

**Международная научно-практическая конференция  
Четвертые Абовские чтения  
«Частные и публичные начала в сфере гражданской юрисдикции»**

**Москва, Институт государства и права РАН, 18 ноября 2022 г.**

**Судебная дискреция в активизации гражданско-правовых  
механизмов при недобросовестности**

**Монастырский Юрий Эдуардович  
Доктор юридических наук, профессор**

Дамы и господа, настоящим профессиональным удовольствием является возможность выступить на мероприятии в честь профессора Т.Е. Абовой. Тамара Евгеньевна наряду с тем, что считается видным российским процессуалистом, представителем школы хозяйственного права, также являлась известным идеологом коммерческого арбитража и третейского сообщества, и виртуозным цивилистом, исследовавшим самые животрепещущие вопросы гражданского права.

Добросовестность – что это есть, как ей руководствоваться и как использовать, стандарт ли это поведения или цель правового воздействия на отношения? Мера ли это или основание ответственности и иных гражданско-правовых санкций? И как вообще употреблять ее в целом в правоприменении и при оперативном воздействии вне судебных процедур, каковыми являются: выход из договора, самозащита прав и т. д.? Как соотносится это законодательное, правовое, доктринальное понятие с такими правовыми категориями, как правонарушение, ответственность, которые требуют установления последствий, когда лица выступают в роли истца, ответчика, третьего лица? Все эти вопросы продолжают обсуждаться в юридической литературе, на публичных мероприятиях в преддверии вынесения или объявления правовых решений или выводов.

Публикаций о добросовестности в год выходит несколько десятков, и это каждый год, в то время как по другим правовым проблемам, таким как, например, свободное использование музыкальных произведений, последствия неисполнения обязанностей по заключению договоров, за 27 лет – десяток-другой. При этом нельзя сказать, что правовые проблемы добросовестности в основном решены. Обилие публикаций объясняется также соблазном для авторов высказаться на важную тему, позволяющую даже пофилософствовать и проявить свое мирозерцание.

Мои коллеги и я, занимающиеся также практической юриспруденцией, считаем, что институт добросовестности окажется более совершенным и употребимым, если будет получать ответ по крайней мере на 3 вопроса, два из них следующие: каково соотношение этого понятия с гражданско-правовой фундаментальной категорией вины, и далее, в чем правовые последствия установленной обычной недобросовестности, принимая во внимание то, что в ст. 10 ГК РФ за заведомую недобросовестность или злоупотребление правом предусмотрено взыскание убытков и отказ в защите прав. В самом деле, даже в обоих процессуальных кодексах сказано, что стороны должны вести себя добросовестно, а при недобросовестности наступают неблагоприятные последствия. Однако далее мы ничего не находим.

Сперва хотим сказать два слова о генезисе обсуждаемого понятия. В Своде законов Российской империи добросовестность как значимое понятие не существовало. В некоторых частных случаях она встречается в тексте законов, например, в ст. 1536 Свода говорится о толковании содержания договора в соответствии с требованием доброй совести, а в ст. 529–530 указывалось на то, что добросовестность определяется как незнание о «принадлежности имущества другому» или «добросовестный владелец не имеет сознания о правости своего владения». Но уже в Проекте гражданского уложения Российской империи в ст. 1609 мы находим формулировку «должник обязан исполнять свое обязательство добросовестно согласно принятому в деловых отношениях порядку». В комментариях признается, что это калька ст. 242 действовавшего тогда Германского гражданского уложения. И далее в Проекте уложения в книге 2 «Вотчинные права» из 175 статей в 21 из них говорится о добросовестном владельце, в ст. 150 он раскрывается как лицо, не знавшее в ходе приобретения вещей о непринадлежности их своим контрагентам.

Таким образом, термин юридическому дискурсу как значимый был неизвестен, и понятие «добросовестность» в качестве системообразующего в то время не существовало. В 1916 году Иван Борисович Новицкий, видный российский и позднее советский цивилист, в своей статье «Принцип доброй совести в проекте обязательственного права» осторожно высказывался о нем как о «связке» частных и публичных начал в гражданском праве. «Добрая совесть по этимологии и самому смыслу вбирает в себя такие элементы, как знание о его интересе, знание, связанное с известным доброжелательством, элемент доверия, уверенность, что нравственные основы оборота принимаются во внимание, что от них должно исходить в своем поведении». Ученый здесь ничего не говорит о последствиях дефицита доброй совести и рисует утопическую картину универсального и всеобъемлющего согласования интересов всех в коммерческом обороте, что нереально в отношениях с целью прибыли. Далее он говорил о всеобщей «связанности добросовестности с интересами общественности».

