

М. М. АГАРКОВ

ПРОБЛЕМА ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ ПРАВОМ В СОВЕТСКОМ
ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

I. Вступительные замечания

Непосредственно после издания ГК РСФСР (в дальнейшем — ГК) возглавлявшая его ст. 1 рассматривалась как командная высота, как правило, которое определяет собой характер советского гражданского права. Чтобы убедиться в этом, достаточно просмотреть цивилистическую литературу двадцатых годов. Мы не встретим больших работ, но найдем довольно много статей, авторы которых проникнуты сознанием значительности этой темы.¹ Мы встретим кроме того ряд работ, в которых более специальные юридические проблемы рассмотрены в свете ст. 1.

Ст. 1 ГК занимала видное место в судебной практике. Важность ее была ясна для Верховного Суда РСФСР. Об этом свидетельствует указ Пленума Верховного Суда РСФСР, гражданской кассационной коллегии (ГКК) от 22/XII 1924 г., доклад ГКК за 1925 г. и инструктивное письмо ГКК № 1, 1927 г. В этих документах Верховный Суд РСФСР констатировал, что судьи часто обращаются к ст. 1, однако она применяется не вполне отчетливо и что нередко судебные решения ссылаются на нее огульно и немотивированно. Верховный Суд РСФСР был озабочен тем, чтобы ввести применение ст. 1 в определенную юридическую рамку. Он считал нужным избегать как слишком широкого, так и слишком узкого использования этой статьи. Цивилистическая литература двадцатых годов стояла на той же точке зрения.

Положение дела резко меняется около 1930 г. Ст. 1 перестает интересовать как судебную практику, так и цивилистическую литературу. Для того, чтобы наглядно представить себе современное отношение к ст. 1, обратим внимание на следующие факты. Нет ни одного руководящего указания Пленума Верховного Суда СССР, посвященного ст. 1. В судебных решениях ссылки на ст. 1 встречаются очень редко. Эти ссылки случайны и не сопровождаются анализом условий ее применения. Издания ГК РСФСР и ГК УССР, довольно богато снабженные постановочными материалами, не находят таковых для ст. 1. Литературы,

¹ См. А. Н. Гойхбарг. Применение гражданских законов судом. «Советское право», 1923 № 3. С. И. Асквизий, Ст. 1 ГК. Еженед. сов. юстиции. 1923. №№ 38 и 39; А. Добров, Ст. 1 ГК. «Право и жизнь», кн. 1, 1927; Канторович, Ст. 1 ГК. «Право и жизнь», кн. 2—3, 1925; Г. М. Свердлов и В. С. Тадевосян, Гражданский кодекс РСФСР в судебной практике, гл. III, 1929; Гуляев, Основные положения общей части ГК. «Техника, экономика и право», Киев, 1924, № 2. См. также комментарии к ГК. Инст. сов. права (ст. 1 — Агоштон) и комм. под ред. Малицкого (ст. 1 — Славичкий).

² М. А. Гурвич. Неосновательное обогащение в его основных чертах по ГК РСФСР. «Советское право», 1925, № 2; Новицкий. Право соседства. «Право и жизнь», кн. 5—6, 7—8, 1924; Лазыженский, Оговорка изменившихся обстоятельств. «Право и жизнь», кн. 2—3, 1925; Зейц, Влияние изменившихся обстоятельств на силу договоров, 1928.

специально посвященной ст. 1, не появляется. В частности ст. 1 не привлекла внимания ни одного из авторов докторских и кандидатских диссертаций.

Очень характерны в этом отношении учебники гражданского права. Учебник гражданского права для юридических вузов ВИЮН НКЮ СССР 1938 г., а также учебник для правовых школ УССР 1940 г. не дают анализа ст. 1.

Учебник для юридических вузов ВИЮН и Института права АН СССР 1944 г., а также учебник для юридических школ ВИЮН 1944 г., сославшись на ст. 1 ГК и не останавливаясь подробно на ее анализе, предлагают понимать ее в соответствии с правилами социалистического общежития (ст. 130 Конституции СССР), в частности усматривают в ней запрещение шиканы.

Изложенное оправдывает нашу тему. Чтобы определить отношение к ст. 1, необходимо выяснить, как обстоит дело с вопросом об осуществлении гражданских прав и о злоупотреблении правом.

II. Осуществление прав и границы права

Осуществлением права называется поведение лица, которое соответствует содержанию принадлежащего ему права.³

Это поведение может заключаться не только в совершении определенных действий, но и в их несовершении. В тех случаях, когда закон предоставляет субъекту воспользоваться правом, неиспользование права также будет его осуществлением.

Осуществление права может быть произведено лично или через представителя. Последнее, естественно, не может иметь места в тех случаях, когда представительство недопустимо.

Осуществление вещных прав, например права собственности, производится посредством воздействия на вещь, необходимого для ее переработки, потребления, более или менее длительного ее использования. Осуществление права собственности может заключаться в уничтожении вещи. Оно может состоять также в том, что вещь оставляется без употребления. Уничтожение вещи и оставление ее без употребления являются осуществлением права, однако лишь в том случае, если это не запрещено законом. Осуществлением права собственности будет и предъявление к другим лицам виндикационного или негаторного притязания. Соответственно может быть описано осуществление других вещных, а также и вообще абсолютных прав (например, авторского права, на фирму и т. д.).

Осуществление обязательственных прав производится посредством предъявления кредитором требования к должнику, получения от должника исполнения, погашения требования зачетом.

