

## ИСТОРИЯ ПРИНЦИПА ДОБРОСОВЕСТНОСТИ (TREU UND GLAUBEN) ДО ПРИНЯТИЯ ГЕРМАНСКОГО ГРАЖДАНСКОГО УЛОЖЕНИЯ

**Аннотация.** *Treu und Glaube* (принцип добросовестности) в праве Германии является сегодня основополагающим принципом практически для всех правовых отношений как между равными субъектами права в частном праве, так и между лицами, находящимися между собой в отношениях власти и подчинения в области публичного права. Сегодня *Treu und Glaube* служит общим правовым принципом для самых разных областей права — обязательственного, вещного, трудового, семейного и др., процессуального и публичного права. Недавно добросовестность в качестве принципа гражданского права была введена в российский Гражданский кодекс. Еще предстоит понять, осознать и научиться эффективно использовать принцип добросовестности в российском праве. Для лучшего понимания добросовестности необходимо знать и понимать, как это правовое явление развивалось в историческом разрезе в немецком праве. В Германии отношение к добросовестности было неоднозначным на протяжении всего существования § 242 Германского гражданского уложения. Но то, что *Treu und Glaube* имеет непереоценимое значение не только для гражданского права, но и для всей правовой системы Германии, в немецком праве не оспаривается. В настоящей статье, основанной на изучении немецкой правовой литературы, рассматривается история правовых подходов к добросовестности, которые привели к появлению в Германском гражданском уложении нормы § 242 «*Treu und Glaube*». Рассматриваются исторические периоды с римского права и правовой категории *bona fides*, Средние века и появление и значение немецких терминов *Treu und Glaube*. Важной вехой стал XIX в., когда появились первые кодификации, содержавшие нормы, предшествовавшие § 242. Описываются также процесс подготовки проекта Германского гражданского уложения и собственно нормы о *Treu und Glaube*, а также законодательное принятие уложения и дебаты вокруг § 242.

**Ключевые слова:** добросовестность, принцип добросовестности, *Treu und Glaube*, Германское гражданское уложение, разработка и принятие ГГУ, первые кодификации немецкого гражданского права, немецкое право, немецкое гражданское право, римское право, *bona fides*, гражданское право, гражданское законодательство.

**DOI: 10.17803/1729-5920.2018.138.5.097-108**

Принцип добросовестности (*Treu und Glaube*) в немецком праве является основополагающим принципом всего правового обо-

рота как между равными субъектами права, так и между лицами, находящимися между собой в отношениях власти и подчинения в об-

© Нам К. В., 2018

\* Нам Кирилл Вадимович, кандидат юридических наук, магистр частного права (LLM), научный сотрудник Института иностранного и международного частного и экономического права юридического факультета Гейдельбергского университета  
6964889@gmail.com  
69117, Германия, г. Гейдельберг, Аугустинергассе, д. 9

ласти публичного права<sup>1</sup>. Согласно господствующему сегодня бесспорному мнению *Treu und Glauben* служит общим правовым принципом для самых разных областей права — обязательственного, вещного, трудового, семейного и др., процессуального и публичного права<sup>2</sup>.

С недавнего времени положения о принципе добросовестности содержит и российский Гражданский кодекс. И еще только предстоит понять и осознать необходимость, значение и содержание этого принципа.

Отношение к добросовестности в Германии на протяжении всего существования нормы § 242 ГГУ было неоднозначным. *Treu und Glauben* называли и необходимым аварийным клапаном, и суперревизионной нормой, именовали ее мертвой или пустой нормой. Опасность и, наоборот, позитивное значение ее применения оцениваются в немецкой литературе в зависимости от той или иной точки зрения 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 такие высказывания, что § 242 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.

Чтобы лучше представлять текущее понимание принципа добросовестности *Treu und Glauben* и его значение для правопорядка, который ему подчинен, полезно проследить историческое развитие *Treu und Glauben* в немецком праве. И начать, конечно, надо с периодов, предшествовавших закреплению его в Германском гражданском уложении.

## 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 предержащих о подчиненных. Почитались бережливость, совесть и стыд<sup>3</sup>. Данные аспекты социальных отношений в дальнейшем вышли за рамки религиозных связей и определяли содержание *fides* как самостоятельного нравственного понятия. Немецким правом признается, что изначальной основой для всей европейской правовой традиции послужили категории римского права и прежде всего *fides* и *bona fides*<sup>4</sup>. Считается, что *fides* является основой для понимания норм римского права<sup>5</sup>, является 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 людей выполнить свое обязательство, в чем бы оно ни выражалось»<sup>6</sup>. В качестве нравственного аспекта *fides* понималось как необходимая основа каждого правопорядка<sup>7</sup>.

Возрастающее значение права для неправовых 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*<sup>8</sup>. Это привнесло повышенную степень защиты доверия между

<sup>1</sup> *Strätz H.-W.* *Treu und Glauben*. Band 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.

