

**Государственное образовательное учреждение высшего
профессионального образования Российско-Армянский университет**

ГРИГОРЯН ГРИГОР ВИГЕНОВИЧ

**ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРИНЦИПА
НЕДОПУСТИМОСТИ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ ПРАВОМ В
ГРАЖДАНСКИХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ**

ДИССЕРТАЦИЯ

**на соискание ученой степени кандидата юридических наук по
специальности 12.00.03 – Частное право (гражданское, торговое
(коммерческое), международное частное, семейное, трудовое право, право
социального обеспечения)**

Научный руководитель:

доктор юридических наук, профессор

Айкянц Армен Меружанович

ЕРЕВАН – 2018

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	3
ГЛАВА I. ФИЛОСОФСКОЕ ПОНИМАНИЕ И СОВРЕМЕННЫЕ ДОКТРИНАЛЬНЫЕ ПОДХОДЫ К ОБЪЯСНЕНИЮ ИНСТИТУТА НЕДОПУСТИМОСТИ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ ГРАЖДАНСКИМИ ПРАВАМИ.	17
§1. Философские начала института злоупотребления правом.	17
§2. Основные теории, объясняющие институт злоупотребления правом.	27
2.1 Теория целевых использований прав и обязанностей.	27
2.2 Теория «Легальной видимости».	31
2.3 Теория пределов осуществления гражданских прав.	34
2.4 Теория интереса.	49
ГЛАВА II. ДОБРАЯ СОВЕСТЬ КАК ДЕТЕРМИНИРУЮЩИЙ ПРИЗНАК ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ ПРАВОМ.	64
§1. Основы понимания доброй совести и добросовестности и их отличия. ...	64
§2. Определение злоупотребления гражданскими правами.	97
ГЛАВА III. ПРИМЕНЕНИЕ ИНСТИТУТА НЕДОПУСТИМОСТИ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ ГРАЖДАНСКИМИ ПРАВАМИ НА ПРАКТИКЕ.	111
§1. Формы и виды злоупотребления гражданскими правами.	111
§2. Отказ в защите права как единственное последствие при злоупотреблении гражданскими правами.	126
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	138
БИБЛИОГРАФИЯ.....	142

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы диссертационного исследования.

Институт злоупотребления гражданскими правами в последние годы вызывает большой интерес к изучению среди российских и армянских цивилистов. Усложнение и многообразие гражданско-правовых отношений неизбежно указывает на необходимость комплексного изучения, правильного понимания и применения общих институтов и принципов гражданского права, коим и является институт недопущения злоупотребления правом. Несмотря на большой массив научных работ, посвященных данной теме, наука гражданского права не выработала единого подхода к пониманию и определению злоупотребления правом. Вслед за этим судебная практика также содержит большое количество дел, в которых суды совершенно по-разному толкуют и применяют нормы ГК о злоупотреблении правом. Как следствие, мы сталкиваемся с ситуацией когда из-за различного судейского подхода применение одного и того же института гражданского права приводит к совершенно противоположным последствиям. Аналогичная ситуация сформировалась и в науке гражданского права: наряду с авторами, выступающими за расширение области применения норм ГК о злоупотреблении правом, существуют также работы, в которых возможность существования данного института отрицается в целом.

Следует отметить, что большинство научных работ, посвященных теме злоупотребления гражданскими правами, несут в себе отпечаток строго-позитивистского подхода, характерного для периода советской правовой мысли, когда строгость законодательных норм была превыше всего, а общие принципы права пренебрегались. Такие подходы показывают свою неэффективность в условиях быстроменяющейся рыночной экономики, где

право должно адекватно отвечать требованиям складывающихся социальных отношений.

Сложившаяся ситуация объективно диктует необходимость пересмотра существующих подходов и поиска новых решений, которые обеспечили бы единообразное и правильное понимание и практическое применение института недопустимости злоупотребления гражданскими правами. Весьма актуальным является обращение к правоприменительной практике и научным подходам иностранных государств, и, особенно, стран романо-германской правовой семьи, в которых институт злоупотребления гражданскими правами имеет одинаковое значение, что и в праве Российской Федерации и Республики Армения.

В вышеназванных целях особое место в работе отведено изучению и анализу механизмов корреляции института недопустимости злоупотребления гражданскими правами и принципа доброй совести. Данный подход позволяет решить ряд логических противоречий, которые имеются в современных позитивистских теориях. Актуальность рассмотрения института злоупотребления гражданскими правами в соотношении с принципом доброй совести усиливается также по причине того, что в результате последних масштабных реформ гражданского законодательства РФ в статье 1 ГК РФ свое закрепление получил принцип добросовестности, который, по своей сути и содержанию идентичен принципу доброй совести, закрепленному в законодательстве Германии, где его содержание, на наш взгляд, раскрыто наилучшим образом.

Как уже отмечалось, современная наука гражданского права содержит достаточно исследований, посвященных институту злоупотребления правом. Вместе с тем, большинство этих изучений имеют значительные внутренние противоречия и несут в большинстве своем отпечаток строго позитивистского, легистского подхода, где верховенство предается не праву, а закону. Такой подход не может отвечать требованиям быстро меняющихся реалий и приводит

к ситуации, при которой институт недопущения злоупотребления гражданскими правами не выполняет возложенную на него функцию.

Степень разработанности темы исследования. Институт недопущения злоупотребления гражданскими правами нельзя назвать малоизученным. Важность и основополагающий характер данного института естественным образом диктовали необходимость его изучения. Объективным фактором изучения данного института является также и его долгая история существования, насчитывающая не одно столетие.

Проблема применения института недопущения злоупотребления гражданскими правами была в центре внимания как дореволюционных, так и советских и современных ученых России и Армении. В дореволюционный период изучению данной проблемы посвятили свои труды В.П. Доманжо и И.А. Покровский. Среди ученых советского периода, занимающихся изучением данного института можно выделить имена таких ученых, как М.И. Бару, С.Н. Братусь, О.С., А.А. Ерошенко, О.С. Иоффе, В.А. Рясенцева, Н.С. Малеина, М.В. Самойловой. Особо важное значение среди изучений того периода имела работа М.М. Агаркова «Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве», а также монография В.П. Грибанова «Пределы осуществления и защиты гражданских прав», которые оставили колоссальное влияние на понимание института злоупотребления правом и послужили основой для выработки концепции «пределов осуществления субъективных гражданских прав».

Среди исследователей современного периода, занимающихся проблематикой злоупотребления гражданскими правами и имеющих значимые монографические работы в данной области следует отметить имена таких ученых, как А.В. Волкова, В.И. Емельянова, М.М. Малиновского, О.А. Поротиковой, С.Д. Радченко, Т.С. Яценко. Среди значимых диссертационных работ следует отметить работы Н.А. Дурнова, Т.Г. Бекназар-Юзбашеваб, С.Г. Зайцева, В.П. Избрехта.

Из армянской науки можно выделить работы В. Аветисяна, в которых автор рассматривает проблемы злоупотребления в корпоративных правоотношениях. Также необходимо отметить труды Т.К. Барсегиана и Г.Г.Караханяна «Гражданское право Республики Армения», где рассматриваются основные понятия института недопущения злоупотребления гражданскими правами. Весьма важными являются также работы Т.К. Барсегиана «Значение добросовестности при регулировании гражданских правоотношений» и А.М. Айкянца «Принцип добросовестности в международном коммерческом праве», в которых проводится анализ применения принципа добросовестности, имеющий принципиальное значение с точки зрения института злоупотребления права.

Таким образом, при наличии достаточного количества научных работ вопрос определения и понимания института злоупотребления правом все еще остается открытым. Отсутствие единого подхода к данному институту гражданского права явно свидетельствует о необходимости его дальнейшего комплексного изучения.

Объектом исследования являются общественные отношения, возникающие при злоупотреблении субъектами гражданских правоотношений своих прав, а также вопросы правильного применения данного института и определения последствий применения.

Предметом диссертационного исследования являются гражданско-правовые нормы, устанавливающие запрет на злоупотребление гражданскими правами, а также судебная практика их применения и законодательство иностранных государств в части данного института.

Цель и задачи исследования. Целью данного исследования является рассмотрение основных проблем армянского и российского гражданского права в сфере применения института недопущения злоупотребления правом, а также соответствующих теорий, объясняющих данный институт. И как следствие данного рассмотрения - внесение предложений по изменению норм

Гражданского Кодекса РА и РФ с целью правильного закрепления и регулирования института недопущения злоупотребления правом, соответствующего целям и смыслу данного института.

Для достижения указанной цели были поставлены следующие **задачи**:

- рассмотрение и краткий философский анализ категорий «свобода», «право», «зло», которые лежат в основе понятия злоупотребления правом и являются основополагающими для данного правового института;
- анализ основных теорий, объясняющих институт злоупотребления правом с целью выявления их внутренних логических противоречий;
- задача определения института злоупотребления правом на основе анализа существующих теорий;
- рассмотрение законодательного регулирования и правоприменительной практики стран с развитой правовой системой в части регулирования вопросов, связанных с применением института злоупотребления правом;
- проведение сравнительного анализа института недопущения злоупотребления правом и принципа доброй совести;
- исследование различных форм злоупотребления правом;
- изучение последствий применения института недопущения злоупотребления правом и различных форм ответственности.

Методология и методика исследования

При изложении диссертации использованы как общенаучные методы: анализ, синтез, аналогия, моделирование, сравнительный метод, системный метод, методы индукции и дедукции, исторический метод, так и частнонаучные методы: формально-юридический и сравнительно-правовой.

Общетеоретическую и специальную базу исследования составили труды следующих российских и армянских юристов: Т.Е. Абовой, В.О. Аболонина, В.Д. Аветисяна, А.М. Айкянца, С.С. Алексеева, М.М. Агаркова, Т.К. Барсегиана, Т.Г. Бекназар-Юзбашева, В.А. Белова, В.С. Белых, М.И. Брагинского, М.М. Винавера, А.В. Волкова, Г.А. Гаджиева, Ю.С. Гамбарова, В.П. Грибанова, А.Г. Гойхбарга, В.П. Доманжо, Д.В. Дождева, В.И. Емельянова, С.Г. Зайцевой, В.В. Лапаевой, Н.С. Малеина, М.Н. Малеиной, Д.И. Мейера, С.В. Михайлова, А.И. Муранова, В.С. Нерсисянца, И.Б.Новицкого, И.А. Покровского, О.А. Поротиковой, С.Д. Радченко, К.И. Скловского, Е.А. Сорокиной, Ю.К. Толстого, Е.Н. Трубецкого, В.А. Четвернина, Г.Ф. Шершеневича, Т.С. Яценко.

Работа также опирается и на труды таких европейских цивилистов, как, А. Барак, Ф. Визкер, К.-Х. Гурски, У. Дидерихсен, Х. Кетц, Х. Лезер, Б.С. Маркесинис, У. Ферстл, Н. Хорн, К. Цвайгерт, Ф. фон Цейллер, Р. Циммерманн, П. Шлехтрим, Л. Эннекцерус.

Кроме того, базу исследования составила судебная практика как Республики Армения так и иностранных государств, а также теоретические исследования зарубежных авторов.

Эмпирическую основу исследования составляют международно-правовые акты, Конституции Республики Армения и Российской Федерации, гражданское законодательство Республики Армения и Российской Федерации, иные нормативные правовые акты, материалы судебной практики.

Научная новизна диссертационного исследования

Новизна исследования прежде всего состоит в проведении комплексного изучения института злоупотребления гражданскими правами. Также разработаны ряд предложений по усовершенствованию законодательства, регулирующего данные правоотношения и их последствия. Предложено новое определение института злоупотребления гражданскими правами. Выдвинуто предложение по законодательному закреплению принципа доброй совести в

качестве критерия определения злоупотребления правом. Рассмотрена проблема разграничения злоупотребления правом от других смежных институтов гражданского права.

Основные положения, выносимые на защиту:

1. Изучив современные теории, объясняющие институт недопущения злоупотребления правом, автор пришел к выводу, что строго позитивистские концепции (в особенности теория пределов осуществления права и теория интереса), которые лежат в основе современного законодательного регулирования рассматриваемого института, содержат в себе ряд неразрешимых внутренних противоречий.

В рамках указанных теорий вводится новое искусственное понятие «пределов осуществления права», нарушение которых и рассматривается в качестве злоупотребления правом. В частности, выделение двух видов пределов для одного и того же типа поведения в рамках данной теории имеет ряд логических недостатков. Согласно В.П. Грибанову, злоупотребление правом является действие в рамках одного предела – субъективного гражданского права, которое выходит за рамки другого предела – предела осуществления гражданских прав. Таким образом, мы имеем две границы, разделяющие дозволенное от недозволенного в рамках одного типа поведения. До начала осуществления права мы имеем дело с пределом субъективного права, которое резко сужается до пределов осуществления права с того момента, когда уполномоченное лицо приступает к правоосуществлению. Таким образом, мы имеем дело с ситуацией, при которой одним и тем же действием можно нарушить предел осуществления гражданских прав, не нарушая при этом пределы самого субъективного права, что, в свою очередь, приводит к абсурдному выводу об одновременной правомерности и неправомерности одного и того же деяния.

Как следствие, мы сталкиваемся с серьезным противоречием, так как одно и то же поведение сопоставляется с одной стороны с пределами самого субъективного права, а с другой - с «пределами осуществления права».

Анализ теории интереса и суждений его сторонников приводит нас к выводу, что внедрение понятия интереса не может быть эффективным методом для определения понятия злоупотребление правом. Также как и понятие пределов осуществления права, понятие интереса размыто и не имеет четкого определения и понимания в праве. Более того, по справедливому мнению большинства ученых-цивилистов, оно в целом лежит вне правового поля, что, в свою очередь, делает применение данного понятие весьма опасным с точки зрения решения конкретных судебных дел.

В работе обосновывается необходимость отказа от данных теорий и, как следствие, изменение самих названий статей 10 ГК РФ и 12 ГК РА с «пределов осуществления гражданских прав» на «злоупотребление правом».

2. В работе раскрывается необходимость закрепления принципа доброй совести, который должен служить общей клаузой для вынесения в исключительных случаях справедливых судебных решений *de lege ferenda*. Раскрывая суть принципа доброй совести на примере законодательства Германии. Автор приходит к выводу, что данный принцип, являясь объективным критерием, должен рассматриваться в качестве некоего эталона поведения в гражданских правоотношениях, и каждый раз устанавливаться судом в каждом конкретном судебном деле.

Необходимость введение такого принципа состоит в том, что пандектная система права, к которой относятся также правовые системы РФ и РА, построена на принципе максимальной абстракции. Это предполагает максимальное обобщение правовых норм и минимализацию казуальности. Плюсом такого подхода является его системность и логическая целостность, а также замкнутость этой системы. Путем обобщения достигается общая картина в обобщенно изложенном виде. Но такой подход имеет и свои минусы:

зачастую возникают ситуации, которые не подпадают под регулирование этих абстрактных норм.

Автор приходит к выводу, что пути решения таких проблем лежат в, так называемых, общих или, как указывается в немецком праве, генеральных нормах (*Generalklauseln*). Однако под словом «генеральный» необходимо понимать не первенство («генеральство»), а общий характер этой нормы. Одним из таких «генеральных норм» и должен являться принцип доброй совести.

В работе доказывается, что недопущение действий по злоупотреблению правом должно происходить именно посредством применения принципа доброй совести. Принцип доброй совести должен служить достаточным правовым основанием заполнения пробелов вопросов законодательства, которые и являются почвой для злоупотреблений своих прав со стороны субъектов правоотношений.

Несмотря на то, что аналогичный по содержанию принцип – принцип добросовестности уже закреплен в статье 1 ГК РФ, автор предлагает изменить указанную статью в данной части и закрепить именно принцип доброй совести, так как согласно российскому законодательству (также как и армянскому) понятие «добросовестность» содержит в себе субъективное отношение субъекта права к какому-либо юридическому факту. Аналогично предлагается закрепить принцип доброй совести и в ГК РА. Закрепление принципа доброй совести подчеркивает то социальное назначение гражданского права, которое оно, безусловно, должно иметь. Его закрепление на уровне ГК является обеспечением разрешения судебных дел на основании требований не только закона, но и права.

3. Диссертационная работа выявляет, что случаи злоупотребления правом напрямую зависят от степени развитости гражданского законодательства. Следовательно, в условиях развивающихся экономических отношений случаи злоупотребления правом достаточно велики.

Сказанное относится не только и даже не столько к каким-либо блокам неотрегулированных правоотношений, а к конкретным вопросам в рамках того или иного права, например, к вопросам конкретного осуществления права. Одновременно с вышесказанным, гражданские правоотношения характеризуются своей диспозитивностью и возможностью самостоятельного выбора субъектом способа, формы и вида своего поведения. А так как гражданские права служат для удовлетворения частных интересов, то и участники гражданских правоотношений зачастую пользуются этими законодательными пробелами и неразрешенными вопросами для удовлетворения своих интересов.

Но уникальность злоупотребления права как правонарушения является то, что отчасти «виновником» такого нарушения является также и закон, ведь именно из-за его недостаточного совершенства могут иметь место быть такие правонарушения. В условиях отсутствия принципа доброй совести применение норм о недопущении злоупотребления правом с теоретической точки зрения становится невозможным. Это объясняется тем, что, с одной стороны, мы имеем неурегулированную правовую ситуацию, которой пользуется субъект права, а с другой стороны, отсутствует какая-либо генеральная норма, позволяющая суду отрегулировать вопрос в соответствии со смыслом права. Понимание института злоупотребления правом именно с точки зрения пробелов законодательства имеет первостепенное значение для применения данного института в том значении, в котором оно должно применяться и недопущения дублирования его смыслов с другими институтами гражданского права. Благодаря кооперации принципа доброй совести и злоупотребления правом, а также благодаря самим случаям злоупотребления, выявляются пробелы законодательства, что в свою очередь является сигналом для его совершенствования.

4. В работе демонстрируется, что применение запрета на злоупотребление гражданскими правами не может быть осуществлено без широкого судебного усмотрения. Данный вывод основывается на понимании

института злоупотребления правом в качестве одной из форм нарушения принципа доброй совести. В условиях, когда законодательством не определены те или иные пути разрешения судебного дела, когда законодательство имеет определённые пробелы, являющиеся основой для злоупотребления прав, разрешение конкретных судебных дел не может происходить в каком-либо ином русле, кроме как толкования гражданско-правовых принципов с учетом и применительно к обстоятельствам конкретным судебного дела. Именно судебское усмотрение должно являться гарантией разрешения судебных дел на основе требований права и, тем самым, обеспечения эффективного правосудия.

Исходя из этого, автором предложено законодательно закрепить, что нормы гражданского законодательства должны толковаться в соответствие с их буквальным смыслом, но с учетом требований принципа доброй совести. С этой точки зрения, устаревшей является и статья 8 ГК РФ, которая устанавливает, что гражданско-правовые нормы должны толковаться в соответствии с буквальным значением содержащихся в них слов и выражений. Исходя из этого, автором предлагается изменить указанную статью ГК РФ и изложить в следующей редакции: *«Гражданско-правовые нормы должны толковаться в соответствии с буквальным значением содержащихся в них слов и выражений с учетом требований принципа доброй совести.»*

5. Автор пришел к выводу, что закрепление форм злоупотребления правом не имеет практического и теоретического значения. Логика законодательства, в котором закреплены и перечисляются формы злоупотребления правом, основывается на понимании данного института права как нарушения пределов осуществления права. В таком случае законодатель исходил из необходимости перечисления некоторых возможных форм таких нарушений, хоть при этом и не устанавливал их исчерпывающий перечень. В ходе проведенного анализа автор пришел к выводу, что такое регулирование может искусственно ограничить случаи судебного применения рассматриваемого института. Более того, большинство перечисленных в

статьях 10 ГК РФ и 12 ГК РА форм злоупотреблений права, на практике встречаются крайне редко, либо не встречаются вовсе. В частности, современной судебной практике не известны, так называемые, случаи шиканы, которые являются формой злоупотребления права с исключительным намерением причинить вред другому лицу, и рассматривается в качестве классической формы злоупотребления права. Объективной причиной тому является тот факт, что сущность гражданских прав заключается в удовлетворении частных интересов. Осуществление гражданского права, так или иначе, не может происходить без намерения удовлетворения интересов правообладателя. В работе излагается, что искусственное законодательное закрепление шиканы имеет цель определения некоего предела осуществления права, нарушение которого и рассматривается в качестве злоупотребления правом.

Исходя из вышесказанного, в работе обосновывается необходимость рассмотрения не форм злоупотребления правом, а его видов в зависимости от того, какие права злоупотреблены. Учитывая то, что причиной злоупотребления гражданских прав являются законодательные пробелы, целесообразнее является рассмотрение и изучение тех блоков законодательства, в которых и содержатся наибольшее количество таких пробелов. В работе автор приходит к выводу, что современная правоприменительная практика Армении и России выявляет, что наибольшее количество случаев злоупотребления правов происходят в сфере корпоративных правоотношений. Это связано, прежде всего, с тем, что для этих стран данная отрасль права является относительно новой, таким образом, совершенно логично, что в ней существуют множество неотрегулированных вопросов.

6. Учитывая тот факт, что злоупотребление правом возможно лишь при наличии пробелов в законодательстве, в работе автор демонстрирует, что институт недопущения злоупотребления правом не может быть применим параллельно с другими институтами гражданского права, будь то гражданско-

правовой деликт, недействительность сделки или нарушение договорных обязательств. Применение какого-либо из вышеперечисленных институтов гражданского права автоматически означает, что данный вопрос уже законодательно отрегулирован, и, следовательно, злоупотребление правом не может иметь место быть. Данный тезис основан на определении и понимании индивидуальных функций и значений, которые имеют приведенные институты гражданского права. Как уже было указано, институт недопущения злоупотребления правом свою собственную уникальную функцию, которая не может и не должна дублироваться другими институтами гражданского права. На основе этого в работе проводится критический разбор тех судебных решений, в которых суды параллельно с применением одних из вышеперечисленных институтов также применяют и институт недопущения злоупотребления правом.

7. В ходе диссертационного изучения автор приходит к выводу, что в качестве последствий злоупотребления гражданскими правами суды могут применять исключительно отказ в защите права, которым лицо злоупотребляет, либо санкцию в виде принуждения к совершению определённых действий, если злоупотребление правом выражается в форме бездействия. Возмещение вреда в качестве санкции за злоупотребление правом не может быть применимо, так как при данной форме поведения не нарушаются права третьих лиц. Если же такое нарушение имеет место быть, то мы должны говорить не о злоупотреблении правом, а об ином гражданском правонарушении. Особенность злоупотребления правом состоит в том, что действия лица как раз таки основаны на имеющемся у него праве. Пресечение такого поведения происходит не на основании нарушения прав третьих лиц, а на основании противоречия с требованием общего гражданско-правового принципа доброй совести. Следовательно, при злоупотреблении правом ущерб третьим лицам причинен быть не может. В противном случае стерлись бы все различия и границы между злоупотреблением правом и, например, гражданско-правовым

деликтом. В работе обосновывается, что главной целью санкций за злоупотребление правом должно быть пресечение и недопущение перехода данной формы противоправного поведения в более серьезное гражданско-правовое нарушение.

Теоретическая и практическая значимость диссертационной работы заключается в том, что осуществленный анализ теоретической литературы может служить основой для определения теоретических проблем в понимании института недопущения злоупотребления правом. Работа имеет цель не только выявить имеющиеся теоретические недостатки и противоречия, но и предлагает собственные подходы и объяснения института злоупотребления правом. Результаты диссертационного исследования могут быть использованы при осуществлении новых научных исследований в данной области.

Практическая значимость состоит в возможности применения результатов исследования, как в законотворческой деятельности, так и для обеспечения судебной практики. Основные положения данной диссертационной работы могут использоваться в процессе преподавания специальных курсов по гражданскому, коммерческому и предпринимательскому праву.

Апробация результатов исследования. Обсуждения диссертационной работы проводились на кафедре гражданского и гражданско-процессуального права Российско-Армянского Университета (РАУ). Некоторые аспекты исследования были представлены в докладах на научных конференциях РАУ, а также опубликованы в научных статьях в журналах «Вестник РАУ», «Датакан ишханутюн», «Айлнтранк», «Теоретические аспекты юриспруденции и вопросы правоприменения».

Структура работы отвечает основной цели, задачам и предмету исследования. Диссертация выполнена в объеме, соответствующем предъявляемым требованиям. Она состоит из введения, трех глав, разделенных на шесть параграфов, заключения и списка источников.

ГЛАВА I. ФИЛОСОФСКОЕ ПОНИМАНИЕ И СОВРЕМЕННЫЕ ДОКТРИНАЛЬНЫЕ ПОДХОДЫ К ОБЪЯСНЕНИЮ ИНСТИТУТА НЕДОПУСТИМОСТИ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ ГРАЖДАНСКИМИ ПРАВАМИ.

§1. Философские начала института злоупотребления правом.

Исторический анализ института недопущения злоупотребления гражданскими правами показывает, что, зародившись еще в недрах классического римского права, он прошел долгий путь становления и существовал на всех этапах исторического развития права. Казалось бы, столь зрелый институт гражданского права должен иметь четкое определение и, более или менее, одинаковый подход к его пониманию. Его фундаментальный характер, само его определение в качестве принципа права, диктует необходимость выработки единого и обоснованного теоретического базиса, который должен был стать необходимым и достаточным основанием для единой правоприменительной практики в данной сфере. Однако, на практике дела обстоят немного иначе. Конечно же, ценность науки и научного познания заключается в его плюрализме и множественности мнений, но можно ли говорить об этом в том случае, когда речь идет об одном из основополагающих принципах права? Что это – научные споры теоретиков и столкновение мнений, или банальное отсутствие всестороннего и полного анализа данного явления?

Разумеется, говорить о полном отсутствии научных исследований института злоупотребления гражданскими правами было бы явным преувеличением. За многовековой период существования данного института теория гражданского права знает достаточное количество комплексных исследований, посвященных изучению принципа недопущения злоупотребления правом. На сегодняшний день гражданское право выработало несколько теорий, объясняющих данное явление, к основным из которых мы обратимся в рамках настоящей главы. Но уникальность ситуации, на наш взгляд, заключается в том, что наряду с этими теориями существуют и такие,

которые дают объяснение злоупотреблению правом через фундаментально иные, зачастую и не гражданско-правовые понятия. Более того, до сих пор в науке гражданского права весьма популярной остается точка зрения, отрицающая практическую необходимость правового закрепления института злоупотребления правом.

Такой дисонанс точек зрения и подходов, по нашему мнению, связан с несколькими факторами. Во-первых, тому причиной является сам факт сложности восприятия этого правового явления. В своей основе оно имеет такие философско-правовые категории, как свобода, добро и зло, интерес и намерение. Как видим, в данном институте переплетены право и мораль, а там, где речь идет о моральных категориях в дело вступает субъективизм и оценочные восприятия. Во-вторых, это та среда, в которой зарождались те или иные теории. Их анализ показывает, что, появляясь на определенном историческом этапе, они, в первую очередь, служили опорой для удовлетворения конкретных социально-правовых потребностей, существовавших в конкретный исторический период. Именно поэтому, например, учения посвященные изучению злоупотребления правом периода буржуазных революций кардинально отличаются от теорий выработанных, советскими цивилистами.

Вышеуказанные факты еще раз подтверждают актуальность изучения данного института гражданского права. В рамках данной главы мы проанализируем все основные теории, существующие на данный момент. Но прежде чем перейти непосредственно к теориям, считаем правильным обратиться к тем основным философским понятиям, которые лежат в основе изучаемого института.

Для правильного функционирования системы права в целом, необходимо правильное определение понятий и их взаимосвязей, которые заложены в эту систему. Таким образом, предпосылкой усовершенствования правовой системы является усовершенствование его понятийного аппарата, правильное

понимание взаимосвязей между системообразующими ячейками права. Любая отрасль права, а частное право в особенности, берет свое начало и основывается на таких понятиях, как свобода, равенство, воля и так далее. Определение этих понятий при этом не является задачей частного права, а входит, по большей части, в компетенцию философии. Но при этом с точки зрения права любое изучение было бы неполным без отсылок к указанным понятием, а, следовательно, и без философской отсылки для выявления их содержания и отражения на конкретных гражданско-правовых институтах. Так, еще В. И. Покровский в своих трудах указывал, что развитие гражданско-правовой науки должно идти, в том числе, через нравственно-философское постижение реальных правовых явлений¹. Говоря конкретнее, в нашем случае исследование было бы неполным без философской отсылки к понятиям добра, зла и свободы.

Большинство ученых-цивилистов в своих трудах начинают изучение института злоупотребления права с лексического разбора данного понятия². Если произвести дословный разбор данного понятия, то можно прийти к выводу, что злоупотребление правом – это «употребление» права «во зло» при его осуществлении. Как видно, здесь мы сталкиваемся с двумя основными понятиями, определения которых необходимо для понимания института злоупотребления правом.

Не вдаваясь в глубокий анализ вопросов права (так как это бы вышло за рамки данной работы), остановимся на основных философско-правовых подходах, определяющих это социальное явление.

Прежде всего, следует обратиться к определению права через свободу в целом и через свободное проявление воли, в частности. Основным сторонником и разработчиком данной концепции являлся немецкий философ Георг Гегель, который разработал свою концепцию, основываясь и развивая идеи Иммануила

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 2001. С. 354.

² Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. С. 50 - 51., С.Д. Радченко, Злоупотребление правом в гражданском праве России // Вольтер Клувер, Москва 2010г.

Канта. Заслуга Канта как философа заключалась в том, что именно благодаря ему происходит изменение фокуса с объекта на субъект. В своей работе «Критика практического разума» Кантом была существенно развита концепция «должного», под которым философ понимал субъективный мир ценностей и норм³. Согласно философу это «должное» включено в любое действие субъекта. Из этого принципа этической полноты он выводит свой знаменитый категорический императив: человек живет среди людей, следовательно, должное как мера ограничения произвола необходимо, чтобы действие стало реальным⁴. Таким образом, Кант свободу понимает в большей мере не как активную возможность действовать, а наоборот, свою свободу мы понимаем только через моральное царство целей, моральный императив, который представляет собой положение, предписывающее долг. Свобода представляет собой систему нравственных норм, которой человек самостоятельно должен подчинять свою волю.

Основываясь на идеях Канта, Гегель первым дал определение злоупотреблений человеческого разума. В своих учениях немецкий философ сместил центр тяжести на понятие воли, которая является основной движущей силой свободы. Так, по мнению Гегеля, воля, которая свободна в себе, и для себя является абсолютным выражением произвола. Она достигает разумности и упорядоченности только в том случае, когда наполняется содержанием, которым, по мнению философа, является право. Таким образом, только та воля является свободной и наполненной содержанием, которая прошла «фильтрацию» правом, то есть соответствует действующим моральным и нравственным стандартам.

В одной из своих основных работ «Философия права» Гегель также апеллирует такими понятиями как «добро» и «благо». Так, по мнению

³ Кант И., Гегель Г.В.Ф., Шеллинг Ф.В.И. Немецкая классическая философия. Т. 1. М., 2000. С. 701.

⁴ А.В. Волков, Злоупотребление гражданскими правами. Проблемы теории и практики // Вольтер Клювер, Москва 2010г. С.7

философа, в понятии «добра» достигается конечная цель воли. В свою очередь «добро» Гегель определяет как совокупность определенных идей, достижение которых возможно через синтез проявления свободной воли и блага. «Благо без права не есть добро. Так же и право не есть добро без блага⁵».

Как ни странно, понятие свободы также является краеугольным при философском осмыслении понятия «злоупотребления». Морфемный разбор этого слова показывает, что оно состоит из двух частей – зло и употреблять. Если с понятием «употребление» мы еще можем встретиться в нормативно-правовых актах или в правовой доктрине, то, понятие «зло» едва ли можно назвать правовым или близким к какому-нибудь юридическому термину. Понятие «зла» лежит вне поля определения юриспруденции, и поэтому мы особо остановимся на его философско-моральной стороне.

