне показательный пример из судебной практики приводит Л. Щенникова <1>. Она описывает случай, когда в суд с требованием о выселении нанимателя соседней комнаты в порядке ст. 98 ЖК РСФСР обращался гражданин, который подвергался избиению и угрозам убийством со стороны соседа, и это установлено приговором суда. Однако подобных нарушений прав оказалось недостаточно для доказательства в суде невозможности совместного проживания и оснований к прекращению найма соседнего жилого помещения.

<1> См.: Щенникова Л. Неприкосновенность собственности на жилище и защита интересов соседей // Российская юстиция. 2001. N 4. С. 24 - 25.

Из контекста статьи ясен вывод автора, который сводится к следующему: "...нельзя абсолютизировать защиту частных прав и частного интереса, не видя здесь интересов других лиц, не проводя общегосударственную политику пресечения противоправных действий, по сути, злоупотреблений своими гражданскими правами" <1>.

<1> Там же. С. 25.

Думается, что здесь актуальнее вести речь не о пресловутом столкновении частного и публичного интересов, а о коллизии двух частных соседских интересов, поскольку суду в каждом случае трудно выбрать из двух частных правообладателей того, кто нуждается в защите больше. Безусловно, и государство радуется за пресечение злоупотреблений субъективными гражданскими правами как вида правонарушений, но в данном случае его интерес вторичен, произведен от стремления частных лиц защитить свои права.

При применении норм о выселении перед судом стоит сложная дилемма: что лучше, обеспечить потерпевшему соседу нормальную жизнь в его квартире и оставить правонарушителя без крыши над головой или все-таки сохранить жилье для нарушителя, но вынудить его соседа терпеть неудобства? При такой постановке вопроса в качестве государственного интереса может пониматься желание не пополнять армию лиц без определенного места жительства.

Это не значит, что такая санкция за нарушение прав соседей, как прекращение прав нарушителя, не нужна. Видимо, нужен продуманный механизм, позволяющий гибко подходить к каждому случаю. Так, при вынесении подобного решения суд должен выяснить, имеется ли у выселяемого лица иное место проживания, при необходимости обеспечить его временным жильем до приобретения им новой квартиры или заключения нового договора найма жилого помещения. Нередко подобная задача осложняется наличием членов семьи нанимателя, выселяемого в порядке ст. 91 ЖК РФ, или собственника, право которого прекращается по ст. 293 ГК РФ. Ясно, что эти лица, имеющие право ограниченного пользования жильем, будут препятствовать не только реализации этой санкции, но и реализации имущества собственника с публичных торгов в соответствии с абз. 2 ст. 293 ГК РФ.

Вызывает недоумение узость распространенного среди специалистов и практиков в области жилищного права толкования состава последней из приведенных норм, когда, по сути, рассматривается только одно нарушение правил соседского взаимодействия - ненадлежащее хозяйственное использование своего жилого помещения, которое может привести к разрушению соседних помещений. Этот аспект критикует в своих рассуждениях и профессор Л. Щенникова <1>.

<1> См.: Щенникова Л. Указ. соч. С. 25.

Трудно предположить, что именно такая форма нарушений, как бесхозяйное отношение к помещению, является преимущественной в исследуемой нами области социальных отношений. Скорее всего, ее легче зафиксировать документально и третьими лицами, успешнее можно доказать в суде, но это не значит, что она распространена. Можно предположить, что норма ст. 293 ГК РФ потому так редко применяется на практике, что узкое толкование этой статьи - еще один повод для судей не использовать ее как санкцию за любые грубые нарушения прав и интересов соседей.

Очевидно, что буквальное понимание диспозиции указанной нормы может отчасти восполнить пробел в защите права соседей собственников жилых помещений, но в свою очередь будет способствовать негативным тенденциям в связи с произволом судебного усмотрения. Если внимательно прочесть первый абзац ст. 293 ГК РФ, то грамматически выделяются два или три основания для прекращения права собственности на жилое помещение. Союз "либо", стоящий между словосочетаниями "систематическое нарушение прав и интересов соседей" и "бесхозяйственное обращение с жильем, допускающее его разрушение", однозначно указывает на наличие двух самостоятельных условий применения этой нормы.

Другое дело, как толковать перечисленные через запятую "использование помещения не по назначению" и "нарушение прав и интересов соседей". Восприятие запятой как знака, отделяющего одно от другого, будет означать самостоятельность и третьего условия. В таком прочтении содержание этого правила будет охватывать все без исключения варианты ненадлежащего осуществления прав собственниками жилых помещений, и за любой из них может последовать прекращение права. Видимо, есть смысл рассматривать эту конструкцию не как перечисление, а как уточнение, то есть "использование помещения не по назначению, ведущее к нарушению прав и интересов соседей".

Более того, есть смысл, условно говоря, "вынести за скобки" фразу о нарушении прав и интересов соседей, поскольку этот предел будет с необходимостью нарушен и при использовании помещения в ущерб назначению и при бесхозяйном обращении с ним. Для адекватного применения ст. 293 ГК РФ рациональнее было бы рассматривать в качестве юридических фактов для прекращения права собственности в этом случае только несоблюдение назначения и разрушительные средства осуществления права на жилое помещение, поскольку эти нарушения имеют особое значение как для публичных, так и для частных интересов в сфере соседства и могут быть легко формально установлены в суде. Нужно подчеркнуть, что и контролировать устранение этих нарушений для органов местной власти и суда значительно легче, чем всех иных.

Следовательно, можно утверждать, что основаниями для принудительного прекращения права собственности на жилое помещение выступают два конкретных состава злоупотребления вещным правом.

Однако остаются открытыми еще несколько вопросов:

1) о возможности подобным образом воздействовать на собственников нежилых помещений, иного недвижимого имущества;

2) о мерах защиты прав и интересов соседей от иных злоупотреблений правом собственности на жилое помещение.

Думается, что без уточнения законодательства здесь не обойтись. В первом случае нужна аналогичная норма или отсылка к правилам ст. 293 ГК РФ в институте права собственности на иные объекты недвижимости. При этом следует учитывать, что такой предел осуществления права, как назначение вещи, не распространяется на использование прав в отношении нежилых помещений, например.

А во втором случае требуется продумать формулу состава злоупотребления, касающуюся, в частности, совершения собственником жилья преступления против личности или имущества его соседа, что сделало невозможными дальнейшее сопредельное осуществление их прав и могло бы служить основанием к принудительному прекращению права. Подобные дополнения следовало бы внести в ст. 293 ГК РФ.

Можно возразить: почему бы просто не применять указанную норму при любом осуществлении права собственности на жилое помещение, нарушающем права соседей, для чего уточнять отдельные проявления злоупотребления в этой области? Думается, что прекращение права должно применяться в качестве исключительной санкции за строго определенные составы злоупотреблений правом, дабы не создавать почвы для судебного произвола. Весь остальной спектр соседских конфликтов должен разрешаться не посредством лишения права, а через понимание отказа в защите права в смысле ст. 10 ГК РФ.

Теоретический и практический интерес представляет вопрос о том, как соотносятся указанные выше меры по принудительному прекращению прав собственности или найма с генеральной санкцией за злоупотребление правом - отказом в защите права. Наиболее разумным видится рассмотрение последствий, предусмотренных ст. 293 ГК РФ и ст. 91 ЖК РФ, в качестве специального случая отказа в защите соответствующих субъективных прав. В этой ситуации отказ в принудительной защите будет иметь характер не разовой единовременной реакции со стороны

государства, как это обычно бывает при применении судом указанной в ст. 10 ГК РФ меры (когда отказ в защите не связан с прекращением права и означает отказ в удовлетворении, например, исковых требований собственника), а окончательного исключения правомочия на защиту из структуры субъективных прав. Таким образом, можно утверждать, сославшись еще на римские представления о роли принудительной защиты для существования конкретного права, что право, не снабженное защитой со стороны государства, перестает быть правом, прекращается. Более того, прекращение права есть категория, наиболее соответствующая буквальному смыслу санкции "отказ в защите".

В то же время современная цивилистика может увидеть в подобных выводах определенный порок. Во-первых, в настоящее время признается возможность существования прав, не снабженных принудительной защитой. Примером может служить право, защита которого невозможна в силу истечения срока исковой давности. К тому же возможность самозащиты права вынуждает не связывать однозначно его прекращение с лишением государственной защиты.

Во-вторых, формальным основанием прекращения права собственности, например в порядке ст. 293 ГК РФ, будет не отказ в защите этого права, а сложный юридический состав, складывающийся из судебного решения о продаже жилого помещения с публичных торгов и непосредственно факта продажи, а также передачи вещи третьему лицу (новому собственнику).

Однако вполне уместно здесь задаться вопросом: в силу чего становится возможным принуждать собственника к подобному прекращению его права, заставляя отчуждать вещь? Почему он не может противопоставить иску органа местного самоуправления о продаже имущества с публичных торгов необходимость абсолютной защиты его права собственности от любого и каждого? Видимо, потому, что лицо, злоупотребившее правом на жилое помещение и не прекратившее в определенный местной администрацией срок это нарушение, лишается возможности защищать свое право и должно терпеть принудительные меры, в этом случае ведущие к прекращению его права.

Нельзя не коснуться в этом контексте анализа порядка применения правила о прекращении права собственности по ст. 293 ГК РФ. Из текста нормы, казалось бы, следует, что обращению в суд для прекращения права собственности на жилое помещение должны предшествовать внесудебные процедуры, такие как предупреждение и (или) установление соразмерного срока на ремонт имущества. В то же время они формулируются как права органа местного самоуправления, а не его обязанности, через слово "может". Следовательно, возможно непосредственное обращение в суд без предварительного предупреждения собственника. Однако это вряд ли оправданно, поскольку смысл указанных мер не в том, чтобы лишить собственника его права в любом случае, а в наиболее результативном на него воздействии, способствующем установлению нормальных соседских взаимоотношений и устранению нарушений прав третьих лиц.

Применительно к порядку прекращения права собственности по этим основаниям хотелось бы подчеркнуть, что истцом в любом случае должен выступать муниципальный орган. Это еще раз указывает на то, что, по мысли законодателя, эта норма преимущественно направлена против разрушения жилого фонда из-за бесхозяйного отношения собственника к своему имуществу, вследствие чего может произойти нарушение прав и интересов неопределенного круга лиц. Представляются неверными установленные ограничения в отношении инициативы по подаче иска в суд. Например, если сосед, права которого нарушены осуществлением права собственником соседней квартиры не по ее легальному назначению, имеет на руках судебное решение о прекращении производственной деятельности и подтверждение его неисполнения в течение определенного срока, то он должен иметь право непосредственного обращения в суд с требованием о прекращении права собственности на квартиру для правонарушителя.

