



### **Юрий Борисович Фогельсон**

профессор кафедры международного публичного и частного права НИУ «Высшая школа экономики», доктор юридических наук

## **Принцип добросовестности в российской судебной практике<sup>1</sup>**

В статье рассматриваются промежуточные итоги включения в ГК РФ принципа добросовестности. На данных статистики применения судами этого принципа в сопоставлении со ст. 10 ГК РФ показано, что принцип добросовестности сам по себе не востребован судами; суды предпочитают использовать расширительное толкование злоупотребления правом. Судебная статистика также демонстрирует, что отождествление недобросовестности со злоупотреблением правом, инициированное ВАС РФ в 2008 г. и закрепленное в законе в 2013 г., вызвало бурный рост расширительного толкования злоупотребления правом, быстрое распространение сферы применения этого инструмента на всё новые и новые отношения, продолжающееся и сегодня. Можно сказать, что сбываются предсказания некоторых ученых начала XX в. об экспансии судебного контроля над оборотом при включении в Кодекс принципа добросовестности. В статье, однако, показано, что экспансия началась еще до включения в Кодекс принципа добросовестности и ее механизм несколько иной, чем предполагалось; при внесении изменений в ГК РФ этот эффект можно было скорректировать и предотвратить дальнейшее расширение сферы применения этого инструмента.

*Ключевые слова: принцип добросовестности, злоупотребление правом, реформа гражданского права, судебная статистика*

<sup>1</sup> Подготовлено при информационной поддержке ЗАО «Консультант Плюс».

## Yuriy Fogelson

Professor at the Department of International Public and Private Law of the Higher School of Economics, Doctor of Laws

### Principle of Good Faith in Russian Judicial Practice

It has long been discussed whether Russian Civil law needs to have the general obligation to behave in good faith (the principle of good faith) included in the Civil Code (CC). In 2008, the Supreme Arbitrazh (Commercial) Court of the Russian Federation proposed viewing bad faith behavior as a form of abuse of rights. Based on the analysis of judicial practice, the article shows that this proposal has generated broad interpretation of the abuse of rights, extension of the scope of its application on various new types of relationship. In 2013, understanding of bad faith as a form of abuse of rights was included in the CC along with the principle of good faith. This extended the abuse of the rights to new types of relations; and the principle of good faith has been in very little demand in practice despite the fact that in 2015 the Plenary Session of the Supreme Court of the Russian Federation detailed its use to the courts. A comparison of the principle of good faith in the Supreme Court's interpretation with the understanding of bad faith as a form of abuse of rights points to their inconsistency. However, the available tool and experience of its expansion into new types of relationships did not help resolve the inconsistency and maintained the existing instrument. As a result, there are first signs of rather arbitrary court control over different types of relations. This development was predicted at the beginning of the 20<sup>th</sup> century. The article explains that it could have been avoided if the authors of the CC Reform had undertaken an opportune review of relevant court decisions.

*Keywords: principle of good faith, abuse of rights, civil law reform, judicial statistics*

**В**ключение в гражданское законодательство императивной обязанности добросовестного поведения (принцип добросовестности) уже давно является в отечественной цивилистике дискуссионным. Некоторыми отечественными юристами конца XIX — начала XX в. включение в гражданский закон общей обязанности добросовестного поведения рассматривалось как привнесение в право элементов морали, а с нею и судейского произвола и поэтому отвергалось. Широко известно высказывание И.А. Покровского: «Мы попадем на наклонную плоскость, по которой неизбежно докатимся до полного судейского контроля над всей областью оборота с точки зрения совершенно субъективных и произвольных представлений о «справедливости», «социальном идеале»<sup>2</sup>. Были и сторонники появления данной нормы в законе — они утверждали, что в обороте есть интересы, которые не могут быть защищены без нее. Этой дискуссии не суждено было завершиться естественным путем — государственный переворот 1917 г. похоронил под собой многое, включая и дискуссию о добросовестности. Для советских юристов включение в Кодекс норм, отсылающих к буржуазной морали, вообще представлялось недопустимым. В результате советская доктрина гражданского права исключала появление в ГК подобных норм<sup>3</sup>. Тем не менее в советский период само понятие

---

<sup>2</sup> Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 262.

<sup>3</sup> См.: Фогельсон Ю.Б. Оговорка о добросовестности и российское договорное право // Forging a Common Legal Destiny: Liber Amicorum in Honor of William E. Butler / ed. by N. Erpyleva, M. Gashi-Butler, J. Henderson. London, 2005. P. 117–134.

добросовестности не отвергалось, но под добросовестным поведением понималось надлежащее исполнение гражданско-правовых обязательств и других обязанностей<sup>4</sup>. До сих пор эта мысль проскальзывает в некоторых судебных актах высших судов. Так Конституционный Суд РФ, например, указал, что «пункт 1 статьи 170 ГК Российской Федерации направлен на защиту от недобросовестности участников гражданского оборота»<sup>5</sup>, т.е. признал заключение мнимых сделок недобросовестным поведением, тогда как заключение мнимых сделок незаконно и запрещено само по себе, а принцип добросовестности как раз и нужен для запрета поведения, которое во всем остальном законно.

В первой редакции ГК РФ, воспринявшей в полной мере эту традицию, общая обязанность добросовестного поведения отсутствовала — авторы первой редакции Кодекса предпочли следовать советской доктрине. Возможно, поспешность, с которой разрабатывался проект нового ГК РФ, не позволила глубоко проанализировать проблему и вероятные последствия отсутствия в рыночном правопорядке конца XX в. принципа добросовестности. В результате в борьбе с так называемыми скрытыми комиссиями в банковских кредитных договорах суды остались без гражданско-правовых средств и практически были исключены из этой борьбы. Банку России и Федеральной антимонопольной службе пришлось действовать административными методами, на мой взгляд, далекими от законных<sup>6</sup>. А на появление подобных оговорок в стандартных правилах страхования долгое время вообще никто не реагировал. Из-за отсутствия у судов гражданско-правового инструмента борьбы с недобросовестностью пострадали как интересы людей, так и их отношение к праву. Те, кто в начале XX в. предлагал включить в Кодекс принцип добросовестности, оказались правы — в современном обороте сложно обходиться без этого инструмента защиты важных интересов его участников<sup>7</sup>.