Как мы указали выше, в основе понятий добра и зла лежит свобода. Причем эти два понятия следует рассматривать не как отдельные и существующие параллельно явления, а как связанные, но взаимоисключающие ситуации, детерминирующим фактором которых является свобода. Суть большинства философских (и даже духовных) подходов заключается в том, что человек, наделенный разумом и волей (а в случае с церковной философией – волей и разумом, дарованными человеку Богом), свободен в своих поступках, в том, как ему поступить – по добру или по злу. Весьма примечательными на этот счет являются слова М. Бубура, согласно которому «Трактовать, как это принято, добро и зло как две полярно противоположные друг другу силы или направленности. Их смысл становится нам понятным только в том случае, если мы познаем их как неодинаковые по своей сущности: «злое влечение» как страсть... как присущую человеку силу, без которой он не может ни породить, ни создавать, но которая, предоставленная самой себе, теряет свою направленность и ведет к заблуждению, а «доброе влечение» - как чистую, т.е.

⁵ Кант И., Гегель Г.В.Ф., Шеллинг Ф.В.И. Немецкая классическая философия. Т. 1. М., 2000. С. 424.

безусловную, направленность к Богу»⁶. Аналогично и довольно-таки точно характеризует эту ситуацию и А.П. Скрипник, согласно которому прародителя зла не стоит искать оторвано от прародителя добра. По его мнению, нравственность и добро берут свое начало из единой субстанции, коей является свобода. Способность человека самостоятельно осуществлять ту или иную деятельность в соответствие со своими понятиями и представлениями о мире, о плохом и хорошем, о добре и зле, не может быть реализована без той свободы, которой обладает разумный и наделенный волей человек. При этом, отмечает автор, именно это многообразие является движущей силой человеческого процесса. Чем многообразнее и богаче система, тем более она свободна, и, следовательно, развита⁷.

Аналогичные объяснения добра и зла можно также встретить и в христианских правовых учениях. Анализируя понятие зла и, учитывая то, что согласно доминирующим христианским философским учениям создателем и первоисточником всего является Бог, представители христианской философии говорили, что Бог отрицает возможность допущения зла, но вместе с тем Бог является первоисточником и «дарителем» свободы, что, в свою очередь, является первопричиной добра. Таким образом, сама возможность существования зла является необходимостью существования добра⁸. Такое диалектическое единство и борьба добра и зла является естественным, как и в случае со многими другими явлениями. Источником любого развития является столкновение, борьба двух противоположностей. Именно благодаря множественности мнений, явлений, способов поведения происходит развитие всего, будь то моральные представления, право, социальное и экономическое развитие или миропонимание в целом.

⁶ Бубер М. Образы добра и зла // Два образа веры / Пер. с нем.; Под ред. П.С. Гуревича, С.Я. Левит, С.В. Лезова. М., 1995. С. 139

⁷ Скрипник А.П. Моральное зло в истории этики и культуры. С. 17

⁸ Соловьев В.С. Оправдание добра: Нравственная философия // Собр. соч. Владимира Сергеевича Соловьева. Т. 7 (1894 - 1897). С. 187

Таким образом, возвращаясь к проблеме философского понятия такого явления как злоупотребление правом, мы можем сделать вывод, что связующим звеном этих двух понятий – зла и права, является понятие свободы. Следовательно, свобода закладывает в право такое свойство, благодаря которому оно может быть использованным не только в целях добра, но и зла. Говоря выше о добре и зле, мы указали, что, будучи свободным и волевым субъектом, человек выбирает ту или иную форму поведения, исходя из своих внутренних принципов и убеждений, своего мировоззрения и понимания добра и зла. Эти факторы можно охарактеризовать как внутренние ограничители, которые могут быть выражены в духовных предписаниях, моральных стандартах и так далее. Но для правовых отношений одних лишь субъективных ограничителей недостаточно. Строгость, универсальность, определенность и одновременная абстрактность права требует, чтобы определенные ограничения, пределы были бы заложены в самом праве. Именно они и должны служить правовыми ограничителями для недопущения использования права во зло.

Таким образом, право, будучи мерой свободы поведения, должно иметь внутри себя границу, которая отделит доброе использование этого права от злого – право, равно как и правоосуществление не может быть абсолютным⁹. Именно от этой мысли берет свое начало понимания института злоупотребления правом. На негативные последствия абсолютизации права указывали как в римском праве и средневековой духовной философской мысли, так и мыслители классического и пост классического периода. Так, еще Шеллинг указывал, что абсолютная неограниченность по христианскому учению характерна только для дьявола, как воплощения зла¹⁰. Очень примечательна и точна также мысль Иеринга, согласно которой ограниченность и наличие пределов в праве исходят из его социальной сущности. Конечно, право, в первую очередь, направлено на индивида и

⁹ С.Д. Радченко, Злоупотребление правом в гражданском праве России // Вольтер Клювер, Москва 2010г. С. 19

¹⁰ Шеллинг Ф. Философские исследования о сущности человеческой свободы... С. 106

служит его интересам, но одновременно право является исключительно социальным явлением, и, предоставляя конкретные права индивидам, оно одновременно защищает и регулирует интересы других лиц и социума в целом¹¹.

Сегодня весьма распространённым среди ученых-юристов является подход определения права, при котором ставится ударение не на факте предоставления свободы, а наоборот – на отрицательном, ограничительном характере права¹². При таком подходе право понимается в первую очередь не как представленная возможность, охраняемая форма поведения, а как некоторая планка, целью которой является прежде всего очертания границ и установления того, чего нельзя делать. Казалось бы, подход весьма спорный, особенно с точки зрения гражданского права, основным принципом которого является диспозитивность или, как водится говорить среди юристов, возможности делать все, что не запрещено законом. Однако, если смотреть на право не только с точки зрения субъекта права, а общества в целом (а на наш взгляд именно так и должен поступать законодатель), то очевидным становится факт, что одним из первоочередных целей права является установления такого режима, при котором интересы всех участников гражданских правоотношений были правильным образом сбалансированы, и осуществление одним субъектом своих прав не нарушало бы аналогичным образом охраняемые и защищаемые интересы третьих лиц. Такая цель может быть достигнута только тогда, когда право будет устанавливать не только активную возможность какого-либо действия субъекта, но и «отрицательные» границы действий, которые не защищаются и охраняются правом, а являются нарушениями интересов третьих лиц. Таким образом, мы можем сделать вывод, что право является не только общественно признанной и государственно охраняемой мерой возможного поведения лица, но и мерой ограничения

¹¹ Иеринг Р. Цель в праве // СПб.: Изд. Н.В. Муравьева, 1881. С.385

¹² С.Д. Радченко, Злоупотребление правом в гражданском праве России // Вольтер Клювер, Москва 2010г. С. 23

правового и неправового поведения, или, как в нашем случае, «злого» и «доброго» поведения.

С точки зрения гражданского права вышеуказанный тезис является более чем основополагающим и значимым. Как мы указали выше, основополагающим принципом гражданско-правовых отношений является принцип диспозитивности, принцип свободы выбора способа поведения субъектом. С этой точки зрения возможность злоупотребления лежит в сущности гражданских прав, ведь, как было сказано выше, основополагающим началом «злого» и «доброго» поведения является свобода выбора той или иной формы поведения. Именно поэтому институт злоупотребления правом, который является общим принципом права и может быть применим ко всем отраслям права, наиболее актуален для гражданских правоотношений. В тоже время, свобода и диспозитивность гражданских прав делает более сложным правильное определение данного института, так как, с одной стороны, мы должны указать, где заканчивается право и какое поведение не является «добрым» с точки зрения права, а, с другой стороны, мы должны сохранить тонкую грань диспозитивности и не превращать гражданские права в свод императивных запретительных норм. Считаю, что именно по этой причине в науке гражданского права сформировано множество теорий и доктринальных подходов относительно института злоупотребления правом. Доказательством тому является тот факт, что дискуссии и критика в ученом сообществе относительно той или иной теории строятся на двух основных утверждениях: либо та или иная теория слишком императивна с точки зрения гражданско-правового регулирования, либо, наоборот - слишком «мягко» определяет это явление и дает большую свободу судейскому усмотрению, основанному на обстоятельствах конкретного дела.

Итак, подводя некий итог вышеизложенного достаточно скромного философского анализа института злоупотребления правом, мы можем заключить, что ключевым элементом данного института с философской точки

зрения является понятие свободы – исходного начала права. Проблема злоупотребления правом заключается в проблеме «циничной» деятельности человека по отношению к законно установленным нормам и принципам поведения. Первичная моральная и некая мысленная искаженность человеческого мышления приводит к различного рода злоупотребительным актам, на которые закон может реагировать по-разному, а в зависимости от степени и характера злоупотребления – не реагировать и вовсе¹³. Причиной тому является некая противоречивость между человеческой волей и разумом. Как мы уже указали выше, человеческой природе присуще некое стремления получения различного рода выгод путем обхождения установленных правил поведения. Для предупреждения подобного рода явлений необходимо наличие некоего объективного критерия, границы, которые также выражаются в праве. Сама человеческая воля не может создавать какое-либо добро или зло, она может лишь соотноситься с уже установленной иерархией ценностей, соответствуя ей либо нарушая ее¹⁴. При этом мы не склонны полагать, что уровень социально-экономического развития общества предопределяет потенциальную возможность злоупотребления правом со стороны членов этого социума. Как мы уже указали выше, склонность к легкому получению выгоды или наживы присуща человеку всегда и везде. Более того, практика показывает, что, чем выше уровень социального и экономического развития общества, тем более изощренными становятся формы злоупотребления правом. Явным примером тому является законодательное закрепление в РФ в 2013 году новых форм злоупотребления правом. Более того, судебная практика применения норм, запрещающих злоупотребление правом, куда более объемна, чем была, например, в конце прошлого века, когда рыночные отношения только начинались складываться. Конечно, зачастую суды применяют этот институт не совсем корректно, и об этом речь пойдет ниже, но тем не менее сам факт

¹³ Злоупотребление гражданскими правами. Проблемы теории и практики / В.А. Волков. — М. : Волтерс Клувер, 2009. С.13

¹⁴ Злоупотребление гражданскими правами. Проблемы теории и практики / В.А. Волков. — М. : Волтерс Клувер, 2009. С.13

обращения судов к соответствующим статьям ГК показывает только лишь увеличившуюся актуальность этого явления.

§2. Основные теории, объясняющие институт злоупотребления правом.

Переходя к обзору основных теорий, объясняющих институт злоупотребления правом, и, давая им те или иные оценки, мы будем отталкиваться, прежде всего, от тех исходных начал, которые были сформированы в начале данного параграфа, с обязательным учетом законодательных особенностей и идей национального гражданского права.

Здесь следует также отметить, что выделение тех или иных идей в теории, а также сами наименования этих теорий весьма условны. Так, в подавляющем большинстве научных работ, относящихся к изучению данного вопроса, отсутствует какая-либо классификация приведенных научных идей. Исключением из этого ряда является работа С.Д. Радченко, который, на наш взгляд, помимо анализа ряда научных позиций, объясняющих институт злоупотребления правом, провел также и весьма полезную классификацию таких теорий¹⁵.

2.1 Теория целевых использований прав и обязанностей.

Особенностью данной теории, автором которой является В.И. Емельяненко, заключается в том, что автор проводит исследование и дает определение институту злоупотребления правом, используя при это конструкции смежных отраслей права. Так, В.И. Емельяненко указывает, что легальное определение понятию «злоупотребление правом» можно найти в статьях УК, посвященных такому уголовному правонарушению как

¹⁵ С.Д. Радченко, Злоупотребление правом в гражданском праве России // Вольтер Клювер, Москва 2010г. С. 4

«злоупотребление должностными полномочиями»¹⁶. По мнению автора объективная сторона таких преступлений должна полностью соответствовать аналогичной конструкции института злоупотребления гражданскими правами. В этой связи В.И. Емельяненко указывает, что элементный состав объективной стороны злоупотребления гражданскими правами должен быть аналогичен тому, который предусмотрен названными уголовно-правовыми запретами, так как в обоих случаях противоправные действия заключаются в использовании субъективных прав вопреки определенной цели¹⁷.

Все же учитывая тот факт, что гражданские права имеют некое отличие, автор особый акцент делает на ст. 201 УК РФ, которая устанавливает уголовно-правовую ответственность за использование лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, своих полномочий вопреки законным интересам этой организации и в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц либо нанесения вреда другим лицам. Далее автор делает заключение, что, так как объективной стороной ст.201 является использование лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, своих полномочий вопреки законным интересам этой организации, то, по мнению автора, при такой конструкции объектами злоупотребления являются именно гражданские права, так как иными (например, административными) субъект данного нарушения обладать не может.

Развивая данный анализ, автор делает вывод, что в таких случаях кроме причинения вреда другому лицу также происходит и нарушение другого запрета – использования права в интересах третьего лица¹⁸. Таким образом, согласно точке зрения В.И. Емельянова такое правонарушение как

¹⁶ Емельянов В.И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. М., 2002. С. 56-57.

¹⁷ Емельянов В.И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. М., 2002. С. 47

¹⁸ Емельянов В.И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. М., 2002. С. 52.

злоупотребление правом может иметь место быть только при одновременном наличии двух фактов – причинения вреда третьему лицу и неиспользовании или не осуществлении права нарушителем в интересах третьего лица. Но учитывая то, что не все права могут быть осуществлены в интересах третьих лиц, то говорить о злоупотреблении правом следует в тех случаях, когда речь идет о, так называемых, «целевых правах». В качестве примера автор приводит ряд норм действующего законодательства: например, статью 1012 ГК РФ (договор доверительного управления имуществом) нормы Семейного Кодекса, устанавливающие ряд родительских прав и их лишение при злоупотреблении (статья 69 СК РФ) и так далее. Во всех вышеприведенных случаях автор видит единый признак (одновременно и обязанность) – использование права с определенной целью. Такого рода «права-обязанности» можно найти в различных институтах гражданского права. Нарушение же этих прав согласно В.И.Емельянову должно квалифицироваться как злоупотребление правом. Однако учитывая то, что специальными нормами гражданского права последствия таких нарушений уже строго регламентированы, то, по утверждению автора, необходимость института злоупотребления правом отпадает. В.И. Емельянов по этому поводу отмечает: «гражданские права по общему правилу могут осуществляться в своем интересе, а ограничивающие их целевые предписания должны устанавливаться договором. Негативные последствия для лица, нарушившего целевое предписание, в таких случаях наступают по правилам о договорной ответственности. Поэтому нет необходимости иметь в законе норму об ответственности за злоупотребление гражданскими правами¹⁹».

Анализируя данную теорию, полагаем, что ключевым звеном в ее понимании является то, как и из каких факторов В.И. Емельянов дает определение институту злоупотребления правом. Говоря более конкретно, вопрос заключается в том, можно ли определения, формулировки и

¹⁹ Емельянов В.И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. М., 2002. С. 57

регулирования уголовно-правовой отрасли права переносить и применять к гражданско-правовому институту? Конечно, право, как общее социальное явление, содержит универсальные понятия, которые могут встречаться и применяться в различных отраслях права. Термин «злоупотребление» также можно встретить в различных отраслях права – гражданском, уголовном административном, семейном и так далее. Но достаточно ли этого для утверждения, что это понятие является общеправовым и имеет одинаковое правовое содержание во всех вышеперечисленных отраслях права? Считаем, что ответ на данный вопрос является отрицательным. Несмотря на то, что гражданское право содержит институт «злоупотребления правом», семейное право – «злоупотребление родительскими правам», а уголовное право – «злоупотребление должностными полномочиями», это их не делает звеньями одной цепи. Приведенные автором примеры из других отраслей права являются специальными нормами, характеризующими конкретное правонарушение и определяющими конкретные последствия для такого нарушения. Следовательно, из этого не может следовать то, что злоупотребление руководителем коммерческой организации своих полномочий является нарушением запрета, установленного статьей 10 ГК РФ. Точно также можно говорить и в обратном случае – нарушение руководителем коммерческой организации запрета статьи 10 ГК РФ не может автоматически означать нарушения уголовно-правового запрета и, следовательно, наступления уголовной ответственности для лица. Кроме того, как справедливо указывает С.Д. Радченко, вопросы определения соответствия действий руководителя юридического лица интересам юридического лица является предметом не гражданского, а трудового права²⁰.

Более того, даже если и не учитывать вышеуказанные обстоятельства и сосредоточиться на статье 285 УК РФ, которую В.И. Емельяненко ставит в основе своего анализа, то можно заметить еще один весомый нюанс. В статье

²⁰ Емельянов В.И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. М., 2002. С. 12

285 УК РФ речь идет о таком уголовно наказуемом деянии как злоупотребление должностными *полномочиями*. Таким образом, объективная сторона этого правонарушения относится именно к полномочиям, а не к праву. Различия же в этих двух институтах, полагаем, что очевидна и не нуждается в дополнительном разъяснении. Резюмируя вышесказанное, полагаем, что попытка переноса уголовно-правовых институтов и определений в сферу гражданского права, равно как и попытка обосновать этим гражданско-правовые институты не являются удачными. Употребление в различных отраслях права одинаковых выражений или слов вовсе не означает, что законодателем вложено в них одинаковое содержание. Такая практика весьма опасна с точки зрения разделения права на отрасли и даже может привести к стиранию границ между различными отраслями права, что является недопустимым. Одновременно мы можем согласиться с В.И. Емельяновым в той части, что в определенные гражданские права заложены и цели (например, целевой заем). Однако при их нарушении, то есть при использовании права в противоречии с этой целью, имеет место быть не злоупотребление этим правом, а обыкновенный деликт, либо нарушение договорных обязанностей (если это целевое право было установлено в договоре).

2.2 Теория «Легальной видимости».

Название данной теории весьма условно, знакомимся мы с ним в работе С.Д. Радченко. Учитывая то, что это название в целом весьма правильно отражает суть подхода, мы также являемся сторонниками такого наименования данной теории. В первую очередь, необходимо указать, что, так называемая, теория легальной видимости является довольно-таки недавно появившейся и весьма активно развивающейся с середины 90-ых и в 2000-ые года среди российских цивилистов. Сторонниками этой теории являются С.Г. Зайцева, А.И. Муранов, А.В. Курчинин и другие. Несмотря на то, что определение

злоупотребления правом у указанных авторов варьируется, однако все они имеют общую основу. Смысл этой основы заключается в том, что под злоупотреблением правом авторы понимают такое поведение лица, при котором субъект права извлекает для себя определенные выгоды, формально оставаясь в рамках нормативных предписаний, однако одновременно используя различного рода логические цепочки и пробелы в праве, которые нарушают общие принципы права. Именно такое соотношение фактического поведения лица с предполагаемой моделью поведения С. Г. Зайцева называет легальной видимостью.

По мнению же А.И. Муранова злоупотребление правом является формой обхода закона, при которой субъект создает видимость правомерности. То есть предпринимается попытка с помощью любых способов представить неправомерные с точки зрения объективного права действия, в качестве правомерных²¹.

Обобщая данную теорию, считаем необходимым остановиться на двух ключевых моментах, которые указывают на ее несостоятельность.

Во-первых, это соотношение понятий «злоупотребление правом» и «обход закона». Как было указано выше, А.И. Мурановым злоупотребление правом рассматривается как форма обхода закона, но одновременно с этим автор не дает определения того, что необходимо понимать под обходом закона и какие другие формы оно еще имеет. Отсутствие такого объяснения связано, по нашему мнению, с тем, что на самом деле не злоупотребление правом является формой обхода закона, а обход закона является формой злоупотребления правом. Подробный анализ обхода закона как формы злоупотребления правом будет приведен во второй главе данной работы, однако здесь укажем, что в качестве довода говорящего в пользу такого подхода можно привести изменения ГК РФ, имевшие место быть в 2013 году, в результате которых статья 10 ГК РФ была изложена в следующей редакции «не

²¹ Муранов А.И. Проблема "обхода закона" в материальном и коллизионном праве: Автореф. дис. канд. юрид. наук. М., 1999. С. 10 - 11

допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, *действия в обход закона* с противоправной целью, *а также* иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом)». Как видно из приведенного определения, именно обход закона рассматривается российским законодателем в качестве формы злоупотребления, а не наоборот. Тем не менее, детальное определение и анализ данной формы злоупотребления правом будут приведены ниже, так как считаем, что прежде всего необходимо дать определение родовому понятию злоупотреблению правом.

Во-вторых, определение злоупотребления правом, данное С.Г. Зайцевым, как поведения нарушающего принципы права также имеет на наш взгляд ряд недостатков. Прежде всего, отсутствие указания на то, какой конкретный принцип права нарушается, делает такое определение весьма уязвимым. Мы знаем, что гражданское право содержит множество принципов, как закрепленных на законодательном уровне, так и тех, которые прямо не закреплены, но выводятся из анализа ряда норм (например, до недавних пор в РФ таковым являлся принцип добросовестности). В каждом случае нарушения этих принципов говорить о злоупотреблении правом нам видится неверным по двум причинам. Во-первых, определенные нарушения этих принципов уже закреплены на законодательном уровне в качестве конкретных гражданских деликтов. В таком случае говорить о них как о злоупотреблении правом было бы бессмысленным, так как конкретные последствия для их нарушения уже предусмотрены. Во-вторых, если даже эти принципы не отражены в конкретных деликтах, то они, тем не менее, не перестают оставаться нормами законодательства, нарушение которых является недопустимым по общему принципу.

Резюмируя вышесказанное, мы можем сделать вывод, что данная теория не дает четкого определения понятию злоупотребления правом, а анализ ее основных идей ведет к отождествлению данного института с обычным

гражданско-правовым деликтом, что ставит под вопрос целесообразность отдельного выделения и регулирования института злоупотребления правом. Одновременно с этим в качестве положительной стороны данной теории можно выделить то, что она обращается к рассматриваему явлению как к обходу закона, хотя и делает это, как мы полагаем с не совсем правильной точки зрения.

2.3 Теория пределов осуществления гражданских прав.

Теория пределов осуществления гражданских прав – это теория без отсылки на которую не обходится ни одно современное изучение института злоупотребления гражданскими правами. Ее влияние колоссально не только на отечественную научную мысль, но и на законодательство. По сути, вся правотворческая и правоприменительная практика опирается именно на идеи данной теории (само название статьи 10 ГК РФ и статьи 12 ГК РА говорит об это – «пределы осуществления гражданских прав»). Основы данной теории были заложены О. С. Иоффе и В. П. Грибановым, который в своей известной монографии определили институт злоупотребления правом следующим образом: «Злоупотребление правом есть особый тип гражданского правонарушения, совершаемого управомоченным лицом при осуществлении им принадлежащего ему права, связанный с использованием недозволенных конкретных форм в рамках дозволенного ему законом общего типа поведения²²». Несмотря на то, что ряд ученых ввели свои корректировки в данное определение, основная его суть при этом сохранилась и оно по сей день продолжает оставаться хрестоматийным для большинства ученых, занимающихся изучением понятия злоупотребления правом.

²² Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав // Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 22.

Прежде чем мы перейдем к анализу данной теории и вышеприведенного определения В. П. Грибанова, хотелось бы немного остановиться на тех правовых парадигмах, сквозь призму которых разрабатывались те или иные советские правовые теории и которые с неизбежностью отражались в данных теориях. Считаем, что этот момент весьма важен, так как его правильное понимание позволит составить полную картину тех идей, на которые авторы теории опирались.

Итак, как было указано выше, теория пределов осуществления гражданских прав была разработана В. П. Грибановым в советский период, которому был свойственен, так называемый, строгий позитивизм, основным тезисом которого было отрицание каких-либо «каучуковых» параграфов и норм. Последователи строгого позитивизма считали, что такие нормы являются отхождением от права и ссылкой на субъективные чувства судьей, на их субъективное мировоззрение и понимание правильного и неправильного, стиранием границ между правом и моралью. Как следствие, такой подход приводил к отрицанию многих гражданско-правовых институтов, в том числе и института злоупотребления правом. Так, Н.С. Малинин отмечал, что признанием неопределенности правовых норм и необходимости судебного усмотрения, основанного на применении категории злоупотребления правом, противопоставляется форма и содержание права («дух» и «буква» закона), что в корне противоречит принципу законности²³. Аналогичного подхода придерживается и М.М.Агарков, согласно которому закрепление в законодательстве недопустимости злоупотребления гражданскими правами является анархизмом²⁴.

Как можно заметить, представители такого строго-позитивистского подхода отрицают возможность какого-либо судебного усмотрения в праве, рассматривая это как легальное закрепление возможности судебного

²³ Малеин Н.С. Гражданский закон и права личности в СССР. М.: Юрид. лит., 1981. С. 69.

²⁴ Агарков М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Известия АН СССР. Отделение экономики и права. 1946. № 6. С. 424-436.

отступления от права. Позиция приверженцев мягкого позитивизма немного отлична — опираясь на то, что в некотором смысле можно назвать разделением «духа» и «буквы» закона, они приходят к выводу о неспособности сухой буквы закона в полной мере регулировать общественные отношения. Мягкий позитивизм сводится, по сути, к попыткам привнести в строгий позитивизм элементы неопозитивизма, прибегая к хрупким и противоречивым конструкциям²⁵.

В связи с этим, весьма примечательным является комментарий В. И. Крусса, который писал, что последовательному юридическому позитивизму следует в целом исключить проблему злоупотребления правом из предмета своего ведения, а нежелание согласиться с этим неизбежно ведет к показательным курьезам при классификации внешне схожих, но существенно различных явлений²⁶.

В. П. Грибанов будучи видным ученым-цивилистом советского периода так или иначе также являлся приверженцем позитивистского подхода к пониманию права. Это, прежде всего, можно заметить в его трудах и, в особенности, в его знаменитой монографии «Осуществление и защита гражданских прав», где последовательным образом критикуется всякая возможность установления «каучуковых» норм, делающих возможным судебское усмотрение при решении конкретных дел. Такой подход считается автором *«буржуазным и противоречащим основам коммунистического общества»*²⁷. Отбросив в сторону политическую основу данной теории, мы, тем не менее, должны констатировать, что данный тезис строгого позитивизма является определяющим в теории В. П. Грибанова, и дальнейшее ее

²⁵ Бекназар-Юзбашев Геворг Тигранович - Злоупотребление правом и принцип доброй совести в гражданском праве России и Германии // Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва-2010. С.19

²⁶ Крусс В.И. Актуальные аспекты проблемы злоупотребления правами и свободами человека // Государство и право. 2002. №7. С. 47.

²⁷ Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав // Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 18

рассмотрение и критический анализ будет проводиться с учетом этих оснований.

Итак, прежде всего автор, анализируя понятие «злоупотребление правом» приходит к выводу, что оно (употребление во зло) может быть совершено только уполномоченным субъектом. Когда же лицо, осуществляет свои действия, не опираясь на определенную норму права, то говорить в данном случае о злоупотреблении правом не приходится. В итоге, автором приходит к выводу, что *«независимо от того, являются ли совершенные лицом действия противоправными или правомерными, в данном случае не может быть и речи о злоупотреблении правом, поскольку эти действия субъекта не опираются на принадлежащее ему субъективное право»*²⁸.

На том же основании, по мнению В. П. Грибанова, нельзя говорить о злоупотреблении правом и тогда, когда лицо, обладая неким субъективным гражданским правом, при его осуществлении выходит за пределы данного права, которые установлены законом. Таким образом, автор приходит к выводу, что термин «злоупотребление правом» связан именно с «употреблением» права в тех пределах и в том содержании, которые установлены объективным правом (с точки зрения позитивизма – законом), а значит любое отступление от содержания объективного права при его осуществлении не может быть охарактеризовано как злоупотребление правом. *«В данном случае лицо не осуществляет своего права, не совершает тех действий, которые соответствуют содержанию принадлежащего ему права, а, следовательно, действует за рамками данного субъективного права. Подобного рода действия управомоченного лица так же могут быть как противоправными, так и правомерными, но ни при каких условиях они не могут быть отнесены к случаям злоупотребления правом»*²⁹.

²⁸ Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав // Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 29

²⁹ Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав // Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 29

Следующим логическим выводом, который делает В. П. Грибанов из приведенных тезисов, является то, что проблема злоупотребления гражданскими правами заключается не в самом содержании субъективного гражданского права, а в его конкретном осуществлении субъектом права. Как следствие, для определения того, что же является злоупотреблением прав, необходимо ограничить понятия пределов самих субъективных гражданских прав (то есть его содержание) от понятия пределов осуществления этих субъективных гражданских прав. При этом, как отмечает автор, эта проблема разграничения представляет из себя весьма трудную задачу, так как оба случая предполагают определенное поведение управомоченного лица.

Для решения данной проблемы В. П. Грибанов рассматривает субъективное гражданское право и процесс его правоосуществления как соотношение между возможностью и действительностью. При этом субъективное право (возможное) отличается от осуществления права (действительности) прежде всего субъективным волевым элементом, который присущ только правоосуществлению. Содержание субъективного права всегда статично – оно установлено законом, и его пределы никоим образом не могут быть изменены волей субъекта права. Одновременно с этим, при осуществлении права субъект сам своей волей свободен выбирать осуществлять ли данное право или нет, и каким образом его осуществлять. Также автор замечает, что приведенное разграничение имеет определенную относительность, так как с одной стороны, воля управомоченного лица в рамках предоставленной ему законом диспозитивности все же участвует в определении содержания ряда приобретаемых им субъективных прав, а с другой стороны, процесс осуществления права в ряде случаев также регламентирован законом и в некотором отношении может от воли управомоченного лица не зависеть³⁰.

³⁰ Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав // Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 30

Следующим существенным моментом в соотношении этих двух явлений является то, что субъективное право будучи статичной и закрепленной в законодательстве нормой должно быть применимо ко множеству однотипных отношений. Исходя из этого, автор отмечает, что право, как совокупность общих правил поведения, всегда обладает некой степенью общности и абстрактности. В отличие от этого, правоосуществление, будучи зависимым от воли субъекта права, всегда конкретно и индивидуально, и вытекает от конкретных обстоятельств конкретного случая. Таким образом, если содержание субъективного гражданского права может быть охарактеризовано как общий тип возможного поведения управомоченного лица, санкционированный объективным правом, то содержание процесса его осуществления сводится к совершению управомоченным лицом реальных, конкретных действий, в которых находят свое выражение как воля самого управомоченного лица, так и специфические особенности данного конкретного случая³¹.

Переходя к анализу непосредственно самого явления злоупотребления правом, В. П. Грибанов полагает, что ответ на вопрос о том, что из себя представляет данный институт права заключается именно в соотношении самого субъективного гражданского права с формой его конкретной реализации. Так, возможно несколько случаев. Во-первых, если лицо при осуществлении своего субъективного права выходит за рамки пределов данного права, установленных законом, то говорить в таком случае о злоупотреблении правом не приходится, так как в данном случае вовсе не происходит «употребления» права, лицо действует противоправно. Во-вторых, возможна ситуация правомерного поведения, когда правоосуществление субъекта полностью совпадает с пределами субъективного права. Однако, по мнению автора, возможна также и третья ситуация. О злоупотреблении правом речь может идти лишь в случае, когда управомоченный субъект, действуя в

³¹ Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав // Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 30

границах принадлежащего ему субъективного права, в рамках тех возможностей, которые составляют содержание данного права, использует такие формы его реализации, которые выходят за установленные законом пределы осуществления права³². Проводя анализ современного законодательства, ученый приходит к выводу, что говорить о нарушении пределов осуществления права приходится в том случае, когда формы реализации данного права не соответствуют установленным законом требованиям. При этом формы реализации права понимаются довольно-таки широко и определяются с учетом требований социального назначения права, прав и охраняемых законом интересов других лиц; разумность, добросовестность, справедливость, нравственность, назначение субъективного права; запрет злоупотребления доминирующим положением и запрет ограничения конкуренции; средства защиты прав; средства и способы осуществления права; форма и процедура осуществления; предметные, субъектные и временные границы.

Переходя к критическому анализу данной теории, следует учесть несколько ключевых моментов. Во-первых, учитывая тот факт, что данная теория была разработана в период гегемонии жесткой советской мысли в гражданском праве, следует отметить ее достаточно либеральный характер и попытку, во-первых, не отрицания самого явления злоупотребления правом, а во-вторых, ее определение и пресечение через достаточно абстрактные и субъективно – оценочные категории, что также несвойственно для советской цивилистики.

Во-вторых, необходимо отметить, что теория «Пределов осуществления гражданских прав» является логически хорошо проработанной и обоснованной. Попытки преодоления некоторых ее внутренних противоречий были предприняты уже на современном этапе развития науки, но сущность теории не изменялась. Среди таких попыток следует в особенности выделить работы А.В.

³² Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав // Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 31

Волкова, О.А. Поротиковой, А.П. Сергеева. Так, например, А.В. Волковым было дано следующее определение злоупотреблению правом: *«Злоупотребление правом это особый вид гражданского правонарушения, связанный с умышленным выходом управомоченного лица за внутренние пределы (смысл, назначение) субъективного гражданского права (определяемые в том числе критериями разумности и добросовестности) для достижения своей незаконной скрытой цели с использованием юридического формализма гражданского права, как-то: пробелы, оговорки, недостатки, узость, противоречия правовых норм и договорных условий. В юридико-техническом плане злоупотребительное поведение выражается в нарушении лицом содержащейся в его субъективном праве обязанности добросовестно осуществлять свое право, исходя из идей и принципов гражданского права (и прежде всего принципа равноправия и вытекающего из него принципа добросовестного правоосуществления) при формальном соблюдении и (или) использовании им специальных гражданско-правовых норм³³».*

Как можно заметить, несмотря на отличность приведенного определения (на самом деле, на наш взгляд здесь можно говорить только лишь о широком перечислении тех самых пределов осуществления права, а не о самостоятельном определении), корни данного определения и определения В.П. Грибанова идентичны – они сводятся к решению вопроса о злоупотреблении правом, к соотношению пределов субъективного права и пределов осуществления права. Также при этом следует иметь ввиду, что сторонниками такого позитивистского подхода ставится знак равенства между правом и законом, вернее, конкретной нормой законодательства и не даже совокупностью норм. В этой связи справедливым является комментарий Т.Г. Бекназар-Юзбашева, который указывает, что при таком подходе право собственности будет пониматься как текст части 1 статьи 209 Гражданского

³³ Волков А.В. Теория концепции "злоупотребление гражданскими правами". Волгоград, 2007. С. 222 - 223.

кодекса, а не как целый ряд норм, вместе описывающих меру возможного поведения субъекта³⁴.

На наш взгляд, выделение двух видов пределов для одного и того же типа поведения в рамках данной теории имеет ряд логических недостатков. Как было указано выше, согласно В.П. Грибанову, злоупотребление правом является действие в рамках одного предела – субъективного гражданского права, которое выходит за рамки другого предела – предела осуществления гражданских прав. Таким образом, как совершенно справедливо указывает В.И. Емельянов, мы имеем две границы, разделяющие дозволенное от недозволенного, в рамках одного типа поведения. До начала осуществления права мы имеем дело с пределом субъективного права, которое резко сужается до пределов осуществления права с того момента, когда уполномоченное лицо приступает к правоосуществлению³⁵. Получается, что при такой ситуации одним и тем же действием можно нарушить предел осуществления гражданских прав, не нарушая при этом пределы самого субъективного права, что, в свою очередь, приводит к абсурдному выводу об одновременной правомерности и неправомерности одного и того же деяния.

Весьма примечательным является и логическая подстановка, сделанная В.И. Емельяновым. Так, если определять субъективное гражданское право как меру (пределы) дозволенного поведения, то получается пределы осуществления данного права – это пределы осуществления действий в рамках пределов дозволенного поведения. В результате имеем некую логическую путаницу – одни пределы в рамках других пределов³⁶.

Несостоятельность разделения понятий пределов субъективного права и пределов осуществления права можно продемонстрировать и следующим

³⁴ Бекназар-Юзбашев Геворг Тигранович - Злоупотребление правом и принцип доброй совести в гражданском праве России и Германии // Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва-2010. С.26

³⁵ Емельянов В.И. Разумность, добросовестность и незлоупотребление гражданскими правами. С.34

³⁶ Емельянов В.И. Разумность, добросовестность и незлоупотребление гражданскими правами. С.35

образом. Право, с точки зрения приверженцев данной теории, рассматривается в качестве меры дозволенного поведения. Пределы же осуществления гражданских прав рассматриваются в качестве дозволенных форм осуществления субъективных прав. Все, что выходит за рамки этих пределов, с точки зрения законодательства, является недозволительным, а все что не выходит за данные рамки – это правомерное поведение. Эта логическая цепочка достаточна, чтобы сделать заключение о том, что, по сути, пределы осуществления права ничем не отличаются от пределов самих субъективных прав.

В продолжение данной мысли можно привести достаточно справедливую, с нашей точки зрения, критику теории пределов осуществления гражданских прав, высказанную Н.С. Малеиным. Анализируя положения теории, он приходит к выводу, что в конечном итоге, если придерживаться такого подхода, то можно вовсе отказаться от таких понятий как субъективное гражданское право и гражданско-правовой деликт. Автор обосновывает свою позицию с точки зрения сделок. Так, по сути, любая недействительная сделка есть конкретная противоправного поведения в пределах общего дозволенного законом³⁷. Более того, любые запретительные нормы гражданского права, так или иначе, определяют некие пределы осуществления права. Исходя из этого, возникает вопрос квалификации нарушения таких норм. Если мы будем исходить из теории, предложенной В.П. Грибановым, то любая недействительная сделка, равно как и любое нарушение запретительных норм гражданского права будут считаться злоупотреблением правом. Одновременно с этим также теряется и смысл самого субъективного права, а вместо этого на решающий план выводится не совсем понятное понятие пределов осуществления права.

Весьма примечательным является пример, приведенный Г.Т. Бекназар-Юзбашевым. *«Если Раскольников убивает старушку, он использует право*

³⁷ Малеин Н.С. Гражданский закон и права личности в СССР. С. 68.

собственности на топор как общий тип поведения, но нарушает конкретную недозволенную форму осуществления права собственности – использование топора с целью совершения убийства (убийство), и тот факт, что это нарушение нормы публичного права, не лишает Раскольникова общего дозволенного типа поведения и не меняет того, что нарушена конкретная недозволенная форма осуществления права собственности. То есть, с гражданско-правовой точки зрения якобы, происходит не преступление, а нарушение пределов осуществления права собственности - злоупотребление правом³⁸».

Ошибочность такого подхода заключается в том, что неясна та грань, которая отличает пределы осуществления гражданских прав от пределов их осуществления. Как мы уже указали выше, многие пределы осуществления устанавливаются отдельными нормами гражданского законодательства. Следовательно, их нарушение должно рассматриваться не как злоупотребление правом, а как гражданско-правовой деликт. Как совершенно справедливо указывает сам В.П. Грибанов, злоупотребление правом имеет место быть тогда, когда субъект наделен этим правом. В обсуждаемых же нами примерах, запретительные нормы не могут наделить какими-либо правами субъекта. Наоборот, они ограничивают его. Следовательно, их нарушение ни при каких обстоятельствах не может быть рассмотрено в качестве употребления права, так как само право отсутствует.

Такая противоречивая ситуация возникает именно вследствие отделения понятия пределов осуществления гражданских прав от понятия самого субъективного права. На наш взгляд, пределы осуществления права - это не что иное как те ограничения, которые содержатся в самом субъективном праве. Ведь, если рассматривать право, как меру дозволенного поведения, то

³⁸ Бекназар-Юзбашев Геворг Тигранович - Злоупотребление правом и принцип доброй совести в гражданском праве России и Германии // Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва-2010. С.30

отражение этой самой меры должно содержаться в самом субъективном праве, а не вне ее пределов.

Приведем пример на праве собственности. Статьи 163 ГК РА и 209 ГК РФ устанавливают определение понятия права собственности и полномочия собственника. В частности, остановимся на части 2 статьи 209 ГК РФ. Перечисляя конкретные полномочия собственника, указанная норма устанавливает, что собственник вправе по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, *не противоречащие закону и иным правовым актам и не нарушающие права и охраняемые законом интересы других лиц*, в том числе отчуждать свое имущество в собственность другим лицам, передавать им, оставаясь собственником, права владения, пользования и распоряжения имуществом, отдавать имущество в залог и обременять его другими способами, распоряжаться им иным образом. В своем исследовании, посвященном изучению ограничения права собственности, В. И. Милуков определяет ограничение права собственности как установление или изменение границ (пределов) осуществления права собственности, выражающихся в сужении имеющихся дозволений³⁹. Эти ограничения и являются одними из мер дозволенного поведения собственника имущества. Однако ключевым здесь является то, что такие ограничения, пределы не лежат вне пределов самого субъективного права собственности, они не являются чем-то отдельным от права собственности, а входят в само его содержание. Аргументом в пользу данного тезиса также является и то, что статьи 163 ГК РА и 209 ГК РФ называются «Содержание права собственности», а, например, не «пределы осуществления права собственности». Таким образом, нарушение этих установленных пределов будет считаться не злоупотреблением правом, а деликтом.

³⁹ Микрюков В.А. Ограничения и обременения гражданских прав. М.: Статут, 2007. С. 244.

Сказанное продемонстрируем на примере. Так, если, например, собственник участка построил отводной канал со своего участка таким образом, что грязная вода выливается на соседский участок, то есть он осуществляет свое право собственности в противоречие закону и иным правовым актам и с нарушением прав и охраняемые законом интересов других лиц, то он, таким образом, допускает не злоупотребление своим правом собственности, а гражданско-правовой деликт. Такие действия выходят за пределы содержания права собственности, следовательно, находятся вне права, что, в свою очередь, говорит об отсутствии правоосуществления, а значит и об отсутствии злоупотребления правом.

Сторонник теории пределов осуществления прав О.А. Портикова указывает, что выделение из содержания субъективного права такого явления как пределы осуществления права было связано целью избежать распространенного в юридической литературе парадоксального предположения о наличии в субъективном гражданском праве противоправного элемента, при помощи которого можно нанести ущерб третьим лицам⁴⁰. Конечно, говорить о наличии противоправного в праве – это парадоксально, но и вводить новые искусственные понятия для преодоления данной проблемы – также не представляется лучшим выход из ситуации. В этой связи весьма уместным является отсылка Г.Т. Бекназар-Юзбашева к известному, но часто забываемому принципу науки, так называемому, принципу «бритвы Оккама» (Ockham's' Razor) к латинской формуле *plurialitas non est ponenda sine necessitate* — «не следует множить сущее без необходимости⁴¹». Значение этого принципа заключается в том, чтобы не нагромождать науку лишними и повторяющимися определениями или понятиями. Если одно и то же явление можно определить двумя разными способами, то из этих способов необходимо выбрать наиболее простой и логически непротиворечивый способ. Данный принцип актуален в юриспруденции как нигде более, так как все чаще мы можем встретить в

⁴⁰ Портикова О.А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. С. 53.

⁴¹ URL: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/424706/Ockhams-razor>

научной литературе множество нагроможденных и повторяющихся определений. Сказанное относится и к теории пределов осуществления субъективных прав. Как уже было указано выше, выделение нового понятия пределов осуществления права ни к чему не приводит. Это понятие не открывает ничего нового, наоборот, как мы показали выше, оно повторяет то, что наука уже давно выработала. Полагаем, что любой исследователь, проводя тот или иной анализ, в первую очередь должен быть нацелен на решение вопросов, на то, чтобы проблемная ситуация была как можно эффективнее прояснена. Сказанное с трудом можно отнести к теории, выработанной В.П. Грибанов. Она не только не позволяет нам дать ответ тому, что же понимать под злоупотреблением правом, но и открывает еще больше вопросов и непреодолимых противоречий. При применении «бритвы Оккама» оказывается, что эта теория лишена смысла: нам достаточно понимания права как меры свободы. Пределы осуществления права не предлагают ничего принципиально иного, кроме путаницы и нелогичности. Оба подхода к субъективному праву описывают одно и то же явление, но один из них прибегает к помощи дополнительного понятия⁴². Примечательным является и то, что само понятие пределов осуществления субъективного гражданского права было создано только для разрешения проблемы злоупотребления правом. Само по себе, вне призмы злоупотребления права это понятие не имеет никакой иной цели и не решает никаких иных проблем. Несмотря на то, что правовые понятия являются абстрактными явлениями, вещами неосязаемыми, тем не менее, они реально существуют в общественных отношениях и с этой точки зрения не являются чем-то вымышленными. Сказанное, на наш взгляд, еще раз подтверждает искусственность как самой теории, так и понятия пределов осуществления права.

⁴² Бекназар-Юзбашев Геворг Тигранович - Злоупотребление правом и принцип доброй совести в гражданском праве России и Германии // Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва-2010. С.30

Попытки разрешения проблем данной теории ее современными сторонниками путем определения пределов осуществления права через понятия добросовестности и нравственности, на наш взгляд, также венчаются неудачей. Во-первых, не углубляясь в глубокий анализ соотношения права и морали, скажем, что попытка смешения права и нравственности не может быть удачной. Нравственность всегда субъективна, она зависит от конкретных представлений конкретного человека о добре и зле, в то время как одним из основополагающих черт права является принцип правовой определенности. В условиях смешения этих двух категорий говорить о правовой определенности не приходится. Что же касается соотношения злоупотребления правом и добросовестности, отметим, что подробный анализ этих категорий приведен во второй главе данной работы. Здесь же скажем следующее: во-первых, такая попытка не решает проблему теории пределов осуществления права, так как вопрос кроется в самом понятии пределов осуществления, а, во-вторых, то как понимается добросовестность в работах сторонников данной теории, и то, как оно должно пониматься с точки зрения института злоупотребления прав – это два совершенно разных явления. Как мы уже указали, данные различия более подробно мы рассмотрим в рамках второй главы настоящей работы.

Подытоживая приведенный анализ теории пределов осуществления права, мы должны констатировать, что в рамках данной теории мы получаем больше вопросов, чем ответов. Приведенная аргументация, на наш взгляд, явно подтверждает, что определение злоупотребления права через искусственно созданную категорию пределов осуществления права не может быть успешной именно потому, что само определяющее понятие весьма спорно. Попытка синтеза позитивистских подходов с непозитивистскими методами правопонимания, сделанная В.П. Грибановым, не отвечает современному смыслу и духу гражданского права. Попытки адаптации уже современных сторонников теории О.А. Поротиковой и А.В. Волкова, также на наш взгляд не являются удачными, так как в них также и не дается определение того, а что же

считать пределами осуществления прав. Причиной этому, как мы считаем, является то, что само понятие пределов осуществления гражданских прав является искусственным и ничем не отличается от пределов содержания гражданских прав. С учетом вышесказанного, можно заключить, что, на наш взгляд, теория В.П. Грибанова не дает эффективного представления о понятии злоупотребления правом.

2.4 Теория интереса.

Следующей по масштабности, популярности и степени разработанности теорией, объясняющей институт злоупотребления правом, является теория интереса. Основы данной теории исходят из известного понимания Р. Иеринга права как защищенного публичной властью интереса. Разумеется, сам Иеринг не вдавался в вопрос изучения злоупотребления правом, однако именно его концепция правопонимания является основополагающей для данной теории. На сегодняшний день существует несколько подходов определения злоупотребления правом в рамках данной теории, общей основой для которых является определение через понятие интереса.

Так, первая группа ученых рассматривает злоупотребление правом как форму правоосуществления с исключительной целью причинения вреда другому лицу. По мнению Л. Эннексеруса, для признания каких-либо действий злоупотреблением права из обстоятельств дела должно вытекать, что осуществление права для лица, совершающего данное действие, не может иметь никакой иной цели, чем причинение вреда⁴³. Возможна же такая ситуация только в том случае, когда лицо осуществляет свое право без всякого интереса, кроме намерения причинить вред другому лицу.

⁴³ Эннексерус Л. Курс германского гражданского права: Введение и общая часть / Под ред. Д.М. Генкина, И.Б. Новицкого; Пер. И.Б. Новицкого, Г.Н. Полянской, В.А. Альтшулера. М., 1950. Т. 1. Полут. 2. С. 437

Как можно заметить, определение злоупотребления правом как исключительное намерение причинить вред другому лицу является особой формой характеристики злоупотребления права – шиканы. Об отдельных формах злоупотребления правом речь пойдет ниже, однако здесь следует отметить два фактора. Во-первых, такое явление как шикана является крайне редкой и, практически, не встречаемой на практике формой злоупотребления правом. А, во-вторых, также следует отметить, такой индуктивный способ определения злоупотребления правом не может быть достоверным, так как нет оснований полагать, что все существенные признаки видового понятия (шканы) будут совпадать со всеми признаками родового понятия – злоупотребления правом.

Второй подход, представляемый В.М. Пашиным, рассматривает понятие злоупотребление правом как форму правоосуществления, при которой наступают неблагоприятные последствия для третьих лиц⁴⁴. Сюда же, на наш взгляд, следует отнести и подходы Н.С. Малеина, А.Я. Курбатова, Л.А. Бирюковой, М.И. Брагинского, В.И. Крусса, которые видят злоупотребление правом в качестве нарушения законных интересов третьих лиц. Так, по мнению А.Я. Курбатова, использование субъективного права исключительно с целью причинения вреда другим лицам невозможно в силу наличия интереса в основе любого субъективного права. Однако под воздействием интереса право может реализовываться с выходом за его пределы, что приводит к нарушению законных интересов других лиц, большей частью не участвующих в конкретном правоотношении, интересы которых выражаются либо в виде частного (группового), либо в виде публичного (общественного) интереса. Именно выход за пределы права под воздействием субъективных интересов и соответствующее нарушение законных интересов других лиц составляют суть

⁴⁴ Пашин В.М. Институт злоупотребления субъективными правами *de lege ferenda* // Актуальные проблемы гражданского права: Сб. статей / Под ред. О.Ю. Шиловцова. М., 2003. Вып. 7. С. 41 - 42

злоупотребления правом⁴⁵. Как можно заметить, данное суждение весьма близко к суждениям, выдвигаемым сторонниками теории пределов осуществления права. По существу, теория интереса весьма близка к теории В.П. Грибанова с одним отличием – в качестве предела осуществления права здесь рассматривается понятие интереса. Об этой схожести мыслей и их анализе мы поговорим ниже, а пока хотелось бы также остановиться на судебной практике, которую приводят сторонники теории интереса в поддержку своих позиций.

Так, например, ФАС Северо-Кавказского округа указал, что в законе выражены государственные и общественные интересы, поэтому действия, соответствующие закону, не могут признаваться противоречащими государственным и общественным интересам, если эти действия не являются злоупотреблением правом⁴⁶. Здесь можно заметить, что суд рассматривает в качестве злоупотребления правом нарушение интересов не всех третьих лиц, а только лишь государства и общества. ФАС Поволжского округа, определяя злоупотребление правом, указал, что суть принципа, закрепленного в ст. 10 ГК РФ, заключается в том, что каждый субъект гражданских прав волен свободно осуществлять права в своих интересах, но не должен при этом нарушать права и интересы других лиц⁴⁷. ФАС Центрального округа не нашел злоупотребления правом в действиях органа местного самоуправления, который установил высокую цену приватизации муниципального жилья. Мотивировкой суда было то, что органы местной власти, устанавливая стоимость приватизируемого имущества, действуют в интересах населения и вправе рассчитывать на получение максимальной прибыли⁴⁸.

⁴⁵ Курбатов А.Я. Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности. М., 2001. С. 172

⁴⁶ Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 16 декабря 2002 г. по делу N Ф08-4750/2002

⁴⁷ Постановление ФАС Поволжского округа от 18 октября 2005 г. по делу N А55-15768/04-24

⁴⁸ Постановление ФАС Центрального округа от 12 июля 2002 г. по делу N А62-808/02.

Полагаем, что для анализа и понимания данного подхода прежде всего необходимо определиться с самим понятием интереса. В этой связи, на наш взгляд, весьма полезным является монография С.Д. Радченко, одного из современных сторонников определения злоупотребления правом через понятие интереса.⁴⁹ В указанной работе автор последовательно критикует теорию В.П. Грибанова, указывая, что пределы осуществления прав могут устанавливаться исключительно законом и что абсурдно говорить о наличии пределов в других пределах; автор также отмечает, что пределы права появляются в результате различных запретов и обязанностей, возлагаемых на собственника, и составляют, наряду с основными полномочиями, субъективное право⁵⁰. Одновременно с этим, С.Д. Радченко определяет злоупотребление правом как осуществление права при отсутствии или противоречии с интересом управомоченного лица⁵¹. Но, несмотря на то, что С.Д. Радченко проводит критику концепции В.П. Грибанова, он определяет злоупотребление правом именно через осуществление права. Анализируя такой подход, мы приходим к выводу, что по логике С.Д. Радченко интерес является границей не самого субъективного права, а границей осуществления права. Такая логика приводит к тому, что предложенное определение укладывается в теорию пределов осуществления гражданских прав, при том, что границей этих пределов является интерес. Таким образом, вся вышеизложенная критика теории пределов осуществления гражданских прав является применимой и в данном случае. Однако здесь весьма важным является мысль автора о том, что интерес не определяет и не может определять пределы субъективного права⁵². Анализ указанной монографии автора приводит нас к следующему ходу мыслей. Во-

⁴⁹ С.Д. Радченко, Злоупотребление правом в гражданском праве России // Вольтер Клювер, Москва 2010г.

⁵⁰ С.Д. Радченко, Злоупотребление правом в гражданском праве России // Вольтер Клювер, Москва 2010г. С.11

⁵¹ С.Д. Радченко, Злоупотребление правом в гражданском праве России // Вольтер Клювер, Москва 2010г. С.195

⁵² С.Д. Радченко, Злоупотребление правом в гражданском праве России // Вольтер Клювер, Москва 2010г. С.35

первых, С.Д. Радченко совершенно справедливо указывает, что право является нормативным выражением свободы. Следовательно, как и свобода, право может быть использовано как в целях добра, так и в целях зла. Однако так как право должно преследовать благие цели, то оно должно иметь некоторую границу внутри себя отделяющую доброе от злого. Этой границей, по мнению автора, и должен является интерес⁵³. В пользу такой аргументации также приводится и тот факт, что право не может быть безграничным, и что злоупотребление правом является естественной реакцией на избыток такой свободы.

Анализ приведенных доводов и подходов С.Д. Радченко о праве, свободе и их ограничении позволяет делать вывод о некоторых противоречиях в мыслях автора. Во-первых, как было указано в начале работы, следует полностью согласиться с той философской точкой зрения, что право есть нормативное выражение свободы. Также следует согласиться и с тем, что такая свобода предполагает возможность действий как в соответствии с добром, так и со злом. В этой связи С.Д. Радченко также приводит слова русского философа Н.А. Бердяева, который указывал, что свобода зла есть добро, и без свободы зла не было бы свободы добра. Насильственное недопущение и уничтожение зла было бы еще большим злом. Бог терпит зло, допускает зло во имя блага свободы⁵⁴.

С учетом вышесказанного, с определением права в качестве выражения свободы, мы должны констатировать, что установление или наличие пределов в самом праве, как на то указывает С.Д. Радченко, было бы не гарантией добра, а наоборот – еще большим злом.

Как было отмечено выше, понимание злоупотребления правом через категорию интереса основывается на бывшей некогда в употреблении теории интереса Р. фон Иеринга. Несмотря на то, что данная категория существует в

⁵³ С.Д. Радченко, Злоупотребление правом в гражданском праве России // Вольтер Клювер, Москва 2010г. С.43

⁵⁴ С.Д. Радченко, Злоупотребление правом в гражданском праве России // Вольтер Клювер, Москва 2010г. С.26

гражданском праве уже не один десяток лет, четкого понимания и определения понятия интереса наука гражданского права не знает. Так, С.Д. Радченко интерес определяет в качестве *«объективной категорией, по форме представляющей собой общественное отношение, содержанием которого является социальная потребность (то есть, нужды, выражающие связь и зависимость человека от природы и общества)»*⁵⁵. Такое определение с трудом можно назвать эффективным и дающим представление о том явлении, о котором идет речь. Еще больше усложняет ситуацию и та мысль С.Д. Радченко, что *«интерес рассматривается и как часть содержания субъективного права, и как его цель и предпосылка, но при этом интерес не определяет и не может определять пределы субъективного права, поскольку они определяются только законом»*⁵⁶. В этой связи весьма точной является критика Г.Т. Бекназар-Юзбашева, который указывает, что *«если право - это мера, то его содержание - это пределы этой меры. Интерес либо является частью того, что определяет пределы меры - и тогда является частью его содержания, либо не является - и тогда вовсе не входит в его содержание; третьего не дано»*⁵⁷.

В качестве традиционной критики теории интереса в науке выступает распространенная точка зрения, что множества прав и их осуществление может иметь место зачастую и без наличия какого-либо интереса⁵⁸. В качестве ответа на такую критику, С.Д. Радченко утверждает, что даже в тех случаях, где отсутствует частный интерес, всегда существует интерес публичный, отражающий потребность государства в предоставлении субъектам

⁵⁵ С.Д. Радченко, *Злоупотребление правом в гражданском праве России* // Вольтер Клювер, Москва 2010г. С.30

⁵⁶ С.Д. Радченко, *Злоупотребление правом в гражданском праве России* // Вольтер Клювер, Москва 2010г. С.35

⁵⁷ Бекназар-Юзбашев Геворг Тигранович - *Злоупотребление правом и принцип доброй совести в гражданском праве России и Германии* // Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва-2010. С.30

⁵⁸ Поротикова О.А. *Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом*. С. 8; Эннексерус Л. *Курс германского гражданского права*. Том I. Полутом 1. С. 240

гражданского права возможности осуществлять данные права⁵⁹. Полагаем, что такой аргумент вряд ли можно считать весомым, так как таким образом можно все права свести к публичному интересу и на этом завершить исследование сущности злоупотребления прав.

Отсутствие какого-либо четкого определения понятия интереса в науке частного права, прежде всего, связано с тем, что данная категория находится скорее в поле психологии, чем права. Справедливым на этот счет является комментарий О.А. Поротиковой, согласно которому интерес как социологическая категория может служить побудительной силой, заставляющей человека стремиться к правообладанию, а как психологическая категория - быть слишком неустойчивым, размытым и не поддающимся рациональному анализу⁶⁰.

Наконец, в качестве довода в свою пользу сторонники теории интереса также приводят статья 1 ГК РФ, где указывается, что лица осуществляют свои права в своих интересах. Аналогичная норма содержится и в ГК РА. Касательно этого довода, мы считаем, что вышеуказанные нормы вряд ли можно считать обоснованием особого закрепления категории интереса в законодательстве. На наш взгляд, данный подход законодателя преследует цель закрепления верховенства в гражданском праве частных интересов граждан над публичными, как то было в семидесятилетний период советской власти, при которой гражданские права предоставлялись в первую очередь для достижения целей социалистического общества и государства.

Далее, хотелось бы также остановиться на судебной практике, которую приводят сторонники теории интереса в поддержку данной теории. Так, по одному из дел, *«бенефициар обратился с иском к организации-гаранту. В гарантии предусматривалась обязанность гаранта выплатить 20 млн. рублей при предъявлении бенефициаром требования с приложением письменного*

⁵⁹ С.Д. Радченко, Злоупотребление правом в гражданском праве России // Вольтер Клювер, Москва 2010г. С.35

⁶⁰ Поротикова О.А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. С. 8;

подтверждения факта отсутствия у принципала денежных средств для оплаты товаров в размере, определенном договором купли-продажи. В срок, установленный в гарантии, бенефициар предъявил гаранту требование о платеже с приложением заверенной принципалом справки, подтверждающей отсутствие средств на счете принципала на день, когда оплата товара должна была быть произведена. Гарант отказался от выплаты суммы по гарантии, указав, что, по имеющимся у него данным, оплата товаров бенефициару была произведена третьей организацией по просьбе принципала и, следовательно, обеспечиваемое обязательство исполнено. Бенефициар повторно потребовал оплаты от гаранта и после отказа последнего от платежа обратился с иском в арбитражный суд. Свои требования бенефициар основывал на положениях пункта 2 статьи 376 Кодекса, согласно которому если гаранту до удовлетворения требования бенефициара стало известно, что основное обязательство, обеспеченное банковской гарантией, полностью или в соответствующей части уже исполнено, гарант должен немедленно сообщить об этом бенефициару и принципалу. Полученное гарантом после такого уведомления повторное требование бенефициара подлежит удовлетворению гарантом. Рассматривая спор, арбитражный суд установил, что бенефициар, являясь кредитором в основном обязательстве, уже получил оплату за поставленный принципалу товар. Это обстоятельство подтверждалось представленными гарантом доказательствами. Факт оплаты товара за счет средств банковского кредита не отрицал и должник по основному договору (принципал). При таких условиях арбитражный суд расценил действия бенефициара как злоупотребление правом и на основании статьи 10 Кодекса в иске отказал⁶¹».

Анализируя данное решение ВАС РФ, С. Д. Радченко указывает, что квалификация судом указанных действия бенефициара в качестве

⁶¹ Пункт 4 информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 1998 г. N 27 "Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии" // http://arbitr.ru/as/pract/vas_info_letter/3024.html

злоупотребления правом справедлива, так как бенефициар в данном случае действовал без наличия интереса (что, по мнению автора, и есть злоупотребление правом). Аргументирует автор эту точку зрения следующим образом: у бенефициара есть право получения причитающихся денежных средств, однако закон предоставляет защиту этому интересу только в пределах сумм, причитающихся бенефициару по обязательству, и не предоставляет защиту интересу бенефициара в той части, в которой этот интерес выходит за рамки обязательственного долга⁶². Когда бенефициар заявляет требование на получение двойного размера, причитающегося ему денежных средств, то такое требование неправомерно, так как в таком случае он выходит за пределы своего интереса и, следовательно, злоупотребляет правом. При этом, что весьма примечательно, автор указывает, что при удовлетворении такого требования у бенефициара было бы неосновательное обогащение.

Квалификация действий бенефициара в качестве злоупотребления правом, в частности, по причине отсутствия в его действиях интереса видится не совсем обоснованным. Во-первых, из логики С.Д. Радченко выходит, что интерес заключен в размере требуемой суммы, в то время как сам автор утверждает, что интерес мы должны искать в содержании права. В данном случае, право бенефициара заключается в требовании получения причитающихся ему денежных средств, и сумма этих средств никак не может влиять на само право. Следовательно, ставить вопрос о наличии либо отсутствии интереса в зависимости от размера требуемых денежных средств является некорректным.

Во-вторых, как было уже указано выше, в науке гражданского права нет сомнений относительно того, что злоупотребление правом может иметь место только при осуществлении права, что, в свою очередь, предполагает наличие права. В данном случае, право бенефициара заключается в получении своих денежных средств. В тот момент, когда бенефициар получает их, это право и,

⁶² С.Д. Радченко, Злоупотребление правом в гражданском праве России // Вольтер Клювер, Москва 2010г. С.35

следовательно, право требования у него прекращаются. Говоря иными словами, с этого момента право бенефициара заканчивается, следовательно, он не может его осуществлять, что, в свою очередь, говорит об отсутствии злоупотребления этим правом со стороны бенефициара. Если исходить из обратного и допустить, что бенефициар злоупотребил своим правом, то в таком случае можно сделать вывод, что, несмотря на получение причитающихся денежных средств, право требования у бенефициара все еще остается. Возникает вопрос – а каким образом бенефициар должен осуществить это право, чтобы не было злоупотребления? Какой интерес здесь правомерен?

Полагаем, что ответы на эти вопросы приводят нас к выводу, что квалификация данных действий в качестве злоупотребления правом необоснованно. По нашему мнению, такое требование бенефициара суд должен был отклонить в удовлетворении, мотивируя это именно отсутствием у бенефициара права требования, а не ввиду злоупотребления этим правом.

Рассмотрим другое дело. Взыскатель получил денежные средства, взысканные решением Третейского суда НАУФОР. Через некоторое время после этого взыскатель обратился в арбитражный суд с заявлением о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение того же решения третейского суда, т.е., по сути, претендовал на получение с должника взысканной третейским судом суммы дважды. ФАС Московского округа квалифицировал такие действия как злоупотребление правом, так как они имеют целью необоснованное получение заявителем с должника взысканной третейским судом денежной суммы в двойном размере, для чего отсутствуют какие-либо правовые основания⁶³.

Как и в первом случае, здесь, по мнению С.Д. Радченко, взыскатель действовал без наличия интереса, который заключался в получении в установленном объеме денежных средств. По нашему мнению, аналогичная аргументация применима и здесь. В частности, после получения денежных

⁶³ Постановление ФАС Московского округа от 5 октября 2006 г. по делу N КГ-А40/8846-06-П // <http://www.resheniya-sudov.ru/2005-2006/57985/>

средств по решению Третейского суда право взыскания у получателя прекратилось. Следовательно, все последующие требования уже не были основаны на праве, а значит, они и не могут быть квалифицированы в качестве злоупотребления правом.