Применительно к ст. 91 ЖК РФ процедура более проста и более свойственна частным отношениям, так как, если наниматель и (или) проживающие совместно с ним члены его семьи используют жилое помещение не по назначению, систематически нарушают права и законные интересы соседей или бесхозяйственно обращаются с жилым помещением, допуская его разрушение, наймодатель (собственник помещения), после предупреждения нанимателя и членов его семьи о необходимости устранить или назначения разумного срока для устранения этих нарушений, вправе требовать их выселения в судебном порядке без предоставления другого жилого помещения.

Таким образом, можно сделать общий вывод: административными средствами проблему соседского взаимодействия можно оперативно "обезболить", но окончательно разрешить конфликт, дать защиту на длительное время возможно только гражданско-правовыми методами, поскольку сама ситуация является частным случаем осуществления гражданских прав. Нужно стремиться усовершенствовать цивилистические средства воздействия на данные конфликты и создать продуманные механизмы применения имеющихся средств.

Б) Злоупотребление правом собственности на животных

Животные, как известно, - особый объект гражданских правоотношений по той причине, что они являются объектом одушевленным, живым. Это свойство выделяет животных из ряда иных вещей, вынуждая законодателя устанавливать в качестве предела осуществления прав на них особые требования к способам и средствам владения и использования животных.

Этот вид объектов впервые обособлен в Гражданском кодексе РФ 1994 г. В частности, в ст. 137 ГК РФ определено, что к животным применяются общие правила об имуществе, если иное не установлено в нормативных актах, но запрещается жестокое обращение с животными. В контексте этой нормы речь обычно ведется главным образом о домашних животных. Считается, что применительно к диким животным, находящимся в своей естественной природной среде обитания, действует Федеральный закон от 24 апреля 1995 г. N 52-ФЗ "О животном мире" <1> (далее - Закон о животном мире), а также норма ГК РФ о возможности приобретения права собственности на животных в порядке ст. 221, как на ничейную вещь <2>.

<1> СЗ РФ. 1995. N 17. Ст. 1162.

<2> См.: Брагинский М.И. Объекты гражданских прав // Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. М., 1995. С. 209.

Хотелось бы подчеркнуть, что подобное толкование необоснованно сужает сферу применения ст. 137 ГК РФ, в которой не упоминается термин "домашние", в отличие от ст. 241 ГК РФ, где прямо указано, что выкуп возможен только в отношении домашних питомцев. Норма ст. 137 в полной мере устанавливает пределы осуществления любых прав на любых животных, не только домашних, но и прирученных диких, дрессированных животных, тех диких представителей животного мира, которые отловлены на время для каких-либо целей. В любом случае лицу, их использующему, запрещено злоупотреблять своим правом (собственности, срочного или бессрочного пользования и т.п.) и жестоко с ними обращаться.

Нужно особо остановиться на вопросе о том, можно ли считать приобретение права собственности на животное в порядке ст. 221 ГК РФ оккупацией ничейной вещи. М.И. Брагинский по какой-то причине противопоставляет ст. 137 и ст. 221 ГК РФ, утверждая, что ст. 137 "имеет в виду домашних или по крайней мере одомашненных животных. Соответственно, ее нормы не распространяются на животных, находящихся в состоянии естественной свободы. Последние представляют собой, как правило, "ничейную вещь" и, если это не противоречит действующим правовым нормам, могут стать объектом права собственности со стороны любого, кто их поймает. Такой вывод следует из ст. 221" <1>. Не совсем понятно, что дает основание для "столкновения" двух приведенных норм. Статья 137 ГК РФ говорит о требованиях к осуществлению прав на животных, не уточняя, каким способом это право возникло у лица. Следовательно, нет разницы для применения этого правила в способе приобретения права собственности на животных - произошло ли это в порядке их добычи (охоты) из естественной среды обитания или возникло из договора купли-продажи.

<1> Там же. С. 209.

В отношении же ст. 221 тоже не очевидно, что речь идет именно о классической римской оккупации ничейных вещей. Закон о животном мире в ст. 4 закрепил, что "животный мир в пределах территории Российской Федерации является государственной собственностью". Да и сама норма ст. 221 ГК РФ называет этот способ обращением в собственность общедоступных для сбора вещей, но не ничейных.

"Прежде всего, объект завладения характеризуется не как ничейные вещи, а как вещи общедоступные. Имеются в виду положения публичного права, регулирующие доступ к лесам, водоемам и другим территориям. Соответствующие нормы находятся в Лесном кодексе (ст. 86), Водном кодексе (ст. 143), других законах и нормативных актах, в том числе нормативных актах субъектов Федерации... Собственник земельного участка, как публичный, так и частный, может дать общее разрешение на доступ на свой участок и сбор на нем ягод, лов рыбы, добычу общедоступных вещей и животных" <1>.

<1> Скловский К.И. Применение гражданского законодательства о собственности и владении. Практические вопросы. М., 2004

Поскольку все живые организмы в естественной природе в пределах границ России есть государственная собственность, то нельзя стать собственником дикого животного как бесхозной вещи, а только с разрешения собственника - государства.

К объектам животного мира нормы гражданского права, касающиеся имущества, в том числе продажи, залога и других сделок, применяются постольку, поскольку это допускается Законом о животном мире и иными федеральными законами. В указанном же специальном законе

предусмотрено правило, аналогичное ст. 137 (что лишний раз подтверждает неоправданность сужения действия этой нормы только кругом домашних животных) о применении при пользовании животным миром гуманных способов (ст. 40).

Правила, сроки и перечни орудий и способов добывания объектов животного мира, разрешенных к применению, разрабатываются соответствующими специально уполномоченными государственными органами по охране, контролю и регулированию использования объектов животного мира и среды их обитания и утверждаются Правительством Российской Федерации или органом исполнительной власти субъекта Российской Федерации. В частности, прямо запрещено применение ногозахватывающих капканов.

Отношения по владению, пользованию и распоряжению объектами животного мира регулируются гражданским законодательством в той мере, в какой они не урегулированы Законом о животном мире.

Объекты животного мира, изъятые из среды обитания в установленном порядке, могут находиться в частной, государственной, муниципальной или иных формах собственности. Отношения по владению, пользованию и распоряжению такими животными регулируются гражданским законодательством Российской Федерации, Законом о животном мире, законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации.

Вполне возможно, что гуманность применительно к животным есть отголосок памяти человека о том, что и сам он есть животное. В полной мере требования к выбору гуманных средств реализации правомочий собственника животных восходят к правилам общественной морали.

По общему правилу позитивное право формируется под воздействием двух видов ценностей - нравственных и экономических, впитывая их в различном соотношении. Экономических резонансов в правоустановлениях несколько больше, чем этических. Объясняется это просто: экономические выгоды и стремления лучше поддаются распознаванию и закреплению в нормах, более или менее объективны, стабильны и потому единообразно понимаются участниками частных отношений. Нравственные ориентиры значительно менее определены, переменчивы. За исключением нескольких библейских постулатов, моральные нормы, как это ни печально, являются средством идеологических и политических конъюнктурных игр. Право, впитав в себя какую-то часть (минимум) нравственных установок общества, как правило, не в состоянии впитывать еще. К тому же моральные требования в правоотношениях дают простор судебному усмотрению, что в романо-германской правовой традиции не слишком приветствуется. Исходя из сказанного, норма ст. 137 ГК РФ, предусматривающая необходимость оценивать поведение собственника животных через призму гуманности и нравственности, есть норма не типичная.

Понятие вещи как объекта гражданских прав относится к дискуссионным вопросам цивилистики <1>. Так, профессор Е.А. Суханов определяет категорию "вещь" следующим образом: "Вещами в гражданском праве признаются материальные, физически осязаемые объекты, имеющие экономическую форму товара" <2>, делая при этом исключения для вещей природного происхождения. Указание на экономическую форму не случайно, поскольку для оборота вещей имеет значение их товарная стоимость (сумма издержек и затрат на производство вещи плюс прибыль, которую хочет получить их владелец). Конечно, не для всех юридических действий с вещами учитывается их способность служить эквивалентом, но для большинства.

<1> См.: Лапач В.А. Система объектов гражданских прав: Теория и судебная практика. СПб., 2002; Гумаров И. Понятие вещи в современном гражданском праве России // Хозяйство и право. 2000. N 3. С. 80 - 84.

<2> Суханов Е.А. Объекты гражданских правоотношений // Гражданское право: Учебник: В 2 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. Т. 1. С. 300 - 301.

В тех случаях, когда экономическая ценность вещи праву безразлична, учитывается другой ее необходимый признак - способность приносить пользу, удовлетворять потребности и интересы ее обладателей в гражданском обороте <1>. Вещь как часть материального мира интересна праву постольку, поскольку требуется обеспечить ее эффективное (в экономическом смысле) и справедливое (в юридическом) использование участниками гражданских отношений, а также переход от одного субъекта к другому посредством сделок.

<1> См.: Сергеев А.П. Объекты гражданских прав // Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 1. С. 205.

Именно поэтому в праве появляются вещи, не совпадающие с общепринятым бытовым пониманием этого слова. В повседневной жизни человека животные, например, не рассматриваются вещами. Однако возникла потребность отразить в правовых нормах то, что стало реальностью, - многочисленные сделки с животными (купли-продажи, мены, дарения,

завещания), а также определить, чем же являются отношения по поводу животных. Думается, в определенной мере потребовалась именно возможность прибегать к мерам правовой ответственности в отношении слишком бесцеремонных хозяев животных.

Здесь хотелось бы обратить внимание на то, что ряд европейских гражданских кодексов не рассматривает животное в роли вещи. Так, Германское гражданское уложение в § 90а указывает: "Животные не являются вещами. Они охраняются специальными законами. К ним соответственно применяются предписания, действующие в отношении вещей, если не установлено иное" <1>. Позиция немецкого законодателя только на первый взгляд последовательна и оправданна. По сути, в Германском гражданском уложении закреплено: животные не вещи, но отношения по поводу них регулируются так, как будто они вещи. Если бы отсутствовала эта оговорка, то можно было бы оценить эту норму как принципиальное нежелание видеть одушевленный объект у правоотношений, такая позиция вызывала бы уважение.

<1> Гражданское уложение Германии: Вводный закон к Гражданскому уложению. Пер. с нем. / Науч. редакторы А.Л. Маковский и др. М., 2004 (Серия "Германские и европейские законы". Кн. 1). С. 17.