После весьма неприятной и наделавшей много шума истории со «скрытыми комиссиями» суды попытались найти выход из положения. Иногда они стали прямо ссылаться на обязанность добросовестности так, как будто бы в ГК РФ того времени она существовала<sup>8</sup>, и в результате получались справедливые, но очевидно незаконные решения. Однако в 2008 г. ВАС РФ предложил выход из положения — рассматривать недобросовестное поведение как один из вариантов злоупотребления правом; тогда возникала возможность сослаться на ст. 10 ГК РФ<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Несколько примеров имеются в книге: *Витрук Н.В.* Общая теория юридической ответственности. 2-е изд., испр. и доп. М., 2009.

<sup>5</sup> Определение КС РФ от 21.12.2004 № 463-О.

<sup>6</sup> См.: *Ефремова М.Д., Фогельсон Ю.Б., Петрищев В.С. и др.* Защита прав потребителей на рынках финансовых услуг / отв. ред. Ю.Б. Фогельсон. М., 2009. С. 23, 24.

<sup>7</sup> Подробнее на эту тему см.: *Фогельсон Ю.Б.* Страхование право: теоретические основы и практика применения. М., 2012. С. 170–178.

<sup>8</sup> См.: *Яковлева С.В.* Принцип добросовестности в договорном праве: российское законодательство и судебная практика // *Хозяйство и право.* № 1. 2009. С. 102–121.

<sup>9</sup> См.: Обзор практики применения ст. 10 ГК РФ, распространенный информационным письмом Президиума ВАС РФ от 25.11.2008 № 127. Следует подчеркнуть, что в данном Обзоре признаны злоупотреблением правом различные виды поведения: неучастие члена совета директоров в его заседании, заключение разного рода сделок. Исходя из этой позиции ВАС РФ, любой вид недобросовестного

В европейских правовых системах вопрос о соотношении недобросовестности и злоупотребления правом однозначно не решен. В каждой стране свои подходы. Довольно полный обзор этого вопроса сделан французскими авторами — они посвятили данной проблеме специальный раздел своей книги<sup>10</sup>. Но в этом вопросе в европейских правовых системах есть одно общее — все они рассматривают недобросовестность как более широкое понятие, чем злоупотребление правом. Президиум ВАС РФ, напротив, предложил считать недобросовестность вариантом злоупотребления. Понятно, что это было сделано из-за (а) необходимости реагировать на недобросовестность, (б) отсутствия в законе принципа добросовестности и (в) наличия в законе запрета злоупотребления правом. То есть ясны причины того, что это отождествление произошло, а дальше будет показано, к чему оно привело.

Понятно чисто умозрительно, что такое отождествление должно было существенно расширить толкование злоупотребления правом. Так и произошло: В.В. Витрянский приводит много других примеров расширительного толкования судебной практикой злоупотребления правом еще до реформы ГК РФ, и вполне справедливо, на мой взгляд, высказывается об этом весьма критически<sup>11</sup>. С.В. Яковлева в 2010 г. убедительно показала, что отождествлять недобросовестность с вариантом злоупотребления правом неверно методологически<sup>12</sup>. В ее работе имеются ссылки на многочисленную дискуссионную литературу по этому вопросу, и поэтому я здесь эти ссылки не привожу. Принцип добросовестности ограничивает эгоистические стремления участников оборота к максимизации собственной выгоды, обеспечивая выравнивание диспропорций в договорных отношениях и позволяя также учесть ограниченную рациональность их участников. Это признано всеми европейскими правовыми системами<sup>13</sup>. Отождествление недобросовестности со злоупотреблением смещает акцент на причинение вреда, что, как мы увидим, и произошло на практике.

Резюмируя сказанное, следует обратить внимание на следующее. Принцип добросовестности запрещает любое эгоистическое поведение, направленное исключительно на максимизацию собственной выгоды без учета интересов контрагентов. Безусловно, и злоупотребление правом, и ненадлежащее исполнение

---

поведения должен быть признан злоупотреблением правом. Так это и было воспринято оборотом и научным сообществом. Соответствующая цитата из п. 1.2 раздела II § 2 Концепции совершенствования общих положений ГК РФ приведена далее в тексте.

<sup>10</sup> См.: European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules / В. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud (eds). München, 2008. P. 183–186. URL: [https://books.google.ru/books?id=yNCHhbXpbKEC&printsec=frontcover&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.ru/books?id=yNCHhbXpbKEC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false). Оригинал этой книги на французском языке напечатан, а английский перевод доступен только в электронном виде.

<sup>11</sup> См.: Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М., 2016.

<sup>12</sup> См.: Яковлева С.В. Принцип добросовестности и запрет злоупотребления правом в договорном праве // Хозяйство и право. 2010. № 11. С. 54–70.

<sup>13</sup> См., напр.: Zimmermann R., Wittaker S. Good Faith in European Contract Law: surveying legal landscape // Zimmermann R., Wittaker S. (eds). Good Faith in European Contract Law. Cambridge, 2000. P. 7–62. Дольше всех такому ограничению свободы оборота противилась Англия, но сегодня даже она сдалась. См., напр.: A new era for good faith in English contract law? // Allen & Overy Litigation Review. Jan. 2013. URL: <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/A-new-era-for-good-faith-in-English-contract-law.aspx>.