Определенное противоречие наблюдается и в том, что одновременно с такой трактовкой С.Д. Радченко также соглашается с теми решениями судов, в которых указывается, что злоупотребление правом может иметь место быть только при наличии права и при его осуществлении⁶⁴. Более того, автор пишет следующее: *«о возможности злоупотребить только при наличии права говорит и то обстоятельство, что в силу п. 2 ст. 10 ГК РФ суд может отказать в защите принадлежащего лицу права, что невозможно, если признать, что лицо, злоупотребляющее правом, не обладает этим правом»*⁶⁵. В связи с этим напрашивается вопрос – где видит автор наличие права в двух вышеуказанных судебных делах, и как лица должны были осуществлять эти предполагаемые права, чтобы их действия не были бы квалифицированы в качестве злоупотребления правом?

Весьма интересна и противоречива позиция С.Д. Радченко также с точки зрения вопроса о правомерности и неправомерности злоупотребления правом. В частности, автор указывает, что отсутствие интереса в осуществлении права не является обстоятельством, препятствующим возникновению права, так как при наличии предусмотренных законом юридических фактов право возникает у субъекта вне зависимости от того, имеется ли у него в настоящее время интерес в получении тех выгод, которые ему даст осуществление данного права⁶⁶. Придерживаясь той же логики далее, автор полагает, что отсутствие интереса в

⁶⁴ Вестник ВАС РФ. 2001. N 12. С. 36 - 38; Постановление ФАС Московского округа от 19 сентября 2002 г. по делу N КГ-А40/6230-02., Определение ВАС РФ от 16 апреля 2007 г. N 3929/07 "Об отказе в передаче дела в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации" // СПС "КонсультантПлюс"

⁶⁵ С.Д. Радченко, Злоупотребление правом в гражданском праве России // Вольтер Клювер, Москва 2010г. С.35

⁶⁶ С.Д. Радченко, Злоупотребление правом в гражданском праве России // Вольтер Клювер, Москва 2010г. С.38

осуществлении права не может быть также и основанием для прекращения права, так как законом такое основание не установлено. Таким образом, автор делает вывод, что обстоятельства для квалификации действий лица в качестве злоупотребления правом не могут являться как препятствиям для возникновения права, так и обстоятельствами для его прекращения. Из всего вышеизложенного автор делает ключевой вывод: *«...следовательно, обстоятельства, являющиеся основанием для квалификации действия лица в качестве злоупотребления правом, не сообщают данным действиям свойства противоправности, т.е. действия управомоченного субъекта по осуществлению принадлежащего ему права при отсутствии в этом интереса по своей правовой природе не являются правонарушением. Противоправными они станут только в том случае, если действия по осуществлению права в такой ситуации достигнут результата. Результат такого осуществления права будет противоправен как противоречащий ст. 10 ГК РФ⁶⁷».*

Для анализа этого суждения предлагаем перенести приведенное правило С.Д. Радченко на уже рассмотренные конкретные судебные дела, в которых, как утверждает сам автор, было допущено злоупотребление правом.

Итак, в первом случае бенефициар, после получения причитающихся ему денежных средств от третьего лица, требовал удовлетворения того же требования от принципала, что, по мнению С.Д. Радченко, есть злоупотребление правом. При этом логика автора заключается в том, что само по себе данное требование бенефициара является правомерным (полагаем, что это и есть *действия управомоченного субъекта по осуществлению принадлежащего ему права*), а неправомерным оно станет в том случае, если судом это требование будет удовлетворено. Из этой логики получается, что у лица есть правомерное требование, удовлетворение которого является

⁶⁷ С.Д. Радченко, Злоупотребление правом в гражданском праве России // Вольтер Клювер, Москва 2010г. С.39

неправомерным. Иными словами – требование, которое не может быть удовлетворено, право, осуществление которого является неправомерным.

Таким образом, здесь мы приходим к уже упомянутой и кажущейся нам необоснованной, теории ученых, которая в целом ставит ее под сомнение саму возможность существования злоупотребления правом, справедливо полагая невозможность существования в праве противоправного элемента. Более того, такая логика разделения осуществления права и самого права, а также попытка найти основание злоупотребления именно в осуществлении права, еще раз показывает близость теории интереса и теории пределов осуществления прав. Следовательно, всю вышеприведенную критику теории пределов осуществления права мы можем повторить и в отношении к теории интереса.

Анализ теории интереса и суждений его сторонников приводит нас к выводу, что внедрение понятия интереса не может быть эффективным методом для определения понятия злоупотребления правом. Также как и понятие пределов осуществления права, понятие интереса размыто и не имеет четкого определения и понимания в праве. Более того, по справедливому мнению большинства ученых-цивилистов, оно вообще лежит вне поля права. Это, в свою очередь, делает применение данного понятия весьма опасным с точки зрения решения конкретных дел. Получается, что суд в каждом конкретном деле должен устанавливать не только наличие либо отсутствие интереса, но и давать квалификацию данному интересу. Учитывая то, что само понятие интереса является более психологическим и субъективным, полагаем, что в таком случае любое право может ставиться под сомнение и рассматриваться в качестве злоупотребления, что, в свою очередь, сделает саму статью 10 ГК РФ основанием для злоупотребления прав.

Завершая анализ изучения основных теорий, объясняющих институт злоупотребления правом, мы можем сказать следующее.

Во-первых, позитивистский подход (а именно: теория пределов осуществления права, теория назначения права и теория интереса) делают

попытку совмещения, казалось бы, двух несовместимых идей – строгого следования букве закона и отождествления права и закона, а также института злоупотребления правом, который, как мы считаем, требует некоего отступления от таких строго-позитивистских подходов. Конечным итогом такого совмещения является то, что учеными внедряется дополнительная искусственная правовая конструкция осуществления права, которая и призвана совместить несовместимое. По нашему мнению, и теория назначения права, и теория пределов осуществления права, и теория интереса базируется на одном и том же принципе – выделении такого элемента как предел осуществления права. В одном случае этот предел определяется назначением субъективного права, в другом случае – наличием либо отсутствием интереса в праве. В результате такого подхода, порядок дозволенного поведения, который определяется нормами объективного права, дополняется также порядком, устанавливающим предел осуществления. Таким образом, возникает ситуация, при которой существует двойная модель дозволенного поведения. Более того, одно и то же поведение может оказаться правомерным с точки зрения норм объективного права и, одновременно с этим, неправомерным с точки зрения предела осуществления. Такое положение дел можно охарактеризовать как правовую неопределенность. Более того, введение одновременно двух пределов для одного типа поведения является искусственным нагромождением также с научной точки зрения, так как одной из главных целей науки должно быть определение имеющих правовых явлений с наиболее эффективной и простой точки зрения, а не внедрение искусственных и противоречивых понятий.

Еще одним недостатком таких подходов является и то, что пределы, предлагаемые в качестве определяющих злоупотребление правом, не имеют легального определения в законодательстве. Во многих случаях такие пределы и вовсе не являются правовыми категориями (например, интерес) и каждый раз будут зависеть от субъективной судебской оценки, что, еще раз подчеркиваем, является предпосылкой для правовой неопределенности. Более того, зачастую

сами теории не содержат определения того или иного предела – одно и то же понятие определяется учеными кардинально противоположенными образами. Противоречивым также является и то, что позитивизм традиционно отводит закону первостепенное значение, и право (вопрос правомерного и неправомерного) определяется именно путем сопоставления конкретного поведения с идеальной формой, описанной в законе. Однако при определении злоупотребления права ученые-позитивисты, придерживаясь первоначально такого подхода, вводят понятия и определения, которые абсолютно несовместимы с этой идеей. Такая ситуация, на наш взгляд, еще раз показывает, что позитивистские теории пределов осуществления права, теория интереса и теория назначения права не способны дать нам четкое и всеобъемлющее представление об изучаемом явлении. При этом, их опыт изучения злоупотребления правом является весьма полезным с точки зрения нахождения и формирования новых подходов, теорий, которые смогли бы дать более четкое определение изучаемому институту.

ГЛАВА II. ДОБРАЯ СОВЕСТЬ КАК ДЕТЕРМИНИРУЮЩИЙ ПРИЗНАК ЗЛУПОТРЕБЛЕНИЯ ПРАВОМ.

§1. Основы понимания доброй совести и добросовестности и их отличия.

Анализ основных теорий и сформированных в их рамках подходов показал, что на сегодняшний день институт злоупотребления правом требует кардинально новых подходов в ее изучении. Попытки дать определение данному институту права изолированно от других гражданско-правовых принципов и начал, а также введение искусственно созданных понятий показывает свою несостоятельность.

Уже на современном этапе все это заставляет исследователей искать новые пути решения проблемы злоупотребления правом, в том числе, учитывая подходы и опыт других правовых систем. В этой связи, весьма эффективными на наш взгляд являются подходы тех ученых, которые пытаются определить злоупотребление правом через понятие добросовестности. В свою очередь, данная категория в науке гражданского права также воспринимается не однозначно и порождает широкие дискуссии. Исходя из этого, в рамках данной главы мы проведем научный обзор понятия добросовестности в рамках иностранных правовых систем, попытаемся получить правильное представление об этом принципе права. Такой подход является одновременно и новым в науке, и необходимым в свете последних законодательных изменений: с введением ФЗ от 30.12.2012 года №302-ФЗ, законодатель РФ закрепил в ГК РФ добросовестность в качестве одного из основных принципов гражданского права, а статья 10 ГК РФ в свою очередь была также модернизирована, в результате чего злоупотребление правом в ГК РФ также определяется через понятие добросовестности.

Традиционно рассмотрение категории добросовестности начинают с истории римского частного права. Как таковое, римское право не знало отдельного института добросовестности, выраженного в каком-либо памятнике

римского права. Категория *bonae fidei* в римском праве проявлялась более как прием правоприменительной практики, который выступал неким ограничителем автономии воли, целью которого было выступление в качестве запрета на такое незаконное или недобросовестное поведение, которое может привести к извлечению преимуществ, вызванных этим поведением. Таким образом, римское *iudiciae bonae fidei* выступал неким ограничителем той свободы и автономии, которые римские граждане могли использовать в том числе и для злоупотреблений правовыми пробелами или казусами, которые имелись в *jus strictum* – праве позитивном. Так, недобросовестному использованию формального инструментария гражданского права была противопоставлена преторская защита, опирающаяся на выработанные ею эксцепции (*exceptio doli*) и иски доброй совести (*actio bonae fidei*)⁶⁸. Претор при разрешении различного рода судебных дел выявлял те или иные формы недобросовестности и применял к ним определенные последствия, которые не были закреплены в *jus strictum*. Таким образом, например, появились такие институты права как *missio possessionis* (ввод во владение) или реституция. Что примечательно, право того времени не знало и не выработало каких-либо общих признаков и оснований, по которым преторы могли определять *bonae fidei* – каждый случай рассматривался индивидуально и основывался на понимании претором справедливости.

Таким образом, римское право выработало весьма важный подход – добросовестность должна использоваться в противовес автономии воли, свободы участников частноправовых отношений и, тем самым, гарантировать баланс интересов всех участников гражданского оборота.

Развитие категории добросовестности в период средневековья проходит не так активно. Опять же, средневековые мыслители права не вдавались в вопросы определения понятия добросовестности и выработки ее критериев. Данный институт продолжал развиваться исключительно в рамках

⁶⁸ Бибиков А.И. д.ю.н. Принцип добросовестности в цивилистической доктрине и судебной практике: проблемы толкования., 2015 С.2

правоприменительной практики. Из этой практики следует, что в период средневековья добросовестность применялась в трех основных аспектах. Во-первых, этот принцип применялся к договорным отношениям и заключался в том, что каждая сторона договора должна соблюдать взятые на себя обязательства (некое подобие известного принципа *pacta sunt servanda*). Во-вторых, недобросовестностью также считались случаи введение контрагента в заблуждение или заключение кабальных сделок. И, наконец, в-третьих, под добросовестностью понималось, что каждая сторона должна соблюдать обязательства, которые могут ожидать от честного человека. Считалось, что нет ничего большего в соответствии с добросовестностью, чем сделать то, что было согласовано договаривающимися сторонами. Если, что-то не было согласовано, то нужно выполнить то, что естественно включено согласно решению суда⁶⁹.

Дальнейшая популяризация принципа добросовестности уже связывается с именами французских юристов, буржуазных революций и популяризации идей естественного права. В частности, изучению данного принципа были посвящены работы Жана Домата (Jean Domat, 1625-1696) и Роберта Потти (Robert Pothier 1699-1772), которые также легли в основу как французского гражданского законодательства, так и законодательства США и Канады. Так, в одной из своих работ Ж. Домат обосновывал необходимость применения добросовестности к частноправовым отношениям следующим образом: *«человек, который вступает в отношения данного типа, связан не только тем, что написано, но также и тем, что требуется самой природой соглашения и всеми обстоятельствами, принятие во внимание которых требует справедливость, закон или правило делового оборота»⁷⁰*. По мнению Ж. Домата, добросовестность, как и справедливость, должна является неким определяющим равновесие в гражданских отношениях мерилom, так как эти

⁶⁹ Gordley J. Good Faith in contract law in the medieval *ius commune* // Good Faith in European Contract law / Edited by R. Zimmermann, S. Whittaker. — Cambridge, 2000. — P. 93—145.

⁷⁰ Domat J. *Les Loix Civiles Dans Leur Ordre Naturel*.—Paris, 1777. // Поляков. М. А. Развитие принципа добросовестности в праве европейских государств. С.3

отношения, будучи построенными на денежном или ином имущественном аспекте, зачастую теряют такое равновесие.

В целом, говоря о развитии добросовестности в праве Франции следует иметь ввиду, что она является, прежде всего, зародышем идей естественного права. В то время среди ученых-цивилистов было весьма популярным развивать общие принципы, начала и исходные идеи права. Что же касается уже современного французского законодательства, то закреплением принципа добросовестности в Code Civil (ГК ФР) является статья 1134, согласно которой договор – это закон для сторон. Одновременно с этим, пункт 3 данной статьи добавляет, что соглашения должны выполняться в духе доброй воли. В дополнение к этому статья 1135 устанавливает, что соглашения должны выполняться не только в соответствии с тем, что в них установлено, но и по справедливости и по самой сути (духу) договора.

Как можно заметить, данные положения французского ГК de lege lata распространяются лишь на отношения, возникшие из заключения договора. Однако французская доктрина права, которая, в отличие от отечественной, имеет колоссальное влияние, значительно расширило область применения данных норм. Так, в частности, в результате такого расширения нормы, посвященные добросовестности, судами также начали применяться и к преддоговорным отношениям сторон (*culpa in contrahendo*). Отказ в широком распространении и применении данного института во французском праве продиктован, прежде всего, особым (в отрицательном смысле этого слова) отношением французских судов к категории справедливости (*valeurs d'équité*) в праве. Также существенным является то, что французское гражданское право не проводит различий между добросовестностью в объективном и субъективном смысле, в отличие, например, от немецкого права. Этот аспект является весьма примечательным и критичным для нашего исследования, и на нем мы более подробно остановимся при рассмотрении немецкого права.

Особое отношение к понятию добросовестность и в английском праве. Современное английское право не рассматривает добросовестность как позитивную обязанность, лежащую на сторонах договора по общему правилу, вне зависимости от вида договора⁷¹. Это связано прежде всего с тем, что английское общее право (common law) подходит к частно-правовым вопросам, и особенно к вопросам договорного права в сфере предпринимательства, весьма критично. Суть такого подхода заключается в том, что стороны отношений сами должны заботиться о своих интересах, и эта обязанность не может быть переложена на плечи суда⁷². Но вместе с этим, право справедливости (equity law), одной из целей которого и является смягчение строгих правил и формулировок, выработало ряд отступлений, которые мы тем или иным образом можем отнести к отголоскам принципа добросовестности. Сюда, прежде всего, относится знаменитый принцип преддоговорного права promissory estoppel (лишения права возражать против данного обещания), согласно которому, суды зачастую принуждают сторону к выполнению тех обязательств, в связи с которыми эта сторона вошла в переговоры с другой стороной, но недобросовестно уклонялась от заключения договора. В связи с этим, судья Высокого Суда правосудия Альфред Томсон Деннинг в одном из решений указал, что в праве Англии за прошедшие 50 лет сформировалась практика принуждения лица, которое дало обещание, имеющее целью построение правовых отношений, действовать в соответствии с тем, что было им обещано⁷³.

Проявление принципа добросовестности в английском частном праве связано в основном именно с урегулирование преддоговорных отношений сторон. В особенности это относилось к договорам uberrimae fidei, то есть к таким договорам, где особое значение имеет доверительное отношение между сторонами (классический пример – договор страхования). В такого рода

⁷¹ Powell R. Good faith in contracts // Current Legal Problems. — 1956. — Vol. 16.

⁷² Goode R. Commercial Law. — Harmondsworth, 1995. — P. 101.

⁷³ Central London Property Trust Limited V. High Trees House Limited, 1946 July 18 // www.kentlaw.edu/faculty/rwarner/classes/contracts/consideration/high_trees/hightrees.htm.

договорах прецедентным правом были выработана обязанность для promisers (то есть для лица, дающего обещание – например, в случае страхования это страхователь) раскрывать на преддоговорной стадии все условия соглашения, которые могут стать существенными для другой стороны и повлиять на ее решение относительно вступления в договорные отношения. Также в английской правоприменительной практике довольно частыми являются применения судами так называемых подразумеваемых условий (implied terms) к договорным отношениям сторон, тем самым давая оценку добросовестности или недобросовестности сторон.

Приведенный достаточно скромный анализ английской правовой практики позволяет нам сделать вывод, что настороженное отношение английских судов к распространению принципа добросовестности на все обязательства связана, прежде всего, с особым отношением к праву, как к независимому арбитру, стоящему обособлено от предпринимательства и политики. Такой подход лишает правоприменителя возможности определять содержание того или иного обязательства и оставляет возможность разрешения спора в тех пределах, которые стороны сами определили. Английским судам не нравится использовать свою власть вне зависимости от того, добросовестна ли сторона или нет⁷⁴.

Наибольшее распространение как в законодательном, так и в правоприменительном смыслах институт добросовестности получил в праве Германии. В целом, говоря о правовой системе и правоприменительной практике этой страны, мы должны особо подчеркнуть ту роль, которую имеет немецкая правовая школа, как для права Армении, так и для права России.

Здесь, прежде всего, следует отметить, что огромное количество российских юристов дореволюционного периода получили образование в немецких университетах, что также в свою очередь имело свое отражение в их дальнейших трудах. Кроме того, действующее гражданское законодательство, и

⁷⁴ Atiyah P.S. An Introduction to the Law of Contract. — New York, 1995. — P. 212.

в особенности Гражданские Кодексы Армении и России, так или иначе, берут свои корни от ГК СССР 1964г, корни которого идут к Гражданскому уложению Российской Империи, в основе которого, в свою очередь, во многом – Германское Гражданское Уложение (ГГУ).

Все это говорит об определенном влиянии немецкого права на отечественное, но даже если и не принимать во внимание эти обстоятельства, в любом случае, сам факт того, что правовая система, к которой принадлежат наши страны, называется именно *романо-германской*, уже говорит о необходимости более близкого изучения права Германии. ГГУ по праву считается одним из авторитетнейших и «великих» правовых актов наших времен.

В рамках дальнейшего изучения мы будем использовать две категории, которые, на первый взгляд, могут показаться идентичными – это добросовестность и добрая совесть. Как отмечает И.Б. Новицкий, необходимо проводить четкое различие между этими двумя понятиями, в разграничении которых лежат субъективная и объективная составляющая. Субъективное значение этого явления показывает внутреннее отношение лица к своему поведению, его неведение относительно определенных обстоятельств. Это явление называется добросовестностью. В отличие от добросовестности, добрая совесть - это внешнее мерило поведения субъекта по отношению к требованиям такой доброй совести. В отличие от немецкого законодательства и права, отечественное право, а также право многих континентальных стран, не проводит различия между данными категориями и называет их общим термином добросовестность. Такое положение, на наш взгляд, является источником определенных противоречий, которые также влияют и на попытки определения злоупотребления правом. Их мы обсудим ниже.

В отечественной правовой науке рассмотрение института злоупотребления правом начинается с §226 ГГУ, который устанавливает, что *«не допускается осуществление права, если целью такого осуществления*

может быть только причинение вреда другому». Комментирую данное положения Л. Эннекцерус отмечал, что не любое осуществление права, которое может причинить вред другому лицу попадает под данный запрет: «осуществление некоторых прав вообще невозможно без причинения вреда другим лицам. Из обстоятельств дела должно вытекать, что осуществление права для лица, совершающего данное действие, не может иметь никакой иной цели, как причинение вреда⁷⁵». Такое определение в настоящее время является классическим только для одной из форм злоупотребления правом – шиканы. Причем в таком толковании оно крайне строго и очень узко даже для этой формы злоупотребления. Учитывая то, что описанное в §226 ГГУ положение крайне редко встречалось на практике, если не сказать никогда, то многие ученые стали называть этот параграф уложения декоративным⁷⁶. Позднее, как отмечает В.П. Грибанов, такое толкование было существенно расширено и допускало применение §226 ГГУ и к иным намерениям, кроме прямого умысла причинения вреда другому лицу⁷⁷. Кроме данного параграфа, некоторыми учеными также рассматривался §826 ГГУ, который устанавливает, что *«Кто умышленно причинит вред другому способом, противным добрым нравам, тот обязан возместить ему вред⁷⁸»*.

Но кроме двух вышеупомянутых параграфов, ГГУ содержит еще один, весьма важный с точки зрения рассматриваемой проблематики §242, который долгое время ускользал от внимания отечественной цивилистики. Данный

⁷⁵ Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. Том I. Полутом 2. С. 437.

⁷⁶ Доманжо В. Вопрос об ответственности за вред, причиненный при осуществлении права, в проекте нашего гражданского уложения // Вестник гражданского права (издаваемый М.М. Винавером). 1916. №6 Октябрь. С. 329.

⁷⁷ Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав // Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 48

⁷⁸ А.В. Волков (Волков А.В. Теория концепции Злоупотребление гражданскими правами. С. 37); Н.А. Дурново (Злоупотребление правом как особый вид правового поведения. С. 25); Н.А. Ковалева (Ковалева Н.А. Злоупотребление правом по гражданскому законодательству Российской Федерации. С. 28).

параграф ГГУ устанавливает, что «должник обязан выполнить обязательство добросовестно с учетом обычаев гражданского оборота».

Т.Г. Бекназар-Юзбашев называет несколько причин, почему эта норма долгое время не удостоивалась внимания отечественных цивилистов⁷⁹. Во-первых, автор отмечает то, что широкое распространение и влияние данная норма получила с течением времени и в результате активной судебной практики. А это уже приходилось на после революционный период российского права, когда обращаться к зарубежному западному опыту стало уже неактуально. А во-вторых, советский курс по германскому гражданскому праву, а именно, курс Л.Энеркцеруса оборвался на первом томе, последняя часть которого была посвящена §224, а кроме этого источника других у советских цивилистов не было.

Но незамеченным данный параграф оставался не только для российской цивилистики: не было достаточных исследований как в европейском праве в целом, так и в немецкой литературе в частности. Позднее по этому поводу немецкий ученый Ф. Шлехтрием писал: *«Мы «пропустили» параграф, который достаточно давно уже считается «королевским параграфом» и играет огромную роль для всего германского частного права. Наиболее радикальные точки зрения и вовсе рассматривают принцип доброй совести в германском гражданском праве как принцип, к которому можно свести всю систему частного права, избавившись от кодифицированных норм и принимая решения, основываясь только на нем⁸⁰»*.

В целом, опыт становление понятия доброй совести в Германии представляется весьма интересным и полезным с точки зрения нашего законодательства. Первоначально, Германское Гражданское Уложение, как продукт чисто позитивистской правовой мысли, должен был предельно четко

⁷⁹ Бекназар-Юзбашев Геворг Тигранович - Злоупотребление правом и принцип доброй совести в гражданском праве России и Германии // Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва-2010. С.98

⁸⁰ Schlechtriem P. Good Faith in German Law and in International Uniform Laws. — Roma, 1997. P. 1

регулировать гражданские правоотношения в строгом соответствии с буквой закона. Сам текст Уложения разрабатывался в соответствии с пандектной системой кодификации и являлся (и является по сей день) настоящим эталоном предельно абстрактного изложения правовых норм. Как известно, особенностью пандектной системы является выделение в рамках кодекса Общей и Особенной части. Не является в этом аспекте исключением и ГГУ, который в своей Общей части устанавливает понятия, правила и принципы, которые общеприменимы и относятся ко всем отношениям, регулируемым Уложением, а Особенная часть посвящается регулированию конкретных отношений.

Пандектная система права, к которому относится также и наши правовые системы, построена на принципе максимальной абстракции. Это предполагает максимальное обобщение правовых норм и минимализацию казуальности. Плюсом такого подхода является его системность и логическая целостность, замкнутость этой системы. Путем обобщения достигается общая картина в обобщенно изложенном виде. Но такой подход имеет и свои минусы. Зачастую возникают ситуации, которые не подпадают под регулирование этих абстрактных норм. Как по этому поводу писал немецкий цивилист Ф. Визер *слишком часто правильное решение вопроса не предусматривается потому, что соответствующая проблема не была рассмотрена с необходимой степенью детализации*⁸¹. В результате мы оказываемся перед дилеммой: с одной стороны есть необходимость отрегулировать все возникающие гражданско-правовые отношения, но с другой стороны предусмотреть все случаи жизни и изложить их в кодексе является невозможным.

Как же разрешить эту проблему? Ключ к ответу на этот вопрос лежит в так называемых общих нормах или, как указывается в немецком праве, генеральных нормах (*Generalklauseln*). Однако под словом «генеральный» необходимо понимать не первенство «генеральство», а общий характер этой

⁸¹ Wieacker F., Weir T., Zimmermann R. A History of Private Law in Europe: With Particular Reference to Germany. Oxford University Press, 1995. P. 377

нормы. Про такие общие нормы Ф. Визекер пишет: *Generalklauseln* помогают избежать «пару волчьих ям бесцветной абстракции и неуклюжей детализации»⁸². Эти нормы, помимо их общего характера имеет еще один, вытекающий из этой общности признак – они оставляют широкое поле действий для судебного усмотрения.

Таким образом, ГГУ, как продукт классической и строгой позитивистской мысли, очень скоро перестал быть таковым, так как в дело вступили гибкие *Generalklauseln*, позволяющие быстро адаптироваться старому тексту к новым и быстроразвивающимся гражданско-правовым отношениям. Таким *Generalklauseln* является и §242 ГГУ, который, на первый взгляд, может показаться весьма узким и посвященным тому, как должник должен исполнять свое обязательство. Как отмечал по этому поводу другой видный немецкий юрист П. Шлехтрием, что замысел законодателя заключался в том, чтобы переложить на плечи судьи решение мелких вопросов, связанных с исполнением обязательств, которые невозможно было в полной мере описать в кодексе (например, должник не может быть вправе возвращать крупный долг мешками монет или стучаться в дверь кредитору в 4 часа утра)⁸³. С этой точки зрения, в §242 уже видятся элементы *Generalklauseln*.

Проявление принципа доброй совести и злоупотребления правом посредством §242 ГГУ нужно рассматривать уже в свете дальнейшей судебной практики и толкования этой нормы. Эта норма с течением времени стала одной из самой «популярной» и широко толкуемой нормой ГГУ. Как по этому поводу отмечает Г.Т. Бекназар-Юзбашев, в последнее время объем редакций комментария к §242 сокращается, в наиболее полном и глубоком из существующих в Германии комментарии Штаудингер (Staudinger) 1961 года статья, посвященная исследуемому параграфу, заняла отдельный том

⁸² Wieacker F., Weir T., Zimmermann R. A History of Private Law in Europe: With Particular Reference to Germany. Oxford University Press, 1995. P. 377.

⁸³ Schlechtriem P. Good Faith in German Law and in International Uniform Laws. — Roma, 1997. P. 9

комментария более чем в две тысячи страниц⁸⁴. А В. Эбке и Б. Штайнхауер по этому поводу писали: *возникнув из немногим более законодательного зернышка, доктрина злоупотребления правом выросла в юридическое древо, кроною бросающее тень на все договорные отношения частных лиц*⁸⁵.

Таким образом, достаточно необъемный параграф ГГУ, казалось бы, первоначально внедренный для регулирования отношений между должником и кредитором, перерос в нечто большее, и на его основании и Имперский Верховный Суд Германии начал предлагать применения принципа доброй совести. Естественно, такое положение дел не был воспринят однозначно. В эпоху процветания строгого позитивизма логично ожидать острую реакцию на такие общие клаузы, которые, по мнению позитивистов, могут подорвать правовую систему государства, так как решения выносятся не на основании строгих предписаний закона, а на собственных представлениях судов о законности, справедливости и праве. Критика была настолько сильной, что §242 ГГУ называли *источником губельной чумы, самым жутким образом обгладывающей самое сердце правовой культуры*⁸⁶.

Эта критика еще больше усилилась после известного решения Имперского Верховного суда от 28 ноября 1923 года, когда суд, основываясь на §242 ГГУ, нарушил принцип номинальной стоимости немецкой марки. Суть дела заключалась в том, что суд не позволил должнику выплатить долг, возникший до Первой мировой войны и обеспеченный залог, в денежном эквиваленте, так как после войны в результате девальвации немецкой марки курс был равен 1 к 522 миллиардам. Суд, на основании толкований §242 ГГУ посчитал такие действия нарушением принципа доброй совести.

⁸⁴ Бекназар-Юзбашев Геворг Тигранович - Злоупотребление правом и принцип доброй совести в гражданском праве России и Германии // Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва-2010. С.101

⁸⁵ Ebke W.F., Steinhauer B.M. The Doctrine of Good Faith in German Contract Law // Good Faith and Fault in Contract Law. Oxford. 1997. P. 171.

⁸⁶ Wieacker F., Weir T., Zimmermann R. A History of Private Law in Europe: With Particular Reference to Germany. Oxford University Press, 1995. P. 20

*Непредвиденная девальвация марки, как аргументировалось, породила конфликт между тем, чего требовал принцип номинальной стоимости, закрепленный в современном валютном законодательстве, и тем, что по доброй совести можно было ожидать от должника при выполнении своего обязательства. Валютное законодательство должно быть проигнорировано в той мере, в какой оно противоречит принципу доброй совести*⁸⁷.

Эта решение суда стало знаковым для дальнейшего развития принципа доброй совести. В течение уже последующих лет правоприменительная практика Германии на основании §242 ГГУ и принципа доброй совести вывел множество новых, знакомых и нашему законодательству, институтов, таких как доктрина *culpa in contrahendo* (доктрина преддоговорной ответственности, теоретическая база которой была еще разработана Р. Фон Иерингом), *clausula rebus sic stantibus* (доктрина существенных изменений обстоятельств), а также институт недопущения злоупотребления правами. Таким образом, мы можем констатировать, что «прародителем», первоисточником всех перечисленных институтов гражданского права является принцип доброй совести. Данные институты появились как следствие, как реакция на те или иные нарушения доброй совести.

Как мы уже отмечали, в своем первоначальном этапе развития §242 ГГУ был настолько широко применим, что комментарий к нему составлял более двух тысяч страниц. Постепенно количество этих страниц уменьшалось, правовой вакуум заполнялся выработанными новыми институтами и доктринами. Чем совершеннее становилось законодательство, тем сокращалось поле действия доброй совести. Феноменальность данной нормы заключается в том, что, будучи такой же нормой Уложения, она одновременно является и источником развития права. Будучи основанием для разрешения конкретного дела, она одновременно также дает основания для выработки новых доктрин и заполнения правовых пробелов. Полагаем, что §242 ГГУ можно

⁸⁷ Wieacker F., Weir T., Zimmermann R. A History of Private Law in Europe: With Particular Reference to Germany. Oxford University Press, 1995. P. 21

охарактеризовать как норму-страховщика: в случаях, когда суды не находят конкретную норму, регулиющую конкретное отношение, добрая совесть «страхует» эти ситуации и одновременно дает сигнал законодателю для принятие соответствующих норм и заполнения пробелов.