В то же время трудно не замечать, что животные уже стали объектом прав. Иначе как определить отношения купли-продажи домашнего скота, дарение котенка к новоселью, целые отрасли сельского хозяйства (животноводства), занимающиеся выращиванием животных для реализации их самих или получения от них плодов и продукции. Для охраны домашних и одомашненных животных, а именно о них мы сейчас и говорим, необходимо признавать право собственности или иное законное владение ими, то есть представлять их как объект гражданских прав. В системе же таких объектов животные ближе всего к вещам.

Сказать, что у животных как особенных вещей установлен в российском законодательстве специальный правовой режим, было бы преувеличением. Скорее, можно вести речь о том, что законодатель в некоторых случаях учел "одушевленность" объекта и обязался принимать во внимание такие черты, с ней связанные, как, например, привязанность животного к лицу, претендующему на его приобретение (ст. 231 ГК РФ). Применительно к безнадзорным домашним животным существуют особые требования к приобретению права собственности (ст. ст. 230 - 232 ГК РФ) - например, обязанность во время поисков их собственника или ожидания, пока он объявится, надлежаще содержать животных.

Попробуем сформулировать, какие же нормы гуманного обращения с живыми существами должен соблюдать субъект права собственности. С обиходной точки зрения собственник должен их кормить, поить, своевременно выгуливать, лечить, профилактически прививать. С юридической же позиции все перечисленное характеризует бремя собственника по содержанию вещи, то есть его обязанности, к которым необходимо добавить еще заботу о безопасности этой вещи для окружающих лиц и их имущества. Характеризует ли это правомочия собственника? Отчасти да - правомочие владения, например. Для настоящего исследования это крайне важно, так как злоупотребление правом возможно только в процессе осуществления субъективных гражданских прав, но не в процессе неисполнения обязанностей.

Если, предположим, собственник животного не кормит его, держит взаперти, оставляет в болезни и проч., можно ли утверждать, что он ненадлежаще осуществляет свое право, или же речь идет о невыполнении бремени (обязанности)?

Нужно заключить, что бремя собственника неразрывно связано с правомочием по владению как элементом права собственности, поскольку назначение данного правомочия - указывать всем третьим лицам на то, что у вещи есть господин. Следовательно, чтобы у окружающих не возникло иллюзии бесхозяйности вещей, чтобы они могли осознавать себя пассивно обязанными перед собственником лицами в рамках абсолютных правоотношений, нужно проявлять должную заботу об этой вещи (содержать, охранять и т.п.). Таким образом, приведенные выше в примере деяния собственника животного нужно квалифицировать как ненадлежащее осуществление правомочия владения, то есть злоупотребление правом в соответствии со ст. 10 ГК РФ. Здесь налицо осуществление своего права с превышением установленных пределов, в частности такого предела, как надлежащие средства и способы осуществления.

Что касается пользования как правовой возможности, заключенной в содержании права собственности, то оно представляет собой извлечение полезных свойств вещи, включая получение плодов и продукции. Применительно к животным это означает возможность использовать их для перевозок (лошадей, ослов, ездовых собак и проч.), собак для поиска людей или имущества в целях спасения или выявления преступлений, для цирковых выступлений и иных развлекательных мероприятий, и этот перечень можно продолжать. Получение плодов, продукции и доходов от животных тоже относится к правомочию пользования. Важно, чтобы цель использования не была противоправной и сами животные не подвергались пыткам, истязаниям, побоям.

В то же время надо констатировать, что по отношению к животным в обществе действуют "двойные стандарты". Как квалифицировать использование животных для научных и медицинских экспериментов и опытов, при проведении которых животные вынуждены терпеть боль, голод, болезни и даже умирать? Можно рассматривать как реализацию правомочия по распоряжению животным его умерщвление для употребления в пищу или для получения от него продукции - шкур, меха, жира и проч.? И каким образом следует здесь применять критерии гуманизма?

Безусловно, подобные модели использования и распоряжения животными целесообразны для человека, объяснимы объективной необходимостью, но значит ли это, что при квалификации деяния собственника как злоупотребления правом на животное суд должен принимать во внимание целесообразность? Вопрос остается открытым.

В рамках настоящего исследования не лишним будет вопрос, можно ли назвать выкуп домашних животных при ненадлежащем с ними обращении ответственностью собственника, злоупотребившего правом. Думается, что нет.

Во-первых, норма ст. 241 ГК РФ говорит о том, что эти животные могут быть изъяты у собственника, а трудно представить себе ответственность, которая при наличии правонарушения может последовать, а может и нет. Во-вторых, применение этой меры возложено не на правоохранительные органы, а на иных участников гражданских правоотношений, что тоже крайне не типично. Нельзя ставить применение мер ответственности в зависимость от воли неопределенного частного лица. И, наконец, речь идет о выкупе, то есть злоупотребивший правом собственник получит выкупную цену, которую сможет определить своим соглашением с лицом, взявшимся защищать животных, или в суде. Значит, правонарушитель будет не в проигрыше и вряд ли станет чувствовать себя наказанным.

Единственный вывод - эта мера не преследует цели воздействовать на собственника, а направлена на защиту животного. В таком случае за злоупотребление правом собственности на животное собственник не понесет никакого порицания, никаких неблагоприятных последствий. Можно сказать, что общая санкция - отказ в защите права - здесь будет иметь место, иначе невозможно в суде принудить собственника к продаже своего имущества. Однако эффективных специальных мер в гражданском законодательстве не предусмотрено.

В) Злоупотребление правом собственности на культурные, исторические и т.п. ценности

Собственники культурных ценностей имеют обычные правомочия по владению, пользованию, распоряжению, защите в отношении этого имущества. Трудно говорить о каком-либо существенном отличии указанных вещей от иных объектов материального мира, попадающих в сферу права. Трудно определить, что конкретно за вещи могут скрываться за понятием "культурные ценности". Культура - явление многогранное, поэтому отдельные предметы (картины, иконы, предметы быта, здания и проч.) становятся ее памятниками в силу признания их таковыми государством и получают особый режим охраны. Многие вещи, несмотря на то что несут на себе отпечаток истории, зодчества, национальных традиций, не провозглашаются государством особо охраняемыми и значимыми. Их сохранение целиком зависит от добросовестного поведения собственников.

В современном законодательстве есть несколько актов, определяющих статус культурных ценностей и порядок обращения с ними: Положение об особо ценных объектах культурного наследия народов Российской Федерации, утвержденное Указом Президента РФ от 30 ноября 1992 г. N 1487 <1>, а также Положение о государственном своде особо ценных объектов культурного наследия народов Российской Федерации, утвержденное Постановлением Правительства РФ от 6 октября 1994 г. N 1143 <2>.

<1> САПП РФ. 1992. N 23. Ст. 1961.

<2> СЗ РФ. 1994. N 25. Ст. 2710.

Государственный свод особо ценных объектов культурного наследия народов Российской Федерации является единым комплексом (банком) документов и материалов об особо ценных объектах культурного наследия. Депозитарием Государственного свода является Министерство культуры Российской Федерации. Документы, материалы, включенные в Государственный свод, доступны для ознакомления и опубликования. Порядок доступа устанавливается Министерством культуры Российской Федерации.

В ГК РФ нет нормы, оформляющей в рамках регулятивных правоотношений требования к праву собственности на вещи, отнесенные к культурным ценностям. Только посредством системного применения норм ст. 240 и ст. 10 ГК РФ можно заключить, что для собственников такого имущества установлен специальный предел осуществления права - такие средства и приемы использования вещей, которые не приведут к утрате их назначения.

Способы осуществления права собственности на особо ценные для государства и общества культурные объекты не должны быть бесхозяйственными. Это надо понимать как требование к собственнику соответствующим образом ухаживать за данными вещами, с должной заботой хранить их, не использовать в противоречии с основным назначением. Но эти требования определяются косвенно, они следуют из закрепления такого основания прекращения права собственности, как бесхозяйственное содержание указанных ценностей.

Применение же такого способа прекращения права собственности, то есть конкретной санкции за соответствующий вид злоупотребления правом, зависит от нескольких условий:

1) необходимо установить, является ли объект права собственности таким культурным достоянием, которое особо охраняется государством;

2) как указывает Е.А. Суханов, "в судебном порядке требуется установить не только факт бесхозяйственного содержания этих ценностей, но и реальную угрозу утраты ими своего значения в результате соответствующего бездействия или действия их собственника" <1>. Это значит, что в предмет доказывания входит и факт ненадлежащего, незаботливого обращения с данным имуществом, и факт невозможности из-за этого обращения продолжать рассматривать в будущем это имущество в качестве культурного наследия. Вещи могут сохранить даже свою бытовую, обиходную функцию, но утратить культурную значимость и ценность;

<1> Суханов Е.А. Право собственности и иные вещные права в России // Маттеи У., Суханов Е.А. Основные положения права собственности. С. 380 - 381.

3) данный способ можно применить только по отношению к частным правообладателям (физическим и юридическим лицам). Статья 240 ГК РФ не распространяется на случаи ненадлежащего и вредного для культурных ценностей осуществления права публичными органами, представляющими государство, поскольку изымать имущество у самого себя бессмысленно, а чтобы передать из государственных рук в заботливые частные руки (коллекционеров, общественных или религиозных организаций), требуется соблюдение норм о приватизации;

4) изъятие бесхозяйственно содержащихся культурных ценностей у собственника должно быть цивилизованным, то есть на условиях компенсации их стоимости. Последняя может определяться как выкупная цена в договоре между собственником и государством, а в случае спора - на основании решения суда. Если же данное имущество реализуется с публичных торгов, то собственнику возвращают вырученную сумму, за вычетом издержек на проведение торгов.

Не секрет, что на практике эту категорию дел сопровождают сложности, запрограммированные самой нормой ст. 240 ГК РФ. Во-первых, государство редко своевременно получает информацию о ненадлежащем обращении собственников со своим имуществом, представляющим культурную ценность. Получая же такие данные, не всегда спешит выкупать указанные вещи.

Во-вторых, если бесхозяйственность характеризуется бездействием, то ее доказывание затруднено, как и доказывание в процессе любых отрицательных фактов.

В-третьих, крайне сложно установить причинно-следственную связь между действиями (тем более бездействием) собственника и угрозой утраты вещь своего культурного значения. Причем важно обосновать именно угрозу, а не уже случившееся разрушение или искажение вещи, поскольку в противном случае теряет смысл принудительное ее изъятие у собственника. Встречаются ситуации, когда собственник культурных ценностей сам старается понудить государство к их выкупу, так как не имеет средств и возможностей сохранить ее культурное значение. Здесь санкция становится освобождением.

В целом нужно отметить, что принудительное изъятие бесхозяйственно содержащихся культурных ценностей у собственника возможно через общую санкцию ст. 10 ГК РФ, то есть через отказ собственнику в защите принадлежащего ему права.

