

ПРЕДИСЛОВИЕ

Принцип добросовестности, как известно, может касаться каждой конкретной практической ситуации и в этой роли имеет значение для всего гражданского права. В этом плане он просто немислим 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 комплексного исследования доктринальных основ в определенной системе, которая могла бы служить если не фундаментом, то отправной точкой как для практического понимания, так и для дальнейшего теоретического рассмотрения отдельных аспектов принципа добросовестности, а также правил и правовых институтов, на нем основанных. Основным материалом для исследований послужил правовой опыт Германии, где и благодаря которому принцип добросовестности получил наибольшее развитие.

Настоящее издание основано на моей докторской диссертации «Принцип добросовестности. Основы теории и правоприменения в контексте немецкого правового опыта» и представляет собой вторую переработанную и дополненную версию вышедшей в 2019 г. монографии «Принцип добросовестности: развитие, система, проблемы теории и практики», получившей в том же году Германо-российскую юридическую премию как лучшая научная работа на русском языке.

Настоящая работа, являясь частной инициативой, проводилась вне стен российских научных и образовательных учреждений. При этом

хотел бы выразить благодарность профессору Е.А. Суханову за его советы при оформлении исследования в формат докторской диссертации. Большое спасибо доктору юридических наук А.Г. Карапетову за его неравнодушие и поддержку моей исследовательской работы. С большой теплотой и благодарностью хотел бы сказать о научной и моральной поддержке, к сожалению, ушедшего от нас профессора А.Л. Маковского. Его мудрая настойчивость помогла мне довести проведенные исследования до защиты докторской диссертации.

Кирилл Нам,
доктор юридических наук (НИУ ВШЭ),
LL.M (Гейдельберг)

ВВЕДЕНИЕ

К концу прошлого столетия во многих европейских правовых порядках сложилось в целом достаточно четкое понимание сути и содержания принципа добросовестности. Считается, что ему подчинена вся правовая жизнь. Он имеет значение не только в обязательственном праве, но и везде, где имеется особая связь между двумя и более лицами, например, в других областях гражданского права, таких как вещное или семейное право, а также в публичном праве, в процессуальном праве. Но при этом, как правильно отмечалось, несмотря на то, что принцип добросовестности является одним из ключевых понятий классического права, на основании которого возникли многие институты и положения современного гражданского права, ни один из европейских кодексов не дает определение данному принципу, не раскрывает его содержания, не существует однозначного решения по данным вопросам в доктрине гражданского права¹.

При разработке первой части российского Гражданского кодекса (далее — ГК РФ) в первой половине 90-х гг. прошлого столетия было принято решение не включать в текст кодекса указание на принцип добросовестности как принцип гражданского права. По всей видимости, разработчики опасались, что в условиях отсутствия четких сформированных понятий принципа добросовестности, при остром дефиците теоретической базы, а также в силу пока еще иной правовой ментальности нашего правового порядка, в период слома советской системы хозяйствования и перехода к рыночным условиям было бы преждевременным включать в гражданский кодекс принцип добросовестности.

¹ *Попова А.В.* Принцип добросовестности в международном коммерческом обороте: Законодательство и судебная практика Российской Федерации и стран — членов Европейского Союза: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 6.

Но два десятилетия, прошедшие с момента принятия части первой ГК РФ, показали, что современное гражданское право не может существовать без такой системообразующей категории, как принцип добросовестности. В Преамбуле Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации разработчиками изменений указывалось, что развитие экономики и становление гражданского общества требуют использования всех средств гражданско-правового характера¹. В качестве одной из основных мер было предложено ввести в гражданское законодательство принцип добросовестности как один из наиболее общих и важных принципов гражданского права.

Принцип добросовестности как общий принцип гражданского права был закреплен в тексте ГК РФ в процессе реформирования гражданского законодательства России в 2013–2015 гг. В 2013 г. ст. 1 ГК РФ «Основные начала гражданского законодательства» была дополнена нормами о том, что «при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно», «никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного положения». Далее в 2015 г., словно стремясь еще раз подчеркнуть важность принципа добросовестности, норма о нем была воспроизведена законодателем также в ст. 307 ГК РФ «Понятие обязательства»: «При установлении, исполнении обязательства и после его прекращения стороны обязаны действовать добросовестно, учитывая права и законные интересы друг друга, взаимно оказывая необходимое содействие для достижения цели обязательства, а также предоставляя друг другу необходимую информацию». Кроме того, только в Общей части ГК РФ содержится достаточно много норм, так или иначе связанных с принципом добросовестности. В каких-то он прямо упоминается, в каких-то нет, но тем не менее сами эти нормы, как признается многими, являются материализацией, конкретизацией принципа добросовестности (например, п. 2 ст. 6; ст. 10; п. 3 ст. 53; п. 4 ст. 62; п. 3 ст. 157; п. 2, 5 ст. 166; п. 2 ст. 179; ст. 220, 431.1; п. 3 ст. 432; ст. 434.1; п. 4 ст. 450; п. 4, 5, 6 ст. 450.1; ст. 451 ГК РФ и др.).