обязательств, совершение мнимых и притворных сделок является в этом смысле недобросовестным поведением. Однако если бы запрета злоупотреблять правами, заключать мнимые и притворные сделки было достаточно, то не было бы никакой нужды включать в закон принцип добросовестности. Дело как раз в том, что круг недобросовестного поведения значительно шире. Он включает в себя, например, использование в договоре со стандартными условиями несправедливых оговорок или ссылки на незнание того, что лицо не может не знать, и проч. Эти виды поведения нельзя назвать злоупотреблением правом даже в его весьма широком толковании. Не являются они и фиктивными, мнимыми или притворными действиями. Тем не менее современными правопорядками они запрещаются.

Как бы то ни было, к моменту внесения в ГК РФ изменений, вступивших в силу 01.03.2013, и появления в Кодексе принципа добросовестности в российском гражданском праве уже более 100 лет шла дискуссия по вопросу о включении этого принципа (общей обязанности вести себя добросовестно), а в последние лет 5–7 она переросла в дискуссию об использовании недобросовестности как формы злоупотребления правом.

Авторы реформы приняли, на мой взгляд, парадоксальное решение, которое, опять же по-моему, было ошибочным. Во-первых, было решено включить в закон общую императивную обязанность вести себя добросовестно. Вот как это объяснено в подп. «а» п. 1.3 § 1 раздела I Концепции совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации: «...неограниченная свобода в достижении эгоистических интересов таит в себе способность дестабилизации оборота, т.к. привносит в него элементы, на которые не рассчитывает добропорядочное большинство. Предсказуемость поведения основана на удовлетворении ожиданий, а они базируются на представлении о добросовестном поведении. Правила о добросовестности являются естественным противовесом правилам, утверждающим свободу договора и автономию воли сторон»<sup>14</sup>.

Этот тезис полностью соответствует современному пониманию того, каким должно быть право вообще, — поведение должно быть предсказуемым и ожидания участников оборота должны осуществляться. Кроме того, в тезисе продемонстрировано отчетливое понимание целей включения в закон принципа добросовестности — ограничение возможности участников оборота в стремлении к достижению исключительно эгоистических целей, учет интересов контрагента и т.д. Теоретически и вырванное из контекста сказанное представляется весьма разумным и к нему невозможно не присоединиться. Однако читаем Концепцию дальше. В подп. «б» п. 1.3 § 1 раздела I Концепции констатируется, что сегодня участники оборота не ведут себя добросовестно: «Для правоприменительной практики характерно обилие споров, разрешение которых связано с вопросом о недобросовестности участников оборота (см., например, информационное письмо ВАС РФ от 25.11.2008 № 127)». Напомню, что именно в этом информационном письме ВАС РФ продемонстрировал судам, как следует приравнивать недобросовестное поведение и злоупотребление правом. Авторы Концепции, как мы видим, с этим вполне согласны. И подтверждают это в п. 1.2 § 2 раздела II: «...обзор практики,

<sup>14</sup> Текст Концепции, утвержденной Президиумом Совета по кодификации 11.03.2009, доступен по ссылке: <http://privlaw.ru/soveto-po-kodifikacii/conceptions/koncepciya7/>.

осуществленный ВАС РФ в информационном письме от 25.12.2008 г. № 127<sup>15</sup>, позволяет установить, что иными формами злоупотребления правом признается недобросовестное поведение участников оборота, приводящее к неблагоприятным последствиям для иных лиц».

Иными словами, с одной стороны, авторы Концепции признают, что целью включения в закон общей обязанности вести себя добросовестно является воспрепятствование эгоистическому стремлению к максимизации собственной выгоды. И в этом случае злоупотребление правом становится крайней формой недобросовестности. С другой стороны, они предлагают считать недобросовестное поведение формой злоупотребления правом. То есть вместо того, чтобы прекратить имеющуюся дискуссию о соотношении недобросовестности и злоупотребления правом, встав на одну из ее сторон, авторы Концепции предлагают включить в закон оба подхода, создав противоречие не только в доктрине, но и в Кодексе. Именно в таком виде эти предложения и стали законом. Более того, в июне 2015 г. Пленум ВС РФ разъяснил судам, как применять новый правовой инструмент: «Оценивая действия сторон как добросовестные или недобросовестные, следует исходить из поведения, ожидаемого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации»<sup>16</sup>. Это толкование полностью соответствует тому, что сказано в подп. «а» п. 1.3 § 1 раздела I Концепции (см. выше). Если придерживаться данного толкования, то злоупотребление правом становится крайней формой недобросовестности, как и сказано выше, но недобросовестность нельзя рассматривать только как одну из форм злоупотребления правом. Это вступает в противоречие с п. 1 ст. 10 ГК РФ, но Пленум ВС РФ умолчал о соотношении недобросовестности и злоупотребления правом и тем самым уклонился от формального разрешения этого противоречия<sup>17</sup>.

Теперь посмотрим, как всё это было воспринято судебной практикой. Для анализа я отобрал все постановления арбитражных судов округов, ссылающихся на новую редакцию п. 3 ст. 1 ГК РФ<sup>18</sup>. Таких в моей базе судебных решений оказалось 635<sup>19</sup>, притом что всего после 01.03.2013 (даты вступления в силу этой новой редакции) арбитражными судами округов было вынесено 368 232 постановления, т.е. ссылки на принцип добросовестности имеются менее чем в 0,2% постановлений.

---

<sup>15</sup> В тексте допущена ошибка. Письмо ВАС РФ датируется 25.11.2008.

<sup>16</sup> Постановление Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 (п. 1).