Г) Злоупотребление правами, вытекающими из режима общей собственности на имущество

Правовой режим общей собственности является почвой для многочисленных злоупотреблений правом, во-первых, в связи с известной аномалией, заложенной в основу общей собственности, когда у вещи несколько господ с равновеликими правами. Во-вторых, в связи с тем, что внутренние связи между сособственниками есть отношения, по сути, не вещного, а обязательственного характера, однако они скрыты за внешними вещными правоотношениями и не получили достаточного осознания и регулирования. "Если с содержательной точки зрения общая собственность выступает как препона обороту, то с формальной она существенно ограничивает свободу и автономию участников. Поэтому "впадение" в общую собственность никак нельзя

считать нормой, и ее постоянно сопровождает более или менее заметная аномалия, искажение общих правовых установлений" <1>.

<1> Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. М., 1999. С. 169.

Общая собственность, как известно, возникает при поступлении в собственность двух и более лиц имущества, которое не может быть разделено без изменения его назначения (неделимые вещи) либо не подлежит разделу в силу закона, а в отношении делимого имущества - при условии, что подобный режим предусмотрен законом или договором между сособственниками.

Нельзя сказать, что проблемы реализации права общей собственности были обделены вниманием ученых. Напротив, имеется немало интереснейших исследований этого вопроса, как дореволюционных, так и современных, в равной мере и отечественных, и зарубежных. Вместе с тем хотелось бы заострить внимание на нескольких аспектах института общей собственности, которые требуют научного осмысления и могут проиллюстрировать доктрину злоупотребления правом.

"Так же как и юридическое лицо, общая собственность кажется совершенно очевидной, а попытки обнаружить здесь проблему вызывают раздражение как неуместное теоретизирование. Но так же, как сущность юридического лица осталась до конца неизведанной, так и общая собственность, достаточно успешно обслуживая практические нужды, упорно сопротивляется простым объяснениям и по мере углубления становится все менее очевидной" <1>.

<1> Скловский К.И. Указ. соч. С. 167.

Правовой режим общей собственности известен с римского частного права, где были предприняты первые попытки разрешить компромиссным образом противоречия между двумя и более собственниками одной вещи.

"Исключительное право собственности нескольких лиц на одну и ту же вещь невозможно. Это противоречит самому понятию о собственности. Но вполне возможно, чтобы несколько лиц имели право собственности на одну и ту же вещь, ограничивая друг друга в пользовании этим правом" ("Несомненно, однако, что общая собственность - это не вполне нормальный случай, и римское право относилось к ней неодобрительно (*communio est mater rixarum*", "общность собственности плодит раздоры)" <1>.

<1> Санфилиппо Ч. Курс римского частного права: Учебник / Под ред. Д.В. Дождева. М., 2002. С. 164.

Поскольку каждый сособственник обладает всем правом собственности на всю вещь, но равное с ним право имеют и другие совладельцы, то "различные собственности, которые все равны между собой и состязаются друг с другом, оказываются взаимно ограниченными" <1>.

<1> Санфилиппо Ч. Указ. соч. С. 163.

В реальной жизни подобные ситуации нередки, опыт их регулирования можно в целом свести к двум моделям: общей собственности в романо-германской правовой традиции и "рассеченной" собственности, уходящей корнями в вассальные отношения стран общего права.

"Совместная жизнь требует порядка. Жизнь обуславливается проявление воли во внешнем мире. Ежедневно и ежечасно мы вступаем в отношения друг с другом. Каждый должен жертвовать долей своей естественной свободы для того, чтобы другие могли существовать рядом и наравне с ним... Разграничение отдельных сфер и соединение отдельных сил для создания прочного общественного целого составляют задачу руководящей власти. Отыскание границы, которую никому не следует переходить в своей деятельности при совместной жизни с другими, не может быть предоставлено усмотрению и доброй воле отдельных лиц" <1>.

<1> Регельсбергер Ф. Указ. соч. С. 3.

В судах Воронежской области в последние годы рассматривалось немало дел, связанных с определением порядка пользования общей вещью сособственниками, в основном речь идет о земельных участках при частных домах, построенных когда-то на двоих или троих хозяев. Разумеется, предметом для разбирательства нередко служит использование иной недвижимости (жилых помещений, гаражей, объектов общего пользования: чердаков, подвалов и пр.).

Эта категория споров трудна для вдумчивых и ответственных судей, поскольку порядок пользования общим имуществом в отсутствие соглашения между сособственниками полностью зависит от усмотрения судьи, так как законодатель не установил каких-либо иных ориентиров для

его определения. Добросовестный судья должен будет учитывать не только доли каждого из собственников в праве на общее имущество, но иные обстоятельства - ранее сложившийся порядок пользования, заслуживающие внимания интересы сторон и пр.

В соответствии с действующим гражданским законодательством право пользования имуществом в режиме общей собственности не связано напрямую с размером доли собственника, размер доли имеет значение для раздела и выдела имущества (то есть прекращения общей собственности) и для определения бремени сособственников по содержанию общей вещи.

ГК РФ в ч. 1 ст. 247 устанавливает, что владение и пользование общим имуществом осуществляются по соглашению сособственников, а при недостижении соглашения - в порядке, определенном судом. И далее: "Участник долевой собственности имеет право на предоставление в его владение и пользование части общего имущества, соразмерного его доле, а при невозможности этого вправе требовать от других участников, владеющих и пользующихся имуществом, приходящимся на его долю, соответствующей компенсации". Таким образом, из буквального толкования нормы следует, что суд вправе отойти от долей при определении порядка пользования только при невозможности пользования общей вещью в точном соответствии с размером долей. Сами же сособственники могут, очевидно, договориться о любом удобном для них порядке пользования. Спектр вариантов при этом огромен - от предоставления всей вещи во владение и пользование одному из сособственников (с компенсацией другому или без таковой) до детального и выверенного до миллиметра порядка пользования соразмерно долям в праве на эту вещь.

На первый взгляд, эта прописная истина выглядит вполне справедливой, но давайте попробуем смоделировать какую-нибудь типичную ситуацию. Сособственники (родные братья), получившие по наследству квартиру, заключили соглашение о том, что владеть и пользоваться ею будет один брат, а другой брат, постоянно проживающий в ином городе и обеспеченный жильем, не будет участвовать в содержании квартиры, и это будет рассматриваться как компенсация за пользование имуществом, приходящимся на его долю. При этом он обязался не претендовать на доходы от сдачи в наем части этой квартиры. Через два года брат, не пользующийся этой квартирой, передумал - решил, что сможет приезжать туда на отдых с семьей. Он направил второму сособственнику предложение об изменении соглашения о пользовании квартирой, но получил отказ и обратился в суд.

В суд подается исковое заявление, где истец просит предоставить ему в пользование две трети приусадебного участка, а второму сособственнику (ответчику) - одну треть, хотя в праве собственности на домовладение у них по одной второй доле. Мотив для столь очевидного отклонения от размера долей уважительный - с истцом проживает большая семья: жена, две дочери, их мужья, трое внуков, в то время как у ответчика нет членов семьи, с ним проживающих. Очевидно, что для истца требуется большой огород, больше подсобных построек, детская площадка. Ответчику же будет достаточно оставить проход к его сараю и небольшой участок для хозяйственных нужд. В результате длительного судебного разбирательства стороны заключают мировое соглашение, согласно которому истец будет пользоваться большей частью земельного участка, а ответчик согласился довольствоваться меньшей. Суд своим определением утвердил это мировое соглашение. Далее, дочери с семьями уезжают в областной центр на постоянное место жительства, а истец с женой получают основание считать порядок пользования земельным участком сложившимся. Теперь "дело за малым" - продать долю в домовладении. Новый сособственник будет пользоваться имуществом на тех условиях, которые сложились на момент приобретения доли.

Практика реализации правомочия пользования имуществом в режиме общей собственности обнажила трудноразрешимые вопросы: как, кто и на каких основаниях может изменить сложившийся или определенный договором или судом порядок пользования общей вещью?

Скажем, если у второго сособственника в приведенном выше примере вдруг появилась бы семья, может ли он обратиться в суд с требованием об изменении порядка пользования участком? Или напротив, если у нового совладельца отпадут те причины, ради которых суд отошел от равенства долей, можно ли отменить первоначально установленный порядок? Ситуация обостряется еще более тем, что порядок пользования был установлен не судом, а договором (мировым соглашением) между сособственниками. В этом случае для изменения соглашения о порядке пользования потребуется применить нормы обязательственного права (ст. ст. 450 - 453 ГК РФ).

Еще одной проблемой в правовом регулировании отношений сособственников является возможная трансформация общей совместной собственности в общую долевую. Как известно, совместная собственность возникает в случаях, прямо предусмотренных законом, и в основном речь идет о совместной собственности супругов. После расторжения брака общее имущество может быть еще какое-то время не разделено (в принципе, его можно вовсе не делить) между бывшим мужем и женой. В этом случае крайне важно в практическом смысле выяснить, прекратил

ли факт расторжения брака режим совместной собственности или нет, поскольку от этого зависит верное применение норм, регулирующих осуществление права собственности на общие вещи.

Ответ на этот вопрос отнюдь не очевиден. Есть две позиции, каждая из которых вполне аргументирована. В пользу того, что после расторжения брака имущество, нажитое супругами, сохраняет статус совместной собственности, говорит то обстоятельство, что имущество было нажито сообща на общие доходы, с общего согласия, поддерживалось в надлежащем состоянии общими усилиями, обременяло совместный бюджет. Коль скоро это так, то факт расторжения брака не может все перечеркнуть, поэтому использовать далее его нужно сообща либо разделить по нормам о разделе имущества, находящегося в общей совместной собственности. Тем более что право произвести раздел имущества после расторжения брака не ограничено во времени. Таким образом, это имущество перестает быть супружеским, но остается совместно нажитым и сохраняет свой изначальный статус. Однако именно здесь скрыто противоречие: по закону имущество лиц, не являющихся супругами, не может иметь режима совместной собственности. Круг замкнулся.

Попробуем рассмотреть проблему с иной стороны. Предположим, что момент прекращения брака станет автоматически изменять форму общей собственности с совместной на долевую. В этом случае практически утрачивают смысл нормы о разделе совместно нажитого имущества, так как они пригодны теперь только для раздела имущества супругов, осуществленного ими до расторжения брака. Однако остается открытым вопрос о том, как быть с новым имуществом, которое супруги могли нажить после раздела, но до развода (например, заработная плата, гонорары и иные периодические платежи, которые продолжают поступать, дивиденды и пр.). К тому же начнут действовать правила владения, пользования и распоряжения, свойственные для долевой собственности, но при этом они столкнутся с отсутствием у сособственников установленных долей в праве, поскольку в совместной собственности они только предполагаются равными, но не являются таковыми до решения суда или заключения соглашения о разделе имущества между сособственниками. Следовательно, сам факт расторжения брака не может автоматически трансформировать один вид общей собственности в другой, хотя бы из-за нерешенности вопроса о размере долей сособственников, без чего немыслима долевая собственность.

