

Смитюх А.В., к.ю.н., доцент
Одесский национальный университет им И.И. Мечникова

**КОНЦЕПЦИЯ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ СУБЪЕКТИВНЫМ ПРАВОМ В
ПОЗИТИВНОМ ПРАВЕ АВСТРИИ, ГЕРМАНИИ И ШВЕЙЦАРИИ**

Законодатели германоязычных государств внесли значительный вклад в развитие концепции злоупотребления правом.

Прусское земское уложение (Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten) 1794 г. стало первым кодифицированным актом нового времени, в

котором были закреплены нормы о недопустимости злоупотребления праве [1]. Так, параграф 72 Введения в Уложение гласил, что лицо, признанное решением суда виновным в грубом злоупотреблении (groben Mißbrauchs) своей привилегией (Privilegii) во вред государству или гражданам, утрачивает свое право (Recht) без какой - либо компенсации¹.

Параграфы 36, 37 Титула 6 Уложения оговаривали, что лицо, пользующееся своим правом в надлежащих пределах не возмещает убытки, причиненные такими действиями, за исключением случаев, когда из обстоятельств дела следует, что из различных способов осуществления при умышленно был выбран способ, причиняющий ущерб. Комментируя эти положения А.Волков указывает, что «в первом прусском уложении во главу угла была поставлена защита здорового эгоизма, а умысел носителя права ассоциировался с проблемой «правильного» выбора из имеющихся способов правоосуществления» [3, с.26].

Нормы Прусского земского уложения о запрещении злоупотребления правом достаточно часто применялись в судебной практике Пруссии: если бесспорно устанавливалось, что пользование правами могло иметь место и без причинения ущерба другим лицам, но умышленно осуществлялось таким способом, чтобы этот вред причинить, действия управомоченного лица признавались злоупотреблением правом, и он присуждался к возмещению ущерба [4, с.6]. Т.Яценко подчеркивает, что Прусское земское уложение, по сравнению с более поздними по времени принятия кодификационными актами, предусматривало наиболее суровые последствия для лица, злоупотребившего своим правом, т.к. оно не только обязано было возместить причиненный ущерб, но и могло быть лишено судом того права, которым оно злоупотребило [5, с.26].

Прусское земское уложение в литературе часто подвергается критике по причине «бесконечной казуистики и норм, лишающих судей и подданных

¹ Использование привычного нам общего термина «право» (в значении «субъективное право») в одном значении с термином «привилегия» объясняется, судя по всему тем, что как указывают К.Цвайгерт и Х.Кётц, Прусское земское уложение закрепляло сословную организацию общества [2, с.212]: Действительно, в отличие от привычной нам терминологии европейских кодифицированных актов нового времени (ГК Наполеона, ГГУ и т.д.), язык Прусского земского уложения является всё еще в значительной степени феодальным - в нем есть место и господам и вассалам и просто-народью.

свободы действий», встречаются даже характеристики этого документа как "монстра, убивающего дух» [2, с.212].

Тем не менее, можно видеть, что этот правовой акт предлагал весьма адекватный подход к решению проблемы злоупотребления правом, в то время, как его младший современник, Гражданский кодекс Франции 1804 г. (Code civil des Français) [6], характеризуемый обычно как шедевр правовой мысли [2, с.141], вообще не содержал норм по этому вопросу. Таким образом, величайший кодекс, оказавший определяющее влияние на правотворчество всего XIX века и ставший источником множества рецепций полностью игнорирует одну из важнейших правовых проблем.

Кодификация права Германской Империи происходила спустя столетие - на рубеже XIX и XX веков.