<sup>17</sup> Имеется точка зрения, что никакого противоречия нет, так как п. 1 ст. 10 ГК РФ не отождествляет недобросовестность с одной из форм злоупотребления правом, поскольку в этой норме идет речь лишь об осуществлении права. Однако, как я уже отметил выше (в сноске 9), эту норму толкуют очень широко, считая осуществлением права весьма разнообразные виды поведения.

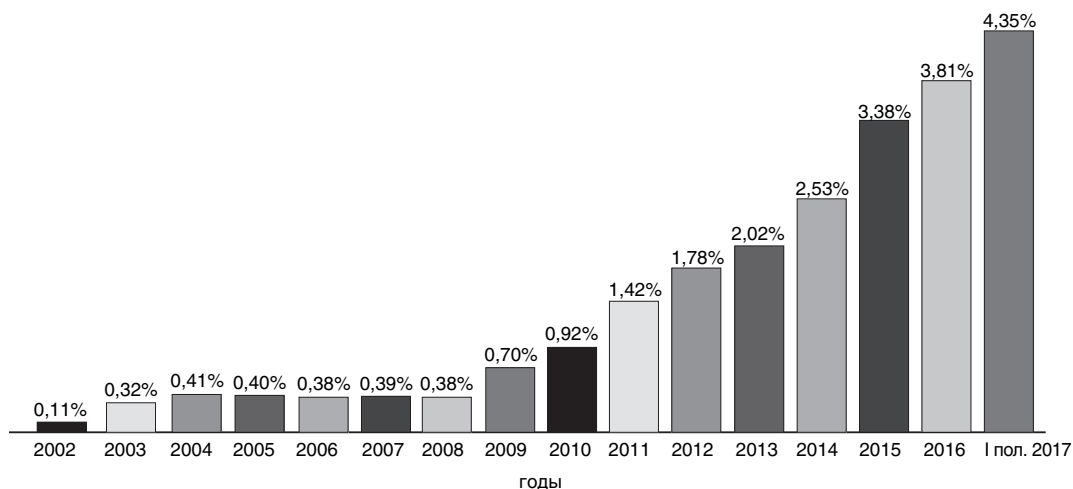
<sup>18</sup> Очевидно, что этими ссылками не исчерпываются все судебные акты арбитражных судов округов, использующих принцип добросовестности для вынесения решения. Одни ссылаются не на п. 3, а на п. 4 ст. 1 ГК РФ, другие ссылаются на ст. 10 ГК РФ и не ссылаются на принцип. Однако моей целью являлся анализ едино/разнообразия толкований судами принципа добросовестности, и для этих целей данный подход представляется мне оправданным.

<sup>19</sup> Все материалы по анализу практики приводятся по данным СПС «КонсультантПлюс» по состоянию на 30.06.2017.

При этом число дел, в которых суды ссылаются на ст. 10 ГК РФ, после 01.03.2013 составляет 12 257, т.е. их почти в 20 раз больше, чем ссылок на п. 3 ст. 1 ГК РФ. А до января 2002 г., т.е. за семь лет, прошедших с момента вступления в силу части первой ГК РФ, во всем массиве дел арбитражных судов округов имеется только одна ссылка на ст. 10 ГК РФ<sup>20</sup>.

В связи с такой ситуацией я решил посмотреть на динамику изменения числа ссылок на ст. 10 и на п. 3 ст. 1 ГК РФ по годам. Эта динамика показана на двух диаграммах (рис. 1 и 2). Данные приведены в процентах к общему числу актов, вынесенных арбитражными судами округов за указанный период. При этом для ссылок на ст. 10 ГК РФ взят период, равный году, а для ссылок на п. 3 ст. 1 ГК РФ — полугодию, так как нужная редакция п. 3 ст. 1 ГК РФ действует всего 4,5 года и при разбиении на полугодия динамика видна лучше.

На рис. 1 видно, что с 2002 г. суды начинают ссылаться на ст. 10 ГК РФ, но процент этих ссылок невысок и шесть лет держится на постоянном уровне. Затем, в ноябре 2008 г., вышло упомянутое выше информационное письмо Президиума ВАС РФ № 127 и процент ссылок на ст. 10 ГК РФ рванул вверх и продолжает расти с высокой скоростью. Ни изменения в ГК РФ марта 2013 г., ни разъяснение Пленума ВС РФ 2015 г. практически никакого влияния на этот рост не оказали, разве что немного его подстегнули. Такой рост процента ссылок, по-моему, можно объяснить только одним — ежегодно суды находят новые ситуации, к которым, по их мнению, применима ст. 10 ГК РФ, т.е. все больше и больше расширяют сферу применения этой нормы.