Попытка компромиссно решить эту проблему тоже не результативна. Если допустить, что после расторжения брака сособственники должны в течение определенного времени определить доли в праве на общее имущество, то возникнет закономерный вопрос: какого срока для этого достаточно? И не станет ли это ущемлением прав собственников?

В действительности модель общей совместной собственности, как ни странно, либеральнее долевой. В частности, при совместной собственности согласие управомоченных лиц на распоряжение общим движимым имуществом предполагается, а не требуется, что дает известные преимущества при распоряжении им. Установлен сокращенный срок исковой давности по сделкам, связанным с таким распоряжением, - 1 год, и то при условии, что приобретатель имущества был недобросовестным. Тем более острым становится вопрос о том, каков правовой режим общего имущества у бывших супругов, сохраняя общую совместную собственность, можно создать условия для многочисленных злоупотреблений правом.

Доверительность семейных отношений есть один из главных факторов появления в гражданском законодательстве презумпции согласия одного супруга на сделку по отчуждению общего имущества, совершаемую другим. Применительно к бывшим супругам о доверительности говорить не приходится, они могут не проживать вместе, не иметь возможности вовремя среагировать на сделки с имуществом. Более того, бывший супруг, во владении которого осталось общее имущество, продолжает его содержать, ремонтировать, улучшать, но уже не из средств общего супружеского бюджета, а за счет личных средств, не имея в дальнейшем возможности при разделе общего имущества по нормам о совместной собственности претендовать на увеличения своей доли. Именно эти обстоятельства указывают на необходимость вслед за изменившимся семейным статусом изменить и вид общей собственности.

В рамках предложенной читателю работы нет цели обнажить все проблемы общей собственности, а лишь указать на ту почву, которую дает этот режим для возможного злоупотребления правом. Чаще всего констатировать злоупотребление приходится не в отношениях между сособственниками и третьими лицами, а во внутренних взаимоотношениях сособственников, и в большой мере из-за пробельности и неоднозначности законодательства, касающегося этого вопроса.

§ 2. Злоупотребления правами при создании, управлении деятельностью и прекращении юридических лиц

К этому виду злоупотреблений субъективными гражданскими правами в литературе и на практике относят:

1) действия лиц, которые реализуют право выступать перед третьими лицами от имени юридического лица, если такие действия причинили ущерб интересам юридического лица (п. 3 ст. 53 ГК РФ) <1>;

<1> См.: Телюкина М.В. Одобрение заинтересованных сделок // Арбитражная практика. 2005. N 3.

2) действия или обязательные указания учредителей (участников) или собственника имущества юридического лица, если они вызвали банкротство юридического лица (п. 3 ст. 56 ГК РФ);

3) недобросовестное осуществление права на принудительную ликвидацию должника в порядке несостоятельности (банкротства) <1>;

<1> См.: Яценко Т.С. Проблемы гражданско-правовой защиты прав собственников от недобросовестных корпоративных захватов // Гражданское законодательство Российской Федерации как правовая среда гражданского общества: Материалы Международной научно-практической конференции: В 2-х т. Краснодар, 2005. Т. 2. С. 74 - 80.

4) ненадлежащее использование наименования юридического лица, товарного знака и других объектов промышленной собственности;

5) злоупотребление корпоративными правами при выпуске и обращении акций; участии в управлении миноритарных акционеров <1>.

<1> См., например: Мещеряков Д.В. Некоторые проблемы последствий недействительности сделок с ценными бумагами // Журнал российского права. 2005. N 6.

Перечень не исчерпывающий, открытый. Попробуем выяснить, все ли перечисленные варианты поведения можно рассматривать как злоупотребление гражданским правом.

За последние несколько лет судебная и арбитражная практика применения ст. 10 ГК РФ, содержащей запрет злоупотребления субъективными гражданскими правами, прошла несколько стадий: от абсолютного табу этой нормы, далее через неоправданное и немотивированное ее использование для решения сиюминутных задач, и наконец, к необходимости разобраться с толкованием содержания злоупотребления правом как феномена цивилистики, с тем чтобы этот вид правонарушения занял свою нишу в гражданско-правовом регулировании, а не служил категорией "на все случаи жизни". Тем более что последняя тенденция будет соответствовать разумному и мотивированному применению норм материального права и приведет к вынесению судами грамотных и справедливых решений.

Все три приведенные этапа востребованности судами ст. 10 ГК РФ особенно наглядно можно проиллюстрировать на такой категории арбитражных дел, как дела о несостоятельности (банкротстве) юридических лиц.

В течение первых четырех-пяти лет с даты введения в действие ч. 1 ГК РФ, а соответственно и правила о недопустимости осуществления лицом принадлежащих ему прав, нанося ущерб правам и интересам третьих лиц, наблюдалось абсолютное нежелание правоприменителей руководствоваться при разрешении споров данной нормой.

Несмотря на поразительные по своей сути процессы о банкротстве многих крупных предприятий России, проходившие в 1995 - 1997 гг., практика сочла за лучшее не применить плохо изложенную и технически крайне неконкретную ст. 10 ГК РФ, рискуя дать защиту правам кредиторов, осуществляемым с намерением устранить конкурента с рынка или перераспределить собственность посредством процедур банкротства. Недостатки судебных разбирательств о банкротстве конца 1990-х гг. настолько очевидны, что их можно даже дополнительно не иллюстрировать. Слишком много было опубликовано работ по этой тематике, проведено журналистских расследований. Наконец, именно это послужило поводом для переработки законодательства о несостоятельности.

Вторая стадия в юридическом смысле более познавательна. Когда выяснилось, что принятие Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)" в 1998 г. не позволяет арбитражным судам воздействовать на недобросовестных кредиторов, скупающих долги различных организаций, главным образом агропромышленного комплекса, бывших колхозов, за весьма скромные суммы и далее планомерно ликвидирующих их в порядке банкротства, то судьи вспомнили о ст. 10 ГК РФ. Правило о недопустимости злоупотребления правами кредиторов и возможность отказать им в защите прав в соответствии с ч. 2 ст. 10 ГК оказались на тот момент панацеей.

Вот один из примеров применения этой статьи: определение Арбитражного суда Воронежской области об отказе в принятии искового заявления со ссылкой на злоупотребление

кредитором своим правом на инициирование процедур банкротства в отношении своего должника. Не обсуждая сейчас вопроса об экономической и прочей целесообразности, которыми руководствовался суд, вынося такое определение, хочется подчеркнуть вопиющий характер отказа в принятии искового заявления не по процессуальным, а по материально-правовым основаниям. На стадии принятия иска к производству суд не только в одностороннем порядке, без участия сторон и без доказательств, установил факт противоправного деяния, каким является злоупотребление правом!

Случилось то, от чего в начале XX в. предостерегал М.М. Агарков, - злоупотребление правом в руках судей стало средством легкого и немотивированного воздействия на отношения в любых пробельных ситуациях, пресловутым "закон, что дышло". Целесообразность стала приоритетнее законности. В работах некоторых авторов прозвучали оправдательные высказывания о подобных мерах влияния на недобросовестных кредиторов <1>, особенно после опубликования информационного письма ВАС РФ от 28 апреля 1997 г. N 13 "Обзор практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав" <2>.

<1> См.: Яценко Т.С. Злоупотребление правом в сфере банкротства: критерии его определения и последствия совершения // Актуальные проблемы частноправового регулирования: Материалы Всероссийской III научной конференции молодых ученых. Самара, 2003. С. 222 - 225.

<2> Вестник ВАС РФ. 1997. N 7.

В то же время нельзя забывать, что состав злоупотребления гражданским правом как правонарушение характеризуется довольно сложной квалификацией. Он требует от суда не только установления объективной стороны этого деяния - осуществления принадлежащего лицу права с нарушением установленных пределов, вследствие чего третьим лицам причинен вред, но и степени вины управомоченного лица в форме умысла, а для установления шиканы и исключительности, единичности цели навредить. Игнорировать доказывание всех элементов состава злоупотребления правом в действиях кредиторов, подающих иски о банкротстве, означает вседозволенность и произвол. Установить же все перечисленные признаки невозможно, не приняв иск к рассмотрению.

Ныне действующий Закон о несостоятельности (банкротстве) <1> позволил исключить несколько вариантов злоупотребления правом на принудительную ликвидацию должника, главным образом благодаря введению правила о предварительном судебном установлении и взыскании долга, а также об обязательности исполнительных процедур по вступившим в силу судебным решениям. Эти требования должны вынудить кредиторов прибегать к банкротству в исключительных случаях.

<1> Федеральный закон от 26 октября 2002 г. N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" // СЗ РФ. 2002. N 43. Ст. 4190.

Отдельного обсуждения заслуживают проблемы ненадлежащих действий органа юридического лица, его руководителя и т.п., которые приводят к причинению вреда данной организации или к его банкротству. Многие ученые и практики видят смысл использовать в борьбе с недобросовестными, некомпетентными менеджерами норму о злоупотреблении правом. В основном к этому средству вынуждает прибегать абсолютная неэффективность имеющихся у юридического лица иных средств реагирования. В определенной мере на возможное применение этого средства указывает ч. 3 ст. 53 ГК РФ, установившая, что "лицо, которое в силу закона или учредительных документов юридического лица выступает от его имени, должно действовать в интересах представляемого им юридического лица добросовестно и разумно". Указание на необходимость соблюдения специального предела осуществления прав, казалось бы, дает гарантии применения ст. 10 ГК РФ в совокупности с конкретной мерой ответственности - возмещением убытков, причиненных юридическому лицу. Однако это не совсем так.

В этой связи хотелось бы отметить, что точно так же, как в отношении органов организации неприменимы нормы гражданско-правового представительства, поскольку действия органа есть действия самого юридического лица (ст. 53 ГК РФ), так невозможно квалифицировать действия органа как злоупотребление правом, если неблагоприятные последствия наступили у управляемого ими юридического лица. Недобросовестность руководителей юридических лиц, а чаще всего нарушения совершаются единоличными исполнительными и постоянно действующими органами, не является основанием для применения ст. 10 ГК РФ.

