

**ПРАВА**

УДК 340.114.6

*Г. А. ВАСИЛЕВИЧ, С. Г. ВАСИЛЕВИЧ***ПРАВОМЕРНОЕ ПОВЕДЕНИЕ И ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ПРАВОМ***Белорусский государственный университет**(Поступила в редакцию 04.07.2013)*

В юридической литературе можно встретить весьма объемные определения правомерного поведения. Под ним понимают «социально значимое, полезное поведение индивидуальных или коллективных субъектов, управомоченных или обязанных лиц, подконтрольное их сознанию и воле, соответствующее нормам права» [1, с. 388]. Вместе с тем, на наш взгляд, приемлема и лаконичная формулировка как поведения, 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, как справедливо отмечается в литературе, другой вопрос – о границах правового регулирования [4]. 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 Республики Беларусь являются законопослушными. Так, количество преступлений в последние пять лет имеет тенденцию к снижению. В то же время нельзя не отметить стабильно высокое число административных правонарушений: ежегодно их фиксируется около трех миллионов. Многочисленны также дисциплинарные проступки. Квалификация указанных видов противоправного поведения, меры противодействия им закреплены в законодательстве, сложилась соответствующая практика.

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, речь идет 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. В определенной степени его затрагивают 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 о своем положении, наличии у них гарантий нанимателю при решении им вопроса о прекращении с ними трудовых отношений, когда наниматель не знал об

этом. Такие действия расцениваются Верховным Судом России 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: предусматривается противодействие злоупотреблению правами в процессе доказывания (ст. 288), в Уголовном кодексе, когда речь идет об ответственности за злоупотребление правами опекуна или попечителя (ст. 176), злоупотребление властью или служебными полномочиями (ст. 424), в КоАП – о недопустимости злоупотребления правом на проведение предвыборной агитации, агитации по референдуму (ст. 47). Аналогичных норм много и в российском законодательстве. Так, в ст. 13.15 КоАП Российской Федерации 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 академической, поскольку с ней связано решение важного вопроса для практики – о правовых последствиях, которые наступают по отношению к лицу, злоупотребляющему правом. Поэтому с теоретической и практической точек 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, имеем мы 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 «злоупотребление правом». Причем часто они содержатся в диссертационных исследованиях, по результатам которых присваиваются ученые степени. 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» [5, с. 9]. Е. М. Офман считает, что злоупотребление правом находится всегда в правовом поле [6, 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» [7, 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 [8, 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» [9, 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 [9, 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 злоупотребление правом в иных формах [10, с. 20–21].

Зарубежная европейская практика на законодательном уровне по-разному 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. Зиббертом 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. При этом отмечается, что важным последствием внедрения данной концепции явилось устранение необходимости доказывания умысла на причинение вреда, поскольку в качестве злоупотребления правом может рассматриваться не только шикана, но и другие виды недобросовестного поведения, связанные с осуществлением субъективных прав [11, с. 72].

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

На наш взгляд, именно здесь находятся истоки взаимной ответственности государства и гражданина, что закреплено в ст. 2 Конституции Республики Беларусь и давно нашло свое практическое воплощение в законодательстве и практике других стран.

В. И. Крусс отмечает 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 [12, с. 84].

Следовательно, речь идет о таких личностных злоупотреблениях, как ненадлежащее пользование правами и свободами человека либо ненадлежащее выполнение конституционных обязанностей, публично-властное злоупотребление правом – ненадлежащее осуществление публично-властных полномочий.

К возможным субъектам злоупотребления правом можно отнести политические партии, общественные объединения, средства массовой информации, органы территориального общественного самоуправления, т. е. по существу всех потенциальных субъектов 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 (на наш взгляд, 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 [12, с.132].

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

**Нормотворческие злоупотребления.** Яркий пример такого злоупотребления – непринятие 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 свидетельство 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 злоупотреблений может быть отсутствие контроля за обеспечением единства правоприменительной практики, неприменение ст.70 УК, устанавливающей правила применения более мягкого наказания за данное преступление, несоразмерная ответственность при совершении некоторых преступлений и др. Злоупотребление правом возможно посредством бездействия. Необходимо различать бездействие частного или публичного характера.