Распоряжение правом посредством договора или односторонней сделки также является осуществлением соответствующего права.

Осуществление производится и в судебном порядке. Предъявление требования посредством иска, требование принудительного исполнения и другие процессуальные формы, в которые облачают материальное право во время судебного дела, не лишают поведение лица характера осуществления принадлежащего ему гражданского права.

Все сказанное об осуществлении права касается осуществления субъективных прав. Нам пришлось уже в другом месте указывать, что термин право имеет не два значения, как это обычно полагают (право в объективном и в субъективном смысле), а еще и третье. Например, говорят о «праве совершать не запрещенные законом договоры», о «праве приобретать имущество», о «праве завещать имущество» и т. п.

³ Гамбаров, Курс гражданского права, Часть общая, 1911, стр. 396.

В этих случаях дело идет не о субъективном праве, а о правоспособности⁴. Ст. 5 ГК употребляет слово право именно в этом третьем значении.

Ст. 1 имеет непосредственно в виду осуществление субъективных прав. Но тем самым она неизбежно затрагивает и правоспособность. Правоспособность есть способность лица иметь, а следовательно, и приобретать (лично либо через представителя) гражданские права. Вопрос о допустимости приобретения права стоит в зависимости от допустимости осуществления того права, которое будет приобретено. Если, например, по договору приобретается право требования, осуществление которого является недопустимым, то заключение договора также должно рассматриваться как действие, противоречащее этой статье. Ст. 1 говорит о границах допустимого осуществления субъективных прав и вместе с тем неизбежно также и о границах осуществления гражданской правоспособности. Поэтому наша судебная и арбитражная практика не раз применяла ст. 1 к вопросу о силе заключенного договора (см. циркуляр 16/VII, 1924 г. № 4 Верховуда РСФСР, «Еженед. сов. юстиции», 1924 г., № 32; решение ВАК 14/V, 1924 г. по делу Севзапгосторга против ликвидкома Псковолеса, Решения ВАК, вып. 1/V, 1924, № 3).

В нашей цивилистической литературе неоднократно и справедливо указывали на связь между ст. 1 и ст. 4 ГК. Ст. 4 поясняет ст. 1, устанавливая, что гражданская правоспособность предоставляется в целях развития производительных сил. Но ст. 4 говорит именно о правоспособности, а не об отдельных субъективных правах. Однако, поскольку правоспособность есть способность иметь права, очевидно, что и самые права с точки зрения ст. 4 должны существовать для той же цели.

Таким образом, мы приходим к выводу, что ст. 1, говоря об осуществлении гражданских прав, имеет в виду не только гражданские права в смысле отдельных субъективных прав, но и самую гражданскую правоспособность.

Для удобства изложения в дальнейшем мы также пользуемся термином «право» («права») для обозначения как субъективных прав, так и правоспособности, поскольку речь не идет специально об одном из этих понятий.

Задача, которую решает ст. 1, заключается в том, чтобы установить, в каких случаях осуществление гражданских прав и пользование гражданской правоспособностью являются допустимыми, в каких недопустимыми.

В связи с этим неизбежно возникает вопрос: каким образом осуществление права может быть недопустимо? Известная юридическая формула, обобщавшая некоторые высказывания римских юристов (D. 50, 17, 55; D. 50, 17, 151; D. 50, 17, 155, 1)⁵, гласит: *Qui suo jure utitur peccipet laedit*. Это положение казалось бы является безукоризненным применением в юридической области логического закона противоречия. Либо поведение лица является осуществлением его права, следовательно, правомерным, либо это поведение неправомерно и, следовательно, не является осуществлением права. Нет ли в ст. 1 внутреннего противоречия? Не представляет ли собой термин «злоупотребление правом», которым нередко пользуются в связи со ст. 1, лишенное смысла соединение исключающих друг друга понятий.

Этот вопрос был поставлен применительно к теории злоупотребления

⁴ М. М. Агарков, Обязательство по советскому гражданскому праву. Москва, 1940, стр. 71.

⁵ О положении вопроса в римском праве см. В. Н. Доманжо, Ответственность за вред, причиненный путем злоупотребления правом. Уч. Записки Казанского ун-та, кн. 5, 1913.

правом *Planiol*. Он дал на него положительный ответ. Осуществление права не может быть противоправным, а следовательно, и злоупотреблением. Те действия, которые называют злоупотреблением правом, на самом деле совершены за пределами права. Совершая эти действия, лицо переходит за границу своего права.⁶

Оспаривать эти положения нам кажется невозможным. Но они не решают вопроса. Надо указать, где же находятся границы гражданских прав.

Искать границы гражданских прав естественно прежде всего в законе. Закон, устанавливая гражданскую правоспособность лица, а также то или иное субъективное гражданское право, определяет их содержание, т. е. тем самым и границу. Исходя из этого, некоторые авторы рассуждают следующим образом. Если граница прав определена законом, то проблема злоупотребления правом является мнимой. Речь может идти только о том, что граница права проведена действующим законом не там, где следовало. В таком случае пусть законодатель ее исправит. С точки зрения же *de lege lata* судья всегда может определить, является ли поведение лица правомерным или нет. Конечно, закон может предоставить суду некоторое поле для усмотрения, но в этом нет никакой необходимости, да это и нежелательно. Не надо колебать прочность гражданских прав, установленных законом.⁷

