

ПРЕДИСЛОВИЕ

Настоящая книга является результатом исследований, проведенных в рамках частного научного проекта по разработке доктринальных основ для новелл Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ).

Принцип добросовестности, как известно, имеет не локальное значение, как отдельные нормы или правовые институты, а касается всего гражданского права. В этом плане он просто немыслим без доктринальной основы, без теоретического фундамента.

Как правовая категория и объект для научных исследований принцип добросовестности представляет собой очень большой спектр вопросов, требующих внимания юридической науки. Настоящая работа не посвящена исследованию какой-то отдельной стороны принципа добросовестности. Сознательно было решено пойти по пути комплексной разработки доктринальных основ в определенной системе, которая могла бы служить если не фундаментом, то отправной точкой как для практического понимания, так и для дальнейших теоретических исследований отдельных аспектов принципа добросовестности, а также правил и правовых институтов на нем основанных. Таким образом, в книге сделана попытка отразить результаты именно такого подхода. Удачными ли они оказались, судить читателям.

Настоящая работа, являясь частной инициативой, проводилась вне стен российских научных и образовательных учреждений. При этом хотел бы выразить благодарность профессору А.Л. Маковскому и профессору Е.А. Суханову за их личную поддержку моих начинаний. Основными источниками немецкоязычных материалов для исследований являлись фонды библиотек университета г. Гейдельберга (Германия) и юридического факультета этого университета.

С одной стороны, немецкое право, которое является основным объектом настоящего исследования, характеризуется как достаточно большим количеством доктринальных источников, посвященных

принципу добросовестности (*Treu und Glauben*), так и богатой эмпирической судебной практики. Но, с другой стороны, на современном этапе в немецкой литературе нет комплексных, системных исследований, посвященных данному принципу, в рамках одной монографии. Так что настоящая книга в определенном смысле уникальна и для немецкого права. Хотя, конечно, сравнивать российскую и немецкую правовые ситуации здесь нет смысла. В большей степени для немецкой правовой науки книга может представлять интерес с точки зрения опыта использования сравнительно-правового метода.

Кирилл Нам,
канд. юрид. н.,
LL.M (Гейдельберг),
магистр частного права (РШЧП)

ВВЕДЕНИЕ

Закрепление принципа добросовестности в российском гражданском праве обусловило обращение внимания к нему судебной системы. Однако недостаточно четкое представление о соответствующей правовой материи влечет существенные трудности при применении принципа добросовестности в судебной практике. В российской юридической литературе неоднократно подчеркивались важность и необходимость релевантных доктринальных исследований для применения на практике этого принципа, в то время как подобные работы в российской правовой науке до сих пор практически отсутствуют¹. В данной ситуации представляется правильным обратиться к зарубежному опыту, в первую очередь к немецкому. Наиболее широкую и комплексную разработку принцип добросовестности, как известно, получил именно в немецком праве, чей удачный опыт стал примером не только для других национальных правовых порядков, но и для международных унификаций. Немецкие исследования в этой области права важны для нас еще и в том аспекте, что именно через принцип добросовестности обосновывалось и достигалось большое количество решений правовых проблем, которые в других правовых порядках частично решались через иные правовые институты. В нашем праве мы не можем похвастать тем же. Российское, а ранее советское право не содержали, например, таких правил, как молчаливый отказ от права, распространенный во французском или австрийском праве и решающий схожие задачи, что и принцип добросовестности в немецком праве, через правило о недопустимости противоречивого поведения.

¹ См., например, *Нам К.В.* Принцип добросовестности: некоторые проблемы развития доктрины // Вестник гражданского права. 2017. № 4; *Скловский К.И.* Применение права и принцип добросовестности // Вестник экономического правосудия. 2018. № 2.

Многие правила, развитые и сформулированные в том же немецком праве на основании принципа добросовестности, были заимствованы при разработке международных унификационных документов. В качестве самостоятельных правовых институтов большое количество этих норм было введено и в наше право. Однако из-за отсутствия релевантной доктрины адекватного развития ни в практике, ни в теории они не получили. В этой связи на основании изучения и анализа иностранного опыта представляется важным и необходимым обратить внимание на то, какое содержательное и системное отражение находит принцип добросовестности в данных правилах и нормах. Это поможет не только увидеть суть и смысл принципа добросовестности в целом и то, каким образом следовало бы использовать его на практике, но даст также возможность лучше понять те отдельно закреплённые в нашем Гражданском кодексе правовые институты, которые ранее в немецком праве были разработаны на основании принципа добросовестности.

