



**Ирина Евгеньевна
МИХЕЕВА,**

заместитель заведующего
кафедрой
банковского права
Университета имени
О.Е. Кутафина (МГЮА),
кандидат юридических
наук, доцент
ya.miheeva@yandex.ru
125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

СУДЕБНОЕ УСМОТРЕНИЕ ПРИ ПРИМЕНЕНИИ СУДАМИ ПРИНЦИПА ДОБРОСОВЕЩНОСТИ

Аннотация. Автором проведен анализ применения судами принципа добросовестности при рассмотрении споров как нормы применения права.

В статье сделан вывод, что, поскольку добросовестность является оценочным понятием, в законе отсутствуют ее критерии, при применении судами принципа добросовестности требуются конкретизация, уточнение критериев добросовестности для рассмотрения конкретных споров. Суды формируют правила, в ряде случаев отличные от правил, установленных нормами права, после чего осуществляется широкое применение их как норм права.

В работе сделан вывод, что признание возможности применения принципов права как норм права предопределяет появление право-творческой роли судов. Предусмотренная ст. 10 ГК РФ ответственность за нарушение принципа добросовестности также свидетельствует о возможности применения принципа добросовестности как нормы права.

Ключевые слова: судебное усмотрение, принцип добросовестности, применение, норма права, банковская деятельность.

DOI: 10.17803/2311-5998.2020.75.11.158-165

I. E. MIKHEEVA,

Deputy head of the Department of banking law
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),
Cand. Sci. (Law), Associate Professor
ya.miheeva@yandex.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

LEGAL FEATURES OF THE REGULATORY FUNCTION OF THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH

Abstract. The author analyzes the application of the principle of good faith by courts when considering disputes as a rule of law

The article concludes that since good faith is an evaluative concept, there are no criteria for it in the law, when applying the principle of good faith by courts, it is necessary to specify and clarify the criteria of good faith for the consideration of specific disputes. Courts form rules, in some cases different from the rules established by the law, after which they are widely applied as rules of law.

The paper concludes that the recognition of the possibility of applying the principles of law as norms of law determines the appearance of the law-

making role of courts. The article concludes that liability under article 10 of the civil code for violation of the principle of good faith also indicates the possibility of applying the principle of good faith as a rule of law.

Keywords: *judicial discretion, the principle of good faith, application, rule of law, banking.*

Одной из тенденций современного развития частного права является возрастание роли судебной практики. Трудно переоценить ее значение в определении содержания принципов права. Ярким примером того, что основополагающее начало может быть выработано судебной практикой, является принцип добросовестности¹.

При этом принцип добросовестности является оценочным понятием, его применение судами требует конкретизации и уточнения критериев добросовестного поведения субъектов права при разрешении каждого конкретного дела, что предопределяет расширение судебного усмотрения. В связи с этим требуется признание изменения роли судов при рассмотрении судебных споров и формировании практики применения принципа добросовестности как нормы права.

Введение в число принципов гражданского законодательства принципа добросовестности участников имущественного оборота, как пишет В. В. Витрянский, неминуемо влечет за собой расширение сферы судейского усмотрения².

А. Г. Карапетов считает, что «интеграция в закон принципа добросовестности позволяет законодателям снять с себя ответственность в отношении данных вопросов и делегировать развитие, уточнение и корректировку позитивного гражданского права судам, которые без всякой к тому своей воли сталкиваются с ними при разрешении конкретных споров и вынуждены что-то решать. В итоге реально действующее частное право все сильнее начинает предопределяться судебной практикой, а не законодательными нормами»³.

Анализ судебной практики на примере применения принципа добросовестности позволяет сделать вывод о фактически сформированной правотворческой роли судов, что еще недавно не было свойственно судам в России. При этом следует отметить, что вопросы о правотворческой роли судов и судебном усмотрении давно обсуждаются в науке и не являются бесспорными.

В свое время еще И. Б. Новицкий писал, что «спорным и окончательно нерешенным должен считаться (не имеющий никакого отношения к данной контроверзе) вопрос о праве судьи законодательствовать по конкретным казусам, если законодатель не дал соответствующей нормы.

¹ Волос А. А. Принципы обязательственного права : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2015. С. 4.

