

Злоупотребление правом – правомерное поведение или правонарушение?

Г. А. Василевич

доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент
Национальной академии наук Беларуси,
заведующий кафедрой конституционного права
Белорусского государственного университета.
Адрес: Белорусский государственный университет,
Республика Беларусь, 220030, Минск, ул. Ленинградская, д. 8.
E-mail: Gregory_1@tut.by

С. Г. Василевич

кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного права
Белорусского государственного университета.
Адрес: Белорусский государственный университет,
Республика Беларусь, 220030, Минск, ул. Ленинградская, д. 8.
E-mail: Gregory_1@tut.by

Abuse of the Law – Lawful Behavior or Offense?

G. A. Vasilevich

Doctor of Law, Professor, Corresponding Member
of the National Academy of Sciences of Belarus,
Head of the Department of Constitutional Law
of the Belarusian State University.
Address: Belarusian State University, 8 Leningradskaya Str.,
Minsk, 220030, Republic of Belarus.
E-mail: Gregory_1@tut.by

S. G. Vasilevich

PhD in Law, Associate Professor of the Department of Constitutional Law
of the Belarusian State University.
Address: Belarusian State University, 8 Leningradskaya Str.,
Minsk, 220030, Republic of Belarus.
E-mail: Gregory_1@tut.by

Аннотация

В статье анализируются высказанные в литературе позиции ученых по вопросу о том, что собой представляет злоупотребление правом, можно ли его рассматривать в качестве правонарушения, всегда ли злоупотребление правом влечет юридическую ответственность. Является ли это явление антиподом правомерного поведения, какие меры должны быть приняты для сокращения злоупотребления правом. Обращается внимание на различные виды злоупотреблений правом, в том числе со стороны нормотворческих и правоприменительных органов. В работе делается вывод о том, что при определении того, имеет ли место злоупотребление правом или нет, необходимо исходить из анализа пределов осуществления прав. Злоупотребление правом в основном является правонарушением, в связи с совершением которого могут быть применены меры карательного и/или восстановительного характера, а в отдельных случаях может быть отказано в предоставлении определенных гарантий. Также отмечается, что злоупотребление правом представляет собой деяние субъекта в связи с реализацией его субъективного права, но выходящего за его пределы.

Ключевые слова: злоупотребление правом, правомерное поведение, правонарушение, виды злоупотреблений правом, ответственность за злоупотребление правом.

Abstract

The article analyzes the positions of scientists on the question of what does "abuse of law" really mean? Can it be regarded as an offense and does abuse of law always leads to legal liability? Is abuse of law the opposite of lawful behavior, what measures should be taken to reduce it? The author draws attention

to various types of abuse of law, including rule-making and law enforcement processes. The work concludes that when we talk about abuse of law, we must proceed from an analysis of the exercise of rights limits. Abuse of the law is an offense that involves punitive (or) restorative measures, and in some cases the subject may lose certain guarantees. It is also noted that the abuse of law is an act of the subject in connection with the exercise of his subjective right, but beyond its limits.

Keywords: abuse of law, lawful behavior, offense, types of abuse of law, responsibility for abuse of law.

Одной из интересных и важных для теории и практики является проблема оценки правомерности поведения, определения той грани, за которой правомерное поведение превращается в злоупотребление своим правом. Под правомерным поведением в юридической литературе понимают «социально значимое, полезное поведение индивидуальных или коллективных субъектов, уполномоченных или обязанных лиц, подконтрольное их сознанию и воле, соответствующее нормам права» [1. – С. 388]. Вместе с тем, на наш взгляд, приемлема и лаконичная формулировка, определяющая его как поведение, которое соответствует предписаниям права [2. – С. 402; 3. – С. 364]. В таком определении отражается совпадение правовой регламентации и реального поведения. Правомерным является поведение, которое находится в границах правового регулирования. Хотя возникает вопрос о границах правового регулирования. В правовой сфере большинство деяний составляют правомерные поступки. Благодаря этому существует нормальное функционирование общества и государства, обеспечиваются права и свободы граждан. Именно благодаря правомерным деяниям реализуются правовые предписания, достигаются те цели, которые ставил нормотворческий орган.

В силу его общественной полезности правомерное поведение поощряется государством. Правомерное поведение, как и правонарушение, имеет свой состав: субъект, субъективную сторону, объект, объективную сторону. В зависимости от преобладающих мотивов выделяют социально активное правомерное поведение, конформистское, обычное. Абсолютное большинство граждан являются законопослушными. Так, количество преступлений в Российской Федерации и Республике Беларусь в последние годы имеет тенденцию к снижению. В то же время

нельзя не отметить стабильно высокое число административных правонарушений: например, в Республике Беларусь ежегодно их фиксируется около 5 млн, при этом около 20% правонарушений связано с нарушением правил дорожного движения. Многочисленны также дисциплинарные проступки. Квалификация указанных видов противоправного поведения, меры противодействия им закреплены в законодательстве.