Но по этому вопросу есть и прямо противоположная точка зрения. Она формулирована следующим образом А. Г. Гойхбаргом: «Закон дает и может дать только форму права, конкретное же его осуществление может быть чрезвычайно разнообразным. Поэтому нет возможности при самом описании права и его последствий предусмотреть и изложить мыслимые его извращения при практическом его осуществлении. Судья и всякий применяющий право не связаны у нас, таким образом, словом закона, он связан только общей целью закона, он обязан пресекать всякое злоупотребление правом, идущее в разрез с объективной целью закона (ст. 1)»⁸. В другой работе А. Г. Гойхбарг пишет: «Ст. 1 ГК не дает охраны хотя бы и существующим, закрепленным в законе, правам, если их осуществление на практике в данном конкретном случае противоречит их социально-хозяйственному назначению, т. е. направлено не для достижения тех общих целей, ради которых вообще предоставлены законом соответствующие права. В этом случае суд должен руководствоваться не писаной нормой, разрешавшей вообще осуществление подобного рода прав, а общей политикой рабоче-крестьянского правительства, не допускающей извращения, ради достижения непредвиденных законом целей, осуществления права»⁹.

С такими взглядами мы встречаемся и в иностранной литературе¹⁰.

Итак, с одной точки зрения границы прав могут быть точно определены в законе, с другой они могут быть точно определены лишь судом, решающим конкретное дело. В первом случае теория злоупотребления правом отрицается, во втором — обосновывается.

Нам кажется, что ни то, ни другое решение не доводит анализ до конца.

Может ли закон дать точную формулировку границ субъективных прав? На этот вопрос надо дать положительный ответ. Например, ст. 208 точно определяет условия возникновения и содержание прав займодавца. Суду остается только применить норму закона к конкрет-

⁶ *Planiol*, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, № 871.

⁷ И. А. Покровский, *Основные проблемы гражданского права*, гл. VI, 1917.

⁸ А. Г. Гойхбарг, *Хозяйственное право РСФСР*, I, Изд. 3-е, стр. 52—53.

⁹ А. Г. Гойхбарг, *Применение гражданских законов судом*. «Советское право», 1923, № 3, стр. 10—11.

¹⁰ См., например: L. Camion, *La théorie de l'abus des droits*, 1925, p. 336; G. Coquil, *Le droit privé. Essai de sociologie juridique simplifiée*, 1924, p. 99—100.

ному случаю и проверить, соответствует ли требование кредитора содержанию предоставленного ему законом права. Легко умножить эти примеры. Закон дает общие правила, но эти общие правила устанавливают границу, внутри которой находится некоторое многообразие возможных конкретных случаев. Законодатель мог не предвидеть каждый из этих случаев в отдельности. Но он установил общий им всем признак и тем самым дал суду норму, логически не требующую восполнения.

Правда, можно поставить вопрос, не целесообразно ли предоставить суду отступать в определенном направлении от твердых правил закона. Аристотель указал, что задача законодателя — в общей форме выразить наилучшее¹¹. Высказывают сомнения в том, что для каждого отдельного конкретного случая общее правило дает наилучшее решение. Отсюда тенденция допустить усмотрение суда и дать последнему для руководства более или менее неопределенный критерий для ограничения осуществления права от действий, которые таковыми не являются, хотя и соответствуют формулированному законом содержанию права. Эта проблема и есть так называемая проблема злоупотребления правом.

Но, наряду с случаями, когда закон дает вполне определенную границу прав, есть случаи, когда вопрос об этих границах приводит к признанию неизбежности недостатка в законе, который должен быть восполнен судом при решении отдельного дела.

Прежде всего укажем, что мы называем недостатком в законе. Таким недостатком мы называем отсутствие в законе правила для решения спора о праве гражданском, т. е. то, что ст. 4 ГПК называет «недостатком узаконений и распоряжений для решения какого-либо дела». В случае недостатка закона суду не дана большая посылка судейного силлогизма. Чтобы получить решение, он должен сам создать эту посылку, «руководствуясь общими началами советского законодательства и общей политикой рабоче-крестьянского правительства» (ст. 4 ГПК).

Здесь излишне в полном объеме рассматривать вопрос о причинах, вызывающих недостаток в законе. Надо лишь отметить, что в некоторых случаях он неизбежен. Мы имеем в виду случаи коллидирующих прав. Допустим два полностью или частично совпадающих по своему содержанию субъективных права, границы которых определены законом, например, права пользования двух жильцов коммунальной квартиры или двух соседей, собственников жилых домов. Из существа дела вытекает и повседневным опытом подтверждается, что осуществление права одним нередко фактически исключает или затрудняет осуществление права его соседа. Никакая регламентация (нормы соседского права, правила пользования квартирами и т. д.) не могут исчерпать всего разнообразия возможных случаев. Пробелы неизбежны в этом вопросе в самом совершенном нормативном акте. В таком случае коллизия может быть разрешена лишь посредством создания судом большей посылки, необходимой для решения данного спора.

Этот вопрос не является вопросом о злоупотреблении правом. Вопрос о злоупотреблении правом можно снять, признав, что граница прав, установленная законом, не может быть изменена усмотрением суда. Вопрос же о разграничении коллидирующих субъективных прав снять нельзя. Он неизбежно приводит в определенных случаях к необходимости восполнить «недостаток закона для решения дела» (ст. 4 ГПК).

Мы коснулись вопроса о недостатке закона лишь постольку, поскольку это необходимо для того, чтобы ввести в надлежащие рамки проблему злоупотребления правом.