И первая (1874-1887) и вторая (1890-1895) комиссии по разработке проекта уложения [7, с.312-313] рассматривали вопрос о необходимости общего запрета злоупотребления правом, однако, как отмечает И.Покровский, оба раза вопрос был решен отрицательно, причем главным мотивом для такого отрицательного решения служило опасение, что подобное общее правило весьма повредило бы прочности правопорядка и создало бы опасную неопределенность в пользовании правами [7, с.114]. В.Доманжо указывает, что по мнению разработчиков проекта само намерение причинить вред другому лицу осуществлением своего права установить и доказать практически невозможно, следовательно, запрещать злоупотребление правом бессмысленно, т.к. это станет основанием для огромного количества заведомо неразрешимых исков [4, с.8]. Тем не менее, Бундесрат (верхняя палата парламента, представлявшая земли империи) внёс в проект положения, ограничивающее злоупотребление правом собственности, а Рейхстаг (нижняя палата парламента, представляющая население империи) перенес эти положения в общую часть [7, с.114], в результате чего и появился параграф 226 Германского гражданского уложения (Bürgerliches Gesetzbuch) [9], предусматривающий, что осуществление права недопустимо, если оно может иметь своей исключительной целью причинение вреда другому. Германское гражданское уложение было принято в 1896 и вступило в силу в 1900 г.

Л.Эннекцерус, бывший, как отмечает В.Грибанов, одним из докладчиков при рассмотрении проекта уложения в рейхстаге [10, с.32], подчеркивал, что уложением «запрещено не всякое осуществление права, причиняющего

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, совершающего данное действие, не может иметь никакой другой цели, чем причинение вреда, но это вообще можно признать только тогда, когда осуществление права не имеет для него никакого интереса» [11, с.437].

Таким образом немецкий законодатель запретил не всякое зловерное правопользование, а только шикану - употребление права с единственно исключительной целью причинить ущерб.

Другой этапной европейской кодификацией рубежа XIX и XX веков, в которой был закреплен запрет злоупотребления правом, стало Швейцарское гражданское уложение (Schweizerische Zivilgesetzbuch) [12], принятое в 1907 г. и ступившее в силу в 1912 г.

Как отмечают исследователи, в отличие от Германии этому не предшествовала длительная научная дискуссия, злоупотребление правом начал упоминаться в исследованиях ученых лишь в период разработки проекта уложения [5, с.33].

Как и в Германии поначалу запрет злоупотребления правом должен был касаться только правомочий собственника, однако в финальном тексте документа эта формулировка была перенесена в общую часть [8, с. 114].

Как следствие, ст.2 Швейцарского гражданского уложения предусматривает, что «При осуществлении прав и обязанностей каждый должен поступать по доброй совести. Явное злоупотребление правом не пользуется защитой». В указанной норме очевидна как связь категории злоупотребления правом с категорией добросовестности, так и несводимость злоупотребления правом к шикане. О.Губер, являющийся, по утверждению К.Цвайгерта и Х.Кётца фактически единоличным автором Швейцарского гражданского уложения [2, с. 159] прямо указывает, с одной стороны, на то, что законодательный запрет охватывает случаи не только умышленного злоупотребления правом, но и злоупотребления по небрежности, а с другой - отмечает, что право может быть использовано только соответственно его социальной функции [8, с.116-117].

Соответственно, в Швейцарском и Германском гражданских уложениях запрет злоупотребления правом вылился, по выражению

И. Покровского, в два совершенно различных типа [8, с.1115]:

- для Германского гражданского уложения существенным признаком является намерение причинить другому вред, т.е. **субъективный, внутренний** по отношению к правообладателю **критерий**;

- для Швейцарского гражданского уложения существенным признаком является несоответствие осуществления права неким господствующим представлениям о добросовестности, т.е. **объективный, внешний** по отношению к правообладателю **критерий**.

Как следствие, запрет, налагаемый германским законодателем гораздо уже и определеннее, касается только шиканы. Однако, как указывает (О. Поротикова, оборотной стороной такого регулирования, предусматривающего четкий состав (осуществление субъективного права, сопряженное с причинением вреда; умысел, исключительная цель; причинная связь между деянием и ущербом), является абсолютная недоказуемость злоупотребления правом, за исключением редких гротескных ситуаций [13, с.58].