<sup>2</sup> *Larenz K.* *Lehrbuch des Schuldrechts*. Erster Band : Allgemeiner Teil. München, 1987. S.127.

<sup>3</sup> *Карлявин И. Ю.* Методологическое значение *fides* (совесть) и *bona fides* (добрая совесть) в римском частном праве // *Lex Russica*. 2015. № 1. С. 133.

<sup>4</sup> *Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Buch 2 : Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zum Schuldrecht §§ 241—243. Neubearbeitung. Berlin, 2015. § 242 Rn. 7 (далее — *Staudinger/Looschelders/Olzen*).

<sup>5</sup> *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band II : Schuldrecht. Allgemeiner Teil. 1. Teilband : vor § 241 — § 304. Tübingen, 2007. § 242 Rn. 4 (далее — *HKK-BGB*).

<sup>6</sup> *Карлявин И. Ю.* Указ. соч. С. 133.

<sup>7</sup> *Staudinger/Looschelders/Olzen*. § 242 Rn. 8.

<sup>8</sup> *Staudinger/Looschelders/Olzen*. § 242 Rn. 8.

лицами, состоящими между собой в правовых отношениях<sup>9</sup>. *Bona fides* как правовая категория применялась, в частности, в таких правоотношениях, как купля-продажа, наем, 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 общепризнанные 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 (*Erlöschen der Forderung*) или лишения правовой защиты некоторых требований (*Verwirkung eines Anspruchs*). 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 *bona fides* также выводилась обязанность возмещения убытков, возникающих вследствие действий или воздержания от определенных действий, которые противоречили требованиям честного оборота или требованиям взаимного сотрудничества<sup>10</sup>. Таким образом, уже в римском праве принцип *bona fides* стал своего рода правовым понятием без четко определенного правового содержания, который служил как правовое основание для

возникновения определенных прав и обязанностей, а также использовался для определения содержания имеющих обязательств<sup>11</sup>.

Вторым столпом сегодняшнего немецкого *Treu und Glauben* в литературе называется римский принцип *aequitas*, который служил объективным масштабом для оценки правоотношений<sup>12</sup>. Он использовался для определения того, что юридическое решение вопроса должно звучать именно так, а не иначе, в особенности, что равное должно оцениваться равным образом (*Gleiches sollte gleich behandelt werden*). Принцип *aequitas* понимался в большей степени как справедливость и был связан в римском праве со справедливостью при оценке встречных предоставлений в двусторонних синаллагматических правоотношениях<sup>13</sup>. 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 из такого подхода получило свое развитие право справедливости в английской правовой традиции.

## СРЕДНИЕ ВЕКА

Признается, что материально-правовое влияние раннего средневекового германского частного права имело для сегодняшнего понимания *Treu und Glauben* небольшое значение<sup>14</sup>.

Сегодня в немецком языке слова *Treu* и *Glauben* употребимы не только применительно к § 242. Понятием *Treue* обозначается в основном человеческое качество, определяемое свойством надежности. В то время как *Glaube* используется в двух значениях, а именно как ключевое понятие религиозной жизни (вера в бога) и в простом понимании как выражение личного доверия тем или иным обстоятельствам<sup>15</sup>. В немецком законодательстве отдель-

<sup>9</sup> HKK-BGB/Duve. § 242 Rn. 5.

<sup>10</sup> Staudinger/Looschelders/Olzen. § 242 Rn. 9.

<sup>11</sup> Staudinger/Looschelders/Olzen. § 242 Rn. 11.

<sup>12</sup> Staudinger/Looschelders/Olzen. § 242 Rn. 12.

<sup>13</sup> HKK-BGB/Duve. § 242 Rn. 7.

<sup>14</sup> Staudinger/Schmidt. Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2 : Recht der Schuldverhältnisse. Einleitung zu §§ 241—243. Auflage 13. Berlin, 1995. § 242 Rn. 8.

<sup>15</sup> Strätz H.-W. *Treu und Glauben*. S. 41.

но 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 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, понималось как 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 к честности попечителя<sup>16</sup>.

То есть два этих термина означали, по сути, 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 в одно выражение<sup>17</sup> и образовали так называемую парную формулу<sup>18</sup>. Произошло это, как считается, в XIV в.<sup>19</sup>

Изучение средневековых исторических правовых документов, из которых следуют разнообразные примеры применения формулы *Treu und Glauben*, показало, что содержание правоотношений определялось не абстрактно в силу наличия этой формулы. Подчеркивалось, что только соответствующий контекст, в котором применялось *Treu und Glauben*, позволял определить, о чем в конкретном случае посредством этой формулы следовало бы говорить<sup>20</sup>. То есть и в те времена *Treu und Glauben* не являлось определенной нормой, содержащей готовые правила для регулирования той или иной ситуации.