Одним из наиболее спорных явлений в праве является проблема злоупотребления правом. Существуют различные подходы и взгляды ученых к определению понятия «злоупотребление правом». Видимо, отчасти это обусловлено и его внутренней противоречивостью: с одной стороны, идет речь о праве, т. е. о границах дозволенного, а с другой, о деянии, которое не имеет позитивной оценки.

Ни в юридической науке, ни в законодательстве, ни на практике не выработано единого определения данного понятия. Оно наиболее разработано в гражданском праве, по крайней мере ему уделяют больше внимания специалисты данной отрасли права. Согласно статье 9 Гражданского кодекса Республики Беларусь, не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах. Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление своим доминирующим положением на рынке. В случае несоблюдения предусмотренных выше требований суд, хозяйственный суд или третейский суд могут отказать лицу в защите принадлежащего ему права. Особо обратим внимание на то, что при этом лицо, злоупотребляющее правом, обязано

восстановить положение лица, потерпевшего от злоупотребления, возместить причиненный ущерб. То есть можно вести речь о компенсационных мерах, применяемых к лицу, злоупотребляющему правом.

В определенной степени вопрос о злоупотреблении правом затрагивается в уголовном праве при анализе некоторых преступлений. В последнее время оценки действий работников и нанимателей с позиции возможного злоупотребления ими своими правами появились в трудовом праве (например, об утрате гарантий беременной женщиной или выборным лицом, если они не сообщили нанимателю о своем положении, о наличии у них гарантий при решении нанимателем вопроса о прекращении с ними трудовых отношений, когда он не знал об этом. Такие действия расцениваются Верховным судом Российской Федерации как злоупотребление работником своим правом, и ему отказывается в защите его прав при решении спора о восстановлении на работе).

Понятие «злоупотребление правом» используется в Гражданском процессуальном кодексе Республики Беларусь: предусматривается противодействие злоупотреблению правами в процессе доказывания (статья 288); в Уголовном кодексе Республики Беларусь, когда речь идет об ответственности за злоупотребление правами опекуна или попечителя (статья 176), злоупотребление властью или служебными полномочиями (статья 424); в Кодексе об административных правонарушениях Республики Беларусь – о недопустимости злоупотребления правом на проведение предвыборной агитации, агитации по референдуму (статья 47). Аналогичных норм много и в российском законодательстве. Так, в статье 13.15 КоАП РФ установлена ответственность за злоупотребление свободой массовой информации в виде воздействия на подсознание людей посредством использования технических средств.

Однако данная проблема имеет более широкий характер, чем чисто отраслевой. Она не является и академической, с ней связано решение важного вопроса для практики: вопроса о правовых последствиях, которые наступают по отношению к лицу,

злоупотребляющему правом. Поэтому с теоретической и практической точки зрения важно дать не только правильное определение понятия «злоупотребление правом», раскрыть его содержание, но и отграничить его от сходных категорий, определить правовые последствия злоупотребления правом. На основе этого можно установить, мы имеем дело с правомерным или неправомерным поведением. От этого зависит положение соответствующего субъекта.

В юридической литературе, в частности в российской (в Беларуси специальных исследований на этот счет значительно меньше), даются прямо противоположные определения понятия «злоупотребления правом». Причем часто они содержатся в диссертационных исследованиях. Приведем некоторые из них. Так, Н. А. Дурново указывает, что, «не являясь ни правонарушением, ни правомерным поведением, злоупотребление правом представляет собой юридически допустимые действия субъекта по осуществлению своего права в границах принадлежащего ему субъективного права, нарушающие пределы осуществления субъективного права или не нарушающие данные пределы, но являющиеся социально вредными и общественно порицаемыми, и причиняющие вред правам, свободам и интересам других участников общественных отношений. При этом исследуемое явление может носить как противоправный, так и правомерный характер» [4. – С. 9]. Е. М. Офман считает, что злоупотребление правом находится всегда в правовом поле [5. – С. 9].

Высказана и совершенно противоположная точка зрения: «Несмотря на то, что при злоупотреблении правом не происходит формального нарушения положений конкретных нормативных правовых актов, тем не менее всякое злоупотребление правом – это всегда противоправное действие, бездействие либо решение, поскольку в результате осуществления ситуации со «злоупотреблением правом» всегда нарушается принцип недопустимости злоупотребления правом, устанавливающий,

что осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц» [6. – С. 9]. Хотя здесь ошибочно и разводятся такие понятия, как деяние (действие и бездействие) и решение, полагаем, что в принципе эта оценка близка к истине.

М. И. Бару различал злоупотребление правом и противоправное действие, которое даже формально не основано на праве и выступает в чистом виде. Злоупотребление правом внешне опирается на субъективное право и формально не противоречит праву объективному, таким образом, субъект якобы действует в рамках предоставленного ему законом права, приводя в действие механизм, призванный обеспечить осуществление субъективного права в соответствии с его назначением, что невозможно при совершении противоправного действия [7. – С. 117].