Переходя к самому существу понятия доброй совести, то необходимо отметить, что единого подхода к определению данного понятия наука права не имеет. Но для того, чтобы правильно анализа и понимания данного явления и, следовательно, для правильной законодательной имплементации, необходимо, в первую очередь, различать этот принцип в объективном и субъективном смысле этого слова. На эту необходимость указывали многие ученые. Так, например, в уже вышеприведённой работе Р. Циммерманн писал: *Одно, тем не менее, ясно: добрая совесть в смысле Treu und Glauben необходимо отличать от доброй совести в смысле guter Glaub⁸⁸*». Первый термин (Treu und Glauben), продолжает автор, составляет добрую совесть в объективном смысле и обозначает то мерило, тот эталон поведения, которому конкретное поведение субъекта должно соответствовать и к которому оно сопоставляется. Второй же термин (gutter Glaub) означает добрую совесть в субъективном смысле⁸⁹ (gutter Glaub) и определяет субъективное отношение субъекта к своему собственному поведению. В этом последнем значении добросовестность (gutter Glaub), например, применяется в §923 ГГУ к добросовестному приобретателю, который не знал или в силу объективных обстоятельств не мог знать о том, что отчуждаемая вещь не принадлежит продавцу.

Сто касается вопроса определения понятия доброй совести, то необходимо ГГУ не содержит определения этого института (что, в принципе, вполне ожидаемо). Проанализировав научную литературу, посвященную

⁸⁸ Wieacker F., Weir T., Zimmermann R. A History of Private Law in Europe: With Particular Reference to Germany. Oxford University Press, 1995. P. 30

⁸⁹ Говоря в целом, из смысла немецкого гражданского законодательства и ГГУ, в частности, видно, что термин gutter Glaub больше соответствует русскому термину добросовестность. Исходя из этого, в дальнейшем, для обозначения этого явления будет использоваться именно иго русский эквивалент – добросовестность.

изучению данного вопроса, мы можем сказать, что в конечном итоге дать определение доброй совести исключительно правовыми категориями и строгими определениями весьма сложно, если не сказать невозможно, да и не имеет особого смысла. Во-первых, попытаться понять данное понятие можно через непосредственный перевод. Так, с немецкого *treu* можно перевести как верность, надежность, а *Glauben* – как доверие, уверенность. Таким образом, получается, что *treu und Glauben* выражает определенный стандарт честного, верного и порядочного поведения лица в отношении третьих лиц⁹⁰. Очевидно, эти термины далеки от того, чтобы быть сугубо юридическими, поэтому конкретных законодательных требований (как некий аналог *test case* в американском праве), с которыми судья должен сопоставлять конкретное дело и выносить решение о применении §242, не существует. Таким образом, соответствие каждого действия требованиям доброй совести определяются судьей каждый раз индивидуально.

Раскрывая сущность принципа доброй совести, большинство ученых сходятся в мнении о том, что лучше всего проанализировать значение данного принципа можно через то, как он работает. Как отмечает И.Б. Новицкий, добрая совесть включает в себя много неопределимого, много такого, что больше чувствуется и угадывается, чем поддается логическому расчленению⁹¹. Из этого, в свою очередь, следует, что изучение этого института должно происходить не дедуктивным путем, а, наоборот, индуктивным. То есть, для того чтобы определить сущность принципа доброй совести мы должны проанализировать те случаи, к которым данный принцип применялся⁹². Попытки дать общее определение, которое будет применять ко всем

⁹⁰ Wieacker F., Weir T., Zimmermann R. *A History of Private Law in Europe: With Particular Reference to Germany*. Oxford University Press, 1995. P. 32

⁹¹ Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте гражданского уложения // *Вестник гражданского права*. -1916. - N 6.. С. 58.

⁹² Forstl U. *The General Principle of Good Faith under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) — A functional Approach to Theory and Practice*. Диссертация на соискание степени Магистра права (LLM) в Школе для углубленных юридических исследований Университета Кейптауна. 2005. С. 14

возможным случаям, в любом случае окажется неэффективным, так как рано или поздно судебная практика столкнется с таким случаем, который не будет подпадать под такое определение.

Сегодня, область применения §242 ГГУ настолько расширена, что закрепленный в ней принцип доброй совести применяется не только к гражданским правоотношениям, но и к административным и гражданско-процессуальным⁹³. Говоря иными словами, принцип доброй совести давно перерос из чисто гражданско-правового в общий принцип немецкого права. Как уже было указано выше, из §242 ГГУ выводились множество основополагающих институтов гражданского права (доктрина преддоговорной ответственности, существенного изменения обстоятельств и т.д.).

Сегодня, уже после реформирования немецкого законодательства в целом и ГГУ в частности, это уже самостоятельные институты права. Однако доктрина недопущения недобросовестного осуществления права (злоупотребления правом) отдельного закрепления не получила и продолжила свое существование в рамках §242 ГГУ. Таким образом, чтобы узнать, какое осуществление права будет считаться недопустимым и нарушающим принцип доброй совести мы должны обратиться к обобщению той огромной судебной практики, которая сформировалась за века применения §242 ГГУ. Как мы уже отметили, этой единственно верной путь верного для получения представления относительно того, как добрая совесть должна действовать в случаях злоупотребления правом. При этом, в рамках данной части исследования мы намерено не обращаемся к российской и армянской судебной практике по нескольким причинам.

Во-первых, анализ судебных решений наших судов приводит к выводу, что армянский и российский правоприменитель не имеет каких-либо общих принципов и подходов в вопросе злоупотребления правом. Зачастую суды, аргументируя свои решения, прибегают к злоупотреблению правом как к

⁹³ Diederichsen U. and Gursky K.-H. Principles of Equity in German Civil Law // Equity in the World's Legal Systems: a comparative study. Dedicated to Rene Cassin. P. 278.

дополнительному и дополняющему основу судебного решения институту. А во-вторых, отечественная судебная практика не содержит каких-либо судебных решений, в которых факт злоупотребления правом обосновывался путем его сопоставления требованиям доброй совести. Принимая во внимание данные факты, исследования практики немецких судов, которые накопили более чем вековой опыт применения принципа доброй совести на основании §242 ГГУ, является более эффективным способ раскрытия содержания данного принципа.

Но прежде чем перейти собственно к §242 ГГУ, необходимо отметить два момента, касающихся применения §226 и §826. Напомним, что первый из них устанавливал законодательный запрет шиканы, а второй закреплял, что тот, кто действиями, грешащими против добрых нравов, умышленно причиняет вред другому лицу, обязан возместить последнему причиненный вред. Относительно §226 ГГУ ученые-цивилисты сходятся во мнении, что в условиях широкой практики §242 ее область применения практически исчезла. Случаи, когда лицо осуществляет свое право исключительно с намерением причинения вреда другому лицу, крайне редки, если не сказать, отсутствуют вовсе. Как отмечается, данный параграф рассматривается уже как вымирающий⁹⁴.

Что касается §826, то ситуация с ней обстоит немного по-иному. Мнения большинства юристов склоняется к тому, что при наличии §242, необходимость в §826 также отпадает. Это объясняется несколькими факторами. Во-первых, здесь мы можем согласиться с мнением В.О. Аболонина относительно того, что нарушение добрых нравов автоматически будет означать и нарушение §242 ГГУ⁹⁵. Вместе с тем также следует отметить, что добрые нравы в толковании Имперского Верховного суда понимались как господствующее представление о должном поведении, преобладавшем у большей части населения. А во-вторых, здесь мы также соглашаемся с утверждением Г.Т. Бекназар-Юзбашева о том, что трактованные принципов добрых нравов в конечном итоге приведет к вопросу

⁹⁴ Wieacker F., Weir T., Zimmermann R. A History of Private Law in Europe: With Particular Reference to Germany. Oxford University Press, 1995. P. 41

⁹⁵ Аболонин В.О. Злоупотребление правом на иск в гражданском процессе Германии. Диссертация. С. 92.

о соотношении права и нравственности⁹⁶. Также следует отметить замечание В.О. Аболонина о том, что немецкие суды используют эти два параграфа в связке, то есть при установлении нарушения доброй совести, она прибегают к §826 для возможности установления возмещения вреда⁹⁷.

Итак, как мы указали уже выше, для выявления сущности принципа доброй совести в контексте недопущения злоупотребления правом мы должны обратиться к правоприменительной практике. В научной литературе уже проведен анализ того огромного пласта судебных дел, посвященных указанному вопросу, и на основании общих принципов и черт данные дела сгруппированы по определенному общему признаку, что существенно облегчает наше изучение. Довольно удачно они представлены в работе У. Дидерихсена и К.-Х. Гурски⁹⁸.

Итак, первая группу дел можно охарактеризовать принципом римского права *dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est* (требование того, что придется вернуть является противоправным). Суть данных дел заключается в том, что лицо, которое требует какую-либо вещь или иное право, которое оно в любом случае обязано будет вернуть, действует изначально без интереса на то, чем, собственно говоря, и злоупотребляет своим правом требования. В качестве примера, характеризующего данную группу дел, приводится следующий случай. Допустим А подает иск против Б, с которым у него есть заключенный предварительный договор, с требованием о заключении основного договора. Одновременно А прекрасно осведомлен о том, что сразу после заключения договора у Б имеет правомерное основание расторгнуть этот договор. В такой ситуации получается, что А своим иском пытается добиться правового статуса,

⁹⁶ Бекназар-Юзбашев Геворг Тигранович - Злоупотребление правом и принцип доброй совести в гражданском праве России и Германии // Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва-2010. С.118

⁹⁷ Аболонин В.О. Злоупотребление правом на иск в гражданском процессе Германии. Диссертация ..С. 93

⁹⁸ Diederichsen U. and Gursky K.-H. Principles of Equity in German Civil Law. P. 281 and the following.

который он тут же потеряет, что является нарушением принципа доброй совести⁹⁹.

Второй категорией дел злоупотребления правом и нарушения §242 считаются случаи формального осуществления права, которые противоречат назначению нормы закона или договора, на которое ссылается лицо при осуществлении этого права. В качестве примера приводится случай, когда должник, который должен кредитору, например, 1000 евро, ввиду технических ошибок в расчетах в день исполнения обязательства возвращает 999 евро. В таком случае отказ кредитора принимать платеж и требование о возмещение убытков будет рассмотрено как злоупотребление своими правами, выраженное в формальном осуществлении права, которое противоречит назначению этого права¹⁰⁰.

Третья группа дел заключается в принципе *venire contra factum proprium* (Нарушение своего предыдущего поведения) и весьма близка к английскому *promissory estoppel*. Суть этого принципа заключается в том, что осуществление права не допустимо, если из предыдущих действий лица было разумным полагать, что оно не будет осуществлять данное право в будущем. Так, например, если А согласилось вступить в переговоры для урегулирования спора с Б и заверило, что если даже срок исковой давности по данному делу истечет в ходе переговоров, а переговоры к результату не приведут, то А не будет ходатайствовать в суде о применения исковой давности. В последствии, если А в суде все же заявит такое ходатайство, то оно будет рассмотрено в качестве злоупотребления правом¹⁰¹.

⁹⁹ Brox H. Allgemeines Schuldrecht. P. 82. // Бекназар-Юзбашев Геворг Тигранович - Злоупотребление правом и принцип доброй совести в гражданском праве россии и германии // Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва-2010. С.109

¹⁰⁰ Бекназар-Юзбашев Геворг Тигранович - Злоупотребление правом и принцип доброй совести в гражданском праве россии и германии // Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва-2010. С.110

¹⁰¹ Brox H. Allgemeines Schuldrecht. P. 83

Следующей принцип, который также весьма близок к *promissory estoppel*, является *Verwirkung* (просрочка). В отличие от предыдущего принципа *venire contra factum proprium*, в данном случае идет обратный процесс – лицо теряет право требования, если в течение продолжительного времени не осуществлял его, даже если сроки давности не истекли. Говоря в целом, следует иметь в виду, что принцип просрочки в немецком праве является весьма обособленным. Немецкие суды весьма осторожно подходят к вопросам применения данного принципа, для его применения должны иметься строгие основания. По мнению Г.Т. Бекназар-Юзбашева, немецкая судебная практика выделяет следующие основания для применения данного принципа:

- *сторона должна обладать реальной возможностью и резонансом осуществить свое право требования;*
- *несмотря на то, что сторона обладала реальной возможностью и резонансом осуществить свое право, прошло значительное время с момента появления этого права до того, как сторона, наконец, осуществила его;*
и
- *для того чтобы считать подобное «просроченное» требование противоречащим доброй совести, необходимо наличие особых обстоятельств (например, если другая сторона могла разумно полагать, что первая, зная о своем праве, не станет осуществлять его; при этом необходимо, чтобы другая сторона уже сделала определенные приготовления, после которых осуществление права будет представляться несправедливым)¹⁰².*

Особенность данного принципа заключается и в том, что очень сложно установить какие-либо четкие критерии того, была ли просрочка или нет. Так, например, не существует какого-либо периода времени, в течение которого неосуществление права влечет его потерю. Каждый раз суды подходят

¹⁰² Бекназар-Юзбашев Геворг Тигранович - Злоупотребление правом и принцип доброй совести в гражданском праве России и Германии // Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва-2010. С.111

индивидуально к этому вопросу и определяют данный срок из обстоятельств конкретного дела. В качестве примера *Verwirkung* можем привести достаточно распространенную и в нашей правовой действительности практику. Так, зачастую, в денежных обязательствах истец, будучи прекрасно осведомленным о просрочке платежа со стороны ответчика, умышленно не подает иск против него, а делает это лишь в конце срока исковой давности, с той лишь целью, чтобы взыскать с ответчика также максимально возможные штрафные проценты. Такое поведение, на наш взгляд, является классическим примером просрочки, так как истец, продолжительное время специально не подает иск против ответчика, тем самым допускает «просрочку» данного права, что влечет и потерю данного права. Одновременно для правильной оценки таких действий суд обязан установить все обстоятельства дела, в том числе установить момент, когда истец уже имел достаточное основание и основу для предъявления иска, но не сделал этого. Не удивительно, что немецкие суды весьма осторожно подходят к применению данного института, так как малейшая ошибка в установлении того или иного факта может привести к нарушению прав истца. Сохранение баланса между, с одной стороны, принципа доброй совести и, с другой стороны, законного права истца в данном случае весьма непросто. В этой связи весьма примечательным является и то, что первоначально данный принцип возник именно для борьбы со слишком длительными сроками исковой давности, которые первоначально были установлены в ГГУ.

Следующей группой дел, признающихся злоупотреблением правом и нарушением §242 ГГУ, являются дела, при котором допускается *inciviliter agree* (грубое, неучтивое поведение). Данный принцип, как и принцип «просрочки», не имеет каких-либо четких критериев, определяющих его применение. Его применение целиком зависит от обстоятельств конкретного дела и от той оценки, которую даст суд действию сторон. Данный принцип настолько «размыт», что даже научная литература не содержит определяющих принципов или начал, которые суды могут принимать во внимание при определении

наличия либо отсутствия *inciviliter agree*. Смысл этого принципа заключается в том, что требование истца, осуществление которого недопустимо ущемит интересы ответчика, является неправомерным и противоречащим доброй совести. Классическим примером действия данного принципа является ситуация установления сервитута. В частности, осуществление права из сервитута может быть признано противоречащим доброй совести, если вред, причиненный владельцу обремененного участка земли, непропорционально велик по отношению к той незначительной выгоде, которую получает обладатель права¹⁰³.

Итак, мы кратко описали основные принципы и основания, при наличии которых немецкие суды применяют §242 ГГУ и констатируют такие действия в качестве злоупотребления правом. Одновременно, следует иметь в виду, что вышеперечисленные принципы и группы дел не являются исчерпывающими. Данные категории дел являются наиболее часто встречающимися формами злоупотребления, но это не значит, что злоупотребления правом не могут иметь место в других формах, и что немецкие суды каким-либо образом ограничены в применении §242 ГГУ.

Подводя итог приведенного анализа немецкого частного права в сфере применения принципа доброй совести и недопущения злоупотребления правом, можем сказать, что основанием для применения запрета на злоупотребление правом является норма, устанавливающая обязанность участников гражданского оборота действовать в соответствии с доброй совестью. Отсюда логический вывод – немецкое право рассматривает злоупотребление правом как одну из форм недобросовестного поведения. При этом, параллельно с злоупотреблением правом §242 является основанием и для других доктрин (преддоговорная ответственность, существенное изменение обстоятельств и

¹⁰³ Бекназар-Юзбашев Геворг Тигранович - Злоупотребление правом и принцип доброй совести в гражданском праве России и Германии // Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва-2010. С.112

т.д.), которые, с течением времени, получили самостоятельное закрепление в ГГУ.

Считаем, что самый ценный «урок», который мы можем получить от немецкого права в части рассматриваемой темы, является то, что Германское Гражданское Уложение, будучи продуктом строго позитивистской мысли, при помощи гибких инструментов судейского усмотрения и толкования позволило развить и применить институт злоупотребления правом, что было бы невозможным с точки зрения идеи позитивизма. Казалось бы, текст §242 ГГУ настолько узок и точно сформулирован, что не оставляет какого-либо поля для расширенной трактовки. Однако именно гибкость системы права и возможность судейского толкования позволяют адаптировать документ, который был принят еще в 1896 году, к требованиям современных реалий.

Что касается российской и армянской правовой доктрины, то здесь нужно отметить, что вопрос добросовестности приобрел актуальность только в последние годы. Это особенно касается науки и права России, где в свете реформ гражданского права на уровне ГК добросовестность была закреплена в качестве принципа российского гражданского права. Согласно пункту 3 статьи 1 ГК РФ при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно. Однако первые научные изучения этого принципа, и в том числе в свете немецкого законодательства, предпринимались российскими цивилистами еще в дореволюционный период. Как мы уже указывали, еще в 1916 году на свет вышла работа видного русского цивилиста И.Б. Новицкого, посвященная изучению принципа добросовестности в свете проекта Гражданского Уложения Российской Империи. Еще тогда автором была отмечена необходимость разделения данного понятия на добрую совесть, как мерило поведения в объективном смысле, и на добросовестность, как психологическое состояние и отношение лица к своему поведению в

субъективном смысле. Проект Гражданского Уложения Российской Империи такого разделения не предусматривал.

Однако данному проекту было суждено так и остаться проектом. После большевистской революции поменялись не только социально-политические основы России, но и правовые. Как мы уже указывали, советский режим отвергал всякую возможность закрепления в праве каучуковых норм, которые считались продуктом буржуазной мысли и инструментом в руках капиталистов. Добрая совесть оказалась в числе «врагов» советского права. Поэтому не удивительно, что ни в Гражданском Кодексе 1922 года, ни 1964 года мы не встречаем добросовестность в объективном смысле именно по причине боязни выхода за рамки «законности»¹⁰⁴. Гражданские Кодексы Советского Союза содержали термин добросовестность, но использовали они именно в субъективном смысле. Так как такое положение дел сохранялось довольно таки продолжительное время, термин добросовестность стал восприниматься и приниматься именно в субъективном смысле. Именно поэтому в отечественной (в том числе и советской литературе) понятие доброй совести почти не встречается, а речь идет всегда о добросовестности. Это и порождало отрицательное отношение к данному принципу, потому что рассматривать добросовестность в субъективном смысле в качестве принципа права действительно нелогично. Субъективное состояние субъекта не может быть общим принципом целой отрасли права.

Восприятие доброй совести в качестве добросовестности, и не разделение этих двух явлений продолжается в российском гражданском праве и по сей день. Как мы указали выше, после последних реформ российского Гражданского Кодекса часть 3 статья 1 ГК РФ устанавливает, что *при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно*. Очевидно, что здесь законодатель имел ввиду не

¹⁰⁴ Краснова С.А. Определение понятия «добросовестность» в российском гражданском праве. С. 64.

субъективное состояние лица, осуществляющего свое право, а именно добрую совесть, как объективную категорию. Но вместе с тем получается, что ГК РФ употребляет один и тот же термин добросовестность в двух различных смыслах. Параллельно с ч.3 ст.1 ГК РФ содержит и масса других статей (например, статьи 29, ч.4 ст.37, ч.2 ст. 51, ч.3 ст.53 ГК РФ и др.), которые также говорят о добросовестности, но уже в смысле субъективном. Комментирую положение ч.3 ст.1 ГК РФ, Пленум ВАС РФ указал следующее: *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. По общему правилу пункта 5 статьи 10 ГК РФ добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются, пока не доказано иное... Поведение одной из сторон может быть признано недобросовестным не только при наличии обоснованного заявления другой стороны, но и по инициативе суда, если усматривается очевидное отклонение действий участника гражданского оборота от добросовестного поведения. В этом случае суд при рассмотрении дела выносит на обсуждение обстоятельства, явно свидетельствующие о таком недобросовестном поведении, даже если стороны на них не ссылались (статья 56 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее - ГПК РФ), статья 65 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее - АПК РФ).*

Если будет установлено недобросовестное поведение одной из сторон, суд в зависимости от обстоятельств дела и с учетом характера и последствий такого поведения отказывает в защите принадлежащего ей права полностью или частично, а также применяет иные меры, обеспечивающие защиту интересов добросовестной стороны или третьих лиц от недобросовестного поведения другой стороны (пункт 2 статьи 10

ГК РФ), например, признает условие, которому недобросовестно воспрепятствовала или содействовала эта сторона соответственно наступившим или ненаступившим (пункт 3 статьи 157 ГК РФ); указывает, что заявление такой стороны о недействительности сделки не имеет правового значения (пункт 5 статьи 166 ГК РФ)¹⁰⁵.

Из приведенного выше толкования ВАС РФ можно сделать следующие выводы.

Во-первых, очевидно то, что и по логике ВАС РФ ч.3 ст.1 ГК РФ говоря о добросовестности имеет ввиду ее проявление в объективной форме, то есть добрую совесть. Для более четкого разграничения объективной и субъективной добросовестности, на наш взгляд, было бы более правильным употребления термина «доброй совести», которая и является отражением того смысла. Который законодатель вкладывал в данную статью. Такая последовательная позиция, когда одним и тем же термином называются два разных явления, с неизбежностью будет приводить к путанице и, как следствие, к судебным ошибкам. Полагаем, что если уж законодатель приходит к необходимости закрепления нового принципа гражданского права, то термин, отражающий суть этого принципа должен быть выбран правильно. Законодательство не должно идти на поводу привычек и традиций, причем не всегда полезных. Исходя из этого, мы приходим к выводу, что ч.3 статьи 1 ГК РФ должна звучать следующим образом: *При установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать в соответствии с требованиями доброй совести.*

В качестве критериев доброй совести в российском гражданском праве ВАС РФ считает *поведение, ожидаемое от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны*

¹⁰⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 N 25 "О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" // http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_181602/#dst100006

содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации. Очевидно, что этот критерий не является единственным и никоим образом не ограничивает возможность суда определять добросовестность поведения участников исходя из обстоятельств и критериев конкретного дела.

Во-вторых, если даже сторона дела не ставит под сомнение добросовестность другой стороны или не заявляет о ее недобросовестности, то суд сам вправе инициировать рассмотрение вопроса добросовестности. *В этом случае суд при рассмотрении дела выносит на обсуждение обстоятельства, явно свидетельствующие о таком недобросовестном поведении, даже если стороны на них не ссылались.* Полагаем, что такое право суда связано с той ролью, которую законодатель отвел принципу добросовестности. Такая возможность инициирования рассмотрения добросовестности стороны судом означает, что вопрос добросовестности и ее соблюдения является основополагающим в гражданских отношениях, и суды *ex officio* обязаны гарантировать соблюдение данного принципа.

В-третьих, в качестве последствия нарушения принципа добросовестности ВАС в своем разъяснении указывает, что *суд в зависимости от обстоятельств дела и с учетом характера и последствий такого поведения отказывает в защите принадлежащего ей права полностью или частично, а также применяет иные меры, обеспечивающие защиту интересов добросовестной стороны или третьих лиц от недобросовестного поведения другой стороны (пункт 2 статьи 10 ГК РФ), например, признает условие, которому недобросовестно воспрепятствовала или содействовала эта сторона соответственно наступившим или ненаступившим (пункт 3 статьи 157 ГК РФ); указывает, что заявление такой стороны о недействительности сделки не имеет правового значения (пункт 5 статьи 166 ГК РФ).* Полагаем, что приведенная часть разъяснения ВАС немного противоречива. В частности, ВАС указывает, что в случае признания действия стороны недобросовестными, суд а) *отказывает в защите принадлежащего ей права полностью или*

частично и б) применяет иные меры, обеспечивающие защиту интересов добросовестной стороны или третьих лиц от недобросовестного поведения другой стороны. При этом очевидно, что примеры, которые ВАС приводит в качестве иных мер, обеспечивающих защиту интересов добросовестной стороны, целиком и полностью подпадают под категорию «отказ в защите принадлежащего права». Таким образом, из дословного толкования приведенной цитаты из решения ВАС получается, что последствием нарушения принципа добросовестности является исключительно отказ в защите права стороны, которая является недобросовестной. Аналогичные последствия устанавливаются также и для случаев злоупотребления правом. Однако, как уже нами было показано выше, злоупотребление правом является одной лишь формой нарушения добросовестности, параллельно с ней существует множество специальных, отдельных институтов гражданского законодательства, которые также являются нарушениями принципа добросовестности. Исходя из этого, полагаем, что такое (узкое) толкование добросовестности с точки зрения последствий ее нарушения не является правильным. На наш взгляд, при установлении нарушения данного принципа, суды должны иметь возможность применения полного инструментария гражданско правовой ответственности, который предусматривает ГК, учитывая, конечно, характер конкретного нарушения.

В целом, конечно же, мы не можем не отметить, что закрепление принципа добросовестности в качестве одного из основополагающих принципов гражданского права России является шагом вперед с точки зрения законодательства. Данный факт должен также положительно повлиять и на ряд вытекающих из него институтов и, в том числе, на институт недопущения злоупотребление правом. О том, как теперь должен применяться институт недопущения злоупотребление правом мы поговорим во втором параграфе данной главы, а здесь же хотелось отметить, что самым существенным недочетом в ч.3 статьи 1 ГК РФ является то, что законодатель не закрепил

данных принцип под термин доброй совести. Полагаем, что в таком случае количество отрицательных мнений, критикующих данный принцип из-за его «чересчур» субъективный характер резко бы сократилось, а научное сообщество более детально бы углубилось в изучение различий между доброй совестью и добросовестностью, что, безусловно, было бы положительным также с точки зрения правоприменительной практики.

Что касается армянского права, то здесь следует, прежде всего отметить работы Т.К. Барсегяна «Значение добросовестности при регулировании гражданских правоотношений»¹⁰⁶ и А.М. Айкянца «Принцип добросовестности в международном коммерческом праве»¹⁰⁷. Изучению принципа добросовестности в корпоративных отношениях посвящена также работы В. Аветисяна. Однако следует отметить, что во всех упомянутых работах армянские авторы проводят изучение принципа добросовестности, то есть ее субъективной составляющей, а не объективно. Полагаем, что причиной тому является то, что данный принцип до сих пор является неизвестным и армянскому законодательству. В частности, слово «добросовестность» (в разных ее склонениях) встречается в ГК РА 32 раза. Во всех этих случаях законодатель употребляет это слово для характеристики субъективного отношения лица к своим действиям. Более половины из данных упоминаний относятся к отношениям связанным с добросовестным приобретением имущества. Таким образом, мы можем констатировать, что принцип доброй совести в гражданском праве Армении не закреплен, что, следовательно, означает, что согласно праву Армении у субъектов гражданских правоотношений нет генеральной обязанности действовать добросовестно. Это, в свою очередь, ведет к той мысли, что любое недобросовестное поведение

¹⁰⁶ S. Բարսեղյան, Բարեխղճ ու թյան դերը քաղաքացիական իրավաիրարությունը ներքին կարգավորման գործում // ԵՊՀ իրավագիտություն ֆակուլտետի արոֆեսորադասախոսական կազմի գիտաժողովի նյութերի ժողովածու նվիրված ՀՀ անկախության 20-ամյակին, ԵՊՀ, Երևան, 2012, էջ 31-44

¹⁰⁷ Ա. Հայկյանց, Բարեխղճ ու թյան սկզբունքը միջազգային առևտրային իրավագիտություն հարցեր, Եր., 2005թ., թիվ 3, էջ 31-34

субъекта не будет считаться противоправным и, следовательно, наказуемым или пресекаемым.

Очевидно, что такой пробел в законодательстве является весьма существенным. Как уже было сказано выше, гражданское законодательство наших стран во многом было реципировано от немецкого права, в котором принцип доброй совести и §242 ГГУ занимают одно из центральных мест. Из данного принципа выработались и отделились ряд отдельных гражданско-правовых институтов (недопущение злоупотребления правами, существенное изменение обстоятельств и т.д.), которые закреплены в ГК РА. Но суть всех этих институтов есть не что иное, как действие в противоречие с доброй совестью. Поэтому очевидным является то, что без закрепления и применения принципа доброй совести и без прямого обязательства действовать добросовестно функционирование многих из этих институтов не может быть эффективным и правильным.

Как нами было уже сказано, §242 ГГУ, будучи изначально принципом строго гражданско-правовым, с течением времени и по мере развития судебной практики перерос из чисто гражданско-правового в некотором плане в общеправовой принцип и начал применяться также и в гражданско-процессуальном и административном праве. В случае же с армянским законодательством, на наш взгляд, намечается обратный и не совсем верный процесс.

Поясним о чем идет речь. Согласно опубликованному новому Гражданско-процессуальному кодексу РА предлагается в ч.1 статье 15 кодекса, который, кстати, называется *«недопущение злоупотребления процессуальными правами»*, установить норму, согласно которой *участники судебного производства обязаны использовать свои процессуальные права и выполнять процессуальные обязанности добросовестно. А согласно ч.2 той же статьи, в отношении лиц, допустивших злоупотребления процессуальными правами или иными возможностями, применяются, пропорционально допущенному*

злоупотреблению, установленные настоящим кодексом процессуальные санкции или иные, установленные законам, меры правового воздействия. Вопросы правового регулирования последствий злоупотребления правами мы рассмотрим в третьей главе настоящей работы. Здесь же считаем необходимым указать следующее.

Во-первых, очевидным на наш взгляд является то, что как и в случае с ч.3 статьи 1 ГК РФ, ч.1 статьи 15 ГПК РА упоминая о добросовестности имеет ввиду именно ее объективное проявление, то есть добрую советь. Поэтому наши мысли относительно закрепления именно доброй совести, а не добросовестности полностью применимы и к ГПК РА.

Во-вторых, на наш взгляд, закрепление принципа доброй совести в статье, посвященной недопущению злоупотребления процессуальными правами не совсем корректно, так как обязанность действовать добросовестно является общим принципом, а его закрепление в статье, посвященной одной из форм недобросовестного поведения может, на наш взгляд, создать впечатление узкой трактовки данного принципа и ее применения исключительно к недопущению злоупотребления правами.

И, наконец, в-третьих, как было уже показано выше, принцип доброй совести возник в первую очередь в гражданском праве, что обусловлено определенной спецификой гражданских прав и гражданских правоотношений. Как мы уже указали, ГК РА не закрепляет в себе данного принципа. Исходя из этого, полагаем, что правильным подходом является тот, при котором закрепление принципа доброй совести осуществлено именно в том законодательном акте, который является основным регулятором гражданских правоотношений. Уже потом, данный принцип может быть закреплен как в других отраслевых правовых актах, так и действие основного принципа, закрепленного в ГК, может распространиться на другие отрасли права. исходя из этого ,мы предлагаем закрепить принцип доброй совести и обязанность

участников гражданского оборота действовать добросовестно в статье 3 ГК РА, посвященной принципам гражданского права РА.

Что касается судебной практики РА, то все решения Кассационного суда РА, в котором упоминается слово «добросовестность», относятся к субъективной составляющей данного института и во всех случаях приводятся в контексте добросовестного приобретателя имущества¹⁰⁸.