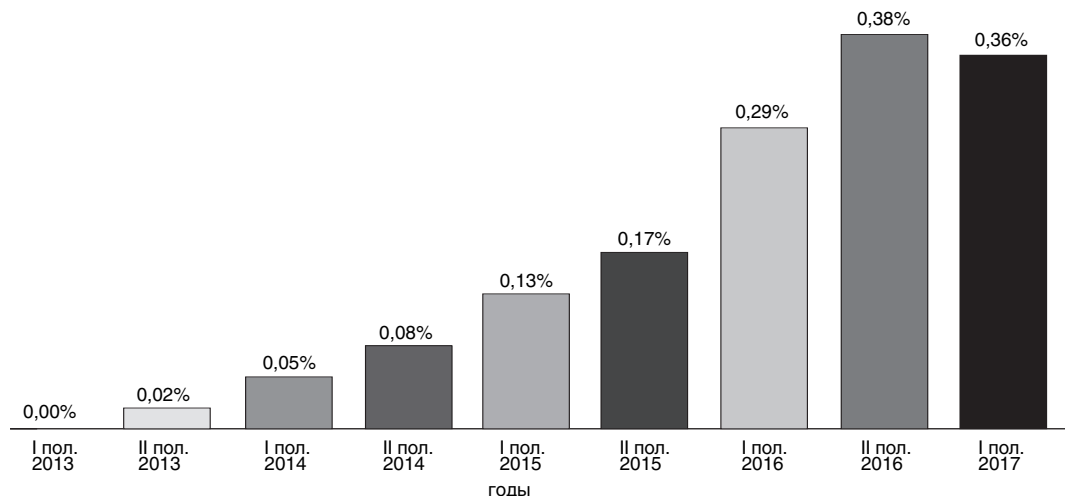


**Рис. 1.** Процент актов арбитражных судов округов со ссылками на ст. 10 ГК РФ

Динамика ссылок на п. 3 ст. 1 ГК РФ несколько иная. При появлении этой нормы в ее современной редакции начался рост ссылок, но довольно быстро процесс, видимо, начал стабилизироваться, хотя на имеющемся материале пока рано делать достоверные выводы. Ситуация, полагаю, прояснится к концу 2018 г.

<sup>20</sup>

См.: постановление АС Волго-Вятского округа от 06.04.1998 по делу № А29-2107/97.



**Рис. 2.** Процент актов арбитражных судов округов со ссылками на п. 3 ст. 1 ГК РФ

Из всего этого видно, что востребованным оказался не принцип добросовестности, а крайне широкое толкование злоупотребления правом, старт которому был дан информационным письмом Президиума ВАС РФ в ноябре 2008 г. Тем не менее ссылки на принцип добросовестности имеются, и для полноты картины следует понять, для чего суды их используют.

Естественно, что советская традиция называть добросовестным надлежащее, законное поведение не может исчезнуть быстро. Естественно также, что как минимум часть ссылок на п. 3 ст. 1 ГК РФ будет сопровождаться квалификацией недобросовестности как злоупотребления правом. Поэтому я предположил, что в массиве судебных актов, ссылающихся на п. 3 ст. 1 ГК РФ, недобросовестным будут называть и незаконное поведение, и злоупотребление правом. Согласно этому предположению ссылки судов на п. 3 ст. 1 ГК РФ должны образовывать три группы. **В первой группе** ссылка на норму использована по прямому назначению: для реакции на эгоистическое поведение, направленное исключительно на максимизацию собственной выгоды без учета интереса других в тех случаях, когда других инструментов нет. Эта группа новая для отечественного гражданского права — никакой традиции в этом отношении нет. Действительно, такая группа дел имеется. Например, в нее попали дела, где одна из сторон включила в договор несправедливое условие, и т.д. В одном из дел ответчик принял на себя обязательство, зная, что он не сможет его исполнить. Суд указал, что ссылка ответчика на невозможность исполнения им обязательства отклоняется, так как никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения, и сослался на п. 3 и 4 ст. 1 ГК РФ<sup>21</sup>. Я расценил эту ссылку на принцип добросовестности как правильное использование этого принципа для реакции на поведение, направленное исключительно на эгоистическую максимизацию выгоды, поскольку в данном случае участник оборота, приняв на себя обязательство, создал у своего контрагента определенные ожидания, заведомо не собираясь их выполнять. Такие дела также попали в первую группу. К той же группе я отнес и дела, где шла речь о добросовестности приобретения имущества.

<sup>21</sup> См.: постановление АС Восточно-Сибирского округа от 20.08.2015 по делу № А19-15535/2014.



**Во второй группе** дел ссылка на п. 3 ст. 1 ГК РФ действительно сопровождалась квалификацией судом поведения как злоупотребления правом. При этом явная квалификация судом злоупотребления была решающей для отнесения дела в эту группу. Например, принципал по банковской гарантии предъявил требование к банку, несмотря на то что долг должника перед принципалом, обеспеченный этой гарантией, был погашен. Суды отказали в иске, ссылаясь в том числе на п. 3 ст. 1, ст. 10 ГК РФ и заведомо недобросовестное поведение принципала<sup>22</sup>. Я отнес такие дела не ко второй, а к первой группе, так как, во-первых, здесь ничто не свидетельствует о намерении истца причинить вред банку. Он просто хотел поживиться, используя независимость банковской гарантии от основного обязательства. Здесь нет никакого злоупотребления правом, но действительно имеется заведомая недобросовестность. Во-вторых, и это главное, суд не употреблял в тексте судебного акта термин «злоупотребление». В другом деле суд установил «злоупотребление правом при заключении контракта в виде навязанной исполнителю ставки неустойки»<sup>23</sup>. Включение в договор несправедливых условий — очевидная недобросовестность без какого бы то ни было злоупотребления правом. Однако дело попало во вторую группу, а не в первую, поскольку суд явно квалифицировал действия как злоупотребление правом, хотя, на мой взгляд, неправильно. Аналогичные дела, в которых была завышена неустойка, но не было ссылок на злоупотребление, попали в первую группу. Подчеркну еще раз: критерием отнесения в группу являлось не мое понимание ситуации, а квалификация отношений судом.

**Третья группа** дел также сформировалась. Ее составили дела, в которых ссылка на п. 3 ст. 1 ГК РФ относится к незаконному поведению, совершению фиктивных действий, заключению мнимых или притворных сделок, таких, например, как дарение акций с целью обойти преимущественное право покупки или уклонение от исполнения судебного акта и проч. В некоторых таких делах поведение явно квалифицируется как злоупотребление правом, но из текста ясно, что речь идет о незаконности, фиктивности действий. Несмотря на это, я относил такие дела к третьей группе, а не ко второй.

Таким образом, при наличии в тексте решения нескольких квалификаций поведения для принятия решения о том, в какую группу относить дело, квалификация поведения как незаконного, фиктивного имела преимущество и перед квалификацией поведения как злоупотребления, и перед квалификацией его как недобросовестного, а квалификация злоупотребления — преимущество перед квалификацией недобросовестности.