² Витрянский В. В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М. : Статут, 2016. С. 41.

³ Карапетов А. Г. Основные положения гражданского права : постатейный комментарий к статьям 1—16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / А. В. Асков, В. В. Байбак, Р. С. Бевзенко [и др.] ; отв. ред. А. Г. Карапетов. М. : М-Логос, 2020. С. 192.

Что же касается применения к отдельным спорным положениям подсобного критерия, прямо рекомендованного законом, то на этот счет современная юриспруденция довольно единодушно высказывается за признание у судьи такого права. Точно так же и положительные законодательства не считают возможным лишить суд всякой самостоятельности. Свободное усмотрение суда (отнюдь не являющееся синонимом произвола) неизбежно, и оно всюду существует, когда судья оценивает степень виновности, уважительность оснований и т.п.»⁴.

С. С. Алексеев придерживался аналогичной позиции и отмечал, что «практика присоединяется к нормативному материалу не только в виде “облака” правовой идеологии, правосознания (в частности, профессионального), но и в виде так или иначе объективированных ее форм, в том числе правоположений практики, содержащихся в актах суда, других правоприменительных органов. Причем в ряде случаев эти правоположения носят формально выраженный нормативный характер (что присуще, например, актам высших юрисдикционных органов, в частности постановлениям Пленума Верховного Суда, Пленума Высшего Арбитражного Суда в нормативной их части)⁵».

Далее ученый высказал предложение: «Надо полагать, настала пора вообще изменить наше видение правосудия, интерпретацию его назначения как одного лишь применения права. Данные теории, да и опыт развитых демократических стран, причем не только англо-американской группы, свидетельствуют, что высокий уровень правового развития достигается в обществе тогда, когда суд, опираясь на Конституцию, на закон, на закрепленные в законе основополагающие правовые принципы, общепризнанные права человека, тоже “творит право”. Поэтому придание решениям высших судебных инстанций функций судебного прецедента представляется делом назревшим, вполне оправданным»⁶.

Однако с такой позицией согласны далеко не все ученые. Так, В. Г. Ротань пишет, что «работа судов над толкованием и применением принципов права могла бы стать важнейшим проявлением творческой роли судов. Вместо этого ученые обосновывают необходимость признания правотворческой роли судов, с чем согласиться нельзя, ибо правотворчество — это поиск целесообразного решения, а творчество судов — это поиск содержания нормативных положений, в том числе тех, которые закрепляют принципы права»⁷.

Анализируя практику судебного усмотрения использования судами принципа добросовестности, Ю. Б. Фогельсон отметил, что «получив в руки норму о запрете недобросовестного поведения, суды начали ставить оборот под свой контроль, все 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»⁸.

⁴ Новицкий И. Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 2006. Т. 6. № 1. С. 162.

⁵ Алексеев С. С. Теория права. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Бек, 1995. С. 97.

⁶ Алексеев С. С. Указ. соч. С. 309.

⁷ Ротань В. Г. Регулятивное значение принципов гражданского права // Ученые записки Крымского федерального университета имени В. И. Вернадского. Серия «Юридические науки». 2015. № 1. С. 225.

⁸ Фогельсон Ю. Б. Принцип добросовестности в российской судебной практике // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 9. С. 114.

В. В. Витрянский, разделяя опасения И. А. Покровского относительно возможности перерастания свободного судебного усмотрения в судебский произвол, отмечал, что «проблема может быть решена путем формирования единообразной судебной практики, связанной с применением принципа добросовестности к различным гражданским правоотношениям»⁹.

Данная позиция представляется примирительной в части оценки правотворческой деятельности судов. Далее ученый также отметил, что «уже сегодня можно обнаружить некоторые успешные попытки судебного толкования отдельных правовых норм, в соответствии с которыми определенные юридические последствия наступают в зависимости от добросовестности (или недобросовестности) поведения участников гражданского оборота»¹⁰.

Следует согласиться с тем, что обобщение и применение практики высшего суда позволит выработать единообразные подходы по вопросам применения принципа добросовестности и таким образом даст возможность исключить «судейский произвол», а также слишком широкое применение судебного усмотрения. Следующим этапом успешного судебного усмотрения, подтвержденного в обзорах Верховного Суда РФ, может стать внесение изменений в законодательство, закрепляющих сформированные судами позиции.