Подводя итог изучению принципа доброй совести, мы можем констатировать, что сегодня данный принцип гражданского права является общепринятым в странах романо-германской правовой семьи. Добрая совесть является основополагающей и системообразующей для целого ряда гражданско-правовых институтов, в том числе и для института недопущения злоупотребления гражданскими правами. Сравнительный анализ различных правовых систем с точки зрения закрепления и регулирования доброй совести показывает, что наиболее комплексное регулирование данный принцип получил в праве Германии. Учитывая это, а также тот факт, что гражданские кодексы как Армении, так и России в основе своей имеют много общего с ГГУ, считаем, что накопленный опыт как правового регулирования, так и правоприменительной практики являются хорошим примером, которым должны пользоваться законодатели и правоприменители наших стран.

Сказанное в наибольшей степени относится к праву Армении, которому до сегодняшнего дня еще не знаком данный принцип. Его законодательное закрепление в ГК РА, на наш взгляд, является необходимостью. Это, в первую очередь, придаст гибкость всей правовой системе, позволив судам разрешать конкретные дела, даже если их четкое регулирование законодательством еще не предусмотрено, а также сократить весьма распространенную практику армянских судов, когда зачастую определенная статья «подгоняется» под конкретное дело ввиду отсутствия нормы, регулирующей данное отношение.

108 Решения Кассационного суда ԵՇԴ/0987/02/09, ԱԴԱԴ/0084/02/12, ԱՎԴ/0167/02/12, ԵԱԴԴ/1253/02/12, ԵԱԴԴ/0439/02/12, ԵԱՔԴ/0440/02/12, ԵՇԴ/0284/02/11, ԱՎԴ/0132/02/13

Весьма распространенным в армянском юридическом сообществе является точка зрения, при которой принято считать, что предоставление судам свободы трактовки и вынесение решений на основе принципов будет является нецелесообразным, так как наши суды могут злоупотреблять такими «каучуковыми» нормами и выносить заведомо «несправедливые» решения, не имеющие за собой какого-либо правового обоснования. Безусловно, с такой обеспокоенностью нельзя не согласиться, учитывая особенно и без того достаточно большое количество дел с судебскими ошибками. Однако с другой стороны необходимо понимать, что без развития законодательства невозможно и развитие судебной системы и практики. Ведь закон – это инструмент в руках судьи, и насколько совершеннее будет этот инструмент настолько и «легче» и эффективнее им можно будет пользоваться. В противном случае мы будем иметь ситуацию, при которой не развиваются ни законодательство и правоприменительная практика.

Во-вторых, если посмотреть на данную проблему с точки зрения внедрения или не внедрения принципа доброй совести и предоставления такого «мощного» инструмента в руки судебному корпусу, то нужно отметить, что характер данного принципа таков, что он более направлен на запрещение отрицательного поведения. Следовательно, если даже и предположить что данный принцип и будет неправильно применяться судами, то последствия таких ошибок, на наш взгляд, будут намного менее серьезными, нежели отсутствие данного принципа вообще.

Таким образом, мы можем сказать, что закрепление принципа доброй совести в гражданском праве это неизбежная необходимость для современного гражданского законодательства. При этом, мы убеждены, что законодательство не должно давать определения данному принципу и, тем самым, сужать его. На определенном этапе времени добрая совесть может означать одно, а на другом – другое. Точно так же понимание доброй совести в Германии может и должно отличаться от его понимания в Армении, и в этом нет ничего удивительного,

так как гражданские правоотношения, обычаи и принципы наших правовых систем также отличаются. В науке распространена мысль, что мораль становится обязательным тогда, когда она санкционирована законом. Полагаем, что принцип доброй совести является неким «мостом» между моралью и правом. Это универсальный способ как разрешения уже имеющихся споров а гражданских правоотношениях, так и индикатор того, что как и куда должно меняться законодательство.

§2. Определение злоупотребления гражданскими правами.

В предыдущих главах работы мы уже показали, что современные теории неспособны полноценно объяснить понятие злоупотребления правом. До сих пор наука гражданского права не дала единый, четкий и понятный ответ о том, что же из себя представляет данный институт. Параллельно с этим, увеличивается судебная практика применения злоупотребления правом (в первую очередь речь идет о РФ), также увеличиваются научные статьи и диссертации, посвященные данной теме. Если как утверждал М.М. Агарков, *злоупотребление правом это лишенное смысла соединение исключających друг друга понятий*¹⁰⁹, то почему не закрыть данный вопрос и не тратить время и энергию на его изучение? Очевидно, что столь продолжительная жизнь доктрины недопущения злоупотребления правами не может быть искусственной и лишенной смысла. Как показывает история развития данного института, ни одно развитое капиталистическое государство не может обойтись без применения института злоупотребления правом, особенно в тех случаях, когда данное государство относится к романо-германской правовой семье.

Полагаем, что для того, чтобы понять суть того или иного явления, мы должны прежде всего понять ту роль, которую играет это явление. Как мы уже указали в предыдущем параграфе, согласно принципу «бритвы Оккама», наука,

¹⁰⁹ Агарков М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве. С. 424.

как и право, не должна содержать в себе понятия, которые повторяют или дублируют друг друга. Таким образом, если мы придем к выводу, что роль и функция злоупотребления правом уже «закрыта» другими институтами гражданского права, то вопрос будет закрыт и утверждение М.М. Агаркова окажется абсолютно правильным. Следовательно, проблема определения и понимания злоупотребления правом кроется в правильном определении и понимании той функции, которую данный институт в себе несет. С этой точки зрения, важно учесть несколько обстоятельств.

Отечественная правовая доктрина, как и вся послереволюционная буржуазная Европа, придерживались известному римскому принципу *neminem laedit qui suo iure utitur*, то есть «никого не обижает тот, кто пользуется своим правом». Очевидно, что в контексте данного принципа доктрина злоупотребления правом была бы лишена смысла и применения. Необходимость в ней возникает уже после развития капиталистических, частно-правовых отношений и в связи с их усложнением. То же самое можно было наблюдать и в отечественной истории: наибольшую популярность в применении статьи 1 ГК РСФСР (именно она по сути являлась закреплением института злоупотребления правом) получила во времена проведения НЭПа. А как известно, именно в этот период СССР в частноправовые отношения стали активно внедряться капиталистические элементы. После завершения этого исторического периода нашей истории, практика применения статьи 1 резко сократилось. Как отмечал В.П. Грибанов, *с ликвидацией частнокапиталистических элементов сфера применения ст. 1 ГК резко сократилась*¹¹⁰. После этого, попытки найти судебную практику относительно злоупотребления правом оказываются тщетными, параллельно с этим также падает и научная популярность данной темы.

Новый веток популярности институт злоупотребление правом получило после падения СССР и утверждения рыночных отношений. Как отмечается в

¹¹⁰ Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав // Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 64

научной литературе, судебно-арбитражная практика последних лет свидетельствует о чудесах находчивости, которую проявляют предприниматели, выделяя все новые и новые варианты злоупотребления правом¹¹¹. Простой поиск в системе Интернет на слова «злоупотребление правом» выдает огромный массив не только судебной практики последних лет, но и научных статей, диссертаций и монографий, посвященный данной теме. При этом мы не можем сказать, что Гражданский Кодекс в части института злоупотребления правом потерпел огромные изменения. Да, появилась статья с отдельным закреплением о недопустимости злоупотребления правами, но по сути, логика и возможности Гражданского Законодательства в этой части не особо изменились. Запрет использования права в противоречие с его социальным назначением также располагал к применения института злоупотребления правом. Получается, что более частное использование и «популяризация» института злоупотребления правом связано, прежде всего, не с законодательным закреплением и регулированием, а именно с изменением существа гражданско-правовых отношений. Говоря иными словами – чем больше диспозитивности и свободы в гражданских правоотношениях, тем больше вероятность злоупотребления.

Все эти выводы, на наш взгляд, подводят к тому, что вопрос злоупотребления правом необходимо рассматривать с точки зрения соотношения закона и возможности судебного усмотрения, судебной свободы применения права.

Последовательный позитивизм, который был и остается весьма популярным, приравнивает понятие права и закона. Отрицается любая возможность применения «над законных» идей и принципов, аргументируя это тем, что закон не может подвергаться сомнению или даже оценке. Но правилен ли такой подход? Может ли закон быть идентичен праву? Может ли закон быть настолько совершенным творением человека? В свое время было

¹¹¹ Крусс В.И. Актуальные аспекты проблемы злоупотребления правами и свободами человека. С. 48.

распространено мнение, что кодекс, прошедший через законодательные органы, является «браздом совершенства», который «правильно и ясно» охватывал «все мыслимые случаи жизни»¹¹². При такой трактовке и такой огромной роли, которая отводилась закону, роль судьи сводится лишь к механическому применению нормы по отношению к случаю. Получается, что законодатель предусмотрел ответы на все вопросы, а судья должен лишь их найти и применить к конкретному делу. Как указывает А. Гойхбарг, такое отношение к суду определялось лишь определенными историческими условиями, сложившимися в некоторых странах, которые, однако же, все равно не смогли связать судьям руки надолго и со временем отпадали¹¹³. Норма потому и называется нормой, что охватывает среднестатистический, типичный случай, от которого, разумеется, могут быть отклонения, и которые должны рассматриваться на основании более общей, чем данная норма, идеи¹¹⁴.

Парадоксальным является то, такие идеи строго позитивизма возникли, как ни странно, в результате буржуазных революций и торжества идей естественного права. Конец XVIII века охарактеризовался осознанием того, что врагом свободы являлись представители абсолютной государственной власти (каким ранее представлялось духовенство), и что власть монарха все-таки надо ограничивать, как бы привлекательна она ни была по сравнению с предыдущей формой власти¹¹⁵. В результате появляется новый орган государственной власти – парламент, с которым связывается надежда воцарения справедливости и защиты прав граждан. Эта надежда, как следствие, распространяется и на законы, которые принимает представительский орган. Считается, что принятые парламентом нормативно правовые акты являются воплощением идеальных

¹¹² Гойхбарг А. Применение гражданских законов судом // Советское Право. 1923. № 3 (6). С. 4.

¹¹³ Гойхбарг А. Применение гражданских законов судом // Советское Право. 1923. № 3 (6). С. 4.

¹¹⁴ Гойхбарг А. Применение гражданских законов судом // Советское Право. 1923. № 3 (6). С. 4.

¹¹⁵ Шершеневич Г.Ф. История философии права // Москва: Университетская типография, 1906. - с.208

законов, учитывающих права и интересы абсолютно всех членов общества и регулирующие все отношения, которые возникают в обществе.

Так, естественное право послужило оправданием и лозунгом французской революции, восставшей против королевского деспотизма и против феодально-аристократического строя во имя прирожденных прав человека¹¹⁶. Но парадокс заключался в том, что лозунг абсолютизации естественных прав привел к абсолютизации закона. Так, например, Наполеон считал свой Гражданский Кодекс примером совершенного законодательства, тем, что сковывало правоприменительную практику словами кодекса, словами закона, словами права - поскольку право, как предполагалось, получило идеальное отображение в *Code Napoleon*. Показательным примером такой ситуации является также статья 4 французской Декларации прав человека и гражданина 1789 года, которая гласит: *Свобода состоит в возможности делать все, что не наносит вреда другому; таким образом, осуществление естественных прав каждого человека ограничено лишь теми пределами, которые обеспечивают другим членам общества пользование теми же правами. Пределы эти могут быть установлены только законом*. Именно с этого и начинаются идеи позитивизма, и именно таким образом закон получил такой исключительный смысл и отождествился с правом.

Однако практика, развития гражданских правоотношений, их усложнение, с течением времени показали, что закону не «подвластно все», что многие отношения оказываются за рамками регулирования закона, одновременно требуя какого-либо регулирования. Идея разделения положительного закона и естественного права была тем сильнее, чем сильнее проявлялось несовершенство старого порядка¹¹⁷. Норма закона на то и называется нормой, так как призвана охарактеризовать нормальную, обычную ситуацию. Невозможно при самом описании права и его последствий

¹¹⁶ Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. // СПб.: Юрид. ин-т, 1998 г. - С. 55.

¹¹⁷ Гамбаров Ю.С. Гражданское право. *Гражданское право*. Общая часть. - С.-Петербург, 1911С. 139.

предусмотреть и изложить мыслимые его извращения при практическом его осуществлении¹¹⁸. Да и делать это закону незачем. Ведь одним из основных идей лежащих в основе системы пандектного права является абстракция правовых норм, их изложение в максимально общей форме.

Нецелесообразность такого, строго позитивистского подхода, была настолько очевидна, что на нее обращали внимание также и цивилисты советского периода. Так, например, С.Н. Братусь писал, что *какова бы ни была степень конкретизации действий, входящих в содержание субъективного права, она не может исчерпать всех возможных его проявлений, поскольку соответствующая норма права остается общим правилом поведения. Закон - не перечень всех возможных актов поведения, им предусмотренных*¹¹⁹. Из этого автор приходит к выводу, что закон, по крайней мере, должен содержать некоторые критерии, опираясь на которые правоприменитель должен решать вопрос правомерности или неправомерности.

Схожую мысль в контексте соседских правоотношений высказывал и И.Б. Новицкий: *Ясно, что какой-нибудь твердой формулой охватить все без исключения случаи жизни нельзя: неизбежное при одной форме использования участка вовсе не предполагается при другой, существенное, даже невыносимое стеснение, проистекающее из известного факта для одного пользователя, является мелочью для другого. Разнообразие жизни требует гибкости, эластичности нормировки; в законе даются лишь подсобные признаки, с помощью которых можно было бы легче разбираться в пестрой массе случаев жизни; признаки эти должны быть в силу необходимости достаточно подвижны, чтобы не стричь жизненных отношений под одну гребенку*¹²⁰.

¹¹⁸ Гойхбарг А.Г. Хозяйственное право Р.С.Ф.С.Р. / Том I. Гражданский Кодекс. 3-е изд., испр. и доп. М., 1924. С. 52.

¹¹⁹ Братусь С.Н. О пределах осуществления гражданских прав (ст. 5 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик) // Правоведение. 1967. № 3. С. 80.

¹²⁰ Новицкий И.Б. Право соседства. Общие пределы пользования смежными участками // Право и Жизнь. 1924. №7/8. С. 18.

Более того, о роли судейского усмотрения можно найти мысли и у основоположника коммунистической идеологии К. Маркса, который писал, что *закон всеобщ. Случай, который должен быть определен на основании закона, - единичен. Чтобы подвести единичное под всеобщее, требуется суждение. Суждение проблематично. Для применения закона требуется также и судья. Если бы законы применялись сами собой, тогда суды были бы излишними*¹²¹.

На наш взгляд, проблема применения института недопущения злоупотребления гражданскими правами кроется именно в проблеме судейского усмотрения и применения принципов к конкретным правоотношениям. На сегодняшний день динамика развития, усложнения и разнообразия гражданских правоотношений настолько велика, что зачастую закон не может «успевать» отрегулировать все вопросы и «закрыть» все пробелы законодательства. Да и строго позитивистский подход, при котором закон и право равняются, не может гарантировать решения данных проблем. Совершенство законодательства заключается не в том, как дать правовую регламентацию всех без исключения вопросов – это сделать невозможно, а в том, чтобы создать эффективные институты, с помощью которых суд, как главный правоприменительный орган, смог бы отрегулировать те спорные отношения, которым закон, в силу объективных причин, не дал необходимой регламентации. На наш взгляд, одним из таких инструментов и является институт недопущения злоупотребления правом. Но для того, чтобы институт права смог правильно и эффективно заработать, этот институт, во-первых, должен быть правильно установлен, а во-вторых, должны быть предусмотрены и иные необходимые институты и условия для его функционирования.

Как мы уже указали, для того чтобы дать правильное определение институту злоупотребления правом, мы должны сначала определить ту функцию, которую несет данный институт права. В первом параграфе настоящей главы мы провели подробный анализ принципа доброй совести,

¹²¹ Судебная практика в советской правовой системе / под ред. С. Н. Братуся. М.: Юрид. лит. 1975. С. 11.

который играет огромную роль в праве стран континентальной Европы. Не повторяя того, что уже было сказано в первом параграфе, укажем, что речь идет о понятии доброй совести в объективном смысле, а не добросовестности, как это понимается большинством ученых цивилистов в качестве субъективной составляющей отношения лица к своим действиям и к тому, как он их оценивает. Добрая совесть – это некий эталон поведения, некая планка, которой должно соответствовать абсолютно любое гражданское правоотношение. Это общий принцип гражданского права и исключений к применению оно иметь не должно. Важно также помнить, что любое ограничение данного принципа, в том числе путем его строго определения, автоматически будет вести к его отрицанию.

Остановимся на этом подробнее. Итак, если мы рассматриваем добрую совесть как эталон поведения, как поведение, при котором участник правоотношения «заботится» также о правах и интересах других участников, то конкретные проявления такого поведения могут быть бесконечно разнообразными. Более того, на различных уровнях социального развития одно и то же поведение может соответствовать требованиям доброй совести, а может и противоречить ей. Таким образом, данный принцип гражданского права обеспечивает динамичность гражданских правоотношений. Задачей законодательства является закрепление этого принципа, закрепление обязанности участников гражданских правоотношений действовать в соответствии с доброй совестью. Конкретное же определение содержания принципа и соответствия конкретным действиям субъекта должен определять суд с учетом конкретного характера правоотношения, взаимоотношения между участниками и, что самое главное, тех объективных критериев, которое то или иное общество приняло в качестве соответствующих доброй совести. Применение принципа доброй совести, как и строго говоря, любого принципа гражданского права, это вопрос судебского усмотрения и судебской оценки поведения субъекта.

Как мы указали, добрая совесть должна рассматриваться в качестве общего принципа гражданского права и распространяться на все гражданские правоотношения. При рассмотрении принципа доброй совести в Германии, мы указали, что из данного принципа в немецком праве образовались ряд основополагающих институтов немецкого гражданского права, такие как институт существенного изменения обстоятельств, институт преддоговорной ответственности, а также злоупотребление правом.

По сути, любое поведение в рамках гражданских правоотношений может либо соответствовать принципу доброй совести, либо противоречить ей. В том случае, когда поведение соответствует требованиям доброй совести, мы имеем дело с правомерным поведением, которое признается и защищается государством в лице судебной власти. В тех случаях, когда поведение не соответствует требованиям данного принципа, мы имеем дело с действиями неправомерными, которые, однако, в зависимости от степени и характера несоответствия, могут квалифицироваться по-разному. Так, например, одними из самых строгих нарушений принципа доброй совести являются гражданско-правовой деликт и нарушения договорных обязательств. В развитие принципа доброй совести данные виды гражданских правонарушений получил свое конкретное и четкое регулирование ввиду своей значимости и особо высокого уровня опасности. То же самое можно сказать об институте ничтожности сделки и преддоговорной ответственности (последняя имеем регулирование в ГК РФ, но остается неизвестным для права Армении).

На наш взгляд, институт злоупотребления гражданскими правами – это именно одна из форм нарушения принципа доброй совести. При этом, данная форма нарушения в своем чистом виде, на наш взгляд, встречается крайне редко ввиду своего специфического характера и проявления.

Как мы уже указывали, гражданское законодательство, в целом, и Гражданские Кодексы, в частности, ввиду своей абстрактности и необходимости отрегулировать правоотношения наиболее абстрактным

образом, зачастую, содержат в себе массу пробелов и неотрегулированных вопросов. Сказанное относится не только и даже не столько к каким-либо блокам неотрегулированных правоотношений, а к конкретным вопросам в рамках того или иного права, например, к вопросам конкретного осуществления права. Одновременно с этим, гражданские правоотношения характеризуются своей диспозитивностью и возможностью самостоятельного выбора субъектом способа, формы и вида своего поведения. А так как гражданские права служат для удовлетворения частных интересов, то и участники гражданских правоотношений зачастую пользуются этими законодательными пробелами и открытыми вопросами для удовлетворения своих интересов. Однако очевидно, что хотя и такие действия формально могут ли соответствовать праву, либо не сопоставляется с ним вообще, но с точки зрения принципа доброй совести они являются нарушениями последнего, то есть, говоря иными словами, такое поведения является неправомерным и государство не может его защищать.

Но уникальность злоупотребления права как правонарушения является то, что отчасти «виновником» такого нарушения является также и закон, ведь именно из-за его недостаточного совершенства могут иметь место быть такие правонарушения. И именно здесь наиболее ярко мы видим отличие закона от права – закон формален, он остается не нарушенным, однако право, которое не определено законом, но закон предусмотрел его применение (речь идет о доброй совести) нарушен. Именно здесь мы также видим необходимость судейского усмотрения, так как если не оно, то с точки зрения закона злоупотребление правом вопросов не вызывает. Суд, а в конечном итоге судья, как «знаток» права определяет соответствие поведения не только закону, но и праву.

На основе проделанного анализа мы можем прийти к ряду существенных выводов.

Во-первых, мы убеждены, что без признания и закрепления принципа доброй совести правильное функционирование института злоупотребления правом невозможно. В таком случае мы не будем иметь того критерия, нарушение которого и будет являться злоупотреблением правом. Более того, без принципа доброй совести и, соответственно, без прямого обязательства действовать в соответствии с требованиями данного принципа также весьма сомнительно и неправильно регулирования других форм нарушения данного принципа (того же института гражданско-правового деликта, недействительности сделок и так далее). Ведь логика правового регулирования должна заключаться в том, чтобы сперва давать общее регулирование, а уже потом переходить к частным случаям.

Во-вторых, как мы указали, злоупотребление правом является лишь одной из форм нарушения принципа доброй совести. Наряду с этим, существуют и другие формы, которые отличаются от степени и характера нарушения данного принципа, например, гражданско-правовой деликт. В связи с этим, невозможны случаи, когда одно и то же действие может быть квалифицировано и как деликт (или любая иная форма нарушения принципа доброй совести), и как злоупотребление правом. Точно также как одно и то же действие не может быть одновременно и правомерным и неправомерным, также действие не может быть одновременно и гражданско-правовым деликтом и злоупотреблением правом. Поэтому, на наш взгляд, ошибочным являются все те решения судов, особенно это касается Кассационного суда РА, в которых суд, параллельно с признанием действий лица как гражданско-правового деликта применил к этим отношениям и статью 12 ГК РА¹²².

В-третьих, уникальность такой связки принцип доброй совести – злоупотребление правом также состоит в том, что благодаря кооперации данных двух принципов и благодаря самим случаям злоупотребления выявляются пробелы законодательства, что в свою очередь является сигналом

¹²² Решение Кассационного суда ЁЎЎ/0595/04/08

для его совершенствования. На наш взгляд, это совершенно уникальный и редкий случай, благодаря которому можно наблюдать четкую взаимосвязь между судебной и законодательной ветвями власти.

И наконец, в-четвертых. Считаем, что регулирование института недопустимости злоупотребления правом на уровне законодательства должно ограничиваться его запретом и определением в качестве формы нарушения принципа доброй совести. Иное определение или перечисление конкретных форм злоупотребления правом искусственно ограничит область его применения – данный институт права, как и сам принцип доброй совести должен распространяться на все гражданское право, и, как следствие, формы его проявления могут быть совершенно различными и неограниченными.

Так как наша позиция определения злоупотребления правом базируется на его соотношении с принципом доброй совести, то в рамках настоящего изучения считаем необходимым также обратиться к работам тех авторов, которые рассматривают эти два вышеуказанных института в их взаимосвязи.

Одной из последних работ, в котором автор рассматривает два вышеуказанных института, является работа С.Д. Радченко¹²³. Критикуя попытки определения института злоупотребления правом и добросовестности (автор употребляет именно слово «добросовестно», а не «добрая совесть»), С.Д. Радченко пишет: *необходимо отметить, что добросовестность в объективном смысле не является границей осуществления гражданских прав. Осуществление права не может быть ограничено чем-то иным, кроме самого права. Давать оценку осуществлению права с позиций морали суд может только в случае, когда это прямо указано в законе. Только закон может предоставить право действовать не в соответствии с законом. Применять добрую совесть в объективном смысле суд должен только тогда, когда он "не может и не должен находить ответа ex lege или ex lege contractus", что в современном гражданском праве России возможно лишь в случаях, прямо*

¹²³ С.Д. Радченко, Злоупотребление правом в гражданском праве России // Вольтер Клювер, Москва 2010г. С.39

названных в законе (п. 3 ст. 602, п. 2 ст. 662 ГК РФ)¹²⁴. Основываясь на этом автор приходит к выводу о невозможности определения злоупотребления правом через категорию добросовестности в объективном смысле.

Не соглашаясь с данными выводами автора, считаем необходимым обратить внимание на следующие обстоятельства. Во-первых, мы можем согласиться с доводом С.Д. Радченко о том, что до тех пор пока право не признает, не закрепляет и не гарантирует принцип доброй совести, то мы не можем говорить о его применении. Но вместе с этим, на наш взгляд, когда ученый пытается дать определение тому или иному правовому институту, особенно когда имеется дело с принципом права, он не должен смотреть на эти вопросы ограничено, лишь с точки зрения действующего законодательства. Ведь одной из целей науки права является и развитие законодательства, следовательно, наука и научные взгляды должны идти впереди практики и действующего законодательства. Поэтому, если то или иное законодательство не признает принцип доброй совести, то это недостаток законодательства, а не самого правового института, сущность которого в любом случае остается неизменной.

Анализируя соотношение доброй совести и злоупотребления правом Г.Т. Безназар-Юзбашев приходит к выводу о том, что закрепление принципа доброй совести является достаточным, и отдельной необходимости в закреплении института злоупотребления правом нет¹²⁵.

Полагаем, такой вывод автора не совсем корректен и не полностью соответствует логике отечественного гражданского права. Это логика состоит в том, что гражданское законодательство состоит из управомочивающих, запрещающих и обязующих норм. Закрепление принципа доброй совести будет означать, что участники гражданского оборота обязаны действовать в

¹²⁴ С.Д. Радченко, Злоупотребление правом в гражданском праве России // Вольтер Клювер, Москва 2010г. С.39

¹²⁵ Бекназар-Юзбашев Геворг Тигранович - Злоупотребление правом и принцип доброй совести в гражданском праве России и Германии // Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва-2010. С.159

соответствии с требованиями доброй совести – это обязывающая норма. Но вместе с ней, должен быть также институт, запрещающий ее нарушение и устанавливающий последствия такого нарушения. Этим институтом и является институт злоупотребления правом. Более того, если исходить из данной логики автора, то мы можем прийти к выводу что также нет необходимости в закреплении и других форм нарушения доброй совести – например, недействительности сделок. Ведь можно ограничиться лишь принципом доброй совести.

Подводя итог данного параграфа, мы можем констатировать, что, по нашему мнению, злоупотребление правом – это специфичная форма нарушения принципа доброй совести, которая проявляется в крайне редких случаях и связано с несовершенством законодательства. Следовательно, ее функционирование невозможно без закрепления принципа доброй совести.

На основе вышеизложенного, полагаем, что в первую очередь должны быть изменены сами названия статей 10 ГК РФ и 12 ГК РА, так как действующие названия (пределы осуществления гражданских прав) не совпадают с сущностью института злоупотребления правом. Полагаем, что названия данных статей должно быть переименовано в «Запрет на злоупотребление гражданскими правами», а часть 1 должна давать определение злоупотреблению правом *как действий по осуществлению гражданских прав, не соответствующих требованиям доброй совести.*

Также считаем необходимым отметить, что перечисление форм злоупотребления (хоть и не в исчерпывающем виде) также не соответствует логике данного института и может создать ошибочное мнение об ограниченной области его применения.

ГЛАВА III. ПРИМЕНЕНИЕ ИНСТИТУТА НЕДОПУСТИМОСТИ ЗЛОУОПТРЕБЛЕНИЯ ГРАЖДАНСКИМИ ПРАВАМИ НА ПРАКТИКЕ.

§1. Формы и виды злоупотребления гражданскими правами.

Рассмотрение проблем злоупотребления правом традиционно не обходится без обращения к проблеме форм ее проявления. Разумеется, здесь, как и в вопросе самого определения и понимания данного явления, отсутствует единая точка зрения. Такая ситуация является, на наш взгляд, логическим следствием множества мнений и подходов к определению злоупотребления правом и, что самое главное, того, как понимается роль и смысл института злоупотребления гражданскими правами в системе законодательства в целом. В зависимости от того вопроса, как мы определим данное понятие зависит и то, какие формы и случаи мы можем внести под данное понятие. Задача эта затрудняется и тем, что как и в случае с определением злоупотребления правом, законодательство не дает ответа и по части форм ее проявления. Более того, действующее отечественное законодательство порождает больше вопросов и неразберихи в данном вопросе, нежели дает ответы.

Итак, прежде чем мы перейдем к рассмотрению конкретных форм злоупотребления правом и их анализу, считаем необходимым указать ряд основополагающих идей, которые являются исходными при данном изучении.

Во-первых, вопрос форм злоупотребления правом будет рассмотрен с точки зрения злоупотребления права как действий по осуществлению гражданских прав, не соответствующих требованиям принципа доброй совести, а принцип доброй совести, как было отмечено выше, мы рассматриваем в качестве объективного критерия, как некий эталон поведения участника гражданского правоотношения. Во-вторых, как показало наше изучение, проделанное в предыдущих главах, институт злоупотребления правом должен применяться судами в тех случаях, когда а) нормы позитивного законодательства оставляют неотрегулированными ряд общественных отношений и б) когда действия лица благодаря данным пробелам

законодательства формально и не является нарушением законодательства, однако при этом нарушают принцип доброй совести.

Переходя собственно к анализу конкретных форм злоупотребления правом, считаем целесообразным начать рассмотрение данного вопроса с его законодательного регулирования. До последних реформ гражданского законодательства, ГК РФ в своей статье 10 устанавливал аналогичное регулирование, как то установлено в статье 12 ГК РА, часть 1 которой устанавливает, что *не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иной форме. Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке.* Данная норма в действующей же редакции ГК РФ устанавливает, что *не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом). Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке.*

Анализируя статью 10 ГК РФ в части форм злоупотребления правом в предыдущей редакции, А.В. Волков делает заключение, что законом запрещены следующие формы реализации права:

- а) шикана — действие лица с четким единственным намерением, т.е. с прямым умыслом, причинить вред другому лицу (редкое явление в праве);*
- б) использование лицом своих гражданских прав в целях ограничения конкуренции;*
- в) злоупотребление доминирующим положением на рынке, т.е. создание монополистами благоприятных для себя условий в ущерб своим контрагентам или, что опаснее, потребителям;*

г) любые другие формы злоупотребления правом, не подпадающие под классификацию первых трех случаев¹²⁶. Но учитывая то, что эта редакция статьи 10 ГК РФ совпадает с действующей статьей 12 ГК РА, мы можем сказать, что приведенный вывод применим и к гражданскому законодательству Армении. Что касается действующей статьи 10 ГК РФ, то, по сути, в части форм злоупотребления права, особых изменений в ней нет.

Что касается научного подхода к определению форм злоупотребления гражданскими правами, то, как мы указали выше, мнения ученых-цивилистов по этому поводу расходятся. Так, например, Т.С. Яценко в качестве единственной формы злоупотребления правом считает шикану, а все остальные случаи относит к коллизионным пробелам самих юридических норм¹²⁷. Профессор Е.А. Суханов проводит разделение форм злоупотребления гражданских прав в зависимости от субъективной стороны действий субъекта и разделяет их на действия с прямым умыслом и действия *без намерения причинить вред, но объективно причиняющий вред другому лицу*.

На наш взгляд, такой подход Е.А. Суханова является весьма спорным по двум основным причинам. Во-первых, неясна причина, по которой профессор основывает разделение в зависимости от вины. Для квалификации действий в качестве злоупотребления правом ни российское, ни зарубежное законодательство или правоприменительная практика не ставят вопрос субъективной стороны действий во главу угла. Говоря иными словами, были ли действия лица умышленными или неумышленными на квалификацию этих действий в качестве злоупотребления правом это не влияет. Полагаем, что такое заключение автора может является логическим следствием понимания злоупотребления права как недобросовестных действий, при котором добросовестность понимается не как объективная категория, а как субъективное отношение лица к своим действиям.