Закрепление принципа добросовестности в российском гражданском праве обусловило обращение внимания к нему судебной системы. Однако недостаточно четкое представление о соответствующей правовой материи повлекло существенные трудности при применении

¹ Пункт 6 Преамбулы Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.

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.

На сегодняшний день, как и 20 лет назад, отсутствуют достаточные доктринальные разработки, отвечающие современным требованиям и уровню гражданского оборота и ориентированные на возможность использования их в реальном гражданско-правовом обороте. Судебная практика также не привнесла, да и не могла за столь короткий срок привнести в отсутствие релевантной доктрины какой-либо значительный вклад. Качественный уровень судейского корпуса и судебной системы в целом за последние 25 лет вырос не настолько, чтобы, не сомневаясь, передать ему в руки развитие принципа добросовестности.

В литературе подчеркивалось, что данный принцип может являться достаточно мощным оружием судебной практики, которая с его помощью может дополнять и развивать позитивное право. Но при этом любое оружие в неумелых руках либо в руках лиц с не самыми добрыми намерениями может оказаться весьма опасным и привести к противоположному результату. И в этом смысле судебная практика, неспособная оперировать принципом добросовестности с должным пониманием его целей и задач, может причинить большой вред и стабильности оборота, и праву в целом².

Очевидно, что правоприменитель, имея в руках такой инструмент, как принцип добросовестности, должен не только более или менее четко понимать его цели и задачи, но и иметь представление о функциях, сферах применения, методах и способах реализации этого принципа в конкретных делах. Всем этим должна обеспечивать судью юридическая наука. Первостепенными задачами на данном этапе и в ближайшем будущем являются разработка, формулирование и описание правового инструментария, необходимого для эффективного применения, реализации принципа добросовестности в российском гражданском праве.

В российском гражданском праве вопросы, связанные с принципом добросовестности, неоднократно являлись объектом научных работ. В частности, можно отметить труды Г.Т. Бекназар-Юзбашева, Е.Е. Богдановой, Е.В. Василенко, Т.Ю. Дроздовой, Д.Л. Кондратюк,

¹ См.: *Скловский К.И.* Применение права и принцип добросовестности // Вестник экономического правосудия. 2018. № 2. С. 95.

² См.: *Егоров А.В.* Принцип добросовестности в Гражданском кодексе РФ: первые шаги реформы // Legal Insight. 2013. № 2. С. 4.

О.В. Мазур, Т.В. Новиковой, Л.В. Пашацкой, А.В. Поповой, Е.А. Со- рокиной, А.В. Татарникова и др. При этом в данных работах принцип добросовестности не исследовался исходя из опыта его применения в национальном правопорядке за прошедшие исторические периоды и, как следствие, не раскрывалась его суть с точки зрения той роли, которую этот принцип де-факто играет в гражданском праве, в первую очередь в правоприменении. Основной проблемой познания и разработки теоретических основ категории принципа добросовестности в российском праве, как представляется, является недостаточность внимания к тем правопорядкам, в первую очередь к немецкому праву, где принцип добросовестности был достаточно развит как в судебной практике, так и на доктринальном уровне.

Отдельные вопросы, в той или иной степени связанные или имеющие отношение к категории принципа добросовестности, такие, например, как справедливость, разумность, или частные случаи проявления и применения принципа добросовестности, исследовались, например, в работах таких авторов, как В.А. Вайпан, Ю.В. Виниченко, В.А. Волков, Л.В. Волосатова, К.В. Гнищевич, В.И. Емельянов, С.А. Иванова, Н.А. Ковалева, М.Ф. Лукьяненко, М.В. Новиков, Т.Г. Очхаев, П.В. Панченко, О.А. Порогикова, И.В. Сазанова и др.