А. А. Малиновский определяет злоупотребление правом как такую форму «реализации права в противоречии с его назначением, посредством которой субъект причиняет вред другим участникам общественных отношений» [8. – С. 27]. В результате он выделяет два признака злоупотребления правом: 1) причинение вреда в результате осуществления субъективного права; 2) осуществление субъективного права в противоречии с его назначением. А. А. Малиновский в качестве первого признака называет «причинение зла», т. е. наступление негативных последствий в результате прямого или косвенного осуществления субъективного права. Он же предлагает различать вред, причиненный личности (моральный, психический, имущественный, физический), а также нравственный вред, причиненный обществу, политический и экономический вред, причиненный государству [8. – С. 14].

Вывод о наличии или отсутствии злоупотребления правом с позиции оценки целевой установки субъекта принимается практически всеми исследователями.

Учеными высказывается точка зрения о том, что требование о реализации гражданских прав в соответствии с социальным назначением подкрепляется

запретом осуществления гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребления правом в иных формах [9. – С. 20–21].

Зарубежная европейская практика по-разному на законодательном уровне трактует злоупотребление правом. В швейцарском гражданском уложении зафиксирована недопустимость всякого осуществления права, противного началам доброй совести. В германском гражданском уложении злоупотреблением права, или шиканой, считается такое осуществление права, которое имеет единственную цель – причинение вреда другому.

Безусловно, подход, предусмотренный швейцарским законодательством, более широкий и рассчитан на активную роль суда при выяснении, было ли злоупотребление правом или нет. В то же время в Германии, на гражданское уложение которой мы ссылались выше, предложенная немецким ученым В. Зибертом концепция о недопустимом осуществлении права, в частности о базовом характере принципа добросовестности, была воспринята судебной практикой и в настоящее время рассматривается как общий предел осуществления субъективных прав. Как отмечается при этом, важным последствием внедрения данной концепции явилось устранение необходимости в доказывании умысла на причинение вреда, в силу того что в качестве злоупотребления правом может рассматриваться не только шикана, но и другие виды недобросовестного поведения, связанные с осуществлением субъективных прав [10. – С. 72].

С позиции субъекта, злоупотребляющего правом, выделяют прежде всего: 1) злоупотребление гражданами своим субъективными правами и 2) злоупотребление властью со стороны должностных лиц (государственных органов).

В. И. Крусс называет так называемые личностные злоупотребления – ненадлежащее пользование правами и свободами человека либо ненадлежащее выполнение конституционных обязанностей и публично-властное злоупотребление правом – ненадлежащее осуществление публично-властных полномочий [11. – С. 84].

К кругу возможных субъектов злоупотребления правом можно отнести политические партии, общественные объединения, средства массовой информации, органы территориального общественного самоуправления, т. е., по существу, потенциальных субъектов всех правоотношений. Исключение, на наш взгляд, составляет народ, суверенная воля которого всегда первична, является определяющей для действий других субъектов отношений, в том числе и властных.

Для публично властного злоупотребления правом характерны следующие признаки:

1) субъектами являются органы государства, должностные лица (считаем, что сюда следует относить органы, которым государством делегированы властные полномочия, например, органы территориального общественного самоуправления);

2) неконституционная сущность таких деяний воплощается в фактическом публично-властном противодействии пользованию правами и свободами;

3) фактически неконституционное противодействие правопользованию сочетается с формальной реализацией правомочий [11. – С. 132].

По видам злоупотребления правом подразделяют на злоупотребления нормотворческого характера и злоупотребления правоприменительного характера.

Нормотворческие злоупотребления.

Яркий пример такого злоупотребления – принятие в течение четырех лет Верховным советом Республики Беларусь начиная с 1990 г. Закона о Комитете Конституционного надзора и его несформирование; противодействие подготовке Концепции совершенствования мер уголовной ответственности и порядка их исполнения. Необоснованная корректировка актов действующего законодательства, его нестабильность также свидетельствует в определенной степени «злоупотребления» (возьмем это слово в кавычки) правом нормотворческого органа. Подобные действия подрывают доверие граждан к государству. Учеными неоднократно

высказывалась мысль о том, что законодательство должно быть стабильным.

Правоприменительные злоупотребления, в том числе злоупотребления судебной властью. Примером такого рода может быть отсутствие контроля за обеспечением единства правоприменительной практики; неприменение статьи 70 УК, устанавливающей правила применения более мягкого наказания за данное преступление; несоразмерная ответственность при совершении некоторых преступлений и др.