Исследование средневековых немецких правовых источников позволяет сказать, что *Treu* и *Glauben* имели несколько отличающиеся значения в зависимости от того или иного проявления частноправовой составляющей

в регулируемых отношениях. В основном выделяют два значения<sup>21</sup>. В первом случае речь идет о верности договору, то есть об обязанности соблюдения своих обязанностей, особенно когда такие обязанности необходимо исполнить не сразу, а через некоторое 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 уже было не собственно исполнение обязательства, а то, как оно должно исполняться. Прежде всего это касалось правоотношений, содержащих элементы доверительности (*Treuhandverhältnisse*).

Как видим, сегодняшнее понимание принципа *Treu und Glauben* отличается от того содержания, которое придавалось ему в Средние века. Сейчас преобладает представление, что участники правоотношения при определенных обстоятельствах обязаны или управомочены отклониться от дословного содержания обязательства и должны исполнять обязанности в соответствии с представлениями разумности и справедливости 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 пониманием этого выражения и сегодняшним, которое как предписанный масштаб поведения в большей степени соответствует римскому *bona fides*. Это, как подчеркивалось, позволяет говорить о том, что средневековый период оказал ограниченное влияние на данный принцип, который является одной из основных категорий современного гражданского права<sup>22</sup>.

В отличие от *bona fides*, в средневековый период понятие *aequitas* получило куда большее распространение, не в последнюю очередь в силу восприятия его христианской религией в качестве справедливости. Каноническое право, воспринявшее и адаптировавшее *aequitas* под религиозные цели, во многом придавало

<sup>16</sup> Strätz H.-W. *Treu und Glauben*. S. 48—49.

<sup>17</sup> Strätz H.-W. *Treu und Glauben*. S. 85, 87.

<sup>18</sup> Strätz H.-W. *Treu und Glauben*. S. 42.

<sup>19</sup> Strätz H.-W. *Treu und Glauben*. S. 88.

<sup>20</sup> Strätz H.-W. *Treu und Glauben*. S. 103.

<sup>21</sup> Strätz H.-W. *Treu und Glauben*. S. 279.

<sup>22</sup> Strätz H.-W. *Treu und Glauben*. S. 286.

этому понятию также содержательные черты нравственности, этики и морали. Поскольку каноническое право имело в Средние века широкое распространение и охватывало многие области частного права, включая договорные отношения<sup>23</sup>, значение *bona fides* вытеснялось каноническим пониманием справедливости. Дополнение и корректировка содержания правовых сделок были связаны в те времена с принципом справедливости — *aequitas*<sup>24</sup>.

Исторически-сравнительный взгляд показывает, что широта значений терминов *bona fides*, *aequitas* и *Treu und Glauben* в раннем периоде германской правовой истории и их изменение в историческом аспекте не позволяют говорить о них как о единообразных, готовых, стоящих над временем формулах, призванных решать вопросы и проблемы, возникающие на современном этапе в связи с принципом *Treu und Glauben*. Но в качестве определенных шифров, то есть как рассмотрение их возникновения и развития в историческом аспекте, могут и должны использоваться для решения таких вопросов и проблем<sup>25</sup>.

Возникновение и развитие юридической науки в Европе в Средние века основывалось на изучении римских источников права<sup>26</sup> и носило в большей степени теоретический характер. Но именно результаты изучения римского права легли в основу законодательных актов позднесредневекового и послесредневекового периодов.

## XIX ВЕК

Появляющиеся в XVIII и XIX вв. кодификации показывают, как воспринимались в законодательных актах правовые мысли, основанные на понятиях *bona fides* и *Treu und Glauben*. Так, в кодифицированном общем праве Прусского государства (*prALR*) от 1794 г. в § 270 I 5 содержится довольно скромная норма о том, что «договоры должны исполняться в соответствии

с их полным содержанием». В дальнейшем значительную роль для последующих кодификаций оказал Французский гражданский кодекс 1804 г., в котором были закреплены нормы, вобравшие в себя значительный объем того, что было наработано европейской правовой мыслью в предыдущие столетия. В соответствии с абз. 3 ст. 1134 ФГК при исполнении договоров должнику вменяются обязанности лояльности (*obligation de loyauté*) и сотрудничества (*obligation de coopération*). Согласно ст. 1135 ФГК стороны обязываются не только к тому, что явно обозначено в договоре, но и ко всем последствиям, которые на них налагаются справедливостью, обычаями и законом в соответствии с природой правовой сделки. Считается, что следовавшие сразу за Французским гражданским кодексом кодификации Баденского права и Рейнского права переняли нормы французского права<sup>27</sup>. В абзаце 3 ст. 1134 Баденского права от 1810 г. было указано: «Договоры требуют честного исполнения». Аналогичная формулировка была воспроизведена и в абз. 3 ст. 1134 Рейнского права от 1814 г.: «Договоры должны выполняться честно». Статья 1135 Баденского права гласит, что договоры обязывают также ко всему тому, что вытекает из справедливости, обычая или закона. Статья 1135 Рейнского права закрепляла: договоры обязывают ко всему, что следует из справедливости, обычая или закона исходя из природы обязательства. Схожая формулировка содержалась и в ст. 150 проекта общего немецкого закона об обязательственных отношениях от 1866 г. (*Dresdner Entwurf*<sup>28</sup>): «Договор обязывает стороны договора не только к тому, что было обещано, но и к тому, что вытекает из закона или обычая или природы договора, если не были оговорены исключения из этого». Аналогичная формулировка содержалась в Общем немецком торговом кодексе от 1861 г. (*ADHGB*), который применялся в отдельных германских государствах второй половины XIX в.: «В отношении значения действий или воздержания от действий участников необхо-

<sup>23</sup> *Wesenberg G.* Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung. 3. Auflage. Lahr/Schwarzwald, 1976. S.20—24.