Профессор Василий Павлович Доманджо исследовал вопрос ответственности в Проекте гражданского уложения (1915 г.) в своей работе, описывал достижения немецкой цивилистической науки и законотворческого процесса. Он писал о доктрине «шिकаны» – злоупотребления правом как выражении крайней недобросовестности, и пришел к выводу, что итог законопроектной деятельности германских правоведов заключался в следующем: никто не может реализовать свое субъективное намерение с исключительной целью причинения вреда другому лицу.

В XIX веке это законодательное решение уже не соответствовало уровню развития общества, очевидно, индивидуальные коммерческие свободы естественным образом конкурировали друг с другом, и стеснение одной из них могло происходить не только злонамеренно, но и в силу забвения принципов честности, морали, открытости. Поэтому позднее в Германии ограничение было сформулировано как недопущение злонамеренного ущерба, а также действий, просто противным добрым нравам.

Прецедент Правительствующего сената (Гражданский кассационный департамент) 1902 г. № 10 о том, что каждый должен действовать в пределах своего права, пока он не нарушает чужое право, оказался намного прогрессивнее. На наш взгляд, его преимущество состояло в том, что он представил больше возможности для судебной дискреции при установлении именно содержания индивидуальных имущественных свобод, а также отходе от необходимости использования неюридических инструментов, в частности этических установок, а именно они обозначаются термином «добрые нравы».

При обсуждении формулировок Проекта гражданского уложения Российской империи критике был подвергнут тезис о том, что не должен нести ответственность тот, кто

действует в пределах своего гражданского права. Комментаторы обнаружили в ряде дел Сената последовательное правовое опровержение этой максимы. Он постановил, что естественным пределом осуществления своего права является ущерб другим субъектам. В. П. Доманджо писал, что реализация права не должна позволяться, и эта мысль содержится в немецкой доктрине шиканы, если она имеет единственной целью причинение вреда другому лицу или если он наносится умышленно. Но тогда напрашивается вопрос, допускается ли ответственность за нарушение ненамеренное или совершенное не с единственной целью. Вывод *a contrario* подсказывает отрицательный ответ, но, по нашему мнению, подобный ход рассуждений не годится.

Правильную, на наш взгляд, концепцию выработал Сенат, ее суть следующая: нет строгой демаркационной линии между гражданскими субъективными правами участников оборота, и вполне мыслимы ситуации, когда происходят взаимные нарушения, влекущие обоюдно возмещаемые убытки, каждый случай должен рассматриваться в отдельности, квалификация тех или иных действий при этом имеет значение только для анализа правовой оболочки законного ожидания сторон.

На наш взгляд, положение Сената «никто не свободен пользоваться своим правом так, чтобы лишать другого возможности пользоваться его правом» предвосхитило верное осмысление института убытков и во многом опередило свое время, т. к. уже в советское время был урегулирован ряд составов, когда, поступая правомерно, но причиняя потери контрагенту, актер выплачивал убытки потерпевшему (заказчику, доверителю) при выходе из договора.

Впоследствии многие правоведы направили стрелы критики на эту формулировку, отстаивая вслед за немецкими учеными теорию шиканы, которая перешла теперь в наше законодательство под названием «злоупотребление правом». Субъективное право заключается в правомерном взаимодействии лиц относительно благ во всевозможных проявлениях. Задача объективного регулирования не в поддержании свободы, а в ее ограничении на основе следующего постулата: «что не запрещено – разрешено». При этом квинтэссенция заключена в реакции именно на нарушение субъективных прав, дающих представление о границах их осуществления лицами. Таким образом выходило, что недобросовестность и злоупотребление правом не проявляемы в сфере столкновения субъективных прав, а только в области этики и морали, при попрании их настолько существенно, что это подрывает основы общества. Нарушители должны быть оставляемы вне правового поля, а в некоторых случаях нести бремя имущественных последствий.

Такие категории, как злоупотребление и недобросовестность выражают, по сути, возможность усмотрения судов третейских трибуналов по вопросам об индивидуальном праве, что крайне важно, о его нарушении и возмещении убытков, если, допустим, риск лежит на ответчике, а не на лице потерпевшем. По нашему мнению, термины «добросовестность» или «недобросовестность» настолько приближены к общеупотребительному контексту, что разработка и внедрение дефиниции «добросовестность» в закон не может быть продуктивной, а является даже очень трудной. Но на уровне доктрины и судебной практики такие упражнения возможны и имеют место.