Злоупотребление правом, как не раз отмечалось ранее, есть нарушение управомоченным лицом пределов осуществления субъективных гражданских прав. Среди пределов наиболее универсальными и часто нарушаемыми являются права третьих лиц, но не самого управомоченного лица. Если субъект права при его реализации наносит вред своим правам и интересам, то о злоупотреблении правом речь вести нет смысла. В этом случае происходит

совпадение в одном лице правонарушителя и потерпевшего; дополнительное правовое реагирование будет излишним.

Для реагирования на недобросовестное поведение директоров и т.п. лиц обычно применяют не гражданско-правовые, а уголовные меры, но даже последние не всегда дают необходимый результат <1>. Возмещение же убытков могло бы служить интересам юридического лица и его учредителей наиболее эффективным образом, но здесь следует согласиться с К.И. Скловским <2>: у директора есть масса способов их не возмещать, например отсутствие имущества. Хороши ли иные средства, предлагаемые ГК РФ, - признание недействительными сделок, заключенных руководителями от имени юридического лица, и применение реституции или попытки применения норм о кондикции (неосновательном обогащении)? Вероятно, нет. Составы недействительных сделок в отношении юридического лица ограничены и, как правило, учитывают добросовестность контрагента, поэтому редко могут помочь. Кондикция при наличии хотя бы формального основания для перехода имущества также невозможна.

<1> См.: Федоров В.В. Субъекты злоупотребления полномочиями в коммерческих и иных организациях // Российский судья. 2004. N 12.

<2> См.: Скловский К.И. Можно ли справиться с директорским воровством // Гражданский спор: Практическая цивилистика. М., 2002. С. 265 - 269.

Вопрос болезненный, но в современных условиях трудно разрешимый, в особенности учитывая размытые рамки в понимании добросовестности и разумности в юридической доктрине и практике. Можно высказать крамольное суждение о том, что два эти свойства - добросовестность и разумность - в предпринимательской деятельности, в том числе при управлении коммерческой организацией, нередко исключают друг друга. Предпринимательский риск обычно трудно воспринять как среднее разумное поведение обычного человека, но в том случае, когда риск приводит к прибыли, об этом не говорят - победителей не судят. Если же риск спровоцировал убытки, то возникает вопрос: можно ли привлекать к ответственности менеджера? Думается, что нет. В противном случае никто не станет рисковать, и коммерческая деятельность угаснет.

В заключение хотелось бы предостеречь адвокатов и судей от использования в подобных ситуациях нормы о злоупотреблении правом, так как это не орудие целесообразности, а конкретный состав гражданского правонарушения, все элементы которого требуют доказывания.

§ 3. Злоупотребление семейными правами

В частном праве, к которому относятся и семейно-правовые нормы, где основными методами регулирования являются правонаделение и дозволенность, злоупотребление субъективными правами - явление нередкое.

Не углубляясь в дискуссию о самостоятельности семейного права в системе отраслей частноправовой направленности, но признавая некоторую специфику регулирования семейных отношений, нужно подчеркнуть, что термин "злоупотребление правом" должен использоваться в семейном законодательстве в том же смысле, что и в гражданском. Нормы Семейного кодекса РФ, касающиеся этой конструкции, являются специальными по отношению к норме ст. 10 ГК РФ и имеют приоритет в применении, но их содержание должно быть продолжением, конкретизацией общецивилистической доктрины злоупотребления субъективным правом.

Семейное законодательство гарантирует несколько групп субъективных прав: супружеские права, родительские права, права ребенка. Можно предположить, что любое из субъективных прав, реализуемых в семейных правоотношениях, может быть основой для злоупотребления. В ст. 7 СК РФ предусмотрены, хотя и не названы таковыми, основные пределы осуществления семейных прав:

- 1) права, свободы и законные интересы других членов семьи и других граждан;
- 2) назначение субъективных семейных прав.

Попробуем сравнить две нормы о пределах осуществления субъективных прав - ст. 7 СК РФ и ст. 10 ГК РФ. Во-первых, положения семейного законодательства, в отличие от ст. 10 ГК РФ, не отказались от "назначения права" в качестве универсального предела осуществления. Данный предел в гражданско-правовых отношениях применяется, только если конкретные нормы отдельных институтов ставят осуществление прав в зависимость от их назначения, а в семейном праве назначение определяет осуществление любого субъективного права.

Во-вторых, в отличие от ГК РФ, в норме семейного законодательства помимо прав и интересов третьих лиц пределом выступают их свободы.

Норма СК РФ ограничивает не только осуществление прав, но аналогичным образом и исполнение обязанностей. Это очень показательно, так как в семейных правоотношениях нередко встречается совпадение прав и обязанностей по содержанию. "Родители имеют право и обязаны

воспитывать своих детей" (п. 1 ст. 63 СК РФ), и далее, родители "несут ответственность за воспитание и развитие своих детей".

С такими моделями "прав-обязанностей" связано много теоретических и практических проблем, поскольку права есть категория антагонистическая обязанностям, они взаимно исключают друг друга, и их объединение девальвирует смысл этих категорий. Применительно к концепции злоупотребления правами совершенно не ясно, когда лицо при модели "право-обязанность" осуществляет право и этим причиняет вред, а когда не исполняет должностное.

В науке семейного права высказывались позиции, в определенной мере объясняющие причины возникновения конструкций "прав-обязанностей" и неотвратимость их существования для регулирования семейных отношений <1>. Главным аргументом является потребность императивного регулирования особо значимых для общества и государства семейных отношений, в частности отношений с участием детей, и установления обязанности осуществлять некоторые права, соответственно права родителей <2>. Представляется, что тем самым выхолащивается субъективное право родителей на воспитание, оно становится декларативным, обязанность воспитывать становится преваляющей. Что это за право, если его нельзя не осуществлять?

<1> См.: Пергамент М.В. Основания возникновения и сущность родительских прав // Правовые вопросы семьи и воспитания детей. М., 1988. С. 59 и след.; Антокольская М.В. Семейное право: Учебник. М., 1996. С. 101 - 103, 221 и след.; Блохина О.Ю. Учет интересов ребенка при реализации им своих личных прав в семье: Учебно-практическое пособие. Тверь, 2003. С. 6 - 8.

<2> См.: Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. М., 1972. С. 257 - 261.

Иногда такую ситуацию объясняют следующим образом: право воспитывать есть у родителей не по отношению к ребенку, а по отношению к другому родителю (равное) и иным лицам (у них преимущественное). По отношению же к ребенку у родителей есть обязанность воспитывать, так как у ребенка есть корреспондирующее с ней право на воспитание своими родителями в семье. Такой подход немного определенной, но в настоящий момент не соответствует буквальному толкованию СК РФ, который не указывает адресата родительских прав и обязанностей и не делает соответствующих различий в регулировании.

Беда действующих современных норм семейного права применительно к отношениям родителей и детей заключается в провозглашении, но не обеспеченности многих возможностей, и неконтролируемости многих должностных. Отчасти это связано с перевертышами - "правами-обязанностями", но главным образом это сопряжено с попытками вовлечь в сферу правового регулирования отношения, которые не поддаются по своей природе формализации и внешнему воздействию. Такими являются отношения по воспитанию детей. Праву следует остановиться на тех вопросах, которые ему доступны хоть в какой-то мере. Ведь закрепляя обязанность надлежало воспитывать и заботиться, законодатель берет на себя непосильный труд (а в реальности возлагает этот труд на орган опеки и попечительства и суд), выражающийся в необходимости определять, делается ли родителями все необходимое, что здесь нужно считать эталоном, можно ли установить стандартные требования к родительской любви, ласке, доброте, внимательности. Это отмечали еще дореволюционные цивилисты: "...создать правильные взаимные отношения между ними (поколениями. - Примеч. авт.), деятельную взаимную связь, поддержку и помощь закон бессилён" <1>.

<1> Кавелин К. Очерки юридических отношений, возникающих из семейного союза. СПб., 1884. С. 82.

Думается, чтобы последовательно установить в семейно-правовых нормах правило о недопустимости злоупотребления семейными правами, нужно попробовать решить проблему "прав-обязанностей". Можно постараться разделить права и обязанности родителей. В форме обязанности закрепить следующее: необходимость содержать детей; обеспечивать детям возможность развиваться по возрасту и способностям; заботиться о здоровье ребенка; защищать интересы детей в государственных и иных органах, перед любыми лицами; обеспечить детям получение основного общего образования; обеспечивать общение ребенка с родственниками, если это не вредит интересам ребенка.

В качестве субъективных родительских прав необходимо предоставить родителям следующие возможности: право общаться с ребенком (так как никто не сможет принудить родителя к общению против его воли); право получать от любых органов и лиц информацию о ребенке; право проживать с ребенком; право выбирать формы обучения детей и образовательные (воспитательные) учреждения с учетом мнения детей и их интересов.

Это предложение представляется важным не только непосредственно для семейно-правового регулирования, но и для института злоупотребления частными правами и для ряда

иных общецивилистических институтов. Скажем, предусмотренное в ГК РФ правило о субсидиарной ответственности родителей за вред, причиненный их детьми в возрасте от 14 до 18 лет, устанавливает обязанность родителей отвечать при недостаточности имущества их ребенка или отсутствии у него источников дохода, если родители не докажут отсутствие их вины во вредоносном поведении детей. Однако доказать это практически невозможно, поскольку презюмируется, что плохое поведение детей есть результат ненадлежащего исполнения обязанности родителей по воспитанию. Есть только две возможности в этом случае исключить вину родителя: если доказать вину третьих лиц, у которых находился ребенок в момент совершения деликта, или доказать, что ребенок причинил вред случайно.

Воспитание есть сложный процесс, связанный со многими обстоятельствами объективного и субъективного характера. Содержание этого процесса настолько многогранно, насколько и неопределенно. Формулирование юридической обязанности, напротив, требует максимальной формализованности и конкретности. Неопределенная обязанность хуже, чем ее отсутствие. Разве в силах правоприменитель проконтролировать и оценить в современных условиях исполнение родителями обязанности по воспитанию? Какими критериями он должен при этом руководствоваться?

Любому специалисту в области гражданского права ясно: нельзя спрашивать за результат воспитания, привлекать к ответственности за его отсутствие, так как он зависит не только от воспитывающего, но и от воспитываемого. Воспитание сродни услуге в гражданском праве, поэтому можно контролировать лишь сам процесс, и то в самом формальном виде. Известно, что родители могут приложить максимальные усилия к воспитанию, но при этом ребенок вырастет асоциальным элементом (преступником, маньяком, лодырем и пр.). Думается, что эффективнее выразить через форму юридической обязанности наиболее контролируемые и доступные внешней оценке элементы родительских усилий - необходимость содержать детей, предоставлять те или иные вещи для развития способностей в соответствии с возрастом ребенка и т.п.