<sup>24</sup> *HKK-BGB/Duve.* § 242 Rn. 11.

<sup>25</sup> *HKK-BGB/Duve.* § 242 Rn. 20.

<sup>26</sup> *Wieacker F.* Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Göttingen, 1952. S. 26.

<sup>27</sup> *Staudinger/Looschelders/Olzen.* § 242 Rn. 19.

<sup>28</sup> Проект общего немецкого обязательственного права (Дрезденский проект) задумывался как общий кодификационный акт для всех государств Германского союза. Но с распадом последнего в 1866 г. проект принят не был.

димо учитывать обычаи торгового оборота». Как видим, нормы Французского гражданского кодекса 1804 г. оказали большое влияние на последовавшие за ним германские кодификации. В литературе подчеркивалось, что французское право послужило непосредственным примером для Германского гражданского уложения<sup>29</sup>.

В немецкой истории права считается, что формулировки норм указанных правовых актов XIX в. о необходимости учета не только буквального содержания договорных обязательств, а также того, что вытекает из обычаев, закона и природы договора, отражают подходы к пониманию принципа *Treu und Glauben*, что подтверждалось также судебной практикой того периода<sup>30</sup>. Сам термин *Treu und Glauben* в кодификационных актах появляется в § 858 Гражданского уложения Королевства Саксонии в 1863 г., согласно которому стороны договора должны его исполнять в соответствии с *Treu und Glauben* и таким образом, как это присуще честному человеку. В свою очередь, *Treu und Glauben* отождествлялось тогда с *bona fides*<sup>31</sup>. При этом подчеркивалось, что расширенное значение современного понятия *bona fides* отличается от значения в римском праве<sup>32</sup>.

Формулировки о необходимости подчинения договорных отношений оговоркам об обычаях оборота, о справедливости и природе обязательства объяснялись немецкими теоретиками XIX в. тем, что принцип *bona fides* должен быть воспринят общим обычным правом (*Gewohnheitsrecht*)<sup>33</sup>. Одна из характеристик понимания и определения содержания обязательств определялась следующим образом: «...с уверенностью можно положиться на сознание всех тех, которым правовые сделки известны не из теории, а только из практики»<sup>34</sup>.

Что касается понятий «доверие» и «честность», то *Treu und Glauben*, согласно мнению

немецкой науки XIX в., должно было выполнять функции определенного масштаба для защиты «от несоответствующих представлениям о нравственности нарушений доверия, на котором основываются человеческие взаимоотношения»<sup>35</sup>. Ожидания сторон правоотношения «находятся прежде всего под защитой обычаев, действующих среди честных людей»<sup>36</sup>. «Каждая сторона договора отвечает за негативные последствия, которые возникли вследствие ее волеизъявления, с которыми противоположная сторона в силу ее доверия к такому волеизъявлению связала ожидания приобретения ею определенного права требования из договора, если такое право требования не возникло в силу причин, о которых противоположная сторона не знала и не обязана была знать»<sup>37</sup>.

Таким образом, подчеркивалось, что в немецкой правовой науке XIX в. понятие *bona fides*, наряду с договоренностями сторон и применимыми положениями закона, фундаментальным образом определяло содержание обязанностей сторон<sup>38</sup>.

Изложенный выше обзор<sup>39</sup> немецких кодифицированных правовых актов XIX в. показывает, что правовые идеи, основанные в первую очередь на римском понимании *bona fides*, стали восприниматься позитивным правом в виде соответствующих правовых норм в законодательных актах. При этом, однако, в литературе подчеркивалось, что широкого содержательного применения в практике они в «позитивистском» XIX в. не получили: «Юриспруденция понятий, застывшая в ее логическом формализме с ее иллюзией полноценности правовых норм и позднелиберальным формализмом воли, едва ли могла в теории и практике начать взаимодействовать с такими социально-этическими принципами, как *Treu und Glauben*»<sup>40</sup>. «Украшение для учебников, на практике же

<sup>29</sup> *Dernburg H. Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des deutschen Reichs und Preußens. 3. Auflage. Halle, Verlag der Buchhandlung des Weisenshauses, 1905. S. 26.*

<sup>30</sup> *Staudinger/Looschelders/Olzen. § 242 Rn. 19, 23.*

<sup>31</sup> *HKK-BGB/Haferkamp. § 242 Rn. 27.*

<sup>32</sup> *Savigny F. K. v. System des heutigen römischen Rechts. Band I. Berlin, 1840, S. 4—5.*