Используя сравнительно-правовой метод изучения правовой материи принципа добросовестности, можно наиболее эффективным образом создать основу и предпосылки для формирования столь необходимого российскому праву доктринального сопровождения норм, касающихся принципа добросовестности.

ГЛАВА 1

РАЗВИТИЕ ПРИНЦИПА ДОБРОСОВЕСТНОСТИ (TREU UND GLAUBEN) В НЕМЕЦКОМ ПРАВЕ

Принцип добросовестности (*Treu und Glauben*) в немецком праве является сегодня основополагающим принципом всего правового оборота как между равными субъектами права, так и между лицами, находящимися между собой в отношениях власти и подчинения в области публичного права¹. Согласно господствующему сегодня бесспорному мнению, *Treu und Glauben* является общим принципом для самых разных областей права: обязательственного, вещного, трудового, семейного, процессуального, публичного и т.д.² Кроме того, успешный немецкий опыт развития применения принципа добросовестности послужил примером как для многих национальных правовых порядков, так и для выработки международных унифицированных документов, например для Конвенции ООН «О договорах международной купли-продажи товаров», Принципов международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА), Принципов европейского договорного права (*PECL*).

Однако путь к признанию был тернист. *Treu und Glauben* называли и необходимым аварийным клапаном, и суперревизионной, мертвой или пустой нормой. Опасность или, наоборот, позитивное значение ее применения оцениваются в немецкой правовой литературе по-разному. Но то, что *Treu und Glauben* имеет непереоценимое значение не только для гражданского права, но и для всей правовой системы,

¹ Strätz H.-W. *Treu und Glauben*. Bd. 1: Beiträge und Materialien zur Entwicklung von Treu und Glauben in deutschen Privatrechtsquellen vom 13. bis zur Mitte 17. Jahrhunderts. Paderborn, Schöningh, 1997. S. 17.

² Larenz K. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Bd. I: Allgemeiner Teil. 14. Aufl. München, 1987. S. 127.

в немецком праве уже не оспаривается. Нередко можно встретить высказывания, что § 242 Германского гражданского уложения (ГГУ) стал принципом, овладевшим всей правовой жизнью, или что он представляет собой общий масштаб, определяющий все частное и публичное право. За подобными высказываниями лежит длительная история развития этого правового явления. Для лучшего понимания сути, смысла, содержания, системы принципа добросовестности и его значения для правопорядка, который ему подчинен, полезно будет иметь представление об историческом развитии принципа добросовестности (*Treu und Glauben*) в немецком праве.

§ 1. Период до принятия ГГУ

1.1. Влияние римского права

Считается, что еще в древнеримской духовной традиции возникли и культивировались такие категории, как верность своей семье и своему роду, государству, договору и долгу. Данные категории содержательно определялись необходимостью личной скромности, уважения детей к родителям, заботы родителей о детях, властей предержавшихся о подчиненных. Почитались бережливость, совесть и стыд¹. Данные аспекты социальных отношений в дальнейшем вышли за рамки религиозных связей и определяли содержание *fides* как самостоятельного нравственного понятия. Считается общеизвестным и признается также немецким правом, что изначальной основой для всей европейской правовой традиции послужили категории римского права, и не в последнюю очередь *fides* и *bona fides*². Считается, что *fides* является основой для понимания норм римского права³ и как бы опорой всех правоотношений в Риме. Оно олицетворяет собой ожидание правильного поведения и тем самым выполнения данных обещаний и корреспондирующее этому доверие тому, что обещание будет исполнено. «*Fides* — термин, обозначающий разные аспекты такого нравствен-

¹ Карлявин И.Ю. Методологическое значение *fides* (совесть) и *bona fides* (добрая совесть) в римском частном праве // Lex Russica. 2015. № 1. С. 133.

² Looschelders D., Olzen D. // J. von Staudingers Kommentar zum BGB mit Einfuehrungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhaeltnisse. Einleitung zum Schuldrecht § 241–243. Berlin, Sellier-de Gruyter, 2015 (далее — Staudinger). § 242. Rn. 7.

³ Duve T. // Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Bd. II: Schuldrecht. Allgemeiner Teil. 1. Teilband: vor § 241–304. Tübingen, 2007 (далее — HKK-BGB). § 242. Rn. 4.