¹¹ Аристотель, Афинская полития. Перевод проф. С. И. Радцига, 1936, стр. 37.

В обильной цивилистической литературе, посвященной теории злоупотребления правом, далеко не всегда отчетливо различают указанные две проблемы. Чаще всего их смешивают и, например, область соседских отношений рассматривают как поле для применения теории злоупотребления правом¹². Это мешало правильной постановке проблемы в целом. Но у некоторых авторов такое разграничение встречается, хотя они и не связывают достаточно точно разграничения коллидирующих субъективных прав с вопросом о пробелах в законе¹³.

III. Злоупотребление правом

Выше было указано, что, строго говоря, выражение «злоупотребление правом» противоречиво. Дело всегда идет о поведении лица, перешедшего границу своего права, о правонарушении. Но закон может либо провести эту границу как окончательную, либо предоставить суду по конкретному делу признать, что граница права проходит внутри той границы, которая очерчена законом. Поведение лица, остающегося в пределах границы, очерченной законом, но вышедшее за пределы той границы, которую суд сочтет по данному делу правильной, можно условно назвать злоупотреблением правом. Если не забывать условность этого термина, то им можно пользоваться, как и многими другими условными выражениями, которые образуют значительную часть юридической терминологии.

Быть противником теории злоупотребления правом означает отвергать указанные выше правомочия судьи. Быть сторонником этой теории означает допускать такие правомочия. Положительный или отрицательный ответ, таким образом, определяется положительным либо отрицательным отношением к принципу связанности суда законом. Сторонники теории злоупотребления правом должны формулировать критерий, который укажет суду, в каком направлении он должен пользоваться предоставленным ему правомочием.

Ответы, которые даются на вопрос о злоупотреблении правом, можно разбить на три группы, которые мы и попытаемся охарактеризовать.

1. На вопрос о злоупотреблении правом не раз давался принципиально отрицательный ответ. Его давали римские юристы Гай (D. 50, 17, 55) и Павел (D. 50, 17, 151; D. 50, 17, 155, 1). Его давали ряд юристов XIX и XX вв., в частности в русской дореволюционной литературе проф. М. А. Покровский. Отрицательный ответ дают некоторые современные правовые системы, например английское право¹⁴, бразильский гражданский кодекс (ст. 160).

Основной аргумент противников теории злоупотребления правом заключается в следующем. Теория злоупотребления правом колеблет прочность гражданского правопорядка, делает неопределенной границу

¹² См. например: L. Jossierand, De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droit, 1927. L. Campion, La théorie de l'abus des droits. В дореволюционной русской литературе наиболее богатый материал в работах В. Н. Доманжов, Ответственность за вред, причиненный путем злоупотребления правом (Ученые записки Казанского ун-та, кн. V, 1913; кн. VIII, 1914 и «Вопрос об ответственности за вред, причиненный при осуществлении права, в проекте нашего гражданского уложения» («Сборн. памяти Г. Ф. Шершеневича», 1915).

¹³ Marc Desserteaux, Abus de droit et conflit de droit. «Revue trim de droit civil», 1906; P. Esmein, Traité pratique de droit civil français par M. Planiol et G. Ripert, Obligations, 1-ère partie, 1930, №№ 578—579.

¹⁴ Английское право не признает ответственности в случае *damnum sine injuria*. См. Salmon and Stallyhass, The Law of torts, 1934, p. 15. Однако казуистичность английских судебных решений дает некоторым континентальным юристам материал для утверждения, что английское право не выдерживает этот принцип. См. L. Jossierand, Op. cit., p. 283; L. Campion, Op. cit., №№ 231—338. Характерное для английских юристов отношение к вопросу см. в статье Н. С. Gutteridge, Abuse of rights, «Cambridge Law Journal», vol. 5, 1933, № 1.

гражданских прав. Как и во всех случаях судейского усмотрения, лицо узнает о границах своего права не заранее из закона, а *post factum* из судебного решения. Прочность права гораздо больше благо, чем та гибкость, но зато, и неопределенность, а также произвольность судебных решений, к которым приводит теория злоупотребления правом.

Отрицательное отношение к теории злоупотребления правом не исключает запрещения шиканы, т. е. запрещения осуществлять свое право с исключительной целью повредить другому. Противник какого бы то ни было судейского усмотрения, в частности и в вопросе об осуществлении гражданских прав, проф. И. А. Покровский был последователен, когда писал: «Запрещенные пользоваться своим правом без всякого интереса для себя, с исключительной целью причинить другому вред, столь же естественно, как запрещение умышленного правонарушения вообще. Иначе можно было бы утверждать, что всякий убийца только пользуется своим правом на употребление своих рук. Шикана в этом смысле есть не что иное, как самый обыкновенный деликт»¹⁵.

Недопущение шиканы, которое мы находим еще в римском праве¹⁶, является границей гражданских прав, точно проведенной в законе. Применение ее требует от суда лишь установления определенного факта — отсутствия у лица иной цели, кроме цели причинить вред другому. Суду не приходится в этом вопросе устанавливать самому границу субъективного права. Он должен лишь установить фактические обстоятельства дела и применить ту границу, которая установлена законом.

Отрицательное отношение к теории злоупотребления правом может, впрочем, и не сопровождаться запрещением шиканы. Так, английское право, не знающее теории злоупотребления правом, не знает также и общего правила, запрещающего шикану. Логической необходимости тут нет.