<sup>33</sup> *Savigny F. K. v. System... Band V. Berlin, 1841. S. 138.*

<sup>34</sup> *Savigny F. K. v. System... Band V. S. 139.*

<sup>35</sup> *Savigny F. K. v. System... Band III. Berlin, 1840. S. 117—118.*

<sup>36</sup> *Savigny F. K. v. System... Band V. S. 108.*

<sup>37</sup> *Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts. Band II. 9. Auflage. Frankfurt am Main, 1906. S. 250 (Fn. 5).*

<sup>38</sup> *HKK-BGB/Haferkamp. § 242 Rn. 39.*

<sup>39</sup> См. подробнее: *Staudinger/Looschelders/Olzen. § 242 Rn. 18—24.*

<sup>40</sup> *HKK-BGB/Haferkamp. § 242 Rn. 21.*

редкое, крайне мало обобщенное, применяемое от случая к случаю вспомогательное средство» — так характеризовал один из немецких исследователей роль и значение *exceptio doli generalis* в XIX в.<sup>41</sup> В том же исследовании было подсчитано количество упоминаний *exceptio doli generalis* в первых 30 томах публикаций решений Верховного императорского суда (RG), начавшего свою деятельность с 1879 г. Первое упоминание появилось лишь в 1886 г. Всего же до 1892 г. было найдено лишь 10 упоминаний этого правового института<sup>42</sup>.

Здесь следует сказать, что и соответствующие нормы Французского гражданского кодекса, послужившие примером для многих немецких кодификаций, не получили практического значения не только на протяжении XIX, но и течение большей части XX в.<sup>43</sup> Приверженность немецкого правопорядка к формальному отношению к праву и правовым нормам, традиционализм и консерватизм в этом вопросе судебной системы и доктрины определяли отношение к принципу *Treu und Glauben* как к не очень востребованному правовому инструменту<sup>44</sup>. Хотя среди теоретиков права он считался бесспорно признанным аргументом правовой догматики и имеющим потенциально очень широкое поле для практического применения<sup>45</sup>. И только с началом Первой мировой войны и последовавшими за ней экономическими потрясениями, включая галопирующую инфляцию, со всеми вытекающими из этого последствиями как для предпринимательского и торгового оборота, так и для общегражданского оборота, внимание немецкого правопорядка обратилось к принципу *Treu und Glauben*. Тогда выяснилось, что правовое регулирование, основанное только на формальном подходе, не способно справиться с новыми задачами.

## ПОДГОТОВКА И ПРИНЯТИЕ ГГУ

После образования в 1871 г. Германской империи и внесения в декабре 1873 г. в Конституцию империи поправок, касающихся отнесения к компетенции законодательных органов империи принятия законодательных актов в области гражданского права, была начата работа по подготовке единого немецкого гражданского кодекса. 28 февраля 1874 г. была созвана предварительная комиссия, которая была призвана разработать план и методы формирования проекта немецкого гражданского уложения. Единое гражданское уложение для всех территорий, вошедших в Германскую империю, задумывалось как важный инструмент для создания правового единства в новом государстве. Предварительная комиссия представила свой отчет 15 апреля 1874 г. Этот отчет имеет для понимания ГГУ очень важное значение, т.к. одной из основных задач перед комиссией стояло формулирование отправных точек для разработки единого кодифицированного гражданского права<sup>46</sup>. На основании данного отчета затем начала работу с 22 июня 1874 г. первая комиссия по подготовке проекта ГГУ<sup>47</sup>. Членом предварительной комиссии и затем редактором первой комиссии был директор Вюртембергского верховного трибунала Франц Филип фон Кюбель (*Franz Phillip von Kübel*)<sup>48</sup>. Кюбель считался известным экспертом в области обязательственного права и обладал практическим опытом законотворческой деятельности. Он, в частности, участвовал в подготовке Дрезденского проекта обязательственного права 1866 г. Первая комиссия поручила Кюбелю разработку проекта ГГУ в части всего обязательственного права. Комиссия понимала, что данный объем работы был не под силу одному редактору, т.к. проект должен был разрабатываться с учетом законов, действовавших

<sup>41</sup> *Hedemann J. W.* Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen, 1933. S. 4.

<sup>42</sup> *Hedemann J. W.* Op. cit. S. 4f.

<sup>43</sup> *Ширвиндт А. М.* Принцип добросовестности в ГК и сравнительное правоведение // *Aequum ius*. От друзей и коллег к 50-летию профессора Д. В. Дождева / под ред. А. М. Ширвиндт. М.: Статут, 2014. С. 218.

<sup>44</sup> О позитивизме немецкого права в XIX веке — начале XX в. см.: *Wieacker F.* Op. cit. § 23.

<sup>45</sup> НКК-BGB/Haferkamp. § 242 Rn. 55.

<sup>46</sup> *Staudinger/Honsell.* Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einleitung zum BGB. Buch I. Berlin, 2013. Rn. 74.