При этом за неисполнение указанных обязанностей следует продумать такие механизмы ответственности, которые возлагали бы на родителей претерпевание дополнительных негативных последствий, поскольку лишение родительских прав нередко воспринимается нерадивыми родителями как освобождение от обязанностей. Если родитель не содержит и не обеспечивает достойные условия жизни ребенка, необходимо принудить его к исполнению обязанности. Нет смысла данного родителя в этом случае избавлять от нее, лишая статуса родителя.

Другое дело - осуществление прав по воспитанию. Принудить любить ребенка право не в силах, обеспечить ему доброе отношение родителей невозможно против их воли. Однако, если родители будут ненадлежаще, с превышением установленных пределов осуществлять названные права, следует квалифицировать их поведение как злоупотребление правом и отказывать родителям в защите их прав. В этой ситуации лишение родительских прав мера эффективная. Право как бы говорит: если управомоченное лицо не желает использовать предоставленные ему возможности общаться с ребенком, заботиться о нем, прививать ему какие-либо навыки, что ж, тогда данное субъективное право ему не нужно и пусть его получит другое лицо. Такая модель позволит четко разграничивать составы правонарушений и подбирать адекватные меры реагирования на них со стороны государства.

Нельзя сказать, что круг пределов осуществления семейных прав, очерченный в ст. 7 СК РФ, исчерпывающий. Применительно к отдельным институтам установлены специальные пределы. Например, для реализации родительских прав к уже указанным пределам добавляются:

- 1) приоритет интересов ребенка над интересами родителей;
- 2) осуществление родительских прав не во вред физическому и психическому здоровью ребенка и его нравственности;
- 3) надлежащие способы воспитания детей (запрет пренебрежительных, жестоких, грубых, унижающих человеческое достоинство, оскорбительных способов);
- 4) недопустимость эксплуатации ребенка.

Хотелось бы заострить внимание еще на том, что санкции за злоупотребление правом в ГК РФ и СК РФ не одинаковы по содержанию, но схожи по модели применения. За злоупотребление гражданским правом предусмотрен отказ в защите права управомоченному лицу, ненадлежаще его осуществляющему. Содержание этой санкции трудно назвать определенным, хотя некоторые авторы предпринимают попытку отнести ее к разряду относительно-определенных санкций <1>. Относительная определенность санкции характеризуется возможностью выбора для суда между верхним и нижним ее порогом в зависимости от тяжести содеянного и степени вины причинителя вреда. В отношении отказа в защите права не предусмотрены подобные пороги, санкция является законодательно неопределенной.

<1> См.: Яценко Т.С. Шикана как правовая категория в гражданском праве. С. 21.

Отказ в защите права доктрина и практика рассматривают в нескольких вариантах:

1) как отказ в удовлетворении иска о защите, предъявленного управомоченным лицом. Эта трактовка наиболее парадоксальна, поскольку предполагает, что защита от вредоносного осуществления прав зависит от активных действий правонарушителя и потерпевший не способен самостоятельно инициировать защиту;

2) как удовлетворение исковых требований, адресованных управомоченному лицу, осуществляющему свое право с нарушением установленных пределов. В этом случае защита потерпевшего налицо, но отказ в защите права носит разовый характер и касается только конкретной конфликтной ситуации;

3) как лишение права. Еще римские юристы не видели смысла в субъективном праве, которое не снабжено юридической защитой, поэтому определенная логика в рассмотрении отказа субъекту в защите принадлежащего ему права как прекращения данной юридической возможности есть. Иной вопрос - есть ли необходимость за любое превышение пределов осуществления лишать субъекта его прав? Ведь санкция не дифференцирована, не зависит от особенностей конкретного состава, не приспособлена к изменчивости в зависимости от степени вины и пр.

В семейном законодательстве за злоупотребление родительскими правами предусмотрено именно лишение родительских прав, то есть применительно к регулированию родительского правоотношения законодатель уточнил значение "отказа в защите" в пользу принудительного прекращения права за его ненадлежащее осуществление.

Можно ли считать это решение правильным? Учитывая, что состав злоупотребления родительским правом детально в СК РФ не разработан, вряд ли можно согласиться с подобной радикальной трактовкой санкции. К тому же лишение родительских прав нередко рассматривается плохими родителями как освобождение от бремени по надзору за ребенком, а детьми - как большее зло, чем невнимание и агрессия родителей.

Очень точно данную ситуацию описывает А.М. Нечаева: "Знакомство именно с такими делами позволяет воочию увидеть картину страшного бедствия детей, чьи родители начисто забыли о своем родительском долге. Мало того, пропивают даже причитающееся детям государственное пособие. Многие из них, не скрывая своего облегчения, признают предъявленный к ним иск, устно и даже в письменном виде отказываются от собственных несовершеннолетних детей, что свидетельствует о деградации человеческой личности и заставляет искать на государственном уровне выход из создавшегося положения" <1>.

<1> Нечаева А.М. Комментарий судебной практики по применению семейного законодательства. М., 2005. С. 97.

Подтверждение этому есть в конкретных судебных делах. Особенно показательны из них те, в которых выносится заочное решение, поскольку родитель не желает даже принимать участие в разбирательстве и просит рассмотреть дело в его отсутствие, так мало для него значит вопрос воспитания собственного ребенка. Если бы иск подавался не о лишении прав, а, скажем, о наложении штрафа, наложении дополнительных обязанностей на данного родителя либо о зачислении государственных пособий и иных средств, получаемых ребенком, на счет ребенка с установлением подконтрольного и целевого их расходования, то родитель вряд ли стал бы игнорировать судебный процесс. Поскольку альтернативы лишению прав сегодня в СК РФ нет, то единственным стимулом к участию родителя в процессе о лишении его родительских прав служит требование о взыскании алиментов на ребенка. Однако прокурор или местные органы в качестве истцов по этой категории дел, да и сам суд крайне редко ставят вопрос об алиментах, предпочитая заочное и быстрое рассмотрение дела. Здесь трудно не согласиться с А.М. Нечаевой в том, что "заочное рассмотрение дела по иску о лишении родительских прав утрачивает свою воспитательную силу, профилактическую значимость не только для ответчика, но и широких масс населения" <1>.

<1> Там же. С. 98.

С другой стороны, в судебной практике часто встречаются случаи, когда ребенок просит оставить его с родителями, которые плохо с ним обращаются, но не отдавать его в детское учреждение. Следовательно, лишение прав родителей по отношению к детям не всегда избавление для ребенка, иногда еще одна беда.

Нужно еще подчеркнуть, что в семейном праве лишение родительских прав одновременно является мерой ответственности за неисполнение родителями обязанностей, например по содержанию ребенка и пр. Думается, есть основания задуматься над дифференциацией этой меры не только в зависимости от вида противоправного поведения, но и от иных заслуживающих внимания обстоятельств (вины, неоднократности деяний, тяжести последствий и др.). Типичным стало положение, когда в иске о лишении родительских прав в качестве оснований заявлено и злоупотребление родителем спиртными напитками, и злостное уклонение от выполнения

обязанности по содержанию, и злоупотребление родительскими правами, выражающееся в понуждении ребенка употреблять спиртное, и истязание ребенка <1>. Однако такой "букет" разнообразных противоправных действий не дает судье никакого маневра, он не может, учитывая тяжесть содеянного, применять более жесткие меры, поскольку единственная мера - лишение родительских прав - и есть наиболее жесткий вариант реагирования.

<1> См.: Нечаева А.М. Указ. соч. С. 106 - 107.

Эффективность лишения родительских прав должна определяться судом в каждом конкретном случае, и желательно внести в Семейный кодекс РФ перечень условий, установив которые суд должен прибегнуть к этой крайней мере. Для случаев, когда ненадлежащее осуществление родителями их прав единично и есть основания полагать, что родители могут изменить свое поведение, требуется предусмотреть альтернативную меру правового воздействия, и даже не одну. В некоторых ситуациях может быть эффективным штраф, в других - установленный на срок жесткий контроль за поведением родителей со стороны органов опеки и попечительства. Возможно, есть смысл вести базу данных по различным проявлениям родительских злоупотреблений, чтобы можно было отслеживать повторяемость, типичность и т.п. данного деяния.

Заключение

Понимание злоупотребления гражданским правом должно основываться на выводах классических римских юристов, которые не только служили разрешению отдельных казусов того периода, но и являются прообразом современного эффективного регулирования ненадлежащего осуществления гражданских прав.

При совершенствовании гражданского законодательства в области злоупотребления гражданским правом необходимо учитывать опыт цивилизованных государств и разработки русских дореволюционных юристов.

Из дефиниций субъективного права, существующих в правоведении, наиболее последовательной представляется следующая: "Право есть внешняя свобода, санкционированная и ограниченная нормой". Прогрессивность такого подхода к пониманию субъективного права заключается в том, что свобода лица обуславливает само существование субъективного права, необходимость элемента свободной воли для его осуществления, многовариантность поведения. Акцент делается на двух моментах: независимости от чужого произвола и возможности самостоятельных положительных действий.

Деятельность, посредством которой удовлетворяются интересы управомоченного лица от обладания субъективным правом, характеризуется необходимостью соответствовать не только содержанию правомочия, но и подчиняться определенным правилам (пределам), установленным в интересах общества и третьих лиц.

Предлагается теоретическое определение пределов осуществления субъективных гражданских прав. Пределы осуществления есть отраслевая разновидность общеправовых сдерживающих стимулов поведенческой активности, призванных оказать внешнее упорядочивающее воздействие на мотивацию, способы, средства и характер использования заложенных в содержании субъективного гражданского права возможностей.

Юридическое значение пределов заключается в двух моментах: 1) в превентивном воздействии на правообладателей; 2) в том, что несоблюдение соответствующих пределов означает совершение лицом особого вида гражданского правонарушения - злоупотребления правом.

В обоснование необходимости новой классификации пределов осуществления гражданских прав, критерием которой выступает их взаимосвязь с объективной стороной злоупотребления правом, предлагается выделять два класса пределов осуществления гражданских прав: универсальные и специальные пределы.

К универсальным следует относить права, охраняемые интересы третьих лиц и средства защиты прав. Для пределов этого класса характерно то, что они ограничивают реализацию любого гражданского права, в рамках любого вида правоотношений.

Специальные пределы осуществления прав ограничивают использование прав только при условии их прямого закрепления в нормах соответствующего института. Согласно действующему законодательству к этому классу относятся: необходимость действовать добросовестно и разумно; назначение права; средства и способы осуществления. При этом нужно отметить, что требования добросовестности и разумности вполне могли бы служить универсальными границами осуществления, и только формулировка презумпции, изложенной в п. 3 ст. 10 ГК РФ, вынуждает сужать область их применения, поэтому предлагается изменить норму в этой части.