Довольно известно высказывание Верховного Суда о том, что добросовестность – это то, что ждут от лица другие участники оборота. По нашему мнению, эта идея не приближает к выяснению сути понятия, а является совершенно неудачной, потому что определение дает лишь усеченное представление о гражданско-правовой вине, так как сейчас она раскрывается в ст. 393 ГК РФ. В самом деле, можно ли дать четкое описание такому понятию, как честность, открытость? Нет, потому что это слова русского языка, которые имеют конкретный объемный выросший на себе смысл.

По другим соображениям добросовестность не раскрывается. Так как это фундаментальный термин, он может играть более действенную роль, если у судей будет отношение к нему как к вопросу факта. При добросовестности правовые механизмы находятся в состоянии покоя. Правоприменение происходит при абнормальном развитии событий и недобросовестности, ее противоположность – это нормальное состояние оборота, не требующее вмешательства. Более того, законодательно предусмотрена презумпция добросовестности (п. 5 ст. 10 ГК РФ), и понятно, что при преодолении ее именно тяжущиеся или частные лица должны озаботиться доказательством своей полной добросовестности. Добросовестность и недобросовестность не полные антонимы, поскольку недобросовестность – понятие правовое и влекущее юридический эффект.

И третий вопрос, который, на наш взгляд, является самым очевидным, недобросовестность – это только принцип гражданского права, или же это еще и основное начало гражданского законодательства? Почему этот вопрос справедлив, потому что если мы откроем Гражданский кодекс, в п. 3 ст. 1, называющейся «Основные начала гражданского законодательства», мы прочтем, что стороны должны действовать при реализации права и исполнении обязанностей добросовестно. Отсюда некоторые делают вывод, что добросовестность – основное начало гражданского законодательства, но не принцип права.

Как континентальные юристы мы понимаем, что когда в законе дан перечень понятий, и он закрыт, то мы должны держаться формулировок и на этом, как говорится, строится вся наша континентальная юриспруденция. И вот в ст. 1, как вы можете сами видеть, есть перечисление в п. 1 Основных начал гражданского законодательства, а в п. 3 говорится о добросовестности. Точка зрения моих коллег и моя заключается в том, что добросовестность не может считаться основным началом гражданского законодательства, потому что она никак не влияет на законотворческий процесс, а является судебским инструментом, и не случайно она обозначена в п. 3 статьи отдельно.

Скажем о вине и недобросовестности. Ответ об их соотношении еще более очевиден, на наш взгляд, потому что недобросовестность – это синоним неэтичности в поведении, где должно использоваться мерило морали, честности, открытости, добропорядочности, и в обычной жизни в обороте недобросовестность в той или иной степени возникает из-за коммерческих устремлений, каких-то узких целей участников, и сделать их каким-то жестким регулированием кристально честными просто не получится. Покупаете бизнес, а продавцы имеют между собой конфликт, продают вам свое дело, это предприятие, и скрывают это, они очевидно проявляют недобросовестность, но нарушает ли это как-то ваши права, если вы впоследствии приобретаете этот актив и далее не имеете никаких проблем? Очевидно, нет. Отсюда такое разделение. И ответ на этот вопрос еще более ясен, потому что у нас в 1994 году в ГК РФ впервые появилось прекрасное раскрытие понятия вины, это очень виртуозная формулировка, оцененная практическими юристами и судьями, и она говорит о том, что вина возникает в имущественном обороте всегда, если не проявлена должная заботливость и осмотрительность применительно и к требованиям оборота (объективный критерий), и к характеру обязательства (субъективный критерий). Согласитесь, когда мы имеем такую прекрасную матрицу, считать, что недобросовестность и вина – это одно и то же, скорее всего, будет неправильно. Кроме того, вина – основание ответственности или ее снижения. Обычная недобросовестность только в 3 случаях: переговоры о заключении договоров, склонение к сделке путем обмана, причинение руководством убытков обществу (абз. 2 ст. 53.1 ГК РФ) влекут ответственность. Вина предполагается, недобросовестность доказывается. Таким образом, это разные правовые категории.

Теперь как следует построить ответ на второй вопрос, а именно: какие последствия должны наступать при обычной недобросовестности? Просто недобросовестность, которую нельзя считать ни виной, то есть дефицитом заботливости и осмотрительности, ни заведомой недобросовестностью. Мои коллеги и я пришли к выводу о том, что здесь как раз и должно действовать усмотрение суда, потому что если мы вчитаемся, то увидим, что суд может в этом случае в зависимости от степени неэтичности, неоткрытости и нечестности лишить сторону, которая недобросовестна, исковой защиты, истолковав п. 3 ст. 1 ГК РФ. Напоминаем, что при заведомой недобросовестности, что является злоупотреблением правом, суд не может, а обязан отказать и в защите и взыскать убытки.