Злоупотребление правом возможно посредством бездействия. Можно различать бездействие частного или публично характера. Так, бездействие органа государственной власти, например, непринятие нормативного акта в установленные сроки, является таким же нарушением принципа правового государства, требований Конституции, как и превышение полномочий. Это свидетельство ненадлежащей реализации правовых норм, злоупотребления своим правом.

Существуют разноречивые выводы относительно того, является ли злоупотребление правом правонарушением. Например, в одном из источников указывается, что оно таковым не является [12. – С. 7]. В свою очередь А. А. Малиновский отмечает: «Если причинение вреда общественным отношениям противоправно и наказуемо, то перед нами противоправное злоупотребление правом. Если нет – правомерное» [8. – С. 29]. Таким образом, он увязывает свою оценку злоупотребления правом с наличием не только противоправности, но и наказуемости. Отметим, что при отсутствии такого признака, как противоправность, нет оснований говорить о правонарушении. Что же касается наказуемости, то за нарушение права она наступает не всегда. Злоупотребление правом, являясь неправомерным поведением, может не влечь наказания, т. е. такой признак, как наказуемость, во всех случаях ему не присущ, могут быть случаи отказа в предоставлении льгот и гарантий.

Противоположной позиции придерживается А. Е. Наумов, который считает, что «злоупотребление субъективным

правом является правомерным актом человеческого поведения». Такой вывод он обосновывает тем, что лицо, совершающее данное деяние, не выходит в своем поведении за пределы субъективных прав. Он определяет злоупотребление правом как «правомерный акт человеческого поведения (деяния), состоящий в реализации норм объективного права в противоречии с их назначением и в целях удовлетворения личных интересов субъектов права, в результате чего причиняется вред другим лицам, обществу или государству» [13. – С. 7–8].

Е. А. Офман, как уже отмечалось, считает, что злоупотребление правом – это такое деяние, которое совершается в правовом поле, что оно отличается от правонарушения отсутствием противоправности [5. – С. 9].

Вряд ли с выводами указанных выше авторов (А. Е. Наумова и Е. А. Офман) можно согласиться: специфика этого феномена (злоупотребление правом), на наш взгляд, состоит в том, что при злоупотреблении правом всегда присутствует противоправность. В отдельных случаях в связи со злоупотреблением правом не налагаются меры взыскания, например, административного характера, но могут быть применены иные меры воздействия, отказа, как уже нами отмечалось в начале публикации, в реализации гарантий или предоставлении льгот.

В литературе в некоторых случаях предлагается рассматривать злоупотребление правом как самостоятельный вид правомерного поведения, и лишь в силу высокой степени общественной опасности злоупотребления правом законодатель определяет его не только в качестве злоупотребления правом, но и в качестве правонарушения, устанавливая для таких случаев запрет и санкцию.

Вызывает удивление непоследовательность позиции некоторых авторов, анализирующих признаки злоупотребления правом. Так, Е. А. Офман, считая, что у этого деяния отсутствует противоправность, в то же время отмечает, что «особенность злоупотребления правом заключается в том, что это деяние – иногда

еще и ненаказуемое» [5. – С. 10].

В. П. Грибанов определяет злоупотребление правом как «особый тип гражданского правонарушения, совершаемого управомоченным лицом при осуществлении принадлежащего ему права, связанный с использованием недозволенных конкретных форм в рамках дозволенного общего типа поведения» [14. – С. 68].

Весьма точно показал природу и истоки злоупотребления правом А. В. Волков, который справедливо отмечает, что там, где начинается злоупотребление правом, оно (право) заканчивается [15. – С. 44]. Аналогичной позиции придерживается и В. И. Крусс, который приводит следующие аргументы: «Необходимой внешней предпосылкой и признаком злоупотребления правом выступает наличие у лица соответствующего права или публичного правомочия. Однако злоупотребляют не этим субъективным правом (правомочием), а той практической (в силу ее незапрещенного характера) возможностью, которая внешним образом соответствует содержанию субъективного права (правомочия) и заявляется субъектом правового злоупотребления как реализация этого права (правомочия)» [11. – С. 43]. Когда мы говорим о злоупотреблении правом, тем самым ведем речь о недопустимом осуществлении права.

По существу, ситуация со злоупотреблением правом напоминает айсберг: весьма часто злоупотребление правом скрыто (находится «под поверхностью воды»), и его трудно распознать; нередко оно проявляется со всей очевидностью, в какие бы одежды оно не рядилось).

С субъективной стороны злоупотребление правом характеризуется умышленной или косвенной виной. Так, в Нью-Йорке большая группа молодежи договорилась по телефону встретиться у ковра, который продавался в торговом центре, и какое-то время его рассматривала. Здесь имеем дело с правом каждого на свободу передвижения, нахождения в общественном месте, которое трансформируется в публичное (массовое) мероприятие, за нарушение порядка проведения которого в силу разрешительного (а не уведомительного) характера порядка

может наступить административная ответственность. Другое дело, что, осуществляемые часто для развлечения, они проводятся в течение ограниченного периода времени; власть не всегда успевает отреагировать, так как после краткой акции все возвращается к ранее существовавшему порядку.