<sup>47</sup> Первая комиссия по подготовке ГГУ состояла из 11 человек, в нее вошли практикующие юристы, судьи, чиновники, а также два представителя юридической науки: *Winscheid* и *Roth*. Первый специализировался на пандектном праве, второй — на частном немецком праве (см. подробнее: *Staudinger/Honsell.* Einleitung zum BGB. Rn. 77—79).

<sup>48</sup> *Staudinger/Olzen.* Einleitung zum Schuldrecht. Rn. 122.

в отдельных государствах немецкой империи. Поэтому ему в помощь были приданы два сильных правоведа — Карл Фогель (Karl Vogel) и Карл Эге (Karl Ege). Однако Кюбель не смог полностью закончить порученную ему работу, он умер в 1884 г. от продолжительной болезни. Тем не менее существенная часть работы им была сделана, особенно в области общей части обязательственного права.

Наработки Кюбеля во многом основывались на Дрезденском проекте. Положения, позднее нашедшие свое место в § 242 ГГУ, были разделены у него на две различные в системном плане части. Одна часть была посвящена договорам, другая — обязательственным отношениям в целом. В проекте Кюбеля в разделе 20 «Права и обязанности из договоров», в § 1, сохранилась следующая формулировка: «Договор обязывает стороны к тому, что в качестве содержания договорных обязанностей следует из положений договора и из природы договора и соответствует закону или обычаю». В разделе 13, посвященном обязательственным отношениям в целом, в § 196, было сформулировано правило: «Стороны обязательственного правоотношения обязаны по отношению друг к другу выполнять свои обязательства честно и правильно с применением той степени заботливости, которая ими обещана или к которой они обязаны в силу закона». Как видим, указанные формулировки схожи с теми нормами, что были заложены в Дрезденский проект немецкого обязательственного права, который, в свою очередь, учитывал развитие института *Treu und Glauben* в XIX в. в немецкой правовой литературе и опыт его позитивизации в более ранних законодательных актах отдельных государств.

С представлением в комиссию в 1882 г. первых проектов начались их обсуждения, которые привели к различным изменениям формулировок. В первую очередь не был поддержан отказ Кюбеля от терминологического выражения *Treu und Glauben*. Члены комиссии полагают, что «общее интерпретационное правило»,

которое связывает обязательства из договора не только с соглашением сторон и позитивными нормами закона, имеет значительное практическое значение и обещает принести большую пользу для гражданско-правового оборота<sup>49</sup>. При этом подчеркивалось, что предметно изменения формулировок не противостоят предложениям Кюбеля<sup>50</sup>. В результате изменений, внесенных комиссией, прежняя редакция § 1 раздела 20 получила новую нумерацию — § 359 Проекта 1 и была сформулирована следующим образом: «Договор обязывает стороны к тому, что в качестве содержания обязательств вытекает из условий и природы договора в соответствии с законом и обычаями оборота и с учетом *Treu und Glauben*»<sup>51</sup>. При этом в материалах комиссии содержание *Treu und Glauben* раскрывалось в скобках как действия честного человека<sup>52</sup>.

В связи с новой формулировкой § 359 Проекта 1, касающегося договорных отношений, было решено убрать как ненужные слова «честно и правильно» из общей нормы об обязательствах. В новой редакции данная норма под номером § 224 Проекта 1 гласила: «Должник в соответствии с обязательственным отношением обязан полностью исполнить свои обязанности». Далее в данный параграф со стороны верховного правительственного совета Баварии было предложено внести изменения и изложить формулировку следующим образом: «Должник обязан исполнить обязательство, как этого требует *Treu und Glauben*».

В результате возник вопрос о соотношении § 224, имеющего значение для обязательственных правоотношений в целом, с предписанием § 359, который касался только договорных отношений. В итоге было решено § 359 из текста проекта убрать, а § 224 сформулировать таким образом: «Обязательство должно исполняться так, как этого требует *Treu und Glauben* с учетом обычаев оборота»<sup>53</sup>.

Вторая комиссия по подготовке гражданского уложения была созвана в конце 1890 г. По численности она превышала первую и состоя-

<sup>49</sup> *Jacobs H. H., Schubert W.* Beratung des BGB. Recht des Schuldverhältnisses. Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB. Bd. I. 1978. S. 47.

<sup>50</sup> *Jacobs H. H., Schubert W.* Op. cit. S. 47.

<sup>51</sup> Данная формулировка вошла под номером § 359 в текст первого Проекта Гражданского уложения (E 1) в редакции первого обсуждения 1-й комиссии (1884—1887) (*Staudinger/Honsell*. Einleitung zum BGB, Rn. 79).

<sup>52</sup> *Staudinger/Looschelders/Olzen*. § 242 Rn. 31.

<sup>53</sup> *Staudinger/Looschelders/Olzen*. § 242 Rn. 33.