В продолжение исследования вопроса о судебном усмотрении следует отметить, что вывод о правотворчестве судов является следствием использования ими принципа добросовестности как нормы права.

Одним из случаев применения принципа добросовестности как нормы права является его использование в случае противоречия с нормой права.

Как отметил С. С. Алексеев, «возникает вопрос о подходе к ситуациям, когда нормы писаного права не согласуются с принципами права или даже противоречат им. Понятно, что приведение в соответствие того и другого — это прерогатива законодателя. Но если законодатель не делает этого или даже, более того, консервирует писанные нормы, противоречащие общим принципам? С принципиальной точки зрения в условиях повседневной, нормальной жизни общества ответ здесь один: указанную коллизию, кроме законодателя, может решить только суд, компетентный орган правосудия. Те или иные лица могут совершать определенные действия со ссылкой на закрепленные в законе принципы права, хотя бы такого рода действия и не соответствовали нормам писанных юридических источников. Но эти действия не могут априорно рассматриваться в качестве правомерных. Таковыми — в случаях существования в законодательстве соответствующих принципов права — они могут быть признаны судом, органом правосудия (особенно в области частного права в соответствии с принципами, закрепленными в ст. 1 Гражданского кодекса)»¹¹.

Случаи несоответствия нормы права принципу права рассматривала и Е. Е. Богданова. Как указала автор, «одной из спорных проблем реализации принципа добросовестности, которую предстоит решить судебной системе, будет

⁹ Витрянский В. В. Указ. соч. С. 42.

¹⁰ Витрянский В. В. Указ. соч. С. 42.

¹¹ Алексеев С. С. Указ. соч. С. 145.



проблема столкновения нормы позитивного закона и принципа добросовестности, т.е., по сути, столкновения нормы закона и нормы морали»¹².

Широкое применение принципа добросовестности в судебной практике свидетельствует в том числе о возможной несогласованности принципов и норм права в российском гражданском законодательстве.

Применение принципа добросовестности как ограничителя нормы права можно рассмотреть на примере банковской гарантии. Согласно ст. 5 Федерального закона «О банках и банковской деятельности» банковская гарантия является одним из видов банковских сделок.

В рамках конкретного дела суд пояснил, что «в качестве исключения из общего принципа независимости банковской гарантии сложившаяся судебная практика рассматривает ситуацию, когда недобросовестный бенефициар, уже получивший надлежащее исполнение по основному обязательству, в целях собственного неосновательного обогащения, действуя умышленно во вред гаранту и принципалу, требует платежа от гаранта. В этом случае иск бенефициара не подлежит удовлетворению на основании статьи 10 Гражданского кодекса РФ»¹³.

Как видно из приведенной судебной практики, единственной правовой нормой, на которую ссылается суд при рассмотрении указанных споров, является ст. 10 ГК РФ. При этом ст. 375 ГК РФ, предусматривающая обязанность гаранта фактически выплатить бенефициару сумму гарантии независимо от исполнения основного обязательства при предъявлении к нему требования, противоречит принципу добросовестности, предусматривающему недопущение причинения вреда, иного злоупотребления правом в тех случаях, когда основное обязательство исполнено.

Таким образом, именно за судами законодатель оставил право на основе принципа добросовестности решать вопрос о правомерности действий субъектов гражданского права в различных спорных ситуациях.

Важным шагом законодателя с целью защиты права гаранта и принципала в рассматриваемой ситуации следует признать включение в гражданское законодательство правила об ответственности бенефициара за недобросовестное поведение. Так, в силу ст. 375.1 ГК РФ если бенефициар предъявил документы, которые являлись недостоверными, либо предъявленное требование являлось необоснованным, с него могут быть взысканы убытки. Таким образом, в случае выплаты по гарантии по необоснованному требованию банк сможет взыскать задолженность с принципала в порядке регресса либо убытки с бенефициара.

Судебные органы, применяя принцип добросовестности, формируют правила, в ряде случаев отличные от правил, установленных нормами права, после чего осуществляется широкое применение таких правил как норм права.

Положения ст. 10 ГК РФ об ответственности также содержат подтверждение того, что принцип добросовестности может применяться как норма права.