Злоупотребить правом можно и в иной форме. Например, многодетные семьи имеют право на получение земельного участка вне очереди по льготной кадастровой оценке. Еще несколько лет назад в силу несовершенства белорусского законодательства было много случаев, когда такая семья получала участок, потом продавала его по рыночной стоимости, а затем претендовала на получение нового участка. Сложно возражать против требования государства о недопустимости сдачи в аренду построенных (купленных) по льготным кредитам квартир. В данном случае со стороны государства были предоставлены льготы для того, чтобы наименее социально защищенные слои населения решили свою жилищную проблему. Однако вместо этого, построив квартиру, они не пользуются ею, а извлекают из нее доход, продолжая жить в тех условиях, которые обусловили выдачу такого кредита, пользуясь льготным кредитом. Необходимо при определении меры воздействия на недобросовестных владельцев таких квартир находить варианты решения, которые были бы оптимальными. В законодательстве, определяющем право на получение такого кредита, следует более детально определять последствия его использования, возможность сдачи такой квартиры в аренду по уважительным причинам (например, получение в наследство другой квартиры и отсутствие надобности проживания на данный момент в построенной, выезд кого-либо из членов семьи на постоянное место жительства из данной местности и т. п.).

В сфере реализации гражданами права на обращение в государственные органы и к должностным лицам можно также отметить многочисленные злоупотребления субъективными правами. В целом по республике гражданами в различные инстанции направляется, по скромным

подсчетам, более миллиона обращений. Несмотря на некоторые остающиеся нерешенными проблемы, надо отметить существенное в последние годы усиление внимания к жалобам граждан. Есть примеры, когда после длительной волокиты права граждан получают в административном порядке защиту. Имеются и другие случаи, когда одно и то же лицо направляет по одному и тому же вопросу десятки, а то и сотни обращений, которые уже были предметом пристального разбирательства. Предусмотренная Законом «Об обращениях граждан и юридических лиц» возможность оставления таких обращений без рассмотрения и прекращения переписки не останавливает таких лиц. Кроме того, достаточно поставить в обращении какой-то дополнительный (новый) вопрос, как уже необходимо заниматься его рассмотрением. Здесь налицо злоупотребление гражданином своим правом на обращение. Вина лица в данном случае проявляется в том, что оно противопоставляет собственные эгоистические, необоснованные притязания общественным интересам, претендуя на получение не предусмотренных законом благ, мешая нормальному функционированию государственного аппарата. Противодействовать злоупотреблению таким правом можно посредством установления сбора за подачу повторного обращения, который должен быть возвращен гражданину, если его жалоба будет удовлетворена. То есть в таких случаях не должна идти речь о закреплении в законе взысканий, но определенные меры воздействия, носящие стимулирующий правомерное поведение характер, можно предусмотреть.

Полагаем, что разноречивые подходы к определению места такого явления, как злоупотребление правом среди других, близких к нему явлений (таких, как правомерное поведение, неправомерное поведение, правонарушение), обусловлены неправильным выбором критерия, который позволил бы делать соответствующую оценку. Выбор объективного критерия позволит распознать этот особый тип поведения.

В этом отношении методологически правильно действуют те ученые, которые

исходят из конституционных положений, где определяются взаимоотношения личности, общества и государства, баланс между этими субъектами, пределы возможного ограничения прав и свобод. Когда существует злоупотребление правом, тогда обязательно есть нарушение конституционного баланса интересов, конституционных ценностей. Конституция Беларуси основана на ценностном подходе: здесь сочетаются свобода и ответственность, экономика государства и интересы отдельного субъекта хозяйствования.

По сути, есть все основания полагать, что принцип недопустимости злоупотребления правом является конституционным принципом, общим принципом права. У нас, в отличие от российской конституции, нет прямого закрепления, что осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других граждан.

Однако такой вывод можно сделать из содержания текста нашего Основного Закона. Следует помнить о неотчуждаемых, в том числе экономических правах, а также о конституционных целях белорусского государства как правового социального демократического. Поэтому правами можно пользоваться в соответствии с их конституционным назначением. Ранее нами уже отмечалось, что оценка факта, было ли злоупотребление правом или нет, зависит не только от причинения вреда, но и от того, ради каких целей право реализуется.