Норма швейцарского законодательства, напротив, является гораздо более гибкой и может быть применена к различным видам злоупотребления правом. С другой стороны, такая норма оставляет широкий простор для судебного усмотрения и базируется на критерии добросовестности, применение которого в лучшем случае требует постоянной работы со стороны судебного и правового сообщества по выработке единообразного понимания его содержания, а в худшем - открывает широкие возможности для судебного произвола.

Опыт кодификаций Германской Империи и Швейцарии привел к тому, что законодатели Австро-Венгерской Империи также решили закрепить принцип недопустимости злоупотребления правом. Первая редакция Австрийского гражданского уложения (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) 1811 г. не содержала никаких норм по этому поводу [14], однако в 1916 г. положения о недопустимости злоупотребления правом были закреплены в части 2 параграфа 1295 уложения, в соответствии с которым тот, кто намеренно причиняет вред способом, нарушающим добрые нравы, несёт за это ответственность, однако если вред причинен правореализацией, ответственность наступает только если такая правореализация осуществляется с очевидной целью причинения вреда [15].

Можно видеть, что подход австрийского законодателя во многом

ориентирован на германский образец, однако существует и важное отличие: причинение вреда должно быть **очевидной**, но может быть **не единственной** целью правореализации.

Таким образом, уже на рубеже XIX и XX веков в позитивном праве германоязычных государств, относящихся к семье континентального (романо-германского) права сложились различные подходы к проблеме злоупотребления правом. Эти подходы оказали существенное влияние на позднейшие кодификации и стали важным вкладом в развитие учения о злоупотреблении правом.

С другой стороны, Германское гражданское уложение, Гражданский кодекс Швейцарии и Австрийское гражданское уложение действуют до сих пор, а поскольку нормы о запрете злоупотребления правом не претерпевали изменений, то можно утверждать, что они представляют собою важный пример непрерывных, столетних традиций различного правового урегулирования проблемы злоупотребления правом.

Литература:

1. Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten // http://www.smixx.de/ra/Links_FR/PrALR/pralr.html
2. Цвайгерт К., Кёгц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т.: Пер. с нем. - М.: Международные отношения, 1998 - Т. Основы - 480 с.
3. Волков, В.А. Злоупотребление гражданскими правами. Проблемы теорий и практики / В.А. Волков, — М.: Волтере Клувер, 2009. — 464 с.
4. Доманжо В. Ответственность за вред, причиненный путем злоупотребления правом. Уч. Зап. Казанск. Ун-та, кн. Пятая. 1913. — С. 1-19
5. Яценко Т.С. Категория шиканы в гражданском праве: история и современность. - М. - Статут, 2003. - 157 с.
6. Code civil des Français // http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=DAA7EDA8B F338708D1BF87C4FAEEA448.tpdjo 15 v_3?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20120229
7. Аннерс Э. История европейского права: Пер. со швед. - М.: Наука, 1999.- 395 с.
8. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. - М.: Статут,

2001.-354 с.

9. Bürgerliches Gesetzbuch // <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>

10. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. - М.: Статут, 2000.-411 с.

11. Энекцерус Л., Кипп Т., Вольф М. Курс германского гражданского права. Том 1.

Полутом 2. - М.: Издательство иностранной литературы, 1950. - 483 с.

12. Schweizerische Zivilgesetzbuch // <http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/210.de.pdf>

13. Порогичева О. А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. - М.: Волтере Клувер, 2007. - 117 с.

14. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch. - Wien.: Der Kaiserlich Koniglichen Hof und Staats Druckerey, 1811. — 795 S.

15. Всеобщий гражданский кодекс Австрии = Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch / пер. с нем. [Маслов С. С.]. - М.: Инфотропик Медиа, 2011. - 272 с.