¹²⁶ А.В. Волков, Злоупотребление гражданскими правами. Проблемы теории и практики // Вольтер Клювер, Москва 2010г. С.902

¹²⁷ Яценко Т.С. Категория шиканы в гражданском праве: история и современность. М., 2003. С. 157

Во-вторых, основание факт причинение вреда как основание для классификации формы злоупотребления правом также весьма спорно. Как мы уже указывали в предыдущей главе работы, при наличии причиненного вреда говорить о злоупотреблении правом является излишне. Так, вред по действующему гражданскому законодательству может быть причинен в двух случаях – либо при нарушении договорных обязательств, либо при совершении гражданско-правового деликта. В первом случае в действие должны вступать нормы договорного права, а во втором – нормы обязательственного. В обоих случаях необходимости применения института злоупотребления правом нет. Даже если оставить в стороне ту сущность злоупотребления правом, о котором мы говорили выше, в любом случае применение данного института при наличии причиненного вреда было бы повторением и излишним, так как конкретные нормы законодательства уже четко предусматривают регулирование этих отношений.

Весьма интересную классификацию форм злоупотребления правом предлагает О.А. Портикова, согласно которой злоупотребления правом должно классифицироваться на злоупотребления в предпринимательской сфере и злоупотребления правами, не связанными с предпринимательской деятельностью¹²⁸.

Довольно таки детальную классификацию форм злоупотребления правом разработал и предложил Ю.А. Тарасенко. Разделяя по отраслевому признаку злоупотребления материальными и процессуальными правами, в первой форме ученый выделяет следующие виды злоупотреблений: 1) злоупотребление в сфере вещного права; 2) злоупотребление в области интеллектуальной собственности; 3) корпоративные злоупотребления; 4) злоупотребления в сфере обязательного права; 5) злоупотребления в сфере наследственного права; 6) злоупотребления на стадии возникновения права. Под процессуальными злоупотреблениями автор понимает злоупотребления процедурой разрешения

¹²⁸ Портикова О.А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. М., 2007. С. 177–178.

спора (злоупотребление правом на иск, злоупотребление правом на защиту), злоупотребление отдельными процессуальными правами (необоснованный отвод судьи, противоречивое поведение стороны, требование обеспечительных мер и и.д.), злоупотребление в сфере международного гражданского процесса¹²⁹.

Как мы уже указали, подходов и классификацией форм злоупотребления права в науке содержится огромное количество. Можно сказать, что авторы практически всех изучений данного института так или иначе обращаются к проблеме классификации форм злоупотребления, и каждый автор предлагает свою, уникальную классификацию. Исходя из этого, полагаем, что ключевым и наиболее эффективным с научной точки зрения подходом в данном вопросе является установление первопричины такого разброса мнений. По этой причине считаем, что первым шагом к решению данного вопроса является выяснение и определение самого понятия формы, а уже потом следует говорить или не говорить (в зависимости от того, что мы проясним) о конкретных ее проявлениях в вопросе злоупотребления правом.

Но как бы это ни было удивительным, здесь мы также можем встретить множество определений понятия формы. Не вдаваясь в глубокие анализы определений, предлагаемых различными авторами, считаем правильным остановиться на одном из наиболее оптимальных и, на наш взгляд, правильно определяющих данное явление понятий. В частности, речь идет об определении, данном Д.А. Керимовым, который по этому поводу пишет: *Любой предмет, явление или процесс обладает и своим содержанием, и своей формой. Нет содержания без формы, равно как нет формы без содержания. Вместе с тем, каждый предмет, явление или процесс имеет специфическое содержание и соответствующую ему форму*¹³⁰. Далее автор справедливо замечает, что с точки зрения права необходимо выделять внутреннюю и

¹²⁹ Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова. М., 2009. С. 467–477.

¹³⁰ Керимов Д.А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). М., 2000. С. 173

внешнюю форму. В этой связи автор пишет следующее: *Обычно в литературе эту форму называют структурой правовой нормы (гипотеза, диспозиция, санкция). Внешняя форма правовой нормы — это выражение во вне внутренне организованного содержания ее. Обычно в литературе эту форму называют формой выражения права, нормативным актом или источником права в так называемом формальном смысле (закон, указ, постановление и т.д.)*¹³¹. Итак, из приведенных тезисов мы можем сформировать ряд предварительных выводов, которые позволят нам правильно решить проблему классификация форм злоупотребления правом. Во-первых, очевидным является то, что при упоминании, как в законодательства, так и научно-правовой доктрине термина «формы злоупотребления правом» имеется ввиду внешняя составляющая этой формы, а не ее структуру самой правовой нормы, которая регулирует институт злоупотребления правом. Во-вторых, особо важное значение, на наш взгляд, следует обращать на то, что понимание той или иной формы права (имеется ввиду внешней формы) связано, прежде всего, с пониманием самого содержания и смысла данной нормы. Ведь если рассматривать внешнюю формы как выражение внутреннего содержания нормы, до очевидно, что это выражения напрямую зависит от того, как мы понимаем само содержание, суть нормы.

Таким образом, перенеся вышеприведенные выводы на рассматриваемую проблему, мы можем констатировать, что проблема классификации форм злоупотребления правом напрямую зависит от понимания содержания данного института. Считаем необходимым здесь напомнить, что мы рассматриваем институт злоупотребления правом как одно из проявлений нарушения принципа доброй совести. Считаем, что данный институт не должен быть строго ограничен каким-либо законодательным определением, что его применение должно быть обеспечено широким судебским усмотрением. Данный институт должен применяться в тех случаях, когда суд, ввиду

¹³¹ Керимов Д.А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). М., 2000. С. 182

несовершенства законодательства, не может по объективной причине найти конкретную норму, устанавливающую запрет определенного поведения субъекта, но одновременно с этим устанавливает противоречие действий субъекта требованиям принципа доброй совести. Исходя именно из такого понимания института злоупотребления правом, мы и будем подходить к вопросу форм его проявления.

Первичным в данном понимании является то, что злоупотребление правом имеет место быть тогда, когда законом не предусматривается конкретное регулирование, но одновременно с этим нарушается принцип доброй совести. В свою очередь, как уже мы отметили выше, добрая совесть должна быть закреплена и рассмотрена в качестве общего принципа права, действия которого распространяется на все гражданские правоотношения. Это в свою очередь означает, что злоупотребление правом, как частное проявление нарушения принципа доброй совести, может также иметь место во всех гражданских правоотношениях.

Учитывая вышесказанное, полагаем, что при рассмотрении внешней составляющей института злоупотребления правом следует рассматривать именно несовершенство законодательства. Говоря иными словами, злоупотребление правом приобретает свои формы там, где законодательство, ввиду своего несовершенства, оставило пробелы и неотрегулированные отношения, для решения которых суд прибегает к применению принципа доброй совести. Но учитывая то, что проводить какую-либо группировку или классификацию такого рода пробелов в законодательстве объективно очень сложно, да и с практической точки зрения мало чем полезно, то полагаем, что перечисление в статье 12 ГК РА и в статье 10 ГК РФ конкретных форм злоупотребления искусственно может сузить область применения данного института и создать впечатление его ограниченной области действия, что, конечно же, является ошибочным. Если рассматривать злоупотребление правом в качестве нарушения принципа доброй совести, то оно может иметь огромное

множество проявлений. Довод о том, что законодатель закрепляет самые типичные формы злоупотребления правом также не выдерживает критики, так как ни в отечественной, ни в зарубежной правоприменительной практике практически не встречаются случаи шиканы, то есть осуществления права с целью причинения вреда другому. Также как законодательство не перечисляет все формы нарушения договорных обязательств или формы деликтов, по аналогичной же логике является лишены смысла и перечисление форм злоупотребления правом. Данный институт является общим для всех гражданских отношений, что очевидным образом предопределяет множество форм его проявления.

Исходя из этого, полагаем, что наиболее эффективным с научной и практической точек зрения является рассмотрение не форм злоупотребления права, а видов злоупотреблений гражданских прав с точки зрения тех гражданско-правовых отношений, где на практике допускается наибольшее количество форм злоупотреблений. Логичным будет в таком случае проводить классификацию, основываясь именно на несовершенстве той или иной отрасли законодательства, которое и является почвой для злоупотребления правом, а также говорить не о формах злоупотребления права, а об его видах.

С этой точки зрения, наибольшее количество случаев злоупотребления правом можно заметить в корпоративных правоотношениях. Это, как уже очевидно, продиктовано несовершенством современного отечественного корпоративного законодательства, что, в свою очередь, связано с их новизной для современного общества и небольшого опыта рыночных отношений. Как отмечает С.Д. Радченко, *в этой области цивилистической науки уже имеется ряд заслуживающих внимания позиций, а также накопилась определенная судебная практика по корпоративным спорам, в которых суды применяли ст. 10 ГК РФ, требующая анализа и оценки*¹³².

¹³² С.Д. Радченко, Злоупотребление правом в гражданском праве России // Вольтер Клювер, Москва 2010г. С. 87

Более того, современная наука гражданского права содержит также и множества определений злоупотребления корпоративными правами. В основном, все они применимы с точки зрения акционерных обществ. Приведем несколько из них.

Так, по мнению Д.В. Гололобова, злоупотребляя правом, акционер использует принадлежащие ему в силу владения акциями права в ущерб интересам иных акционеров и менеджеров акционерного общества. Границей, за которой просто использование акционером своего права перерастает в злоупотребление правом, является ситуация, когда размер вреда от подобного рода действий акционера достигает уровня публичной опасности для акционеров и менеджеров общества. Злоупотребление акционером своим правом есть нарушение им общих принципов корпоративного поведения, в силу которых это лицо должно осуществлять свои субъективные права акционера с учетом законных прав и интересов иных акционеров и самого акционерного общества¹³³.

А. Мельник называет злоупотреблением корпоративными правами действия «больших» акционеров по использованию своих прав в собственных интересах тогда, когда такие интересы противоречат потребностям миноритариев. В качестве общего примера приводится ситуация, когда при существовании правила «одна акция - один голос» акционеры с пакетом менее 10% акций не имеют реальных рычагов управления компанией, что позволяет мажоритарным акционерам определять деятельность компании. Это злоупотребление правом, так как мажоритарий, используя свое право, должен делать это с учетом интересов общества и его акционеров, соблюдать баланс интересов¹³⁴. В поддержку такого подхода автор приводит постановление ФАС Дальневосточного округа, где суд квалифицировал действия истцов по

¹³³ Гололобов Д.В. Акционерное общество против акционера: противодействие корпоративному шантажу. С. 24

¹³⁴ Мельник А. Проблема злоупотребления правом в корпоративных конфликтах // Юридическая практика. 2005. N 19 С.385

оспариванию решения общего собрания акционеров как злоупотребление правом, поскольку они ущемляют права и интересы других акционеров¹³⁵.

В этой связи, считаем необходимым отметить, что злоупотребление корпоративными правами являются видами злоупотребления гражданскими правами. Следовательно, их определяющие их признаки злоупотребления должны быть теми же, что и признаки злоупотребления всеми остальными гражданскими правами. То есть то, что присуще родовому объекту должно быть присуще и его видовому объекту. Говоря иными словами, рассмотрение злоупотребления корпоративных прав также должно, на наш взгляд, проходить под призмой нарушения принципа доброй совести. Определения, данные А. Мельником и Д.В. Гололобовым, на наш взгляд, могут рассматриваться в качестве требований доброй совести в контексте именно корпоративных правоотношений, но с определенными оговорками.

В частности, Д.В. Гололобов при рассмотрении случаев злоупотребления корпоративными правами к числу обязательных критериев относит нанесение ущерба (вреда) как самому юридическому лицу, так и ее акционером. Здесь следует еще раз отметить, что наличие причиненного вреда само по себе является обстоятельством, которое уже говорит об отсутствии злоупотребления правом. Ведь если причинение вреда не может обходиться без нарушения конкретного права, закрепленного за потерпевшим, а значит и особой нормы, закрепляющей данное право. Это, в свою очередь, уже говорит о том, что принцип доброй совести и ее нарушение в виде злоупотребления правом применяться уже не может и не имеет смысла. Следовательно, во всех случаях, когда акционер используя свои субъективные права наносит вред обществу или другим акционером, имеет место быть не злоупотребление правом, а гражданско-правовой деликт, либо разновидность такого деликта – корпоративное правонарушение.

¹³⁵ Постановление ФАС Дальневосточного округа от 24 октября 2006 г. по делу N Ф03-А73/06-1/3467.

Но вместе с тем, является справедливыми тезисы о том, что злоупотребление корпоративными правами имеет место быть при осуществлении акционером своих прав в противоречие интересам общества¹³⁶. В данном случае, считаем, что такое осуществление прав должно рассматриваться в качестве основания нарушения требований принципа доброй совести в корпоративных правоотношениях.

Для обоснования вышесказанного приведем ряд примеров судебной практики, когда суды, на наш взгляд, ошибочно квалифицировали те или иные действия в качестве злоупотребления правом. Так, например, по одному из судебных дел в качестве злоупотребления правом голосования были квалифицированы действия акционеров на общем собрании, чьи акции находились в залоге без согласия залогодержателя, так как договором залога установлена обязанность залогодателей-акционеров без получения предварительного письменного согласия залогодержателя не пользоваться находящимся в залоге правом на участие в управлении обществом¹³⁷. Ошибочность такой квалификации заключается в том, что во-первых, имеет место быть нарушение залоговых отношений между залогодателем и залогодержателем, а во-вторых, как следствие, действие таких акционеров не основывается на осуществлении права, так как оно у них отсутствует, что, следовательно, говорит и о невозможности злоупотребления правом.

По другому делу суд признал злоупотребление правом в действиях органа управления акционерного общества, который обязал акционеров отчислять на содержание дирекции акционерного общества 2% от прибыли акционеров¹³⁸. Как справедливо отмечает С.Д. Радченко, комментируя данное дело, *законодательство не возлагает на акционеров обязанность производить*

¹³⁶ Гололобов Д.В. Акционерное общество против акционера: противодействие корпоративному шантажу. С. 24

Адамович Г. Проблемы применения института злоупотребления правом в корпоративных отношениях // Хозяйство и право. 2005. N 5. С. 61

¹³⁷ Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 11 октября 2005 г. по делу N Ф08-4180/2005.

¹³⁸ Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 23 июля 1997 г. по делу N Ф08-892/97

какие-либо платежи акционерному обществу, не связанные с оплатой стоимости акций (п. 1 ст. 2, п. 3 ст. 11 ФЗ "Об АО"). Как следствие, общество не обладает правом требования от акционеров каких-либо иных платежей в свою пользу и, соответственно, не может им злоупотребить¹³⁹.

Типичными, на наш взгляд, случаями злоупотребления корпоративными правами, являются случаи, так называемой, блокировки акционеров, суть которых заключается в создании таких условий, которые делают невозможным участие одного или нескольких акционеров в общем собрании и, как следствие, в принятии решений на этих собраниях.

Законодательство РФ, регламентирующее порядок организации общих собраний акционеров (п. 2.9 Положения о дополнительных требованиях к порядку подготовки, созыва и проведения общего собрания акционеров, утвержденного Постановлением ФКЦБ России от 31 мая 2002 г. N 17/пс), предписывает проводить общее собрание акционеров в поселении (городе, поселке, селе), являющемся местом нахождения общества, если иное место его проведения не установлено уставом общества или внутренним документом общества, регулирующим порядок деятельности общего собрания¹⁴⁰. По тому же вопросу законодательство Германии, например, содержит более четкое регулирование. В частности, согласно ч. 5 § 121 Акционерного закона ФРГ, общее собрание акционеров проводится по месту нахождения общества, если устав не определяет иного¹⁴¹. Такое не полное регулирование отношений является достаточной почвой для злоупотреблений со стороны обществ.

По обстоятельствам одного из дел акционеры ЗАО "Богородскнефть" Малышева Н.А., Медведева Ю.П. обратились в суд с иском к ЗАО "Богородскнефть" и ООО "Юкола-нефть" о признании недействительным решения общего собрания акционеров общества от 29 июня 2006 г. Решением

¹³⁹ С.Д. Радченко, Злоупотребление правом в гражданском праве России // Вольтер Клювер, Москва 2010г. С. 93

¹⁴⁰ Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2002. N 31.

¹⁴¹ Германское право. Часть 2. Торговое уложение и иные законы. М., 1996. С. 214.

иск удовлетворен частично: оспариваемое решение годового общего собрания акционеров общества от 29 июня 2006 г. признано недействительным по п. 5 повестки дня об утверждении п. 2.2 Положения об общем собрании, предоставляющего генеральному директору общества право определять возможное место проведения собрания из числа городов: Москвы, Саратова, Минска и Катманду (столица Непала.). По мнению суда, созыв и проведение собраний в других государствах означали бы фактическое устранение упомянутых акционеров, в совокупности владеющих 26% голосующих акций, от участия в управлении делами общества и расценены как злоупотребление правом по смыслу ст. 10 ГК РФ. По смыслу упомянутых актов место проведения собрания должно определяться с учетом реальной возможности для всех акционеров осуществить свое право на участие в собрании и правильно признавших п. 2.2 Положения об общем собрании противоречащим их требованиям¹⁴².

Данный случай, на наш взгляд, является ярким примером злоупотребления корпоративными правами. Во-первых, мы видим здесь несовершенство законодательного регулирования в части определения места проведения заседания общего собрания акционеров. Во-вторых, право выбора места проведения общего собрания общества осуществляется не с целью обеспечения участия всех акционеров, а наоборот – с целью недопущения некоторых акционеров в участию деятельности общего собрания. Аналогичные действия в Германии, например, квалифицируются в качестве злоупотребления правом не могли бы по той причине, что немецкое законодательство имеет строгое регулирование данного вопроса, которое определяет и последствие нарушения в виде признания решений общего собрания акционеров недействительными. Анализируя такую ситуацию С.Д. Радченко пишет: *Разновидность физической блокировки - ситуация, при которой акционеру не предоставляется полная и*

¹⁴² п. 5 информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. N 127 "О практике применения арбитражными судами статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации".

*достоверная информация о месте проведения общего собрания с целью максимально затруднить акционеру поиск места проведения собрания. Это может привести к тому, что акционер, будучи формально извещенным о месте и времени, фактически не сможет попасть на собрание, так как не найдет конкретное помещение, в котором проводится собрание*¹⁴³.

Следующим видом злоупотребления гражданскими правами, которые наиболее часто встречаются на практике, являются случаи длительного непредъявления кредитором иска. Специфика данных категорий дел заключается в том, что очень сложно предусмотреть объективные критерии их регулирования в нормах объективного права. Одновременно с этим, именно в таких делах мы можем наблюдать всю эффективность применений принципов права и судейского усмотрения. Сказанное продемонстрируем на примере.

ООО "Независимая служба аудита и правовой помощи "Аудит-Право" (далее - Служба аудита) предъявило ООО "Мострансгаз" иск об оплате услуг по договору на аудиторское обслуживание в размере 5 258 033 руб. 22 коп. и уплате пени в размере 1 574 368 руб. 45 коп. Решением суда в иске отказано. Постановлением суда апелляционной инстанции, оставленным без изменения кассационной инстанцией, решение отменено. С ООО "Мострансгаз" в пользу Службы аудита взыскано 5 258 033 руб. 22 коп. основного долга и 7500 руб. пени. Частичное удовлетворение требования об уплате пени суд мотивировал тем, что истец злоупотребил своим правом, обратившись с иском спустя почти два года с момента возникновения права на иск и, таким образом, умышленно увеличивая период просрочки должника и размер пени с учетом курса доллара США¹⁴⁴.

Полагаем, что мотивировка суда в данном случае абсолютно верна. В частности, очевидно, что истец в данном случае имел объективную

¹⁴³ С.Д. Радченко, Злоупотребление правом в гражданском праве России // Вольтер Клювер, Москва 2010г. С. 107

¹⁴⁴ Постановление ФАС Московского округа от 3 января 2001 г. по делу N КГ-А41/6023-00. Постановлением ВАС РФ от 13 февраля 2002 г. N 685/01 (Вестник ВАС РФ. 2002. N 7. С. 28 - 29)

возможность и достаточные основания для предъявления иска, но не делал этого. Очевидно и то, что такие действия истца преследовали одну лишь цель – максимально увеличить размер штрафных пеней за просрочку со стороны ответчика. На наш взгляд, в данном случае имеется злоупотребление сразу двумя правами со стороны истца. Во-первых, это право предъявления иска в срок исковой давности, а во-вторых – право требования пеней за нарушение. Ни первое, ни второе из этих прав не преследуют цели обогащения субъекта. Исковая давность устанавливает период времени судебной защиты права, а пени – это мера ответственности за нарушение, одной из целей которой является и предотвращение нарушений. Но вместе с этим объективно и то, что законодательство не может устанавливать какой-либо срок предъявления требования, отличный от срока исковой давности, либо устанавливать минимальный размер пеней. Именно для таких случаев и предусмотрены общие принципы и идеи права, одной из которых и является принцип доброй совести и институт недопущения злоупотребления правом. И именно здесь мы также видим важнейшую роль судебного усмотрения, которое обеспечивает не механическое применение нормативно правовых актов к конкретным судебным делам, но и анализ обстоятельств дела с учетом требований принципов права. Именно в этом и заключается смысл и цель правосудия.

Подводя итог приведенного анализа, мы считаем необходимым сделать два ключевых вывода. Во-первых, наши выводы приходят к тому, что закрепление в законодательстве конкретных форм злоупотребления правом не имеет какого-либо практического значения. Более того, такой подход является достаточно опасным, так как может создать впечатление того, что формы злоупотребления правом ограничены, что, в свою очередь может привести к неправильным классификациям определенных случаев злоупотребления. Такой подход опасен тем, что злоупотребление правом, будучи проявлением нарушения принципа доброй совести, может иметь неограниченные формы своего внешнего проявления. Приведенная в качестве основной формы злоупотребления правом

шикана является практически не встречаемой формой злоупотребления правом. Наше изучение российской и армянской правоприменительной практики не выявили ни одного судебного дела, где был установлен факт осуществления права лицом с исключительной целью причинения вреда другому лицу. Все это показывает, на наш взгляд, на неэффективность такого регулирования.

Во-вторых, с практической точки зрения и для эффективного и правильного понимания института злоупотребления правом полезным является рассмотрение видов злоупотребления права. Наш проделанный анализ, а также правоприменительная практика показывают, что количество и разнообразия видов злоупотребления правом напрямую зависит от развитости и эффективности законодательства. Наибольшие случаи злоупотребления гражданскими правами, как показывает практика, возникают в сфере корпоративных правоотношений, которые являются новыми и, следовательно, не достаточно урегулированными, содержащими множество пробелов и неотрегулированных случаев.

На основе проделанного анализа мы еще раз убеждаемся, что злоупотребление правом должно рассматриваться и применяться исключительно в контексте принципа доброй совести. Случаи злоупотребления правом – это уникальные и редко встречающиеся случаи, когда субъект, используя законодательное несовершенство, нарушает общие требования принципа доброй совести, а суд, как правоприменитель, как механизм превращения писанных «мертвых» норм в «живые», путем применения института недопущения злоупотребления правом обеспечивает защиту интересов всех участников гражданских правоотношений.

§2. Последствия злоупотребления гражданскими правами.

Одним из ключевых вопросов при изучении института злоупотребления правом является вопрос правильного определения последствий такого поведения. Как и в случае с формами и видами злоупотребления права, ответ на

вопрос о том, какие последствия могут наступить при злоупотреблении гражданскими правами, напрямую зависит от того, как понимается роль и функция данного института в гражданском праве. Исходя из этого, считаем необходимым еще раз отметить, что при рассмотрении вопроса применения последствий злоупотребления правом, мы будем исходить из понимания института злоупотребления правом как нарушения принципа доброй совести, которое имеет место быть при наличии пробелов и неурегулированных вопросов в законодательстве. При допущении злоупотребления гражданскими правами, субъект права пользуется данными законодательными пробелами, формально оставаясь в пределах своего субъективного права, при этом нарушая требования принципа доброй совести. Как следствие, суд должен квалифицировать данные действия, не соответствующие требованиям принципа доброй совести, как злоупотребление правом, и применить к ним определенные последствия. Эти последствия должны быть адекватной реакцией государства на поведение, которое оно считает недопустимым, но вместе с этим также должны быть учтены определенные особенности такого поведения.

Гражданское законодательство Армении и России по-разному подходят к решению данного вопроса. До последних реформ гражданского законодательства РФ, статья 10 ГК РФ устанавливала аналогичные последствия для злоупотребления правом, что и статья 12 ГК РА. В частности данные статьи двух кодексов гласили, что *суд, арбитражный суд или третейский суд с учетом характера и последствий допущенного злоупотребления отказывает лицу в защите принадлежащего ему права*. Таким образом, единственной законодательно закрепленной санкцией за злоупотребление гражданскими правами по законодательству Армении, и до изменения законодательства РФ, было отказ суда лицу в защите принадлежащего его права.

После законодательных изменений, произошедших в ГК РФ, часть 2 и 4 статьи 10 ГК РФ по части последствий злоупотребления гражданскими правами установили следующее регулирование:

*2. В случае несоблюдения требований, предусмотренных пунктом 1 настоящей статьи, суд, арбитражный суд или третейский суд с учетом характера и последствий допущенного злоупотребления отказывает лицу в защите принадлежащего ему права полностью или частично, **а также применяет иные меры, предусмотренные законом.***

*4. Если злоупотребление правом повлекло нарушение права другого лица, такое лицо вправе **требовать возмещения причиненных этим убытков.***

Как мы видим, ГК РФ в действующей редакции в качестве последствий злоупотребления гражданскими правами помимо отказа в защите права также устанавливает возможность применения иных мер, а также право потерпевшего требовать возмещение причиненных убытков.

Такая ситуация еще раз демонстрирует необходимость изучения вопросов последствий злоупотребления гражданскими правами, а также требует, на наш взгляд, новых и всесторонне обоснованных подходов. Будучи глубоко убежденными, что единственно возможная и верная санкция за злоупотребление гражданскими правами это отказ в защите права, мы сначала проведен критический анализ тех подходов, которые допускают применение иных последствий, а впоследствии остановимся на анализе самого понятие отказа в защите права.

Но прежде чем перейти к анализу таких подходов, считаем необходимым сформулировать ту исходную мысль, на основании которой и будет построена наша дальнейшая критика.

Будучи запрещенной формой поведения, случаи злоупотребления правом должны находить соответствующую и адекватную ей реакцию со стороны государства. Но принципиальным здесь является то, что такая реакция государства должна быть именно соразмерной и адекватной самому правонарушению. А суть правонарушения заключается в том, что при злоупотреблении правом субъект гражданских правоотношений пользуется имеющимися законодательными пробелами и упущениями при реализации

своего права. При этом с формальной точки зрения, нарушение пределов своего права он не допускает, а пресечение таких действий происходит на основании применения принципа доброй совести, который является, образно говоря, «страховкой» для таких случаев. В таких ситуациях отсутствует также и нарушение прав третьих лиц, так как в противном случае мы бы имели дело не с институтом злоупотребления прав, а с гражданско-правовым деликтом или иным правонарушением.

Такая логика диктует то, что последствия злоупотребления правом должны быть куда более «мягкими» для правонарушителя, чем последствия иных гражданских правонарушений. Говоря образно, в данном правонарушении «виноват» отчасти и законодатель, который оставил лазейки и неотрегулированные вопросы, которые и являются источниками злоупотребления правами. Исходя именно из данных тезисов мы и будем проводить критику подходов тех ученых, которые допускают применение иных последствий при злоупотреблении правом, кроме как отказа в защите права.

Эту критику мы начнем с позиций тех ученых, которые допускают в качестве санкции за злоупотребление правом лишение субъекта права. Следует сразу оговориться, что такая точка зрения была актуальна, прежде всего, среди цивилистов советской эпохи. Так, например, О.С. Иоффе и В.П. Грибанов в качестве последствия осуществления права в противоречии с его назначением рассматривали лишение субъективного права в целом, лишение права в целом с одновременным лишением права на результат, полученный вследствие его ненадлежащего осуществления¹⁴⁵. Отметим, что в период действия советского гражданского законодательства основанием для применения института злоупотребления правом являлась использование права в противоречии с его социальным назначением, что в тот исторический период времени имело огромное значение.

¹⁴⁵ Иоффе О.С., Грибанов В.П. Пределы осуществления субъективных гражданских прав... С. 81 - 84.

Не пренебрегая роль данных норм для советского гражданского законодательства, мы должны подчеркнуть, что сделанные из нее выводы малопригодны как с точки зрения буквального толкования статьи 10 ГК РФ, так и с точки зрения институционального понимания такого явления как злоупотребление правом.

В качестве обоснования такого подхода, сторонники данной теории приводят, что санкция за злоупотребление правом является относительно определенной. Поэтому по поводу М.М. Агарков пишет: *во-первых, лишение охраны может означать, что данное право вообще больше охраняться не будет, т. е. что это право прекращается. 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 поражает определенное субъективное право в целом. Во втором случае - лишь определенное проявление права*¹⁴⁶. Продолжая эту же мысль, Т.С. Яценко пишет, что *низшим пределом данной санкции в виде отказа в защите права является отказ в защите конкретной формы осуществления права, высшим - отказ в защите права вообще, после которого управомоченное лицо полностью утрачивает принадлежащее ему право*¹⁴⁷.

Не соглашаясь с такими точками зрения, считаем необходимым отметить, что в теории права под относительно определенными санкциями понимаются такие меры государственного воздействия, которые устанавливаются низшие и высшие пределы¹⁴⁸. Перенося данное определения на статья 10 ГК РФ и статью

¹⁴⁶ Агарков М. М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Известия Академии наук СССР. Отделение экономики и права. 1946. N 6. С. 432 - 433.

¹⁴⁷ Яценко Т. Учет факта злоупотребления правом при применении гражданско-правовой ответственности в сфере предпринимательской деятельности // Хозяйство и право. 2003. N 8. С. 123

¹⁴⁸ Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М., 2001. С. 366 - 367.

12 ГК РА, мы можем сказать, что по части ГК РА закон не устанавливает какие либо пределы санкции, которые суды могут применить. А что касается статьи 10 ГК РФ, то, на наш взгляд, этот же вывод применим и здесь, так как законом установлены не пределы санкции, а дополнительные меры, которые могут быть применимы судом наряду с отказом в защите права и исключительно в тех случаях, когда прямо на то есть указание закона.

В качестве другого обоснования своей точки зрения сторонники лишения права как санкции за злоупотребление правом приводят примеры из зарубежных правовых актов, которые предусматривают такой вид санкции за злоупотребление правом. В частности, А.А. Молиновский приводит пример статьи 18 Конституции ФРГ, которая гласит, что *тот, кто злоупотребляет свободой мнений, свободой печати, свободой преподавания, свободой собраний, свободой объединений, тайной переписки, почтовой или телесвязи, собственностью или правом убежища для борьбы против основ демократического строя, лишается этих прав*¹⁴⁹.

В этой связи, считаем необходимым обратить внимание на две существенные обстоятельства. Во-первых, приведенный А.А. Молиновским пример относится к злоупотреблению конституционных прав, которое представляет собой конкретное конституционно-правовое правонарушение по праву ФРГ, а не обще гражданский институт злоупотребления права. А во-вторых, и что самое главное, полагаем, что данный пример указывает как раз на обратное – на то, что такая санкция, как лишение лица права за его злоупотребление, должна быть прямо предусмотрена нормой закона, что в случае с ГК РА и РФ нет.

Суммируя вышесказанное, мы можем подвести итог относительно того, что статья 10 ГК РФ и статья 12 ГК РА, устанавливая общий запрет на злоупотребление гражданскими правами, не предусматривают в качестве санкции за такое противоправное нарушение лишение самого субъективного

¹⁴⁹ Малиновский А.А. Злоупотребление правом... С. 59 - 60.

права. Вместе с этим, считаем необходимым отметить следующее. Во-первых, нет каких-либо оснований относить понятие «отказа в защите права» к, так называемым, относительно определенным санкциям, и на этом основании допускать возможность применения лишения права. А во-вторых, принцип определенности гражданско-правовых отношений диктует то, что законом должны быть четко определены те или иные последствия, санкции, за то или иное правонарушение. Расширительная трактовка норм гражданского права, особенно в ситуациях, связанных с применением общих институтов права, недопустима.

Вторым вопросом, к которому считаем необходимым обратиться в рамках данного изучения, является вопрос применения принуждения к совершению определенного действия в качестве санкции за злоупотребление гражданскими правами. В отличие от лишения субъективного права, вопрос о применении принуждения к совершению действий не так однозначен. Современная судебная практика и гражданско-правовая доктрина имеют различные подходы к данному вопросу.