Согласно п. 1 ст. 10 ГК РФ не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход

¹² *Богданова Е. Е.* Договорное право России: реформирование, проблемы и тенденции развития : монография / под общ. ред. Л. Ю. Василевской. М. : Инфра-М, 2016. С. 7.

¹³ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 8 апреля 2016 г. по делу № А40-13203/14.

закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом).

Г. Ф. Шершеневич в нормах права выделял ряд основных признаков. В частности, ученый писал, что «замечается во всех нормах права — это их повелительный характер. Всякая норма права это — приказ... Нормы права или требуют от лиц, к которым обращены, чтобы те совершили действия известного рода (повеления), или же требуют от лиц, к которым обращены, чтобы те воздержались от действий известного рода (запрещения)»¹⁴.

Следствием неисполнения повелений и приказов, содержащихся в нормах права, является применение санкции.

С. А. Алексеев писал об «особенности многих юридических средств и механизмов, призванных обеспечивать и проводить в жизнь юридические запреты, в частности их юридическое опосредование в запрещающих нормах, их гарантирование в основном при помощи юридической ответственности, их реализацию в особой форме — в форме соблюдения»¹⁵.

В пунктах 2, 3 ст. 10 ГК РФ предусмотрено, что в отношении лица, злоупотребившего правом, могут быть применены следующие последствия: отказ от защиты права, возмещение причиненных убытков, а также иные меры. Таким образом, в случае, когда в поведении лица будут установлены признаки, указанные в п. 1 ст. 10 ГК РФ, такое лицо может быть в том числе привлечено к ответственности с применением одной только ст. 10 ГК РФ.

В случае с принципом добросовестности предусмотренная ст. 10 ГК РФ ответственность в виде убытков является некой гарантией того, что другая сторона под страхом наступления неблагоприятных для нее последствий воздержится от злоупотребления правом (недобросовестного поведения).

Возможность привлечения лица за недобросовестное поведение к ответственности по ст. 10 ГК РФ является подтверждением сближения роли принципов и норм права.

Несмотря на сформировавшуюся тенденцию использования судами принципов как норм права, нельзя не признать, что принцип добросовестности остается в определенных случаях *нормой применения права*. Такой случай предусмотрен в п. 2 ст. 6 ГК РФ, согласно которой принцип добросовестности может применяться как «исходный ориентир»¹⁶ для других общих начал (принципов) при отсутствии аналогии закона.

Так, например, если при разрешении спора в соответствии с указанной статьей применяется другой общий принцип, например принцип свободы договора, то суд должен убедиться в том, что его применение не нарушает требования не только добросовестности, но и разумности, справедливости.

Принцип добросовестности как норма применения права должен учитываться при уточнении, толковании и применении других принципов и норм права. Такое

¹⁴ Шершеневич Г. Ф. Избранное : в 6 т. / вступ. слово, сост. : П. В. Крашенинников. М. : Статут, 2016. Т. 4. (Юристы, изменившие право, государство и общество). С. 281—282.

¹⁵ Алексеев С. С. Указ. соч. С. 230.

¹⁶ Формулировку в отношении принципов права как исходных ориентиров в правовом поведении предложил С. С. Алексеев. См.: Алексеев С. С. Указ. соч. С. 144.



применение принципов права основано на их традиционном толковании в литературе.

Принцип добросовестности как норма применения права позволяет разрешить спор не только в сочетании его с принципами права, но и с нормами права, когда нарушение любой из сторон возможно определить только при применении в совокупности принципов и норм права. В ряде случаев действия стороны формально невозможно квалифицировать как нарушение прав другой стороны, но при этом из поведения такой стороны следует, что она злоупотребляет правом.

Конкретное содержание недобросовестного поведения в каждом случае устанавливается судами. Одновременное использование общих начал и норм права в большей степени позволяет восстановить нарушенное право другой стороны. В таком случае суды уточняют, толкуют и применяют нормы права с учетом принципа добросовестности согласно ст. 10 ГК РФ.