С другой стороны, запрещение шиканы встречается в тех законодательствах, которые широко допускают судейское усмотрение в вопросе об осуществлении права. Примером могут служить Германское гражд. уложение (§§ 226, 242 и 826) и Мексиканский гражд. кодекс 1928 г. (ст. 1912 и ст. 16).

Мы не останавливаемся здесь на вопросе о формулировке запрещения шиканы. Для нас существенно только установить, что запрещение шиканы есть проведение границы гражданских прав законом, а не отсылка к судейскому усмотрению. Поэтому неправильно весьма распространенное подведение понятия шиканы под понятие злоупотребления правом. Отсутствие четкого разграничения этих понятий приводит к путанице в рассматриваемом нами вопросе.

2. Среди сторонников теории злоупотребления правом нет единогласия по вопросу о критерии правильного осуществления права. Большим распространением в иностранной литературе пользуется теория социальной функции, иначе называемая теорией относительности гражданских прав. Идейные истоки этой теории надо искать у О. Конта, который в своей Позитивной политике отрицал субъективные права и признавал лишь обязанности. В юридической литературе наиболее полным выразителем этого учения являлся Л. Дугуйт, который считал понятие субъективного права метафизическим и заменял его понятием социальной функции¹⁷. Учение Л. Дугуйт не приобрело много сторонников среди цивилистов. Но его учение отразилось в вопросе о злоупотреблении правом. Правда, оно отразилось в смягченном виде. Не отрицают само субъективное право, но отрицают абсолютность субъективных прав.

¹⁵ И. А. Покровский, Основные проблемы гражданского права, 1917, стр. 96.

¹⁶ Windscheid, Pandekten I, S. 121.

¹⁷ L. Duguit, Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon. (есть русский перевод под ред. А. Г. Гойхбарга); Его же, Traité de droit constitutionnel, t. 1, Ch. II, 1927.

Под абсолютностью прав разумеют допустимость для субъекта осуществлять свое право в пределах, установленных законом. Наоборот, согласно учению об относительности права, границы гражданских прав определяются их социальными целями. Субъект права действует правомерно, поскольку он поступает в соответствии с этими целями. Эти цели прямо не формулированы законом. Они должны быть выявлены судом по поводу каждого отдельного дела. Нет надобности объяснять, что указанное противопоставление принципов абсолютности и относительности прав не имеет ничего общего с обычным делением гражданских прав (и правоотношений) на абсолютные и относительные.

Аргументы, приводимые в пользу этой теории, сводятся к следующему. Во-первых, указывают на обязанности человека в отношении общества в целом. Эти обязанности понимаются в духе учений солидаризма. Классовые антагонизмы игнорируются. Во-вторых, утверждают положительное значение судейского усмотрения. Эта теория пользуется успехом у некоторых буржуазных цивилистов, преимущественно во Франции и Бельгии (Josserand, Cognil, Caprion).

3. Другим ответом на вопрос о злоупотреблении правом является отсылка к доброй совести. Выражение «добрая совесть» (*bona fides*) имеет в гражданском праве два значения. Различают «добрую совесть» в субъективном и в объективном смысле. «Добрая совесть» в субъективном смысле означает незнание лицом обстоятельств, препятствующих приобретению им того или иного права. В случаях, указанных законом, такое незнание приводит к тому, что лицо, несмотря на препятствующие обстоятельства, все же приобретает соответствующее право (например, ст. 60 ГК РСФСР). «Доброй совестью» в объективном смысле называют «известное внешнее мерило, которое принимается во внимание законом, судом, применяющим закон, и которое рекомендуется членам гражданского оборота в их взаимных сношениях друг с другом; здесь перед нами как бы открывается новый источник, выступает параллельная или подсобная норма, призываемая к действию законом»¹⁸.

В вопросе о злоупотреблении правом дело идет о доброй совести в объективном смысле. Наиболее общую норму в этом направлении мы встречаем в Швейцарском гражд. уложении (ст. 2): «Каждый должен осуществлять свои права и исполнять свои обязанности сообразно доброй совести — явное злоупотребление правом не охраняется законом».

Своеобразное значение имела отсылка к доброй совести в Германском гражд. уложении. Согласно § 242 ГГУ, должник обязан исполнить обязательство в соответствии с доброй совестью и обычаями оборота. Непосредственно после издания ГГУ по поводу этого параграфа мнения в германской литературе разделились. Одни считали, что в нем речь идет лишь о способе исполнения обязательства. Другие же настаивали на том, что § 242 решает также вопрос о том, возникло ли обязательство¹⁹. После первой мировой войны вторая точка зрения утвердилась в судебной практике. Она превратилась в способ самого широкого допущения судейского усмотрения, в основание для решения судебных споров *contra legem*²⁰. В период господства в Германии нацистов было провозглашено, что добрая совесть означает не что иное, как фашистскую идеологию. Кроме § 242 для определения границ осуществления права по ГГУ служит § 826, в силу которого тот, кто вопреки добрым правам умышленно причинит вред другому, обязан этот вред возместить.

¹⁸ И. Б. Новицкий, Принцип доброй совести. «Вестник гражд. права», 1916, № 6, стр. 56—57.

¹⁹ См. И. Б. Новицкий, Принцип доброй совести «Вестник гражд. права», 1916, № 7, стр. 98 и сл. (и указанную там литературу).

²⁰ См. М. М. Агарков. К вопросу о договорной ответственности, «Вопросы гражд. права», Сбор. I, Изд. АН СССР, 1945, стр. 138—141.