Существуют разноречивые выводы относительно того, является ли злоупотребление правом правонарушением. Например, указывается, что оно таковым не является [13, 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» [9, 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 наказание, т. е. такой признак, как наказуемость, во всех случаях ему не присущ.

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» [14, с. 7–8].

Е. А. Офман, как уже отмечалось, считает, что злоупотребление правом это такое деяние, которое совершается в правовом поле, и оно отличается от правонарушения отсутствием противоправности [6, с. 9].

Вряд ли можно согласиться с выводами указанных выше авторов (А. Е. Наумова и Е. А. Офмана): 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, отказано, 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, считающая, 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» [6, 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» [15, 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 [16, 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)» [12, с. 43]. Когда мы говорим о злоупотреблении правом, то тем самым можно вести 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. Напомним в этой связи такой факт. В конце 1990-х годов в Крыму представители татарской национальности, требуя предоставления им земли, которой они лишились в связи с выселением в 1940-х годах, перекрыли автомобильную трассу следующим образом: около тридцати человек непрерывно ходили по обозначенной в качестве пешеходной дорожке через эту трассу вперед и назад. Вроде бы они переходят дорогу в установленном месте, но делают это совершенно с иными целями: остановить движение транспорта. Похожая ситуация с так называемыми флэш-мобами, практика проведения которых уже имеет определенную историю. Так, в Нью-Йорке большая группа молодежи договорилась по телефонам встретиться у ковра, который продавался в торговом центре, и какое-то время его рассматривала. 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, а власть не всегда успевает отреагировать, т. к. после краткой акции все возвращается к ранее существовавшему порядку.

Злоупотребить правом можно и в иной форме. Например, многолетние семьи имеют право на получение земельного участка вне очереди по льготной кадастровой оценке. Еще несколько лет назад, в силу несовершенства законодательства, было много случаев, когда участок такая семья получала, 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. Ведь в данном случае со стороны государства были предоставлены льготы для того, чтобы наименее социально защищенные слои населения решили свою жилищную проблему. Вместо этого, построив квартиру, они не пользуются ею, а извлекают доход, продолжая жить в тех условиях, которые обусловили выдачу такого кредита, пользуясь льготным кредитом. Однако полагаем необходимым 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 про-

блемы, 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 Республики Беларусь «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. Противодействовать злоупотреблению таким правом можно посредством установления сбора за подачу повторного обращения, который должен быть возвращен гражданину, если его жалоба будет удовлетворена.

Полагаем, что разноречивые подходы к определению места такого явления, как злоупотребление правом, среди иных близких к нему явлений (правомерное поведение, неправомерное поведение, правонарушение) обусловлены неправильным выбором критерия, который бы позволил 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 имеем дело со злоупотреблением правом, то тем самым уже обязательно есть нарушение конституционного баланса интересов, конституционных ценностей. Конституция Республики Беларусь основана на ценностном подходе: здесь сочетаются свобода и ответственность, экономика государства и интересы отдельного субъекта хозяйствования.

По существу есть все основания, что принцип недопустимости злоупотребления правом является конституционным принципом, общим принципом права. У нас в отличие от Конституции Российской Федерации 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 в этой связи говорят о его «составе» по аналогии с правонарушением.

Особенностью неправомерного поведения является то, что за него может быть установлена ответственность либо она может отсутствовать. В связи со злоупотреблением субъективным правом, которое нет оснований рассматривать как правонарушение, лицо может лишиться установленных законом гарантий (в связи с увольнением, предоставления 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» [6, с. 9–10; 12, с. 65]. Полагаем такую позицию ошибочной. Ошибка заключается в том, что эти авторы отрицают противоправный характер злоупотребления правом. Анализ законодательства, международных документов свидетельствует об установлении запретов. Например, ст. 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 [17, с. 761–772].

С исследуемым нами явлением тесно связана проблема возможного ограничения прав и свобод. Правила и пределы их ограничения изложены в ст. 23 Основного Закона Республики Беларусь. Как справедливо отмечается, ограничение порядка осуществления соответствующего права вытекает из правила о недопустимости злоупотребления правом, оно является частью не только позитивного права, но следует из объективных условий жизнедеятельности [18, 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 ст. 23 Конституции Республики Беларусь, пределы реализации субъективного права определяются интересами других лиц, их правами и свободами, 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 здесь, конечно же, нет оснований утверждать, что злоупотребление правом привело к нарушению закона. Тут 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, «направляют» гражданина, должностное лицо, государственный орган в русло законопослушных действий.