ла из постоянных (12 человек) и непостоянных (13 человек) членов. Перед новой комиссией не ставилось каких-то определенных содержательных задач, и сама она в этом плане не внесла в проект ГГУ каких-то принципиальных решений<sup>54</sup>. При второй комиссии была создана редакционная комиссия, которая занималась вопросами внутренней систематики и формулировками проекта. Проект второй комиссии содержал много текстуальных изменений, но при этом были учтены некоторые предложения отдельных государств и интересы отдельных групп<sup>55</sup>.

Во время работы второй комиссии редакция § 224 не претерпела значительных изменений. Здесь можно упомянуть инициативу профессора права Тюбингского университета Мандри (*Mandry*), который предлагал свою формулировку: «К чему обязательство обязывает должника и как он должен исполнять свои обязанности, должно определяться в соответствии с *Treu und Glauben* и с учетом обычаев оборота».

Примечательно, что во время обсуждений поднимался вопрос о целесообразности закрепления нормы в общей части гражданского уложения, т.к. исходя из своего смысла и содержания, она могла бы регулировать отношения, вытекающие из вещных, имущественных и наследственных правоотношений. Но данная инициатива не нашла поддержки и реализована не была<sup>56</sup>.

В результате формулировка нормы § 224 была изменена редакционной комиссией незначительно: «Должник обязуется исполнить обязательство таким образом, как это соответствует *Treu und Glauben* и обычаям оборота». Затем формулировка подверглась еще раз незначительному изменению: «Должник обязуется исполнить обязательство таким образом, как этого требует *Treu und Glauben* с учетом обычаев оборота». В этой уже окончательной редакции норма была 22 октября 1895 г. в составе Проекта 2 ГГУ передана рейхсканцлеру и в дальнейшем была принята рейхстагом и бундесратом как § 242 ГГУ.

Острые дебаты разгорелись вокруг нормы во время обсуждений в рейхстаге, в первую очередь относительно того, насколько § 242 охватывает права возражения должника в случае недобросовестности кредитора. Отдельные парламентарии вносили предложения о необходимости в связи с этим изменения формулировки нормы. Так, например, депутат Дзимбовски (*Dziembowski*) предлагал следующую формулировку: «Обязанное лицо вправе возражать против осуществления права другой стороной, если оно исходя из поведения кредитора или его заявлений противоречит *Treu und Glauben*». Однако возобладало возражения на это, что обсуждаемая норма, еще начиная с формулировки § 359 Проекта I ГГУ, уже содержит в себе *bona fides*, что, в свою очередь, делает отдельное включение *exceptio doli generalis* в законодательный текст излишним<sup>57</sup>. В протоколах комиссии ко второму чтению содержалось примечание о том, что указание на *Treu und Glauben* и обычаи оборота применимы не только к обязательственным отношениям из договоров, а ко всем обязательствам. Необходимо подчинить содержание любого обязательства между кредитором и должником предписаниям § 242, для чего в судебной практике следует использовать *exceptio doli generalis*<sup>58</sup>. Тем самым внесенные предложения приняты не были. С другой стороны, звучали восторженные и хвалебные высказывания в адрес новой нормы. Она называлась прогрессивной, способной содействовать дальнейшему развитию права<sup>59</sup>.

В процессе принятия гражданского уложения звучали и другие инициативы по изменению нормы § 242. Так, ко второму чтению поступало предложение вычеркнуть из текста нормы ссылку об обязательности учета обычаев оборота<sup>60</sup>. В основе данного предложения лежал аргумент, что не представляется возможным обосновать нахождение вместе и учета требований *Treu und Glauben*, и учета обычаев оборота, т.к. масштабы обоих понятий совершенно различны. Объяснялось это тем, что необходимость соответствия содержания

<sup>54</sup> *Staudinger/Honsell*. Einleitung zum BGB, Rn. 84.

<sup>55</sup> *Staudinger/Olzen*. Einleitung zum Schuldrecht Rn. 130.

<sup>56</sup> *Staudinger/Looschelders/Olzen*. § 242 Rn. 34.

<sup>57</sup> Подробнее см.: *HKK-BGB/Haferkamp*. § 242 Rn. 47—54.

<sup>58</sup> *Steinbach E*. *Treu und Glauben im Verkehr: Eine civilistische Studie*. Wien, 1900. S. 5.

<sup>59</sup> *Staudinger/Looschelders/Olzen*. § 242 Rn. 36.

<sup>60</sup> *Steinbach E*. *Op. cit.* S. 4.

обязательства принципу *Treu und Glauben* является абсолютным правилом. В то время как обычаи оборота могут рассматриваться только лишь как масштаб для толкования воли сторон. И в случае отклонения воли сторон от существующих обычаев оборота они учитываться не должны. Данному подходу была противопоставлена аргументация, что два этих масштаба не являются равнозначными. В каждом конкретном случае установление того, что соответствует *Treu und Glauben*, должно определяться с учетом обычаев оборота. В итоге предложение об исключении из текста нормы ссылки на учет обычаев оборота было отклонено.