Этот параграф также открывавший простор судебному усмотрению, был не раз использован германской буржуазией для упрочения своего господства²¹. §§ 242 и 826 ГГУ открывали настолько широкий простор судебному усмотрению, что рядом с ними почти терял практическое значение § 226 ГГУ, запрещавший шикану.

Начало доброй совести, введенное в надлежащие рамки, означает не что иное, как честность в отношениях между людьми. Оно означает, что каждый должен оправдать то доверие, без которого невозможно совершение гражданских сделок. Однако область применения этого критерия не распространяется на вопрос об осуществлении права. Вопрос о доверии участников гражданских правоотношений друг к другу встает тогда, когда надо установить смысл тех или иных волеизъявлений, истолковать или исполнить какой-либо договор. Начало доброй совести означает борьбу с прямыми или косвенным обманом, с использованием чужого заблуждения или непонимания. Не об этом идет речь в вопросе о злоупотреблении правом. Решение этого вопроса означает принятие того или иного способа определения границы субъективных прав.

IV. Ст. 1 ГК

Ст. 1 ГК гласит: «Гражданские права охраняются законом за исключением тех случаев, когда они осуществляются в противоречии с их социально-хозяйственным назначением».

Остановимся на отдельных чертах, характерных для содержания этой статьи.

1. Прежде всего надо констатировать, что ст. 1 не отрицает субъективных гражданских прав, а, напротив, утверждает их существование в советском гражданском праве и подчеркивает их охрану законом. В полном соответствии с этим ст. 2 говорит о порядке разрешения споров о праве в гражданском, а все последующие статьи ГК — о гражданских правах, их содержании, возникновении, изменении и прекращении.

2) Ст. 1 исходит из того, что границы отдельных гражданских прав, установленные законом, недостаточны и требуют общего корректива.

3) Таким общим коррективом могло бы быть запрещение шиканы. Но ст. 1 о шикане не упоминает. Ст. 1 поступает иначе. Она устанавливает общий принцип, согласно которому гражданские права не охраняются, если они осуществляются в противоречии с их социально-хозяйственным назначением. Этот принцип не формулирует точной границы прав, а лишь указывает суду общее направление, которому он должен следовать. Со ст. 1 надо сопоставить ст. 4, в силу которой гражданская правоспособность предоставляется в целях развития производительных сил страны. Следуя в этом направлении, суд должен для каждого отдельного случая определить границу гражданского права. ГК, таким образом, в этом вопросе отказался от того, чтобы «в общей форме определить наилучшее». Он предоставил это делать в каждом конкретном случае суду.

4) Ст. 1 говорит о том, в каких случаях гражданские права охраняются, в каких — нет. Лишение гражданского права охраны на основании ст. 1 может иметь двоякое значение. Во-первых, лишение охраны может означать, что данное право, осуществляемое в противоречии с его социально-хозяйственным назначением, вообще больше охраняться не будет, т. е., что это право прекращается. Субъект права лишается этого права. Например, суд признает, что собственник осуществляет свое право собственности на жилой дом вопреки ст. 1 и 4. Собственник в

²¹ См. «Обзор германской практики» у В. И. Сливникого, «Право на честное к себе отношение», «Сборн. памяти Г. Ф. Шершеневича», 1915.

таким случае теряет право собственности на дом, который в силу ст. 68 ГК делается собственностью государства. Во-вторых, лишение охраны может означать, что отдельный акт осуществления права рассматривается как противоправное действие. Если дело идет о требовании, обращенном к другому лицу, то требование не подлежит удовлетворению. Если осуществлением права причинен вред другому, то такое осуществление права является основанием для гражданской ответственности. В первом случае санкция, установленная статьей 1, поражает определенное субъективное право в целом. Во втором случае — лишь определенное проявление права.

Таковы основные моменты, характеризующие содержание ст. 1 ГК. Ст. 1 принимает теорию злоупотребления правом.

ГК действует более двадцати лет. Оценка ст. 1 в настоящее время едва ли может быть той же самой, как и в начале действия ГК.

В ту пору, принимая теорию злоупотребления правом, ГК прежде всего имел в виду то «злоупотребление нэпом», о котором Ленин сказал: «Мы и здесь старались соблюсти грани между тем, что является законным удовлетворением любого гражданина, связанным с современным экономическим оборотом, и тем, что представляет собой злоупотребление нэпом, которое во всех государствах легально, и которое мы легализовать не хотим»²². То оружие, которое ст. 1 давала в руки суда, было предназначено для борьбы с тем, что «во всех государствах легально», но что мы легализовать не хотели. Это оружие, таким образом, было направлено в сторону противоположную, чем аналогичное оружие в руках судьи в капиталистических странах. В этом историческое объяснение ст. 1, в этом и ее обоснование.

Мы не останавливаемся на чисто историческом вопросе о том, каким образом суды воспользовались в двадцатых годах этим оружием. Мы указывали выше на то значение, которое придавалось ст. 1 в то время Верховным Судом РСФСР, а также цивилистической литературой. В данный момент нас интересует другая проблема, а именно: обосновано ли существование ст. 1 в нашем гражданском праве в настоящее время, когда проблема ставится в условиях построенного социалистического общества, основным и определяющим источником права которого является Сталинская Конституция. Необходимо рассмотреть, уместна ли ст. 1 (а также и ст. 4) в рамках действующего теперь советского гражданского права.

Всякий общий принцип нашего гражданского права может находить применение к отношениям, в которых хотя бы одним участником является гражданин, к отношениям между социалистическими организациями и к отношениям по внешней торговле.