Обнаружилось, однако, что имеется **четвертая группа**. Это дела, в которых суды ссылались на принцип добросовестности, не относя его к какому-то конкретному поведению участника оборота. Иногда это была чисто декларативная ссылка на принцип (п. 3 ст. 1 ГК РФ), иногда — ссылка для указания на презумпцию добросовестности, и она сопровождалась упоминанием п. 5 ст. 10 ГК РФ, а иногда судом цитировалась норма, в тексте которой имеется ссылка на п. 3 ст. 1 ГК РФ, например п. 3 ст. 432 ГК РФ, постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 17 «Об отдельных вопросах, связанных с договором выкупного лизинга» и т.п.

<sup>22</sup> См.: постановление АС Московского округа от 24.05.2017 по делу № А40-49192/2016.

<sup>23</sup> Постановление АС Московского округа от 11.02.2016 по делу № А40-116134/14.

Полученное распределение дел арбитражных судов округов, в текстах которых имеется ссылка на п. 3 ст. 1 ГК РФ, по этим четырем группам приведено в таблице.

**Распределение различных толкований добро-/недобросовестности  
арбитражными судами округов**

Суд	Количество актов по каждому варианту толкования				
	группа 1	группа 2	группа 3	группа 4	всего
АС Волго-Вятского округа	3	3	13	5	24
АС Восточно-Сибирского округа	6	10	5	4	25
АС Дальневосточного округа	6	5	5	9	25
АС Западно-Сибирского округа	27	31	23	50	131
АС Московского округа	37	29	14	26	106
АС Поволжского округа	17	24	8	25	74
АС Северо-Западного округа	29	12	12	16	69
АС Северо-Кавказского округа	9	16	15	6	46
АС Уральского округа	26	28	21	27	102
АС Центрального округа	12	8	6	7	33
Итого	172	166	122	175	635
% от общего числа	27	26	19	28	100

Я не стал подробно анализировать ситуацию в краевых/областных судах (апелляционные, кассационные постановления), в том числе и из-за сомнений в полноте информации по этим судам в СПС «КонсультантПлюс». Полагаю, однако, что и в этих судах дела, имеющие ссылку на п. 3 ст. 1 ГК РФ, распределяются по тем же группам, хотя, возможно, и в несколько ином соотношении. Например, ссылки на п. 3 ст. 1 ГК РФ в апелляционных/кассационных постановлениях Мосгорсуда за 2016 и 2017 гг. распределяются по тем же группам так: первая — 37%, вторая — 19%, третья — 16% и четвертая — 28%.

Из приведенных данных можно сделать как минимум три вывода. Первый: в отличие от норм ст. 10 ГК РФ принцип добросовестности не нашел своих адептов в судах. Даже получив исчерпывающее разъяснение Пленума ВС РФ, суды не определились, как им пользоваться, и поэтому предпочитают ст. 10 ГК РФ. Это видно как из числа ссылок на этот принцип, так и из разнобоя в практике применения п. 3 ст. 1 ГК РФ.

Второй: продолжился и даже немного усилился процесс расширения сферы применения злоупотребления правом. Например, в одном из дел мая 2017 г. встретилась такая формулировка: «Под злоупотреблением правом понимается поведение управомоченного лица по осуществлению принадлежащего ему права, сопряженное с нарушением установленных в статье 10 ГК РФ пределов осуществления гражд-

данских прав, осуществляемое с незаконной целью или незаконными средствами, нарушающее при этом права и законные интересы других лиц и причиняющее им вред или создающее для этого условия»<sup>24</sup>.

И третий вывод: старт быстрому расширению сферы применения ст. 10 ГК РФ дало отождествление недобросовестности с формой злоупотребления правом в информационном письме Президиума ВАС РФ № 127. Дальнейшее закрепление этого в Кодексе в 2013 г. лишь немного ускорило этот процесс, но принципиально на него не повлияло.

Все это вполне объяснимо. Сначала суды, лишённые необходимого им инструмента — принципа добросовестности, начинают под воздействием реально возникающих в обществе проблем использовать вместо него имеющийся инструмент злоупотребления правом. Но, как уже было сказано, недобросовестность гораздо шире злоупотребления, и это даёт толчок расширению сферы применения злоупотребления правом. Затем законодатель закрепляет в законе правило, по которому любая недобросовестность может считаться злоупотреблением. Это полностью легитимирует практику экспансии ст. 10 ГК РФ на всё новые и новые отношения и приводит к почти экспоненциальному росту процента ссылок на данную норму. При этом никакого интереса в осмыслении принципа добросовестности у судов нет, так как, во-первых, регулирование внутренне противоречиво, а, во-вторых, проблема решается и без разрешения этого противоречия.