ного явления, как вера. Вера как собственная вера и доверие к чужой честности, верность данному слову, нравственная обязанность всех людей выполнить свое обязательство, в чем бы оно ни выражалось»¹. В качестве нравственного аспекта *fides* понималось как необходимая основа каждого правопорядка².

Возрастающее значение права для внеправовых представлений о социальных ценностях привело в III в. до н.э. к тому, что фактическое ожидание выполнения взятых обещаний получило правовую защиту, а из *fides* возникло правовое понятие *bona fides*³. Это привносило повышенную степень защиты доверия между лицами, состоящими между собой в правовых отношениях⁴. *Bona fides* как правовая категория применялась в частности в таких правоотношениях, как купля-продажа, найм, объединение лиц, и дополняла собой нормы строгого права. В качестве правовой формулы она помогала определять, что и как должник обязан был исполнить. Преторы в древнем Риме могли тем самым при разрешении споров опираться не только на формальные нормы, но и на общепризнаваемые этические основы социальных отношений. Правовая материализация нравственных начал привела, таким образом, к расширению правовых оснований для возможных правовых требований. Помимо правообразующей функции, *bona fides* получила и другие области применения. Так, судьи могли использовать ее в качестве определенного масштаба для контроля и дополнения содержания правовых отношений при толковании договоров. Также с ее помощью решались вопросы злоупотребления правом, выводились основания для прекращения права требования или лишения правовой защиты некоторых требований. С учетом договоренностей сторон обосновывалось наличие дополнительных обязанностей, которые как бы подразумевались в силу местных обычаев и общих обычаев оборота. В результате дальнейшего развития принцип *bona fides* стал служить в качестве основания для возникновения обязанностей помимо предусмотренных нормами формального права и служил вспомогательным средством при толковании формальных норм. Из него также выводилась обязанность возмещения убытков, возникающих вследствие действий или воздержания от определенных действий, которые противоречили требованиям честного оборота или требо-

¹ Карлявин И.Ю. Указ. соч. С. 133.

² Looschelders / Olzen // Staudinger. § 242. Rn. 8.

³ Ibid.

⁴ Duve // HKK-BGB. § 242. Rn. 5.

ваниям взаимного сотрудничества¹. Таким образом, уже в римском праве принцип *bona fides* стал своего рода правовым понятием без четко определенного правового содержания, служил правовым основанием для возникновения определенных прав и обязанностей, а также использовался для определения содержания имеющихся обязательств².

Другой правовой категорией, имеющей значение для сегодняшнего немецкого принципа *Treu und Glauben*, в литературе называется принцип *aequitas*, который рассматривался в римском праве в качестве объективного масштаба для оценки правоотношений³. Он использовался для подтверждения того, что правовое решение спора должно формулироваться именно так, а не иначе. В особенности, что равное должно оцениваться равным образом. *Aequitas* понимался в большей степени как справедливость, и в частности как справедливость при оценке встречных предоставлений в двусторонних синаллагматических правоотношениях⁴. Позднее, в Средние века, глоссаторы, изучавшие римское право, оценивали *aequitas* как противовес формальному, строгому праву, особенно в смысле необходимости в определенных случаях смягчения норм строгого права. Обращение к *aequitas* считалось необходимым тогда, когда имеющиеся правовые источники не позволяли прийти к справедливому решению. Во многом на основании такого подхода получило свое развитие право справедливости в английской правовой традиции.

1.2. Средние века

Признается, что материально-правовое влияние раннего средневекового германского частного права на сегодняшнее понимание принципа *Treu und Glauben* было весьма незначительным по сравнению с влиянием римского права⁵. Таким образом, в Средние века нынешний немецкий принцип добросовестности был лишь сформулирован: *Treu und Glauben*, — тогда как его содержательный аспект сформировался только в XVIII–XIX вв. на основе римского права.

Сегодня в немецком языке слова *Treu* и *Glauben* употребимы не только применительно к § 242. *Treue* обозначает в основном челове-

¹ Looschelders / Olzen // Staudinger. § 242. Rn. 9.

² Ibid. Rn. 11.

³ Ibid. Rn. 12.

⁴ Duve // HKK-BGB. § 242. Rn. 7.

⁵ Schmidt J. // Staudinger. Berlin, Sellier-de Gruyter, 1995. § 242. Rn. 8.