В ГК в качестве синонимов употребляются термины «гражданин» и «частное лицо». ГК знает термин «частная собственность» и не знает термина «личная собственность». Всякая собственность, кроме государственной и кооперативной, является по терминологии ГК частной собственностью (ст. 52). «Частная собственность» ГК обнимала собой и частную собственность, и личную собственность. «Частной собственностью» ГК называет как собственность трудящихся на их трудовые доходы и сбережения, предметы обихода, личного потребления и удобства, так и собственность на торговые и промышленные предприятия, собственность лиц, получавших нетрудовые доходы.

В 1922 и 1923 гг. перед советским законодателем стояла задача твердо установить, что частная предпринимательская деятельность допущена лишь потому, что на данном этапе ее допущение в определенных строго очерченных рамках целесообразно как мера экономической политики. Эта мысль выражена в ст. 4 ГК.

²² Ленин, Соч., т. XXVII, стр. 319.

Законодателю надо было также обеспечить господствующую позицию советского государства в гражданском обороте.

Сталинская Конституция является конституцией построеного социалистического общества. Частное хозяйство допущено лишь как частное хозяйство едиличных крестьян и кустарей, основанное на личном труде и исключающее эксплуатацию чужого труда (ст. 9 Конституции СССР). Право личной собственности граждан получило адекватное своей сущности выражение в ст. 10 Сталинской Конституции. Право личной собственности является необходимой органической частью системы социалистического гражданского права. В пределах, установленных законом, гражданин Советского Союза может осуществлять принадлежащие ему имущественные права для удовлетворения своих материальных и культурных потребностей.

В период нэпа суд должен был проверять, не перешел ли частник границы, очерченные законом, а также не использовал ли он свое право вопреки его социально-хозяйственному назначению, т. е. вопреки задаче советского государства (ст. ст. 1 и 4 ГК). После Сталинской Конституции суд должен проверять, действовал ли гражданин в пределах тех границ, которые проведены законом для соответствующего права, и только. Действие гражданина, запрещенное законом, недопустимо. В частности, запрещены спекуляция и другие формы извлечения нетрудовых доходов. В установленных законом случаях вступают в действие уголовные, гражданские и административные санкции. Но суд сам никаких границ проводить не должен. Они установлены законом, и в указанных законом пределах гражданин может осуществлять свои права, как ему угодно. Такая точка зрения вытекает и из принципа действительной гарантированности прав граждан, составляющего характерную черту Сталинской Конституции. Она получила также выражение в ст. 2 Закона о судеустройстве 16 августа 1946 г.

Особо следует остановиться на вопросе об изъятии у собственника бесхозяйственно содержимого строения. Проф. Д. М. Генкин указывает, что по своей правовой сущности такое изъятие является одним из видов конфискации²³. Оно урегулировано циркуляром НКЮ РСФСР от 23 октября 1923 г. № 226 и утвержденным Президиумом Верховного Суда РСФСР 6 июля 1930 г. докладом гражданской коллегии, устанавливающими процедуру, которая при этом должна соблюдаться. Изъятие бесхозяйственно содержимых строений принято основывать на ст. 1 ГК. Надо согласиться с проф. Д. М. Генкиным в следующем: «Суд в своем решении об отобрании дома должен учитывать, мог ли трудящийся по своему имущественному положению поддерживать дом в исправности или это было для него не по силам. Перечисление дома в муниципальный фонд является санкцией, применяемой к собственнику за не проявление им надлежащей заботы об имуществе, а поэтому оно не должно применяться при отсутствии вины трудящихся — собственников небольших строений, не имеющих средств для их ремонта»²⁴. В случае изъятия бесхозяйственно содержимого дома дело идет о санкции за виновное нарушение определенной обязанности перед социалистическим обществом и государством. Этот вопрос должен быть урегулирован специальным законом. Можно думать, что он и будет урегулирован в будущем ГК СССР. Отсутствие такого закона восполнено совершенно, впрочем, устаревшими актами, указанными выше.

В отношениях между социалистическими организациями ст. ст. 1 и 4 ГК в настоящее время также лишены какого бы то ни было значения. Согласно ст. 11 Конституции СССР, «хозяйственная жизнь СССР определяется и направляется государственным народно-хозяйственным пла-

²³ Гражданское право, т. I, 1944, стр. 239.

²⁴ Там же.

ном в интересах увеличения общественного богатства, неуклонного подъема материального и культурного уровня трудящихся, укрепления независимости СССР и усиления его обороноспособности».

Гражданские права социалистических организаций являются средством выполнения государственного народно-хозяйственного плана. Регулирующая деятельность органов хозяйственного управления может в необходимых случаях направлять осуществление этих прав в соответствии с планом, может, если нужно, их изменять и прекращать. При таких условиях использование судом или арбитражем ст. 1 ГК являлось бы возложением на суд и арбитраж не принадлежащей им функций. Они превратились бы из органов, разрешающих споры, в органы регулирования народного хозяйства.

Советское гражданское право имеет применение к отношениям по внешней торговле. Едва ли стоит доказывать, что ст. 1 ГК никогда не имела и не могла иметь значение в этой области. Вступая в торговые отношения с иностранными юридическими и физическими лицами, владельцами капиталистических предприятий, советское государство и советские внешнеторговые объединения, строго выполняя все принятые на себя в соответствии с советским законом обязательства, желают лишь такого же отношения от своих контрагентов. Советская сторона хорошо знает, что другой контрагент преследует те цели, которые вообще преследуют капиталистические предприятия, т. е. извлечение прибыли. Поскольку при этом контрагент советского государства или советских организаций не переходит пределов, очерченных советским законом, отношения между сторонами надо признать нормальными. Применение ст. ст. 1 и 4 в этой области не требуется.