Сказанное продемонстрируем на примере. Так по одному из судебных дел истец предъявил иск ОАО "Новороссийский торговый порт" с требованием о принуждении последнего к регистрации права собственности, как то было предусмотрено в заключенном между истцом и ответчиком договоре долевого участия в строительстве, по которому истец свои обязанности выполнил. Удовлетворяя иск, ФАС Северо-Кавказского округа указал следующее. После приемки жилого дома в эксплуатацию инвестор согласился с количеством переданных ему квартир и распорядился ими. Следовательно, после достижения цели инвестиционного договора и сдачи жилого дома в эксплуатацию инвестор был обязан принять на баланс выделенные ему в

соответствии с целевым взносом квартиры и оформить право собственности на них. Уклоняясь от этого, ответчик злоупотребил своим правом¹⁵⁰.

Следует отметить, что такая санкция за злоупотребление правом как принуждение к совершению действий, применяется в тех случаях, в которых конкретное злоупотребление выразалось в виде бездействия. Но вместе с этим, в науке гражданского права имеется, на наш взгляд, ошибочная точка зрения, согласно которой некоторые авторы относят такой институт права США как зловредность (nuisance) к проявлениям злоупотребления права. В частности, такой точки зрения придерживается Ю.Г. Матвеев, который в качестве примера приводит ситуацию в виде размещения на соседней земле производства, создающего повышенный шум, вибрацию, испускающего неприятные запахи, сбрасывающего вредные химические вещества в сопредельный водоем, или в виде постройки инфекционной клиники, создающей угрозу заражения, сумасшедшего дома, разбивка парка аттракционов может быть предотвращена предъявлением иска о запрещении (injunction) и прекращении (abatement) соответствующей деятельности¹⁵¹.

На наш взгляд, приведенный пример, в частности, и институт зловредности в целом, нельзя относить к проявлениям злоупотребления права. Как мы уже указывали выше, краеугольным в злоупотреблении правом является именно осуществление права – то есть субъект права, с формальной точки зрения должен действовать в пределах имеющегося у него права. Именно с этой точки зрения приведенный пример, на наш взгляд, является уязвимым, так как описанные действия с трудом можно отнести к содержанию права собственности. Говоря иными словами, зловредность (nuisance), по логике

¹⁵⁰ Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 16 декабря 1999 г. по делу N Ф08-2764/99

¹⁵¹ Матвеев Ю.Г. Англо-американское деликтное право. М., 1973. С. 159; Основные институты гражданского права зарубежных стран: Сравнительно-правовое исследование / Рук. авт. кол. В.В. Залесский. М., 1999. С. 336 - 337.

нашего законодательства, является более гражданско-правовым деликтом, нежели злоупотреблением права.

В научной литературы справедливо отмечается, что принуждение к совершению определенных действий в качестве санкции за злоупотребление гражданскими правами применяется в тех случаях, когда такое злоупотребление выражалось в виде бездействия. В качестве классического примера, характеризующего данное явление, С.Д. Радченко приводит следующую ситуацию: *«Должник, против которого были выданы исполнительные листы по договорам займа, получил жилой дом по наследству. Однако он, подав заявление в нотариальную контору, уклонялся и от принятия наследства, и от регистрации права собственности на дом. Очевидно, что такие действия (точнее, бездействие) имели цель избежать обращения взыскания на дом. В данном случае суд также вынес решение о понуждении должника к принятию наследства и регистрации права собственности на дом¹⁵²»*.

Похожий пример злоупотребления правом из римского права приводит и В.П. Грибанов в своей работе. В частности, автор пишет, *что в некоторых случаях, по-видимому, как злоупотребление правом рассматривались и отдельные случаи неосуществления права, когда это затрагивало интересы других лиц. В частности, например, в конце I в. н.э. претору было предоставлено право принудить наследника вступить в наследство, если наследник был обязан выдать наследство другому лицу, но от принятия наследства уклонялся¹⁵³*.

Соглашаясь в целом с квалификацией приведенных примеров, считаем необходимым отметить следующее. Во-первых, как показывает судебная практика, санкция в виде принуждения к совершению определенных действий за злоупотребления гражданскими правами возможна в тех случаях, когда

¹⁵² С.Д. Радченко, Злоупотребление правом в гражданском праве России // Вольтер Клювер, Москва 2010г. С. 4

¹⁵³ Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав // Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 28

ответственное лицо обязано было совершить определенные действия, однако недобросовестно уклонялось от их совершения. В таких случаях суд признает данное поведение злоупотреблением правом и обязует лицо действовать в соответствии с принципом доброй совести.

Возвращаясь к вопросу об особенностях санкций за злоупотребление правом, на наш взгляд, необходимо исходить из ряда принципиальных начал.

Как указывал видный русский философ Н.А. Бердяев, зло необходимо не истреблять, а просветлять. По данному вопросу философ писал: *«насильственное, принудительное, внешнее устранение зла из мира, необходимость и неизбежность добра - вот что окончательно противоречит достоинству всякого лица и совершенству бытия. Творец не создал необходимо и насильственно совершенного и доброго космоса, так как такой космос не был бы ни добрым, ни совершенным в своей основе¹⁵⁴»*. Похожую мысль мы можем встретить и у видного еврейского экзистенциального философа Мартина Бубера, который писал, что *Каин мог сказать требующему от него объяснения Богу, что Бог сам дал ему злое влечение; но этот ответ неверен, ибо лишь им, человеком, оно сделано злым. Оно стало и останется таковым, потому что человек отделяет его от сопутствующего ему доброго влечения и превращает злое, придав ему самостоятельность, в своего идола. Следовательно, задача человека - не искоренить в себе злое влечение, а вновь соединить его с добрым влечением¹⁵⁵*. На наш взгляд, приведенные философские принципы в полной мере могут быть применимым и в сфере права, особенно в том случае, когда речь идет об институте злоупотребления гражданскими правами.

Как мы уже указывали выше, санкция за то или иное нарушение закона должна быть адекватной и соразмерной правонарушению. Следовательно, и в случае со злоупотреблением правом мы должны учитывать особенности данного правонарушения, чтобы говорить о соразмерности или не

¹⁵⁴ Бердяев Н.А. Экзистенциальная диалектика божественного и человеческого. С. 98.

¹⁵⁵ Бубер М. Образы добра и зла. С. 138

соразмерности той или иной санкции. А особенность данного типа поведения заключается в том, как уже было сказано выше, что лицо использует пробелы законодательства в своих интересах и, формально оставаясь в рамках требований закона, нарушает требования принципа доброй совести. Такое поведение, на наш взгляд, можно охарактеризовать как некий переход от правомерного поведения к неправомерному. То есть данный тип поведения еще не имеет такую высокую степень общественной опасности как, например, гражданско-правовой деликт или нарушение договорных обязательств, но вместе с этим и не является правомерным. Именно поэтому, наиболее адекватной реакцией на такую ситуацию со стороны государства должно быть применение такой меры, которая вернула бы лицо в поле правового поведения и не допустила бы правонарушения.

На наш взгляд, наиболее эффективной и адекватной мерой для достижения данной цели является отказ в защите права, которым лицо злоупотребляет. Применение данной санкции судом указывает на то, что государство считает неприемлемым эту форму поведения и одновременно пресекает ее дальнейшее продолжение, развитие и переход в гражданско-правовой деликт или иное правонарушение. Отказ в защите права, на наш взгляд, можно считать одной из наиболее мягких форм санкций, которые могут применять суды. В свою очередь, такой низкий уровень строгости санкции полностью соответствует злоупотреблению правом, ведь как было уже указано выше, злоупотребление правом – это следствие несовершенства законодательства и его пробелов, а ответственным за совершенство законодательства является государство.

Что касается возможности применения возмещения вреда, как то установлено в действующей редакции пункта 4 статьи 10 ГК РФ, полагаем, что установление такой возможности является недопустимым и неправильным по следующей причине. Как мы уже указывали, при злоупотреблении правом у субъекта права, во-первых, должно быть само право, а во-вторых, его действия с формальной точки зрения не должны выходить за пределы данного права.

Если исходить из данных тезисов, то становится очевидным, что причинение вреда при злоупотреблении правом вообще невозможно, так как лицо не нарушает какие-либо запреты, нормы или права третьих лиц. Пресечение такого поведения происходит не на основании нарушения прав третьих лиц, а на основании противоречия с требованием общего гражданско-правового принципа доброй совести. Следовательно, при злоупотреблении правом ущерб третьим лицам не может быть причинен, так как в противном случае стерлась бы все различие между злоупотреблением правом и, например, гражданско-правовым деликтом.

Суммируя вышесказанное, мы хотим еще раз отметить, что главной целью санкций за злоупотребление правом должно быть пресечение и недопущение перехода данной формы противоправного поведения в более строгое гражданско-правовое нарушение. С этой точки зрения, на наш взгляд, санкциями за злоупотребление правом должны быть отказ в защите права и принуждение к совершению определенных действий. При этом последний вид санкций может применяться только в том случае, если злоупотребление правом выражается в бездействии ответственного лица.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Проведенный в диссертационной работе научный анализ позволяет прийти к ряду важных заключений, которые, на наш взгляд, являются основополагающими для формирования правильного представления об институте злоупотребления правом. Исходя из проделанного изучения, считаем важным отметить нижеследующее.

Во-первых, следует отметить, что современные позитивистские теории, объясняющие институт злоупотребления правом, содержат в себе ряд концептуальных противоречий. Отказ от данных подходов имеет не только теоретическое, но и большое практическое значение, так как именно теоретическая база и понимание института злоупотребления правом формулирует дальнейшие основания применения данного института. Как мы убедились в ходе нашего изучения, строгий позитивизм и институт недопущения злоупотребления правом – это несовместимые явления. Причиной тому служит тот факт, что в рамках строго позитивистских подходов акцент ставится исключительно на принципе законности, правовые явления объясняются исключительно в рамках закона, и ответы на все вопросы также ищутся в рамках закона. Однако учитывая, что почвой злоупотребления правом служат законодательные пробелы, неурегулированные законом вопросы, становится очевидным, что строго позитивистские подходы в данном случае не могут быть эффективными. Именно по этой причине, на наш взгляд, сторонники таких подходов прибегают к таким искусственным понятиям, как «пределы осуществления права», «интерес» и прочее, которые, как было выявлено в работе, создают еще больше вопросов и непреодолимых логических препятствий в понимании данного института.

Во-вторых, весьма полезным явилась рассмотрение зарубежного опыта, в особенности, законодательства Германии и немецкой судебной практики в области применения норм о злоупотреблении правом. Как уже было сказано выше, основой для института злоупотребления правом в ГГУ является принцип

доброй совести. Немецкое право в ходе своего исторического развития пришло к совершенно точному выводу о том, что пандектные системы права не могут существовать без, так называемых, *Generalklauseln*, коим и является принцип доброй совести. Построенная на принципа максимальной абстракции пандектная система права объективно не может взять на себя задачу регулирования всех возможных ситуаций частно-правовых отношений. Норма законодательства на то и называется нормой, что призвана отрегулировать среднестатистическую ситуацию. Именно по этой причине гражданские кодексы стран романо-германской правовой семьи разделены на общие и особенные части. Наличие общеправовых принципов и норм в совокупности с возможностью судейского усмотрения и толкования должны обеспечивать регулирование конкретных правовых казусов. В условиях правовой неопределенности и наличия законодательных пробелов, именно благодаря сопоставлению конкретных форм поведения с требованиями принципа доброй совести суды должны определять, злоупотреблял ли субъект правоотношения своими правами или нет.

В-третьих, так как практическое применение института злоупотребления правом связано с толкованием и применением принципа доброй совести, то оно не может иметь места быть без соответствующей широкой возможности судебного усмотрения. Как уже было сказано выше, применение норм о злоупотреблении правом – это вопрос не буквы, а духа закона. Именно поэтому та точка зрения, согласно которой судьи рассматриваются как «уста закона», которые должны применять нормы закона в соответствии с их буквальным значением, становится неактуальной. С этой точки зрения устаревшей является и статья 8 ГК РА, которая устанавливает, что гражданско-правовые нормы должны толковаться в соответствии с буквальным значением содержащихся в них слов и выражений. В ходе нашего изучения мы убедились, что гражданско-правовые нормы не могут быть совершенными. Темпы развития и усложнения частных отношений объективно опережают темпы развития законодательства,

и в этом нет ничего удивительного или опасного. Задача эффективного правового регулирования состоит в обеспечении гибкости правовых норм. А эта цель может быть достигнута только при обеспечении широкого, но вместе с тем и эффективного судебного усмотрения. Суды не должны уклоняться от выяснения сути закона, не должны «уходить» от права в сторону строгой буквы закона, тем самым и проявляя свой высокий профессионализм в качестве знатоков права.

И наконец, в-четвертых, вопрос правильного применения института недопущения злоупотребления гражданскими правами не может быть решен без правильного определения последствий такого поведения. Правильность определения таких последствий напрямую зависит от самого понимания данного института права и от понимания той роли, которую он должен иметь в современном гражданском праве. Недостаточная изученность и неправильное раскрытие содержания такого института права как злоупотребление правом зачастую приводило к тому, что в правоприменительной практике Армении и России суды применяли его наряду с институтом возмещения вреда или, например, признанием сделки недействительной. Тем самым стиралась грань между такими правовыми институтами, которые, на самом деле, имеют совершенно различные значение и цели. Как мы уже указали выше, целью института злоупотребления правом является создание таких правовых основ, благодаря которым становится невозможным использование законодательных пробелов и, так называемых, лазеек. Раскрывая суть злоупотребления правом, мы пришли к выводу, что уникальность данной формы поведения заключается в том, что субъект формально действует в пределах границ своего субъективного права, а отрицательные последствия становятся возможными благодаря несовершенству самого законодательства. Таким образом, совершенно логичным является то, что последствия такого поведения для субъекта права должны быть более мягкими, нежели при совершении гражданско-правового деликта, нарушения договорных обязательств и так

далее. Основываясь именно на этом тезисе, мы пришли к выводу, что в качестве последствий злоупотребления правом суды должны применять такую меру ответственности, как отказ в защите права, а в случаях, когда злоупотребление правом выражалось в форме бездействия, возможно также применение ответственности в форме принуждения к совершению определенных действий.

Суммируя вышесказанное, полагаем, что проведенный в диссертационной работе правовой анализ и приведенные аргументы могут оказать большое практическое значение для формирования правильного представления об институте недопущения злоупотребления правом. Данный институт права, безусловно, имеет весьма специфические нюансы, игнорирование которых может привести не только к неправильному применению норм о злоупотреблении правом, но и исказить сущность и роль данного института права, которые заключается не только в превентивном характере, но и в выявлении законодательных пробелов и противоречий, которые имеются в гражданском законодательстве.

БИБЛИОГРАФИЯ

Нормативно-правовые акты

1. Конституция Республики Армения от 06.12.2015г на <http://www.parliament.am/parliament.php?id=constitution&lang=rus>
2. Конституция РФ
3. US Civil Law (Wrongs) Act, 2002
4. US Civil Liability Act, 2002
5. Volunteer Services Act ("Good Samaritans") [Электронный ресурс]. URL: <http://nslegislature.ca/legc/statutes/volnteer.html>
6. German civil code
7. Belgium Civil Court Turnhout 11 January 1994 (Liabilities and Damages) Act, 2003
8. Гражданский Кодекс Республики Армения от 05.05.1998
9. "Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)" от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 28.03.2017)
10. "Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая)" от 26.01.1996 N 14-ФЗ (ред. от 28.03.2017)
11. Гражданский Кодекс РСФСР 1922г ст. 404
12. Гражданские кодекс РСФСР 1964-ого года
13. Гражданские кодекс АССР 1964-ого года
14. Закон "О правовых актах" РА

Судебная и арбитражная практика

15. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. N 127 "О практике применения арбитражными судами статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации".
16. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 15 января 1998 г. N 27 "Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм

- Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии" // http://arbitr.ru/as/pract/vas_info_letter/3024.html
17. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 N 25 "О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" // http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_181602/#dst100006S.
18. Постановление ФАС Дальневосточного округа от 24 октября 2006 г. по делу N Ф03-А73/06-1/3467.
19. Постановление ФАС Московского округа от 3 января 2001 г. по делу N КГ-А41/6023-00.
20. Постановление ФАС Московского округа от 5 октября 2006 г. по делу N КГ-А40/8846-06-П // <http://www.resheniya-sudov.ru/2005-2006/57985/>
21. Постановление ФАС Поволжского округа от 18 октября 2005 г. по делу N А55-15768/04-24
22. Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 11 октября 2005 г. по делу N Ф08-4180/2005.
23. Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 16 декабря 1999 г. по делу N Ф08-2764/9
24. Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 16 декабря 2002 г. по делу N Ф08-4750/2002
25. Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 23 июля 1997 г. по делу N Ф08-892/97
26. Постановление ФАС Центрального округа от 12 июля 2002 г. по делу N А62-808/02.
27. Постановлением ВАС РФ от 13 февраля 2002 г. N 685/01 (Вестник ВАС РФ. 2002. N 7. С. 28 - 29)
28. Постановление ФАС Московского округа от 19 сентября 2002 г. по делу N КГ-А40/6230-02., Определение ВАС РФ от 16 апреля 2007 г. N 3929/07

"Об отказе в передаче дела в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации" // СПС "КонсультантПлюс"

29.Решение Кассационного суда ЕФГ/0595/04/08

30.Решения Кассационного суда ЕСГ/0987/02/09,

31.ՀՀ Վճռաբեկ դատարանի որոշումը քաղաքացիական գործ թիվ ԱՐԱԴ/0084/02/12 մասին,

32.ՀՀ Վճռաբեկ դատարանի որոշումը քաղաքացիական գործ թիվ ԱՎԴ/0167/02/12 մասին,

33.ՀՀ Վճռաբեկ դատարանի որոշումը քաղաքացիական գործ թիվ ԵԱԴԴ/1253/02/12 մասին,

34.ՀՀ Վճռաբեկ դատարանի որոշումը քաղաքացիական գործ թիվ ԵԱԴԴ/0439/02/12 մասին,

35.ՀՀ Վճռաբեկ դատարանի որոշումը քաղաքացիական գործ թիվ ԵԱՔԴ/0440/02/12 մասին,

36.ՀՀ Վճռաբեկ դատարանի որոշումը քաղաքացիական գործ թիվ ԵՇԴ/0284/02/11 մասին,

37.ՀՀ Վճռաբեկ դատարանի որոշումը քաղաքացիական գործ թիվ ԱՎԴ/0132/02/13 մասին.

Научная литература.

38.Atiyah P.S. An Introduction to the Law of Contract. — New York, 1995.

39.Central London Property Trust Limited V. High Trees House Limited, 1946 July 18 // www.kentlaw.edu/faculty/rwarner/classes/contracts/consideration/high_trees/hightrees.htm.

40.Diederichsen U. and Gursky K.-H. Principles of Equity in German Civil Law // Equity in the World's Legal Systems: a comparative study. Dedicated to Rene

- Cassin // Brussels 1973 (California Western School of Law, U.S.I.U. Studies in Jurisprudence I).
41. Domat J. *Les Loix Civiles Dans Leur Ordre Naturel*.—Paris, 1777. // Поляков. М. А. Развитие принципа добросовестности в праве европейских государств. С.3
42. Forstl U. *The General Principle of Good Faith under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) — A functional Approach to Theory and Practice*. Диссертация на соискание степени Магистра права (LLM) в Школе для углубленных юридических исследований Университета Кейптауна. 2005.
43. *Good faith and fault in contract law* / edited by Jack Beatson and Daniel Friedmann. 1997
44. Goode R. *Commercial Law*. — Harmondsworth, 1995.
45. Gordley J. *Good Faith in contract law in the medieval ius commune* // *Good Faith in European Contract law* / Edited by R. Zimmermann, S. Whittaker. — Cambridge, 2000.
46. Powell R. *Good faith in contracts* // *Current Legal Problems*. — 1956. — Vol. 16.
47. Schlechtriem P. *Good Faith in German Law and in International Uniform Laws*. — Roma, 1997.
48. W. F. Ebke, B. M. Steinhauer. *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law. Good Faith and Fault in Contract Law*. Ed. by J. Beatson, D. Friedman. - 1997
49. Wieacker F., Weir T., Zimmermann R. *A History of Private Law in Europe: With Particular Reference to Germany*. Oxford University Press, 1995.
50. А.В. Волков, *Злоупотребление гражданскими правами. Проблемы теории и практики* // Вольтер Клювер, Москва 2010г.
51. Аболонин В.О. *Злоупотребление правом на иск в гражданском процессе Германии. Диссертация.*- Екатеринбург, 2008

- 52.Агарков М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Известия АН СССР. Отделение экономики и права. 1946. № 6
- 53.Агарков М.М. Ценность частного права // Правоведение. 1992. № 1.
- 54.Адамович Г. Проблемы применения института злоупотребления правом в корпоративных отношениях // Хозяйство и право. 2005. N 5.
- 55.Алексеев С.С. Общая теория права: учеб. 2-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008.
- 56.Алексеев С.С. Частное право. М.: Статут, 1999.
- 57.Базедов Ю. Возрождение процесса унификации права: европейское договорное право и его элементы // Государство и право. 2000. № 2.
- 58.Байтин М.И. О современном нормативном понимании права // Журнал российского права. 1999. N 1.
- 59.Барак А. Судейское усмотрение / Пер. с англ. М.: Норма, 1999.
- 60.Бару М.И. О статье 1 Гражданского кодекса // Советское государство и право. 1958. N 12.
- 61.Бекназар-Юзбашев Геворг Тигранович - Злоупотребление правом и принцип доброй совести в гражданском праве россии и германии // Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва-2010.
- 62.Белов В.А. Добросовестность, разумность, справедливость как принципы гражданского права // Законодательство. 1998. №8.
- 63.Бердяев Н.А. Экзистенциальная диалектика божественного и человеческого. Париж, 1952
- 64.Бибииков А.И. д.ю.н. Принцип добросовестности в цивилистической доктрине и судебной практике: проблемы толкования., 2015
- 65.Боброва Н.А. О понятии права, его значении в категориальном аппарате правоведения // Советское государство и право. 1981. № 11.

- 66.Богданов. Е. Категория «добросовестности» в гражданском праве // Российская юстиция. 1999. N 9.
- 67.Бородин В. В., Крусс В. И. Некоторые философско-правовые аспекты проблемы злоупотребления правами и свободами человека // Правоведение. 2002. № 6 (245).
- 68.Брагинский М.И. Осуществление и защита гражданских прав. Сделки. Представительство. Доверенность. Исковая давность // Вестник ВАС РФ. 1995. №7.
- 69.Братусь С.Н. О пределах осуществления гражданских прав (ст. 5 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик) // Правоведение. 1967. № 3..
- 70.Бубер М. Образы добра и зла // Два образа веры / Пер. с нем.; Под ред. П.С. Гуревича, С.Я. Левит, С.В. Лезова. М., 1995.
- 71.Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2002. N 31.
- 72.Вишневский А.А. Правовые аспекты документарных операций. Принцип независимости и проблема злоупотреблений в аккредитивной форме расчетов и банковских гарантиях в международной торговле // Юридическая работа в кредитной организации. № 4. IV квартал 2005.
- 73.Волков А.В. Теория концепции "злоупотребление гражданскими правами". Волгоград, 2007.
- 74.Вороной В. Добросовестность как гражданско-правовая категория // Законодательство. 2002. № 6 // СПС «Гарант».
- 75.Гаджиев Г. А. Конституционные принципы добросовестности и недопустимости злоупотребления субъективными правами // Государство и право. 2002. №7.
- 76.Гаджиев Г.А. Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). «Юристъ», 2004 // СПС «Гарант».

77. Гайворонская. Я.В. К вопросу о понимании правовых и юридических норм // Правоведение. 2001. № 3.
78. Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть / Под редакцией и с предисловием В.А. Томсинова. М.: Издательство «Зерцало», 2003.
79. Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. - С.-Петербург, 1911
80. Гегель Г.В.Ф. Философия права / Под ред. Д.А. Керимова, В.С. Нерсесянца. М., 1990.
81. Генкин Д.М. Сочетание прав с обязанностями в советском праве // Советское государство и право. 1964. № 7.
82. Германское право. Часть 2. Торговое уложение и иные законы. М., 1996.
83. Гойхбарг А. Применение гражданских законов судом // Советское Право. 1923. № 3 (6).
84. Гойхбарг А.Г. Хозяйственное право Р.С.Ф.С.Р. / Том I. Гражданский Кодекс. 3-е изд., испр. и доп. М., 1924.
85. Гололобов Д.В. Акционерное общество против акционера: противодействие корпоративному шантажу. «Юстицинформ», 2006 г.
86. Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова. М., 2009.
87. Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав // Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000.
88. Дождев Д.В. Добросовестность (bona fides) как правовой принцип // Политико-правовые ценности: история и современность. Едиториал УРСС, 2000.
89. Дождев Д.В. Римское частное право. Учебник для вузов. / Под общ. ред. академика РАН, д. юрид. наук, проф. В.С. Нерсесянца. 2-е изд., изм. и доп. М.: Изд. группа Норма - Инфра*М, 2000.
90. Доманжо В. Вопрос об ответственности за вред, причиненный при осуществлении права, в проекте нашего гражданского уложения //

- Вестник гражданского права (издаваемый М.М. Винавером). 1916. №6
Октябрь.
91. Дроздова Т.Ю. Добросовестность в российском гражданском праве. Дисс. ... канд. юр. наук. Иркутск, 2004.
92. Дурново Н.А. Злоупотребление правом как особый вид правового поведения (теоретико-правовой анализ): Дисс. ... канд. юр. наук. Нижний Новгород, 2006.
93. Емельянов В. Пределы осуществления гражданских прав // Российская юстиция. 1999. N 6.
94. Емельянов В.И. Разумность, добросовестность и незлоупотребление гражданскими правами. М.: Лекс-Книга, 2002. // СПС «Консультант-Плюс».
95. Ерошенко А.А. Осуществление субъективных гражданских прав // Правоведение. 1972. N 4.
96. Зайцева С.Г. «Злоупотребление правом» как правовая категория (вопросы теории и практики): Дисс. ... канд. юр. наук. Коломна, 2003.
97. Злоупотребление гражданскими правами. Проблемы теории и практики / В.А. Волков. — М. : Волтерс Клувер, 2009.
98. Ибрагимова М.В. Злоупотребление субъективным гражданским правом: Понятие, сущность, виды и последствия. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2006.
99. Иеринг Р. Цель в праве // СПб.: Изд. Н.В. Муравьева, 1881.
100. Иоффе О. С. Ответственность по советскому гражданскому праву // Соц. законность. 1956. N 5.
101. Кант И., Гегель Г.В.Ф., Шеллинг Ф.В.И. Немецкая классическая философия. Т. 1. М., 2000.
102. Керимов Д.А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). М., 2000.

103. Краснова С.А. Определение понятия «добросовестность» в российском гражданском праве // Журнал российского права. 2003. № 3.
104. Крусс В.И. Актуальные аспекты проблемы злоупотребления правами и свободами человека // Государство и право. 2002. №7.
105. Курбатов А.Я. Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности. М., 2001.
106. Маковский А.Л. Code Civil Франции и кодификация гражданского права в России (связи в прошлом, проблемы влияния и совершенствования) // Вестник ВАС РФ. 2005. №2. С. 137-148.
107. Малеин Н.С. Гражданский закон и права личности в СССР. М.: Юрид. лит., 1981.
108. Малеин Н.С. Правонарушение: Понятие, причины, ответственность. М., 1985.
109. Малеин Н.С. Юридическая ответственность и справедливость. М.: Независимое издательство «Манускрипт», 1992.
110. Малеина М.Н. Содержание и осуществление личных неимущественных прав граждан: проблемы теории и законодательства // Государство и право. 2000, №2.
111. Малиновский А.А. Злоупотребление правом (основы концепции). М.: 2000.
112. Малиновский А.А. Пределы субъективного права // Журнал российского права. 2005. № 11 // СПС «Гарант».
113. Малиновский. А.А. Злоупотребление правом: Теоретические аспекты // Журнал российского права. 1998. N 7.
114. Матвеев Ю.Г. Англо-американское деликтное право. М., 1973.
115. Основные институты гражданского права зарубежных стран: Сравнительно-правовое исследование / Рук. авт. кол. В.В. Залесский. М., 1999.

116. Мельник А. Проблема злоупотребления правом в корпоративных конфликтах // Юридическая практика. 2005. N 19
117. Микрюков В.А. Ограничения и обременения гражданских прав. М.: Статут, 2007.
118. Муранов А.И. Проблема "обхода закона" в материальном и коллизионном праве: Автореф. дис. канд. юрид. наук. М., 1999.
Нерсесянц В.С. Философия права. Учебник для вузов. М.: Издательская группа НОРМА -ИНФРА*М, 1999.
119. Новикова Т.В. Понятие добросовестности в российском гражданском праве: Автореф. дис.... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2009.
120. Новицкий И.Б. Право соседства. Общие пределы пользования смежными участками // Право и Жизнь. 1924. № 7/8.
121. Новицкий И.Б. Право соседства. Рамки и значение проблемы // Право и Жизнь. 1924. № 5/6.
122. Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте гражданского уложения // Вестник гражданского права (издаваемый М.М. Винавером). 1916. №6.
123. Пашин В.М. Институт злоупотребления субъективными правами de lege ferenda // Актуальные проблемы гражданского права: Сб. статей / Под ред. О.Ю. Шилохвоста. М., 2003. Вып. 7.
124. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 2001.
125. Попова. А.В. Принцип добросовестности в международном коммерческом обороте: Законодательство и судебная практика Российской Федерации и стран — членов Европейского Союза: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 2005.
126. Поротикова О.А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом // "Волтерс Клувер", 2007.

127. С.Д. Радченко, Злоупотребление правом в гражданском праве России // Вольтер Клювер 2010, Москва
128. Скрипник А.П. Моральное зло в истории этики и культуры // Издательство политической 1992
129. Соловьев В.С. Оправдание добра: Нравственная философия // Собр. соч. Владимира Сергеевича Соловьева. Т. 7 (1894 - 1897).
130. Судебная практика в советской правовой системе / под ред. С. Н. Братуся. М.: Юрид. лит. 1975.
131. Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М., 2001.
132. Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. // СПб.: Юрид. ин-т, 1998 г.
133. Тюменев В.З. Теория злоупотребления правом в правовых системах современности // Вестник ТИСБИ. 2003. № 1 // <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1217632>
134. Уруков. В.Н. Пределы осуществления гражданских прав // Право и экономика. № 3. Март 2007 // СПС «Гарант».
135. Флейшиц Е.А. Соотношение правоспособности и субъективных прав // Вестник гражданского права. 2009. № 2. Т. 10. С. 209-230.
136. Четвернин В.А. Либертарно-юридическая концепция права / Стенограмма 9-го семинара ЭТИХиП. П. 6.1. URL: http://www.sapov.ru/seminar/stenogramma_09.htm (дата обращения: 15.02.2009).
137. Шершеневич Г.Ф. История философии права // Москва: Университетская типография, 1906.
138. Эннексерус Л. Курс германского гражданского права: Введение и общая часть / Под ред. Д.М. Генкина, И.Б. Новицкого; Пер. И.Б. Новицкого, Г.Н. Полянской, В.А. Альтшулера. М., 1950. Т. 1. Полут. 2.

139. Яценко Т. Учет факта злоупотребления правом при применении гражданско-правовой ответственности в сфере предпринимательской деятельности // Хозяйство и право. 2003. N 8.
140. Яценко Т.С. Категория шиканы в гражданском праве: история и современность. М., 2003.
141. Ա. Հայկյանց, Բարեխղճության սկզբունքը միջազգային առևտրային // Իրավագիտության հարցեր, Եր., 2005թ., թիվ 3,
142. Բարսեղյան, Բարեխղճության դերը քաղաքացիական իրավահարաբերությունների կարգավորման գործում // ԵՊՀ իրավագիտության ֆակուլտետի պրոֆեսորադասախոսական կազմի գիտաժողովի նյութերի ժողովածու նվիրված ՀՀ անկախության 20-ամյակին, ԵՊՀ, Երևան, 2012