ческое качество — надежность. В то время как *Glaube* используется в двух значениях, а именно: как ключевое понятие религиозной жизни (вера в бога) и как выражение личного доверия тем или иным обстоятельствам в обычной жизни¹. В немецком законодательстве отдельно термин *Treue* вообще отсутствует, а *Glaube* употребляется в основном в свете свободы вероисповедования (*Glaubensfreiheit*). Оба слова изначально развивались по отдельности. *Treue* в Средние века упоминается как этическая категория, которая в те времена являлась ключевым понятием рыцарской системы добродетельности. Связанный с этим правовой смысл *Treue* означал надежность лица в его поведении в связи с заключенным договором. *Glaube*, если не брать религиозный смысл этого слова, понимался как доверие или вера одного лица в честность другого лица, давшего определенные обещания и/или имевшего определенные обязательства. В одном из правовых документов 1366 г. *Glaube* обозначается как доверие честности попечителя².

То есть, по сути, оба этих термина означали одно и то же, только с позиций разных лиц. В немецкой литературе подчеркивалось, что эти термины в Средние века в большей или меньшей степени понимались синонимично. Близость значений этих терминов явилась предпосылкой к тому, что они стали применяться не отдельно друг от друга, а слились вместе в одно словосочетание³ и образовали так называемую парную формулу⁴. Произошло это, как считается, в XIV в.⁵

Изучение средневековых исторических правовых документов, в которых имелись разнообразные примеры применения формулы *Treu und Glauben*, показывало, что содержание правоотношений определялось не абстрактно в силу наличия этой формулы. Подчеркивалось, что только соответствующий контекст, в котором применялся принцип *Treu und Glauben*, позволял определить суть правоотношения⁶. То есть и в те времена принцип *Treu und Glauben* не являлся определенной нормой, содержащей готовые правила для регулирования той или иной ситуации.

Исследование средневековых немецких правовых источников позволяет сказать, что принцип *Treu und Glauben* имел несколько разных

¹ Strätz H.-W. *Treu und Glauben*. S. 41.

² Ibid. S. 48–49.

³ Ibid. S. 85, 87.

⁴ Ibid. S. 42.

⁵ Ibid. S. 88.

⁶ Ibid. S. 103.

значений, в зависимости от того или иного проявления частноправовой составляющей в регулируемых отношениях. В основном выделяют два значения¹. В первом случае речь идет о верности договору, т.е. о необходимости соблюдения своих обязанностей, особенно там, где их нужно исполнить не сразу, а через какое-то определенное время. Ключевым здесь являлось то, что обязательство должно исполняться. Во втором случае выделялась обязанность лица при реализации своих прав учитывать права других лиц. Здесь ключевым моментом уже было не то, что обязательство должно исполняться, а то, как оно должно исполняться. Прежде всего это касалось правоотношений, содержащих элементы доверительности (*Treuhandverhältnisse*).

Как видно, сегодняшнее понимание принципа *Treu* и *Glauben* отличается от того, которое имело место в Средние века. Сейчас преобладает точка зрения, что участники правоотношения при определенных обстоятельствах обязаны или управомочены отклониться от дословного содержания обязательства и должны исполнять обязанности в соответствии с представлениями о правовой справедливости, т.е. другим способом и образом, нежели было первоначально согласовано. В современном понимании принципа *Treu und Glauben* формальная обязанность исполнения обещанного находится как бы на заднем плане. Поэтому нельзя говорить о тесной связи между средневековым и сегодняшним значениями этой формулы. Сегодня *Treu und Glauben* как предписанный масштаб поведения в большей степени соответствует римскому *bona fides*, что, как подчеркивалось, позволяет говорить о том, что средневековый период оказал ограниченное влияние на формирование данного принципа².

В отличие от *bona fides* в средневековый период принцип *aequitas* получил куда большее распространение, не в последнюю очередь в силу восприятия его христианской религией в качестве принципа справедливости. Каноническое право, воспринявшее и адаптировавшее *aequitas* под религиозные цели, во многом придавало ему также содержательные черты нравственности, этики и морали. Поскольку каноническое право в Средние века охватывало многие области частного права, включая договорные отношения³, значение *bona fides* вытеснялось каноническим пониманием справедливости. Дополни-

¹ Strätz H.-W. *Treu und Glauben*. S. 279.

² Ibid. S. 286.

³ Wesenberg G. *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, 3. Aufl. Lahr/Schwarzwald, 1976. S. 20–24.