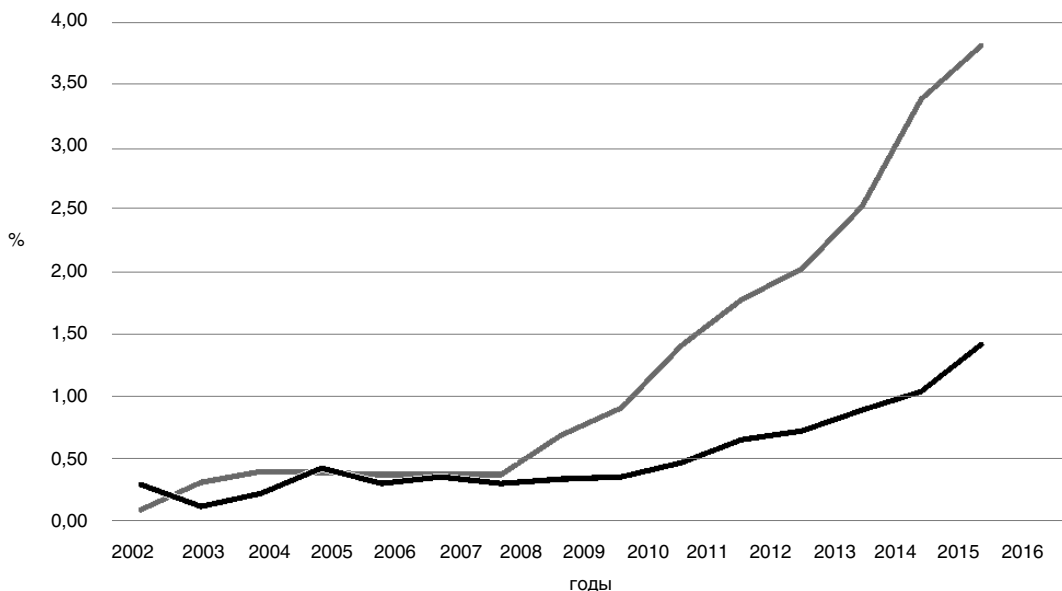
Пока ссылки на злоупотребление правом составляют менее 5% от всех дел, но число их быстро растёт и, по моему прогнозу, тенденция к включению в сферу действия норм ст. 10 ГК РФ всё новых видов поведения продолжится. Уже сегодня суды, ссылаясь на ст. 10 ГК РФ, контролируют равноценность встречных предоставлений в нескольких видах отношений: в преддверии банкротства, при корпоративных конфликтах, контролируется продажа имущества должником по обязательству (например, проверяется, не является ли это способом убрать имущество из-под взыскания). Контролируется расчёт убытков и неустойки. Так, ссылаясь на ст. 10 ГК РФ, суд пишет: «Установление неустойки в виде штрафа оправданно и соответствует указанным принципам российского права, когда такая ответственность предусматривается за неисполнение обязательства в целом, иные подобные правонарушения, а не за просрочку исполнения обязательства»<sup>25</sup>. Какое может быть дело суду до воли сторон, договорившихся об уплате неустойки в виде штрафа также и при просрочке? Если воля сторон не имеет пороков, если у сторон равные переговорные возможности — никакого дела не может быть. Нет, оказывается, что это злоупотребление правом.

На рис. 3 приведена диаграмма, в которой рост ссылок на ст. 10 ГК РФ в актах арбитражных судов округов сопоставлен с ростом ссылок на эту статью в апелляционных/кассационных постановлениях областных/краевых судов общей юрисдикции<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Постановление АС Московского округа от 19.05.2017 по делу № А40-161701/13.

<sup>25</sup> Постановление АС Московского округа от 14.09.2015 по делу № А40-121051/14.

<sup>26</sup> Данные за первое полугодие 2017 г. здесь не представлены, так как база решений судов общей юрисдикции формируется в СПС «КонсультантПлюс» с большой задержкой и к моменту написания данной статьи еще не была сформирована полностью.



**Рис. 3.** Сопоставление динамики ссылок на ст. 10 ГК РФ:

— процент актов АС округов;  
 — процент актов судов общей юрисдикции

Видно, что в судах общей юрисдикции ситуация не так отчетливо проявлена, как в арбитражных судах округов. Однако рост процента ссылок налицо и здесь, но он не так выражен и начинается с 2012 г., что вполне объяснимо, поскольку информационное письмо ВАС РФ для судов общей юрисдикции, естественно, не сыграло такой роли, как для арбитражных судов.

В 2014 г. вышла статья А.М. Ширвиндта о принципе добросовестности, которая заканчивается следующим: «Итак, принцип добросовестности закреплен в ГК РФ. Влияние этого события на отечественный правопорядок не предугадать. Оно может стать вехой в истории российского права или, наоборот, остаться незамеченным»<sup>27</sup>. Однако, как ни неприятно это констатировать, И.А. Покровскому удалось предугадать судьбу этого принципа в России еще 100 лет назад. Он предвидел всё, вплоть до «наклонной плоскости», которая из его метафоры превратилась в реальную диаграмму (см. рис. 1). Получив в руки норму о запрете недобросовестного поведения, суды начали ставить оборот под свой контроль, всё больше расширяя сферу применения этого инструмента. Они ссылаются не на сам принцип, а на злоупотребление правом, но в том-то и дело, что это прямо предписано им нормами п. 1 ст. 10 ГК РФ.

И.А. Покровский, судя по тексту его работы, считал, что подобная экспансия судебного контроля над оборотом через принцип добросовестности неизбежна, до-

<sup>27</sup> Ширвиндт А.М. Принцип добросовестности в ГК РФ и сравнительное правоведение // *Aequum ius*. От друзей и коллег к 50-летию проф. Д.В. Дождева / отв. ред. А.М. Ширвиндт. М., 2014. С. 242.

статочно просто предоставить судам этот гражданско-правовой инструмент, допускающий очень широкое толкование термина «недобросовестность». То есть он считал, что судам в принципе свойственно стремление к контролю над оборотом и сдерживают их лишь жесткие формулы норм. Полагаю, приведенные данные говорят о несколько ином механизме, создавшем «наклонную плоскость». Термин «злоупотребление правом» также допускает разные толкования, но всё же сфера применения ст. 10 ГК РФ до информационного письма № 127 была значительно менее широкой. Если на рис. 3 обратить внимание на динамику ссылок арбитражных судов округов на ст. 10 ГК РФ с 2002 по 2008 г. включительно, а также на динамику ссылок областных/краевых судов на эту статью с 2002 по 2012 г., то видно, что судам свойственно осмысливать новый инструмент и стабилизировать его применение, выработав приемлемое толкование. Экспансия этого инструмента на всё новые и новые отношения началась в арбитражных судах округов вовсе не из-за наличия его у судов и возможности широкого толкования термина «злоупотребление». Толчок этой экспансии арбитражным судам дал ВАС РФ, а областным/краевым судам этот толчок дал законодатель, когда недобросовестность была признана формой злоупотребления правом и, соответственно, судам было предоставлено универсальное последствие недобросовестности — отказ в защите права.

