

УДК 340.111.52

ЭВОЛЮЦИЯ КАТЕГОРИИ ШИКАНА

© 2013 г.

Е.А. Попова

Нижегородский госуниверситет им. Н.И. Лобачевского

elena_popova@mail.ru

Поступила в редакцию 10.01.2013

Анализируется понятие «злоупотребление субъективным правом» и его связь с категориями римского права.

Ключевые слова: злоупотребление субъективным правом, римское право, *excerptio doli generalis*, *bona fidei iudicia*, шикана.

Понятие «злоупотребление правом» в историко-правовой науке традиционно связывают с правом Германии, в котором впервые появилось понятие «шикана». Однако «злоупотребление правом» мы можем встретить в праве других государств, в том числе и России. Следует отметить, что и в настоящее время нет четкой формулировки, что же составляет сущность злоупотребления правом.

Исследования, посвященные данной теме, как правило, ограничиваются перечислением признаков шиканы. Вместе с тем все чаще в юридических кругах разных стран говорят о злоупотреблении правом в самых разных сферах (правовой, политической, экономической). Для примера можно привести рассмотрение Президиумом ВАС РФ 26.06.2008 г. проекта информационного письма «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации о злоупотреблении правом», а также использование статьи 10 Гражданского кодекса в ряде постановлений ряда арбитражных судов по различным вопросам, вынесенных в последние годы (Постановление ФАС Московского округа от 19.04.2010 г. № КГ-А41/2841-10 по делу № А41-22698/09; Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 21.07.2009 г. по делу № А10-1222/08; Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 30.08.2010 г. по делу № А63-6425/2009; Постановление ФАС Поволжского округа от 22.07.2010 г. по делу № А49-2271/2009; Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 09.09.2010 г. по делу № А28-15769/2009; Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 27.06.2008 г. № 17АП-4043/2008-ГК по делу № А60-31038/2007 и т.д.). Подтверждает интерес к понятию «злоупотребление правом» и проект поправок к статье 10 Гражданского кодекса РФ, разработанный в 2011 г.

Анализ истоков возникновения понятия «злоупотребление правом» может помочь в понимании сущности данной правовой категории.

Упоминание о «злоупотреблении правом» содержится еще в трудах античных философов и римских юристов. Для того чтобы разобраться в сущности злоупотребления субъективным правом, нам следует вернуться к самому истоку представлений о праве, справедливости и добре. Таким «началом начал» мы можем считать произведения великого греческого философа Аристотеля, идеи которого на много веков предопределили основные направления развития человеческой мысли.

В «Никомаховой этике» Аристотель рассматривает категории правосудного и несправедливого и связывает их с понятием добра. «Итак, ясно, что есть «добро», и почему оно правосудно, и какого [вида] правосудия оно лучше. Понятно из этого также, кто такой добрый человек, ибо, кто способен сознательно избрать [добро] и осуществлять это в поступках, **кто не [требует] точного [соблюдения своего] права в ущерб [другим]**, – (выделено мной. – *Е.П.*) – но, несмотря на поддержку закона, склонен [брать] меньше, тот и добр, и этот [душевный] склад – доброта, представляющая собой вид правосудности и не являющаяся каким-то отличным от нее [душевым] складом» [1, с. 28]. На наш взгляд, главное в этой цитате то, что сама правосудность является для Аристотеля такой же нравственной категорией, как добро.

Представления греческих авторов, и прежде всего Аристотеля, отразились не только в философии римских стоиков, но использовались при формулировании целого ряда понятий римского права.

Прежде всего следует сказать об *excerptio doli*, широкий диапазон применения которой

означал пересмотр всех основных норм гражданского права и смягчал суровый закон. В соответствии с *excerptio doli* сделка, считавшаяся законной с точки зрения гражданского права, но ущемлявшая интересы одной из сторон с точки зрения права преторского, могла быть признана недействительной. Римские юристы признавали право на *excerptio* практически при любом выдвинутом обвинении. «*Cui damus actionem, eidem et excerptionem competere multo magis quis dixerit*» (Кому мы даем иск, тому тем более подбавляет право на *excerptio*) [2].

В классическом римском формулярном процессе *excerptio doli* использовалась для соблюдения справедливости в отношении обвиняемого. Претензии могли выдвигаться лишь в процессе взаимодействия обеих сторон. Иск, оформленный по *actio* формуле, принимал к рассмотрению претор, являвшийся в Древнем Риме высшим магистратом, ответственным за правосудие [3, S. 664]. При рассмотрении иска ответчику предоставлялась *excerptio*, особая процессуальная оговорка, посредством которой он мог отрицать как наличие права истца вообще, так и свою обязанность исполнять договор в настоящее время.

Таким образом, обвиняемый мог не оспаривать искомое требование и обстоятельства дела, а отрицать сам иск как ошибочно предполагаемый. Судья имел право вынести обвинительный приговор только в случае фактического непредставления упомянутых в *excerptio* обстоятельств. *Excerptio doli* представляла собой возражение тому, что злой умысел (*dolus*) вообще существовал, причем злой умысел мог отрицаться как в деяниях, совершенных в прошлом (*excerptio doli specialis/praeiteriti*) [4, S. 664], так и в настоящем. Предъявление иска обвиняемому на основании его поведения могло расцениваться истцом как злоупотребление правом [5, S. 488].