Таким образом, мы приходим к выводу, что ст. 1 представляет собой анахронизм, не соответствующий современному состоянию советского права. Этим объясняется утрата ею всякого значения в судебной практике.

Но такой вывод еще не устраняет вопроса о злоупотреблении правом. Надо остановиться на вопросе о правилах социалистического общежития (ст. 130 Конституции СССР).

Понятие правил социалистического общежития далеко еще не выявлено в нашей науке. Мы вынуждены, поэтому, исходить из некоторых общих формулировок, вполне сознавая их предварительный характер.

Правилами социалистического общежития в широком смысле слова являются всякого рода правила, которые выражают сущность социалистических общественных отношений и которыми должны руководствоваться участники этих отношений. В этом смысле все советское социалистическое право также является совокупностью определенных правил социалистического общежития. Но ст. 130 формулирует требование уважать правила социалистического общежития наряду с требованием соблюдать законы. Следовательно, она говорит о правилах социалистического общежития в более специальном значении. Советский закон не регулирует, не может и не стремится регулировать все общественные отношения в советском государстве. Для достижения целей социалистического общества нужны и правила социалистической этики. Правила социалистического общежития в смысле ст. 130 Конституции СССР — это и есть правила социалистической этики.

Каково же отношение правил социалистического общежития к действующему социалистическому праву? Правила социалистического общежития должны быть приняты во внимание тогда, когда закон предлагает суду произвести оценку, которая требует этического критерия, а также в случае недостатка узаконений для решения дела (ст. 4 ГПК).

Ст. 130 Конституции СССР ставит уважение к правилам социалистического общежития рядом с соблюдением законов, но не говорит, что

можно корректировать законы этими правилами. Правила социалистического общежития могут восполнять закон, но не могут его отменять или изменять.

Ст. 130 Конституции СССР, как нам кажется, позволяет сделать некоторые выводы для вопроса о злоупотреблениях правом.

Один вывод заключается в том, что ст. 130 не дает основания предоставлять усмотрению суда вопрос о том, допустимо ли осуществление права, имевшее место в пределах закона. Поэтому с точки зрения нашего права нельзя делать критерием правильного осуществления права «добрую совесть» в том смысле, как это сделала, например, ст. 2 Швейцарского гражд. уложения.

Мы не думаем, чтобы нам могли возразить указанием на то, что советские законы знают понятие добросовестного поведения. Действительно, некоторые нормы действующего права употребляют этот термин (ст. 59, 60 и 43 ГК). Нет нужды специально анализировать ст. ст. 59 и 60. Совершенно очевидно, что в них идет речь о добросовестности и недобросовестности как о незнании, либо знании определенных фактов, т. е. о добросовестности в субъективном смысле. Выше было указано, что добросовестность в этом смысле не имеет отношения к нашей теме.

В ст. 43 ГК речь идет о недобросовестном содействии или воспрепятствовании наступлению предусмотренного сделкой условия. Определение того, какое содействие или воспрепятствование недобросовестно, является вопросом толкования сделки. Недобросовестно действие или воздержание, которое противоречит смыслу сделки. Выше было указано, что в вопросе о толковании сделок критерий добросовестности (честности, оправдания необходимого доверия) является вполне уместным. Им и пользуется ст. 43 ГК. Но из этого нельзя сделать никаких выводов для проблемы злоупотребления правом.

Другой вывод из ст. 130 Конституции СССР заключается в следующем. Этика социалистического общества несомненно осуждает действия, совершенные лишь с целью причинить вред другому (шikanу). Запрещение шиканы и должно служить общей границей гражданских прав.

В связи с этим надо отметить ст. 6 ГПК, которая гласит: «Стороны обязаны добросовестно пользоваться всеми принадлежащими им процессуальными правами. Всякие злоупотребления и заявления, имеющие целью затянуть или затемнить процесс, немедленно пресекаются судом». Смысл ст. 6 не оставляет сомнений в том, что она запрещает процессуальную шikanу. Цель гражданского процесса — охрана гражданских прав — требует возможно быстрого разрешения споров. Пользование процессуальными правами для затягивания или затемнения процесса направлено лишь на причинение вреда другому, т. е. представляет собой шikanу. Мы думаем, что это обстоятельство подкрепляет наш вывод о возможности на основании ст. 130 Конституции СССР признать запрещение шиканы и в области нашего материального гражданского права.

В заключение наших соображений по поводу ст. 1 ГК мы можем формулировать следующие положения.

1) Критерий для определения границ гражданских прав, указанный в ст. 1 ГК, не совместим с действующим советским правом.

2) De lege lata ст. 130 Конституции СССР дает основание считать шikanу запрещенной. Этот вывод подтверждается ст. 6 ГПК.

3) При пересмотре нашего гражданского законодательства желательно отказаться от формулы ст. 1 действующего ГК. Возглавлять будущее ГК СССР должны статьи, отражающие основные принципы социалистического общественного строя, выраженные в Сталинской Конституции.

4) В будущем ГК СССР желательно оговорить (в главе об осуществлении прав или в главе о правонарушениях) запрещение шиканы.