Назначение следует рассматривать как специальный предел осуществления прав, поскольку оно характеризует объект отношений. Именно у вещи или блага можно установить цель, для которой они предназначены. Таким образом, служить пределом осуществления субъективных прав назначение должно при условии, что закон или обычай делового оборота определяют смысл использования данного объекта, который отражается и на возможных способах осуществления права на этот объект.

Вывод об отсутствии внутреннего противоречия в термине "злоупотребление правом".

Логика построения языка такова, что глагол, означающий "употребление во вред себе или окружающим, обращение хорошего средства на худое дело", тяготеет к существительному, позитивная смысловая нагрузка которого бесспорна. Негативные свойства предмета, очевидные для всех, не требуют дополнительного подчеркивания глаголом намерения их использования.

Поскольку содержание субъективного гражданского права положительно по определению, то для обозначения действия, в рамках которого оно служит средством причинения вреда, необходимо слово, свидетельствующее об искажении нормального хода его использования.

При сравнении сущности того, что называется злоупотреблением в доктрине и законодательстве уголовного, таможенного, административного отраслей права, с институтом злоупотребления гражданским правом выясняется их несовпадение в ключевых моментах. Полномочия должностных лиц некорректно рассматривать в качестве их субъективных прав, так как они не предполагают возможности неосуществления, выбора способа осуществления и т.п., одновременно выступают обязанностями этих лиц, поэтому внешне похожий состав нормы ст. 285 УК РФ не тождественен правилу ст. 10 ГК РФ.

Признавая приоритет действия специальных норм о злоупотреблении гражданскими правами перед общей нормой ст. 10 ГК РФ, нужно подчеркнуть то обстоятельство, что каждый специальный вид ненадлежащего осуществления прав должен содержать общие характерные признаки злоупотребления правом как института. Следовательно, необходимо привести в соответствие специальное законодательство об отдельных видах злоупотребления правом, в частности нормы Семейного кодекса РФ, с требованиями ГК РФ.

Субъектом такого правонарушения может быть только управомоченное лицо. Заблуждение лица относительно наличия или содержания какого-либо правомочия, а также явное отсутствие у него субъективного права служит основанием для квалификации его поведения как обычного правонарушения.

Объективная сторона состава характеризуется активными действиями лица. Осуществление права путем бездействия нужно расценивать как отказ от осуществления права. Последнее вполне допустимо и не влечет прекращения права (п. 2 ст. 9 ГК РФ), но в случае отказа от осуществления нет возможности причинить вред посредством права, то есть невозможно злоупотребление.

Противоправность действий управомоченного лица необходимо связывать с пределами осуществления прав. В том случае, если в тексте общей нормы о злоупотреблении будут поименованы все основные виды пределов осуществления гражданских прав, то для доказательства противоправности поведения управомоченного лица достаточно будет обосновать превышение хотя бы одного из них.

В настоящее время, когда пределы осуществления обозначены в самом общем виде, трудно установимы из текста нормы, временным показателем неправомерности должен выступать объективно причиненный третьим лицам вред.

Негативные последствия от злоупотребления правом различаются в зависимости от того, состоят ли лица в договорных или внедоговорных отношениях. Применительно к злоупотреблению правом понятие вреда (ущерба) нужно трактовать широко: убытки (ст. 15 ГК РФ), вред жизни, здоровью, умаление нематериальных благ и пр.

В отношении наличности причиненного вреда нужно заметить, что, на наш взгляд, в качестве злоупотребления правом должны признаваться и те ситуации, при которых вредоносный результат еще не наступил, но ненадлежащее осуществление права создало все условия его наступления. В частности, когда реализация права носит длящийся характер. При квалификации такого поведения суд должен применить не только ст. 10, но и ст. 1065 ГК РФ о предупреждении вреда.

Субъективная сторона злоупотребления правом всегда характеризуется виной управомоченного лица в форме умысла. Это утверждение основано на существе анализируемого явления, законодательный запрет которого связан с особой общественной опасностью сознательного извращения смысла субъективного права управомоченным лицом, что девальвирует ценность субъективного права для гражданского оборота.

Неосторожное причинение вреда в рамках осуществления лицом принадлежащего ему гражданского права должно дополнительно оцениваться судом. В том случае, когда безвредное использование данного правомочия невозможно, если его вообще осуществлять, то приоритет должен быть отдан управомоченному лицу как обладателю юридически обеспеченной возможности действовать. В этой связи суд должен исключить при квалификации

злоупотребления правом ситуации, при которых причиняемый третьим лицам вред является следствием обычной эксплуатации вещи и должен расцениваться как разумно-терпимый.

Шикана как форма злоупотребления гражданским правом должна расцениваться как деяние, совершаемое с прямым умыслом и единственной целью - причинить вред третьему лицу, при отсутствии у субъекта каких-либо еще эгоистических интересов, кроме причинения вреда окружающим. Ее отличает повышенная степень общественной опасности.

Нужно констатировать крайне незначительную область возможного проявления шиканы (при реализации права собственности, иных вещных прав граничащих друг с другом объектов (соседского права), в жилищном праве, в семейных отношениях).

Эта форма злоупотребления гражданским правом исключается при осуществлении прав, связанных с предпринимательской деятельностью, где по определению присутствует цель извлечения прибыли.

Шикана является квалифицированным случаем злоупотребления гражданским правом, за ее совершение в законодательстве должна быть установлена более жесткая санкция, чем за злоупотребление правом в иных формах, - лишение права.

К злоупотреблению правом в иных, нежели шикана, формах относится умышленная деятельность граждан и юридических лиц в своих интересах с превышением установленных пределов осуществления, где причиненный вред является средством достижения каких-либо легальных целей.

За этой формулой скрывается основной массив этого рода правонарушений: при ненадлежащем осуществлении вещных прав; прав из ценных бумаг, главным образом связанных с обращением векселей; прав, основанных на отдельных видах гражданских договоров, к примеру, из цессии, из договоров фидуциарного характера; прав на управление юридическим лицом и ведение дел от его имени; родительских прав; права на конкуренцию; прав, вытекающих из доминирующего положения субъекта на определенном товарном рынке, и др.

Отказ в защите права должен пониматься как предварительная (подготовительная) мера воздействия на правонарушителя, которая позволяет суду применять к управомоченному лицу меры гражданско-правовой ответственности. Судья применительно к этой категории дел должен сначала отказать в защите права в данной конкретной ситуации и по отношению к лицу, терпящему негативное воздействие от правоосуществления, тем самым создать условия для применения мер ответственности (основная стадия правового воздействия).

На основе теоретических рассуждений и анализа судебных постановлений можно предложить проект внесения изменений в Гражданский кодекс РФ.

"Статья 10. Пределы осуществления гражданских прав.

1. Лицо, осуществляющее принадлежащее ему гражданское право, должно соблюдать установленные в интересах других лиц и общества в целом пределы осуществления прав.

2. Осуществление гражданских прав одним лицом не должно нарушать прав других участников гражданского оборота, за исключением случаев, при которых причиняемый третьим лицам вред является следствием обычной эксплуатации вещи и должен расцениваться как разумно-терпимый.

Когда законом охраняются заслуживающие внимание интересы граждан и организаций, осуществление гражданских прав не должно препятствовать удовлетворению интересов третьих лиц.

Способы и средства осуществления гражданских прав должны быть безопасны для жизни, здоровья, имущества участников гражданского оборота, а также окружающей природной среды.

3. Действия граждан и организаций, связанные с осуществлением права, предполагаются добросовестными и разумными.

Если закон или обычай делового оборота определяют назначение имущества или нематериального блага, то осуществление гражданских прав на такие объекты должно соответствовать их назначению".

"Статья 10 (прим). Злоупотребление гражданским правом.

1. Умышленное поведение управомоченного лица по осуществлению принадлежащего ему гражданского права, сопряженное с нарушением установленных в статье 10 настоящего Кодекса пределов осуществления гражданских прав, причиняющее вред третьим лицам или создающее условия для наступления вреда, должно оцениваться судом как злоупотребление правом.

При установлении судом, арбитражным судом, третейским судом всех признаков злоупотребления правом лицу отказывается в защите его права. Вред, причиненный вследствие указанных действий, подлежит возмещению управомоченным лицом.

2. Злоупотребление правом, предусмотренное в части первой настоящей статьи, совершенное с единственным намерением причинить вред другому лицу (шикана), служит основанием для прекращения гражданского права (лишения права) на основании судебного решения".

ОГЛАВЛЕНИЕ

Предисловие

Глава 1. Теоретические основы доктрины злоупотребления субъективным гражданским правом

§ 1. Категории "субъективное гражданское право" и "осуществление гражданских прав" как исходные величины концепции злоупотребления субъективным гражданским правом

§ 2. Основные принципы осуществления субъективных гражданских прав

§ 3. Понятие и значение пределов осуществления субъективных гражданских прав

§ 4. Виды пределов осуществления гражданских прав

А) Универсальные пределы осуществления

1. Права и интересы третьих лиц

2. Средства и приемы защиты

Б) Специальные пределы осуществления прав

1. Добросовестность и разумность при осуществлении прав

2. Назначение права

3. Способы и средства осуществления

Глава 2. История учения о злоупотреблении правом

§ 1. Зарождение представлений о злонамеренном использовании прав в Древнем Риме

§ 2. Развитие представлений о злоупотреблении субъективным гражданским правом в странах Западной Европы и дореволюционной России

Глава 3. Современное правовое регулирование злоупотребления гражданским правом в Российской Федерации

§ 1. Злоупотребления правом: вопросы терминологии и юридическая природа

§ 2. Злоупотребления правом как гражданское правонарушение

§ 3. Формы злоупотребления гражданским правом

§ 4. Юридические последствия злоупотребления гражданским правом

Глава 4. Особенности гражданско-правового регулирования отдельных видов злоупотребления гражданским правом

§ 1. Злоупотребления при осуществлении права собственности и иных вещных прав

А) Соседские взаимоотношения

Б) Злоупотребление правом собственности на животных

В) Злоупотребление правом собственности на культурные, исторические и т.п. ценности

Г) Злоупотребление правами, вытекающими из режима общей собственности на имущество

§ 2. Злоупотребления правами при создании, управлении деятельностью и прекращении юридических лиц

§ 3. Злоупотребление семейными правами

Заключение

THE BOOK IS MADE BY

AXEL-ROSE

AXEL-ROSE@YA.RU