Злоупотребление правом возможно посредством бездействия. Необходимо различать 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» [12, с. 65]. Полагаем, что вывод о злоупотреблении правом можно сделать, основываясь на принципах права. При этом мы исключаем право властвующего субъекта, руководствуясь ими, привлекать граждан к уголовной, административной, дисциплинарной или материальной ответственности.

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 утратил бы и саму свободу и, как следствие, не смог бы злоупотреблять ею. Вот почему такие явления правовой действительности, как усмотрение в праве

и злоупотребление правом, взаимообусловлены» [19, 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 за одно и то же деяние иногда предусматривается множество вариантов наказания, разница между минимальной и максимальной санкцией, например в виде лишения свободы, может составлять 9–17 лет (ст. 139). 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 Российской Федерации Г. А. Гаджиев увязывает два важнейших принципа – добросовестность и недопустимость злоупотребления субъективными правами [20, с. 54, 59]. Логика в этом присутствует, поскольку наличие злоупотребления правом можно определить через такие категории, как «добросовестность», «использование прав, свобод и обязанностей соответственно их назначению».

Как отмечает 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» [20, с. 54]. Принцип добросовестности предполагает обеспечение гармонии, баланса частных и общественных интересов. Добросовестность в качестве объективного мерила предполагает «идеальные желаемые правоотношения, в рамках которых их участники наподобие «добрых хозяев»... придерживаются такого поведения, которое не расходится с социальным идеалом» [20, с. 57–58]. В этой связи возникает проблема защиты прав добросовестного приобретателя каких-то благ, например имущества. Уместно напомнить практику Конституционного Суда Республики Беларусь, который в своей деятельности неоднократно становился на сторону добросовестных приобретателей имущества.

От злоупотребления правом, на наш взгляд, 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» [21, с. 9]. В этой связи необходимо обратить 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 (ст. 39) исключена ответственность за обоснованный риск, т. е. даже тогда, когда причинен вред охраняемым УК интересам прав для достижения общественно полезной цели. Аналогичный подход предусмотрен в КоАП (ст. 5.4).

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. Если имеются обоснованные сомнения в конституционности, то следует руководствоваться тем механизмом, который предусмотрен

в ст. 112 Конституции, а именно: вынесение судом постановления на основе конституционной нормы и постановка перед Конституционным Судом вопроса о проверке конституционности примененного в рассмотренном деле нормативного правового акта. В наиболее сложных, неясных ситуациях, более оптимальным может быть приостановление производства в суде (общем или хозяйственном) и обращение в Конституционный Суд с запросом. Именно суд обязан обеспечивать баланс частных и публичных интересов. Это предполагает развитие судейского усмотрения при безусловном соблюдении принципа единства судебной практики. Достижению такого единства может способствовать признание в качестве источника права судебного прецедента. Мы разделяем точку зрения А. Барака о том, что судейское 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 [22, 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 отягчающее вину обстоятельство.

Особая роль на влияние нормотворческой и правоприменительной деятельности принадлежит конституционным судам [23; 24]. Они своими решениями исключают применение неконституционных актов иных органов государственной власти, содействуют исключению из повседневной реальности злоупотреблению правом, от кого бы оно ни исходило.

При определении, имело ли место злоупотребление правом или нет, необходимо исходить из анализа пределов осуществления прав. Злоупотребление правом, как правило, является правонарушением. Для правонарушения характерно наличие общественной опасности (все правонарушения различимы по степени такой опасности), противоправность, виновность. Это же характерно и для злоупотребления правом. Оно также имеет соответствующий состав. Что касается наказуемости, то за злоупотребление правом наказание наступает не всегда. Ответственностью (последствиями) за это деяние может быть применение как карательных, так и восстановительных мер, а также отказ в реализации гарантий и преимуществ.