При этом обратим внимание на целевые установки, содержащиеся не только в основном тексте Конституции, но и в преамбуле, что часто в научных публикациях упускается из виду. Преамбула определяет вектор конституционного развития, интерпретации и применения конституционных принципов и норм, она имеет своего рода установочный характер. Иногда приходится слышать даже от некоторых конституционалистов, что преамбула – это, условно говоря, не более чем «украшение» текста Основного Закона. Однако следует понимать, что нераздельная природа ее положений предопределяет нормативность всего ее текста. Преамбула определяет непреходящие ценности, которые

должны обеспечивать все субъекты правовых отношений, в том числе и конституционно-правовых отношений. Она содействует восприятию всего конституционного текста. В ней зафиксированы такие важнейшие постулаты, как стремление утвердить права и свободы каждого гражданина, гражданское согласие, незыблемые устои народовластия и правового государства, т. е. те ценности, которые определяют стандарты взаимоотношений между гражданами, обществом и государством. Таким образом, Конституция акцентирует внимание на конституционных целях белорусского государства как правового социального демократического, включая неотчуждаемые, в том числе экономические права. Поэтому правами можно пользоваться в соответствии с их конституционным назначением. Злоупотребление ими будет антиконституционным поведением.

Злоупотребление правом нельзя рассматривать как правомерное поведение. Злоупотребление правом – это разновидность неправомерного поведения. Некоторые ученые даже говорят в этой связи о его «составе» по аналогии с составом правонарушения.

Это неправомерное поведение, особенностью которого является то, что за него может быть установлена ответственность (либо она может отсутствовать в традиционном ее понимании). Однако в связи со злоупотреблением субъективным правом, рассматривать которое в качестве правонарушения нет оснований, лицо может лишиться установленных законом гарантий (в связи с увольнением – земельного участка).

Некоторые авторы утверждают, что «злоупотребление правом вообще запретить нельзя». Если «себе представить, что мы запрещаем какие-либо деяния, которые ранее квалифицировались как злоупотребление правом, то они сразу же перестают быть злоупотреблением правом и становятся правонарушениями», «поэтому фраза «запрещается злоупотребление правом» является бессмысленной» [5. – С. 9–10; 11. – С. 65]. Полагаем такую позицию ошибочной и не только потому, что такого рода запреты злоупотребления правом есть в гражданском

законодательстве. Ошибка проистекает из того, что эти авторы отрицают противоправный характер злоупотребления правом, т. е. использование права во зло, вопреки праву, против права. Анализ законодательства, международных документов свидетельствует об установлении запретов. Например, статьи 17 и 35 Европейской конвенции о защите прав и основных свобод устанавливают запрет на злоупотребление правом, следствием чего может быть отказ со стороны Европейского суда по правам человека в защите [16. – С. 761–772].

С исследуемым нами явлением тесно связана проблема возможного ограничения прав и свобод. Правила и пределы их ограничения изложены в статье 23 Основного Закона Беларуси. Как справедливо отмечается, ограничение порядка осуществления соответствующего права вытекает из правила о недопустимости злоупотребления правом, оно является частью не только позитивного права, но вытекает из объективных условий жизнедеятельности [17. – С. 259].

Однако анализ ряда норм нашего Основного Закона в их взаимосвязи позволяет сделать аналогичный вывод, включая недопустимость злоупотребления своими правами и должностных лиц, государственных органов. Обратим внимание, что различного рода запреты имеются в законодательстве, и они направлены на добросовестное исполнение субъектами правоотношений своих обязанностей. При этом за нарушение запрета не всегда предусмотрена карательная санкция. Исходя из требования статьи 23 Конституции Республики Беларусь, пределы реализации субъективного права определяются интересами других лиц, их правами и свободами и общества в целом.

Анализ практики свидетельствует, что не всякое злоупотребление правом можно рассматривать как исходное начало правонарушения, за которое может наступить ответственность. Все зависит, на наш взгляд, от вида правовой нормы, которой устанавливаются те или иные отношения. Когда нарушаются нормы-запреты, то, конечно же, нет оснований утверждать, что

злоупотребление правом привело к нарушению закона. Здесь изначально не было оснований для совершения деяния в какой-либо внешне приемлемой форме, за которой было скрыто злоупотребление правом. Хотя в широком аспекте можно утверждать, что у каждого есть право выбора образа жизни и каждый волен определять свое поведение. Однако, признавая такое право, государство и общество, используя различные виды социальных регуляторов, «направляет» гражданина, должностное лицо, государственный орган в русло законопослушных действий.

Злоупотребление правом возможно посредством бездействия. Можно различить бездействие частного или публичного характера.

Можно согласиться с мнением В. И. Крусса, который считает, что, в отличие от правонарушения, злоупотребление правом «не связано с нарушением установленных законом норм, в которых конкретизированы составы противоправных деяний» [11. – С. 65]. Полагаем, что вывод о злоупотреблении правом можно сделать, основываясь на принципах права. При этом мы исключаем право властвующего субъекта, привлекать граждан к уголовной, административной, дисциплинарной или материальной ответственности посредством наложения предусмотренных нормами указанных отраслей взысканий (мер), но не исключаем, как уже отмечалось, отказа в предоставлении определенных гарантий (преимуществ).