Кроме того, в отношении использования принципа добросовестности как нормы применения права необходимо учитывать, что данный принцип указан как приоритетный в п. 2 ст. 6 ГК РФ при применении других общих начал. Формулировка данной нормы позволяет сделать вывод о том, что законодатель обозначил значимость принципа добросовестности в сравнении с другими принципами права, поскольку указал его первым, как ориентир для других принципов.

В этой связи А. А. Жгулев пишет, что положение п. 2 ст. 6 ГК РФ «означает невозможность применения аналогии права в случае, если общие начала и смысл гражданского законодательства не соответствуют требованию добросовестности»¹⁷. Автор также отмечает, что такой подход законодателя обусловлен тем, что «рассматриваемой нормой устанавливается приоритет добросовестности перед применением иных общих начал гражданского законодательства, т.е. применение последних не должно приводить к последствиям, которые несовместимы со всеобщим принципом добросовестности»¹⁸.

Интересной представляется позиция В. Г. Ротаня, который предложил отказаться от правовой конструкции аналогии права, поскольку «последовательное признание принципами, обладающими качествами непосредственного юридического регулятора, неизбежно приводит в противоречие с реальностью», что является вполне обоснованным, учитывая возрастающую роль принципов права. Категория аналогия права в условиях, когда в Конституции и Гражданском кодексе закрепляются принципы (основные начала), стала излишней¹⁹.

Таким образом, на современном этапе развития законодательства и судебной практики возникает необходимость переосмысления роли судов и функций принципов гражданского права.

Принцип добросовестности является оценочным понятием, поскольку в законе отсутствуют его критерии. В случае применения принципа добросовестности как нормы права требуются конкретизация, уточнение критериев добросовестности для разрешения спора, которые вырабатываются судами. Суды формируют пра-

¹⁷ Жгулев А. А. Добросовестность при исполнении обязательства. М. : Инфотропик Медиа, 2011. С. 2.

¹⁸ Жгулев А. А. Указ. соч. С. 2.

¹⁹ Ротань В. Г. Указ. соч. С. 223.

вила, в ряде случаев отличные от правил, установленных нормами права, после чего осуществляется широкое применение их как норм права. Все это свидетельствует о появлении у судов правотворческой роли.

Судебная практика по вопросам применения правовых принципов повлияла на изменение их функций. Представляется, что применение принципов права шире, чем применение норм права, поскольку принципы права могут рассматриваться как нормы права и как нормы применения права.

Предусмотренная ст. 10 ГК РФ гражданско-правовая ответственность в виде взыскания убытков в отношении лица, осуществляющего гражданские права исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действие в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав свидетельствуют о сближении функций принципов и норм права.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Алексеев С. С.* Теория права. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Бек, 1995. — 320 с.
2. *Богданова Е. Е.* Договорное право России: реформирование, проблемы и тенденции развития : монография / под общ. ред. Л. Ю. Василевской. — М. : Инфра-М, 2016. — 192 с.
3. *Витрянский В. В.* Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. — М. : Статут, 2016. — 431 с.
4. *Волос А. А.* Принципы обязательственного права : дис. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 2015.
5. *Жулев А. А.* Добросовестность при исполнении обязательства. — М. : Инфотропик Медиа, 2011. — 112 с.
6. *Карпетов А. Г.* Основные положения гражданского права : постатейный комментарий к статьям 1—16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / А. В. Асков, В. В. Байбак, Р. С. Бевзенко [и др.] ; отв. ред. А. Г. Карпетов. — М. : М-Логос, 2020. — 1469 с.
7. *Новицкий И. Б.* Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. — 2006. — Т. 6. — № 1.
8. *Ротань В. Г.* Регулятивное значение принципов гражданского права // Ученые записки Крымского федерального университета имени В. И. Вернадского. — Серия «Юридические науки». — 2015. — № 1. — С. 221—228.
9. *Фогельсон Ю. Б.* Принцип добросовестности в российской судебной практике // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. — 2017. — № 9. — С. 103—116.
10. *Шершеневич Г. Ф.* Избранное : в 6 т. / вступ. слово, сост. : П. В. Крашенинников. — М. : Статут, 2016. — Т. 4. — 752 с. — (Юристы, изменившие право, государство и общество).
11. *Шпаковский Ю. Г., Романов Е. Ю.* Социальная защита государственных служащих в современной России // Право и безопасность. — 2005. — № 3.