Поведение судов вполне логично. Зачем нужен п. 3 ст. 1 ГК РФ, раз не он, а ст. 10 предусматривает последствия недобросовестности? И несмотря на то, что в ГК РФ специально установлены разные последствия для разных случаев недобросовестности в ст. 432, 166, 428 и т.д., есть универсальное последствие в ст. 10. Получается, что приравнивание недобросовестности к одной из форм злоупотребления правом, с одной стороны, расширило до практически неопределенных пределов сферу применения ст. 10 ГК РФ, а с другой стороны, предоставило для любой новой ситуации, к которой она применяется, универсальное правовое последствие. Если бы не была новой редакции п. 1 ст. 10 ГК РФ, а принцип недобросовестности был бы включен в Кодекс, то суды каждый раз, когда возникала бы идея квалифицировать поведение как недобросовестное, должны были бы задумываться о том, какие последствия этой квалификации следует применить. А при наличии этой новой редакции ни о чем думать не надо.

Если моя интерпретация механизма образования «наклонной плоскости» верна, то такого результата можно было избежать. По-моему, причина той экспансии применения ст. 10 ГК РФ, которую мы наблюдаем, не в стремлении судей поставить всё под свой контроль (хотя определенную роль это играет, но, по-моему, не главную), а в том, что в новой редакции п. 1 ст. 10 ГК РФ была продублирована позиция информационного письма № 127. Решение включить принцип добросовестности в Кодекс и одновременно для разных видов недобросовестности установить разные правовые последствия, на мой взгляд, было совершенно верным. Но авторам реформы ГК РФ ничто не мешало подумать о внутренней противоречивости одновременного включения в Кодекс п. 3 ст. 1 и новой редакции п. 1 ст. 10 и об эффекте, к которому это приведет. Ничто не мешало построить диаграмму, аналогичную показанной на рис. 1, увидеть этот опасный взлет процента ссылок на ст. 10 ГК РФ уже к концу 2012 г. и предугадать дальнейшее.

## References

- Edwards A. A New Era for Good Faith in English Contract Law? Available at: <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/A-new-era-for-good-faith-in-English-contract-law.aspx> (Accessed 5 September 2017).
- Efremova M.D., Fogelson Yu.B., Petrishev V.S., Rumyantsev S.A. Consumer Protection on Financial Markets [*Zashhita prav potrebitelej na rynkah finansovyh uslug*], Moscow, Norma — Infra-M, 2009. 368 p.
- Fauvarque-Cosson B., Mazeaud D. (eds). European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules. Munich, Sellier, 2008. 648 p.
- Fogelson Ju.B. Good Faith Clause and Russian Contract Law [*Ogovorka o dobrosovestnosti i rossiiskoe dogovornoe pravo*], in: N. Erpileva, M. Gashi-Butler, J. Henderson (eds). Forging a Common Legal Destiny: *Liber Amicorum* in Honor of William E. Butler. London, Widly, Simmonds & Hill Publishers, 2005, P. 117–134.
- Fogelson Ju.B. Insurance Law: Theoretical Foundations and Practice [*Strakhovoe pravo: teoreticheskie osnovy i praktika primeneniya*]. Moscow, Norma — Infra-M, 2012. 576 p.
- Pokrovskiy I.A. The Main Problems of Civil Law [*Osnovnye problemy grazhdanskogo prava*]. Moscow, Statut, 1998. 353 p.
- Shirvindt A.M. Principle of Good Faith in the Civil Code of the Russian Federation and Comparative Law [*Printsip dobrosovestnosti v GK RF i sravnitelnoe pravovedenie*], in: A.M. Shirvindt (ed.). *Aequum ius*. From Friends and Colleagues for the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Professor D.V. Dozhdev [*Aequum ius. Ot druzej i kolleg k 50-letiju professora D.V. Dozhdeva*]. Moscow, Statut, 2014. P. 203–242.
- Vitruk N.V. General Theory of Legal Liability. [*Obschaya teoriya juridicheskoy otvetsrvennosti*]. 2<sup>nd</sup> ed. Moscow, Norma, 2009. 432 p.
- Vitryanskiy V.V. Reform of Russian Civil Law: Intermediate Results. [*Reforma rossiiskogo grazhdanskogo zakonodatelstva: promezhutochnye itogi*]. Moscow, Statut, 2016. 431p.
- Yakovleva S.V. Principle of Good Faith and Prohibition of Abuse of Right in Contract Law [*Printsip dobrosovestnosti i zapret zloupotrebleniya pravom v dogovornom prave*]. Economy and Law [*Khozyaistvo i pravo*]. 2010. No. 11. P. 54–70.
- Yakovleva S.V. Principle of Good Faith in Contract Law: Russian Legislation and Judicial Practice [*Printsip dobrosovestnosti v dogovornom prave: rossiiskoe zakonodatel'stvo i sudebnaya praktika*]. Economy and Law [*Khozyaistvo i pravo*]. 2009. No. 4. P. 102–121.
- Zimmermann R., Wittaker S. Good Faith in European Contract Law: Surveying Legal Landscape, in: Zimmermann R., Wittaker S. (eds). Good Faith in European Contract Law. Cambridge, Cambridge University Press, 2000. 723 p.

## Information about the author

Yuriy Fogelson — Professor at the Department of International Public and Private Law of the Higher School of Economics, Doctor of Laws (e-mail: [yfogelson@hse.ru](mailto:yfogelson@hse.ru)).