Обычно злоупотребление правом рассматривается в контексте усмотрения субъектов на совершение тех или иных действий. При этом представляется спорной позиция некоторых ученых на этот счет. Так, А. А. Малиновский пишет: «Именно в возможности уполномоченного субъекта поступать по своему усмотрению предоставленная объективным правом свобода и находит свое практическое выражение; чем шире предоставленное субъекту усмотрение, тем многообразнее могут быть различные злоупотребления правом; лишившись возможности поступать по своему усмотрению, управомоченный субъект и утратил бы саму свободу, и, как следствие, не смог бы злоупотреблять ею.

Вот почему такие явления правовой действительности, как усмотрение в праве и злоупотребление правом, взаимообусловлены»

[18. – С. 20]. Весьма категоричные выводы. Конечно, следует избегать расплывчатых формулировок в актах законодательства, но диспозитивности в праве избежать нельзя. Вряд ли следует увязывать «многообразие» злоупотреблений правом с широтой свободы усмотрения по отношению к гражданам, ведь и при отсутствии широкой свободы выбора может быть многообразие злоупотреблений. Более опасна свобода усмотрения для регулирования отношений между государственными органами и гражданами. Даже когда, на первый взгляд, имеются четко обозначенные варианты действий, может быть сформирована неприемлемая практика. Так, в Уголовном кодексе можно увидеть, когда за одно и то же деяние предусматривается множество вариантов наказания; разница между минимальной и максимальной санкцией, например в виде лишения свободы, может составлять 9–17 лет (статья 139 УК). Законодателю следует избегать такой правовой регламентации. Обеспечить соблюдение принципа равенства всех перед законом и судом можно, если будет единство судебной практики.

Известный российский ученый, судья Конституционного суда России Г. А. Гаджиев увязывает два важнейших принципа – добросовестность и недопустимость злоупотребления субъективными правами [19. – С. 54, 59]. Логика в этом присутствует, так как наличие злоупотребления правом можно определить через такие категории, как «добросовестность», «использование прав, свобод и обязанностей соответственно их назначению».

Как замечает Г. А. Гаджиев, «принцип добросовестности содержит ряд правил, адресуемых как органам государства, и прежде всего законодательным органам, так и частным лицам. Чтобы не подвергать экономическую свободу чрезмерным, недопустимым с точки зрения Конституции ограничениям, государство в процессе правового регулирования экономических отношений должно действовать в пределах конституционных координат, основанных на

принципе экономической свободы и экономическом конституционном публичном порядке. Это значит, в частности, что в процессе правового регулирования законодатель должен исходить из презумпции добросовестности предпринимателя, налогоплательщика» [19. – С. 54]. Принцип добросовестности предполагает обеспечение гармонии, баланса частных и общественных интересов. Добросовестность в качестве объективного мерил предполагает «идеальные желаемые правоотношения, в рамках которых их участники наподобие «добрых хозяев» придерживаются такого поведения, которое не расходится с социальным идеалом» [19. – С. 57–58]. В этой связи возникает проблема защиты прав добросовестного приобретателя каких-то благ, например, имущества. Уместно будет напомнить практику Конституционного суда Беларуси, который в своей деятельности неоднократно становился на сторону добросовестных приобретателей имущества.

От злоупотребления правом следует отграничивать правомерные риски. Ю. А. Тихомиров и С. М. Шахрай определяют риск как «сознательное волевое поведение лица, направленное на достижение правомерного положительного результата в ситуации с неоднозначными перспективами развития, что допускает вероятное наступление неблагоприятных последствий и причинение вреда» [20. – С. 9]. В этой связи обратим внимание на то, что субъект риска действует во имя правомерного положительного результата. В этом его отличие от злоупотребления правом, для которого характерны иные установки (причинение вреда другому субъекту, использование права вопреки его назначению).

Поэтому меры воздействия могут зависеть от субъективного отношения лица к совершенному деянию. Злоупотребление правом неправомерно не с момента фактического наступления вреда, а с момента его совершения. Риск изначально допускается законодательством. В Уголовном кодексе (статья 39) исключена ответственность за обоснованный риск, т. е. даже тогда, когда причинен вред охраняемым Уголовным кодексом интересам для достижения общественно полезной цели.

Аналогичный подход предусмотрен в КоАП (статья 5.4). К сожалению, на практике часто при решении вопроса о привлечении руководителя или иного должностного лица к юридической ответственности упускают из вида их право на обоснованный риск; нередко случаи привлечения их к ответственности, например, за злоупотребление властью или служебными полномочиями.

Обычно злоупотребление правом и оценка этого факта рассматриваются в контексте усмотрения субъектов на совершение тех или иных действий и права на вынесение соответствующего решения. Такие явления правовой действительности, как усмотрение в праве и злоупотребление правом, взаимообусловлены. В этой связи повышается роль суда в уяснении смысла нормативного правового акта, подлежащего применению в деле. Именно суд обязан обеспечивать баланс частных и публичных интересов. Это предполагает развитие судебного усмотрения при безусловном соблюдении принципа единства судебной практики. Достижению такого единства может способствовать признание в качестве источника права судебного прецедента.