Развитие концепции *excerptio doli* в контексте римского права привело в конечном итоге к замене всех процессуальных оговорок, возникших на основе именно этой *excerptio* *generalis*. В конце концов она стала означать объективную несправедливость и не требовала предъявления обвинения в коварном умысле, преднамеренном злодеянии или вообще требования займодавца.

Противоположным *dolus* по смыслу понятием римского права была *bona fides*, тесно связанная с *aequitas*. *Bona fides*, *aequitas*, *auctoritas*, *amittitia* принадлежали к самым важным принципам римского мышления и миропонимания [6, S. 1]. Изначально *bona fides* означала добросовестность, позже превратившуюся в «ожидаемое поведение, соответствующее норме», что

могло пониматься как исполнение обещанного и доверие адресата к обещанному [7, S. 7]. Термин *veritas*, произошедший собственно от *bona fides*, позднее стал пониматься как «самостоятельный моральный, соответствующий обычаям фактор», который должен быть заложен в основу любого правопорядка [8, S. 9].

Отметим, что в развитии римского права периода республики активно использовались понятия и принципы морального порядка, такие как добросовестность, справедливость, благожелательность, авторитетность. В соответствии с республиканской традицией из понятия *fides* образовался правовой принцип *fidei iudicia*. На основе *bona fides* судья имел большую свободу действий для принятия решения с учетом критерия субъективной справедливости, отдельно взятых нравов и обычаев, региональных особенностей. Преторы в I в. до н.э. уже могли обосновывать искомое притязание не на позитивном законе *lex*, а на общепринятом и всем понятном этическом основании.

В правовом принципе *bona fidei iudicia* возращение против злоумышления уже присутствовало и не нуждалось в дополнительном выдвигании претензии. Судья имел право принять во внимание злоумышленное поведение истца без дополнительного возражения ответчика, так как ответчик должен был по доброй воле вернуть задолженность. Постепенно на основе *bona fidei iudicia* оговорка *excerptio doli* превратилась из буквального возражения в протест. *Bona fidei iudicia* дополнялась *stricti iuris iudicia*, строго связывающей судью текстом формулы без учета дополнительных соглашений сторон. *Stricti iuris iudicia* первоначально использовались в сделках купли-продажи, возврате приданого (*actio rei uxoriae*), создании торговых компаний. Применяя *stricti iuris iudicia* преторы создали правовую защиту многочисленных обязательств, относящихся к важнейшим учреждениям римской правовой жизни.

Наряду с этой юридически обоснованной функцией принцип *bona fides* использовался и в других областях. Одна из задач *bona fides* состояла в том, чтобы вооружить судью инструментом контроля за содержанием правовых отношений и интерпретации сделок [9, S. 5]. Упразднение случаев субъективного злоупотребления правом иногда осуществлялось именно на основе *iudicia stricti iuris* без предоставления оговорки *exceptio doli*.

Принцип *bona fides* использовался также для обоснования дополнительных обязательств с учетом договоренностей сторон, если против них выдвигалось обвинение с учетом местных нравов и обычаев и общепринятых норм поведения [10, S. 7–14].

В результате длительного развития *bona fides* могла служить основанием для исполнения обязательства вне формулярного иска и служила разъяснительным средством в рамках *actiones stricti iuris*. От этого принципа произошла обязанность принятия ответственности за причиненный ущерб ввиду того, что действие или бездействие должника нарушали положение добросовестного поведения или требования взаимовыгодного сотрудничества. Данное объективное значение *bona fides* в сфере обязательств отличалось еще от одного значения данного принципа, а именно от субъективного психического состояния человека, полагающегося на существование определенного юридического статуса.

Подводя итог эволюции *bona fides*, следует сказать, что в результате развития данный принцип в римскую эпоху приобрел форму неопределенного правового понятия, тесно связанного с субъективно понимаемой справедливостью. *Bona fides*, прочно закрепившаяся в формулярном процессе, совершенствуется в кодексе Юстиниана и активно используется представителями школ глоссаторов и комментаторов [11, с. 148, 236]. В новое время принципы римского права, в том числе и субъектив-

ные *excerptio doli* и *bona fides*, были использованы при составлении Гражданского кодекса Германии.

Список литературы

1. Аристотель. Никомахова этика. М.: ЭКСМО-Пресс, 1997. 101 с.
2. Ulpian. Digestae. 50,17,156.
3. Ranieri Filippo. Europäisches Obligationenrecht, 2. Aufl. 2003, 742 S.
4. Kaser Max. Römisches Privatrecht I, 17. Auf., München, 2003, 530 S.
5. Wieacker. Zum Ursprung der bonae fidei iudicia. 1962. 11 S.
6. Betti. Der Grundsatz von Treu und Glauben in rechtsgeschichtlicher und – vergleichender Betrachtung, Festgabe für Müller-Erzbach, 1954, 127 S.
7. Kaser Max/Knütel Rolf. Roemisches Privatrecht. 2008, 464 S.
8. Staudinger/ Schmidt J., Rn 5ff, 1995. 709 S.
9. Betti, in: FS Müller-Erzbach, 1954. 127 S.
10. Detlef Liebs. Römisches Recht, 6. Aufl., Göttingen, 2004, 311 S.
11. Покровский И.А. История римского права. СПб.: Летний сад, 1999. 560 с.

THE CONCEPT OF ABUSE OF LEGAL RIGHT AND THE ROMAN LAW

E.A. Popova

An analysis is presented of the concept of abuse of legal right and its relation to the categories of Roman law.

Keywords: abuse of legal right, Roman law, excerptio doli generalis, bona fidei iudicia, chicanery.