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

## Литература

1. Теория государства и права: учеб. / под ред. А. С. Мордовца, В. Н. Синюкова. – М.: МВД России, 2005. – 488 с.
2. Лазарев, В. В., Липень, С. В. Теория государства и права: учеб. для вузов / В. В. Лазарев, С. В. Липень. – 3-е изд., испр. и доп. – М.: Спарк, 2004. – 528 с.
3. Теория государства и права: учеб. для вузов / под ред. М. А. Рассолова, В. О. Лучина, Б. С. Эбзеева. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2000. – 640 с.
4. Границы правового регулирования: науч.-практ. пособие / отв. ред. И. В. Плюгина, Е. В. Черепанова. – М.: Юриспруденция, 2011. – 184 с.
5. Дурново, Н. А. Злоупотребление правом как особый вид правового поведения (теоретико-правовой анализ): автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Н. А. Дурново. – Нижний Новгород, 2006. – 27 с.
6. Офман, Е. Л. Злоупотребление правом субъектами трудовых отношений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Е. Л. Офман. – Екатеринбург, 2006. – 24 с.
7. Зайцева, С. Г. Злоупотребление правом как правовая категория: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / С. Г. Зайцева. – Волгоград, 2003. – 26 с.
8. Бару, М. И. О ст. 1 Гражданского кодекса / М. И. Бару // Советское государство и право. – 1958. – № 12. – С. 117–120.
9. Малиновский, А. А. Злоупотребление правом / А. А. Малиновский. – М.: Кардиналь, 2008. – 100 с.
10. 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. – 1040 с.
11. Аболонин, В. О. Злоупотребление правом на иск в гражданском процессе Германии / В. О. Аболонин. – М.: Волтерс Клувер, 2009. – 208 с.
12. Красс, В. И. Злоупотребление правом: учеб. пособие / В. И. Красс. – М.: Норма. – 2010. – 176 с.
13. Одегнал, Е. А. Злоупотребление правом как явление правовой действительности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Е. А. Одегнал. – Ставрополь, 2009. – 20 с.
14. Наумов, А. Е. Злоупотребление правом: теоретико-правовой аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А. Е. Наумов. – М., 2010. – 25 с.

15. Грибанов, В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав / В. П. Грибанов. – М.: Российское право, 1992. – 204 с.
16. Волков, А. В. Теория концепции «злоупотребление гражданскими правами» / А. В. Волков. – Волгоград: Станица, 2007. – 352 с.
17. Права человека: сб. междунар.-прав. док. / сост. В. В. Щербаков. – Минск: Белфранс, 1999. – 1146 с.
18. Баренбойм, П. Д., Гаджиев, Г. А., Лафитский, В. И., Мау, В. А. Конституционная экономика: учеб. для юрид. и экон. вузов / П. Д. Баренбойм [и др.]. – М.: ЗАО Юстицинформ, 2006. – 528 с.
19. Малиновский, А. А. Злоупотребление субъективным правом как юридический феномен: автореф. дис. ... юрид. наук / А. А. Малиновский. – М., 2008. – 29 с.
20. Гаджиев, Г. А. Конституционные принципы добросовестности и недопустимости злоупотребления субъективными правами / Г. А. Гаджиев // Государство и право. – 2002. – № 7. – С. 54–62.
21. Тихомиров, Ю. А., Шахрай, С. М. Риск и право / Ю. А. Тихомиров, С. М. Шахрай. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 2012. – 64 с.
22. Барак, А. Судейское усмотрение /А. Барак. – М.: Норма, 1999. – 370 с.
23. Марченко, М. Н. Судебное правотворчество и судейское право / М. Н. Марченко. – М.: ТК Велби, Проспект, 2008. – 512 с.
24. Василевич, Г. А. Конституционное правосудие /Г. А. Василевич. – Минск: Право и экономика, 2012. – 326 с.

*G. A. VASILEVICH, S. G. VASILEVICH*

## **LEGAL CONDUCT AND MISUSE OF THE LAW**

### **Summary**

Authors of the article have drawn a distinction between legal behavior and misuse of the law. They have justified the conclusion that the misuse of the law to be considered as an offense characterized by the unlawfulness, guilt.

But the punishment does not always occur as punitive or remedial standards. In some cases, the legal consequence of the commission for misuse of the law could be refused to provide guarantees and privileges under the law.