Из дореволюционной литературы, посвященной вопросам принципа добросовестности, стоит отметить работу И.Б. Новицкого, опубликованную им в 1916 г. Данная статья была переиздана в 2016 г. и имеет большую популярность у отечественных исследователей категории принципа добросовестности и выступает в качестве основного теоретического труда, посвященного данному принципу. Однако актуальность данной работы в настоящий период времени ограничена тем, что она была написана более 100 лет назад, когда принцип добросовестности только начинал быть популярным в праве. При этом статья И.Б. Новицкого была основана на анализе немецких теоретиков права. Но за прошедший 100-летний период и судебная практика, и доктрина в Германии проделали огромный путь. В связи с чем необходимы актуальные сравнительно-правовые исследования.

Немецкое право как основной источник для настоящего исследования было выбрано в связи с тем, что именно в немецком праве категория принципа добросовестности получила наибольшее развитие, и именно немецкий опыт стал примером и основой для рецепции во многие национальные правопорядки и оказал влияние на международные унифицированные документы. В основу исследования было положено изучение и осмысление трудов таких авторов, как N. Al-Shamari,

Н. Brox, F. Boerner, C.-W. Canaris, G. Caspers, B. Dauner-Lieb, H. Dernburg, H. Doerner, T. Duve, V. Emmerich, F. Endemann, J. Esser, F. Fikentscher, T. Finkenauer, R. Gaier, J. Gernhuber, H.-C. Grigoleit, C. Grueneberg, H.-P. Haferkamp, M. Hamburger, J.W. Hedemann, H. Hermann, C.-L. Holtfrelich, H. Honsell, G. Hubernagel, R. v. Jhering, J. Kohler, H. Koziol, K. Kuhlmann, K. Larenz, D. Looschelders, U. Magnus, D. Medicus, G. Müller, H.C. Nipperdey, K.W. Noerr, P. Oertmann, D. Olzen, A. Pohlmann, G. Roth, F.-K. Savigny, J. Schmidt, K. Schneider, W. Siebert, R. Stammler, E. Steinbach, M. Stolleis, H.-W. Strätz, A. Teichmann, W. Weber, F. Wieacker, B. Winscheid и др.

Объектом исследования являлись отношения субъектов гражданских правоотношений, регулируемые гражданским правом в контексте необходимости учета и применения принципа добросовестности. При этом исследование строилось на изучении и осмыслении в первую очередь немецкого правового опыта. Анализ российского права проводился посредством сравнительного правоведения в контексте результатов, полученных при изучении немецкого опыта, а также подходов в других национальных правовых порядках и в международных унифицированных документах.

Настоящая работа представляет собой комплексное исследование развития, становления, применения категории принципа добросовестности в рамках национального правового порядка на основе немецкого правового опыта, что позволяет выявить и проанализировать особенности ее влияния на развитие гражданского законодательства, правовое регулирование гражданских правоотношений, правоприменение. Именно такой подход, базирующийся на анализе того, как работает принцип добросовестности на практике и как правоприменение воспринимается и систематизируется в доктрине, позволили понять и сформулировать суть, содержание, значение и роль принципа добросовестности в гражданском праве применительно к правовым порядкам, основанным на кодифицированной системе права.

Глава 1

РАЗВИТИЕ ПРИНЦИПА ДОБРОСОВЕЩНОСТИ (*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 права и т.д.² Кроме того, успешный немецкий опыт развития применения принципа добросовестности послужил примером как для многих национальных правопорядков, 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, в немецком праве уже не оспаривается. Нередко можно встретить высказывания, что § 242 Германского гражданского уложения (ГГУ) стал принципом,

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.

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, что имеет большое значение для российского права, необходимо иметь представление об историческом развитии принципа добросовестности (*Treu und Glauben*) в немецком праве.

§ 1. Первые этапы развития принципа добросовестности

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 предержавших 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 нравственного явления, как вера. Вера как собственная вера и доверие к чужой честности, верность данному слову, нравственная обязанность всех

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.

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 защиту³, а из *fides* возникло правовое понятие *bona fides*⁴. Это привнесло повышенную степень защиты доверия между лицами, состоящими между собой в правовых отношениях⁵. *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 требованиям взаимного

¹ Карлявин И.Ю. Указ. соч. С. 133.

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

³ Сорокина Е.А. Категория добросовестности в западной правовой традиции: историко-правовой аспект: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 7.

⁴ *Looschelders / Olzen // Staudinger. § 242. Rn. 8.*

⁵ *Duve // HKK-BGB. § 242. Rn. 5.*

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. Особенно, 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 человеческое качество — надежность. В то время как *Glaube* используется в двух значениях, а именно: как ключевое понятие религиозной жизни

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.*