Разделяем точку зрения А. Барака о том, что судебское усмотрение не абсолютно. Судья ограничен в своем усмотрении. По его мнению, только в трудных делах оно приемлемо. Но при этом судья выбирает не между законным и незаконным, а между законным и законным [21. – С. 27–39]. К «трудным» делам мы как раз и относим те, в которых возникает проблема оценки факта злоупотребления правом. Не всегда злоупотребление очевидно. В отличие от обоснованного риска, не давшего положительного результата, злоупотребление, на наш взгляд, должно расцениваться как основание для решения вопроса о пределах ответственности, пределах применения мер реагирования.

Особая роль на влияние нормотворческой и правоприменительной деятельности принадлежит конституционным судам [22; 24]. Они своими решениями исключают применение неконституционных актов иных органов государственной власти, содействуют исключению из повседневной реальности

злоупотребления правом, от кого бы оно ни исходило.

При определении того, имело ли место злоупотребление правом или нет, необходимо исходить из анализа пределов осуществления прав. Злоупотребление правом обычно является правонарушением, в связи с совершением которого могут быть применены меры карательного и/или восстановительного характера, а в отдельных случаях может быть отказано в предоставлении определенных гарантий (преимуществ). Для правонарушения характерно наличие общественной опасности (разделяем точку зрения тех авторов, которые считают, что все правонарушения различимы по степени такой опасности), противоправность, виновность. Это же характерно и для злоупотребления правом. Оно также может иметь соответствующий состав.

В завершение заметим, что злоупотребление правом представляет собой деяние субъекта в связи с реализацией его субъективного права, но выходящего за его пределы.

Список литературы

1. *Аболонин В. О.* Злоупотребление правом на иск в гражданском процессе Германии. – М. : Волтерс Клувер. – 2009.
2. *Барак А.* Судейское усмотрение. – М. : Норма. 1999.
3. *Баренбойм П. Д., Гаджиев Г. А., Лафитский В. И., Мау В. А.* Конституционная экономика : учебник для юридических и экономических вузов. – М. : ЗАО Юстицинформ, 2006.
4. *Бару М. И.* О статье 1 Гражданского кодекса // Советское государство и право. – 1958. – № 12. – С. 117–120.
5. *Василевич Г. А.* Конституционное правосудие. – Минск : Право и экономика, 2012.
6. *Волков А. В.* Теория концепции «злоупотребление гражданскими правами». – Волгоград : Станица, 2007.
7. *Гаджиев Г. А.* Конституционные принципы добросовестности и недопустимости злоупотребления субъективными правами // Государство и право. – 2002. – № 7. – С. 54–62.
8. *Грибанов В. П.* Пределы осуществления и защиты гражданских прав. – М. : Российское право, 1992.
9. *Дурново Н. А.* Злоупотребление правом как особый вид правового поведения (теоретико-правовой анализ) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Нижний Новгород, 2006.
10. *Зайцева С. Г.* Злоупотребление правом как правовая категория : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Волгоград, 2003.
11. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь с приложением актов законодательства и судебной практики (постатейный) : в 3 кн. – Кн.1 / отв. ред. В. Ф. Чигир. – Минск : Амалфея, 2005.
12. *Крусс В. И.* Злоупотребление правом : учебное пособие. – М. : Норма, 2010.
13. *Лазарев В. В., Липень С. В.* Теория государства и права : учебник для вузов. – 3-е изд., испр. и доп. – М. : Спарк, 2004.
14. *Малиновский А. А.* Злоупотребление правом. – М. : Кардиналь, 2008.
15. *Малиновский А. А.* Злоупотребление субъективным правом как юридический феномен : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2008.
16. *Марченко М. Н.* Судебное правотворчество и судейское право. – М. : ТК Велби : Проспект, 2008.
17. *Наумов А. Е.* Злоупотребление правом: теоретико-правовой аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М. : 2010.
18. *Одегнал Е. А.* Злоупотребление правом как явление правовой действительности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Ставрополь, 2009.
19. *Офман Е. Л.* Злоупотребление правом субъектами трудовых отношений : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2006.
20. Права человека : сборник международно-правовых документов / сост. В. В. Щербаков. – Минск : Белфранс, 1999.
21. Теория государства и права : учебник / под ред. А. С. Мордовца, В. Н. Синюкова. – М. : МВД России, 2005.
22. Теория государства и права : учебник для вузов / под ред. М. А. Рассолова, В. О. Лучина, Б. С. Эбзеева. – М. : Юнити-Дана : Закон и право, 2000.
23. *Тихомиров Ю. А., Шахрай С. М.* Риск и право. – М. : Московский университет, 2012.