Германское гражданское уложение было принято рейхстагом 1 июля 1896 г., одобрено бундесратом 14 июля 1896 г., опубликовано 24 августа 1896 г. Вступило ГГУ в силу с 1 января 1900 г. С принятием ГГУ принцип *Treu und Glauben*, закрепленный в § 242 ГГУ («Должник обязан исполнить обязательство таким образом, как этого требует *Treu und Glauben* с учетом обычаев оборота») стал нормой закона. Словосочетание *Treu und Glauben* употребляется в Кодексе также в § 157, 162, 307, 320 и 815.

Развитие принципа *Treu und Glauben* с принятием и вступлением в силу ГГУ ни в коем случае не остановилось. Наоборот, широчайшее развитие как в литературе, так и в судебной практике принцип получил именно после вступления в силу ГГУ. И это масштабное развитие, оказавшее в результате огромное влияние не только на немецкую правовую систему, но и на многие европейские правовые порядки, в том числе и на российский гражданский кодекс, международные унифицированные акты, представляет собой значительный интерес для

отечественного читателя. Знание и понимание дальнейшего развития принципа добросовестности позволит лучше понять значение, содержание и функции не только принципа добросовестности в российском праве, но и других правовых институтов, которые были сформированы в процессе развития *Treu und Glauben* и со временем отпочковались для самостоятельного существования.

В последующие периоды после принятия ГГУ уже следует различать историю развития самого принципа *Treu und Glauben* и историю правовых положений и правовых институтов, которые были развиты в процессе применения § 242.

Изучение возникновения и развития принципа добросовестности в немецком праве имеет большое значение для российского права. Не так давно, в 2013 г., в ст. 1 Гражданского кодекса РФ была включена норма о принципе добросовестности. При этом добросовестность рассматривается законодателем как принцип всего гражданского права. Помимо этого, в 2015 г. в ст. 307 ГК РФ была также включена норма о подчинении обязательственных отношений требованиям добросовестности. Российская правовая наука мало знакома с этим новым для нас правовым явлением. И для лучшего понимания этой правовой категории необходимо знать, как она развивалась в немецком правовом порядке. Считается, что именно в немецком праве принцип добросовестности получил самое большое развитие и оказал влияние не только на немецкий правовой порядок, но и на правовые порядки других стран и имел определяющее значение для унифицированных правовых документов в этом вопросе.

#### БИБЛИОГРАФИЯ

1. Карлявин И. Ю. Методологическое значение *fides* (совесть) и *bona fides* (добрая совесть) в римском частном праве // *Lex Russica*. — 2015. — № 1.
2. Ширвиндт А. М. Принцип добросовестности в ГК и сравнительное правоведение // *Aequum ius*. От друзей и коллег к 50-летию профессора Д. В. Дождева / под ред. А. М. Ширвиндт. — М. : Статут, 2014.
3. *Dernburg H.* Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des deutschen Reichs und Preußens. — 3. Auflage. — Halle, Verlag der Buchhandlung des Weisenshauses, 1905.
4. *Hedemann J. W.* Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat. — Tübingen, 1933.
5. Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Band II : Schuldrecht. Allgemeiner Teil. 1. Teilband: vor § 241 — § 304. — Tübingen 2007.
6. J. von Staudingers Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. — Buch 1 : Einleitung zum BGB. Berlin 2013 ; Buch 2 : Recht der Schuldverhältnisse. Einleitung zum Schuldrecht §§ 241—243. Berlin, 2015.

7. J. von Staudingers Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. — Buch 2 : Recht der Schuldverhältnisse. Einleitung zu §§ 241—243. — Auflage 13. — Berlin, 1995.
8. Jacobs H. H., Schubert W. Beratung des BGB, Recht des Schuldverhältnisses. Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB.— Berlin 1978. — Bd. I : §§ 241—432.
9. Larenz K. Lehrbuch des Schuldrechts. — München, 1987. — Band I : Allgemeiner Teil.
10. Savigny, F. K. v. System des heutigen römischen Rechts.— Band I, III. Berlin, 1840. Band V. Berlin, 1841.
11. Steinbach E. Treu und Glauben im Verkehr: Eine civilistische Studie. — Wien, 1900.
12. Strätz H.-W. Treu und Glauben. — Band I : Beiträge und Materialien zur Entwicklung von Treu und Glauben in deutschen Privatrechtsquellen vom 13. bis zur Mitte 17. Jahrhunderts. — Paderborn, Schöningh, 1997.
13. Wesenberg G. Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung. — 3. Auflage. — Lahr/Schwarzwald, 1976.
14. Wieacker F. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. — Göttingen, 1952.
15. Winscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts. — 9. Auflage. — Frankfurt am Main, 1906. — Band II.

Материал поступил в редакцию 9 февраля 2018 г.

### HISTORY OF THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH (TREU UND GLAUBEN) BEFORE THE ADOPTION OF THE GERMAN CIVIL CODE

**NAM Kirill Vadimovich** — PhD in Law, Master of Private Law (LLM), Researcher of the Institute for Foreign and International Private and Economic Law, Law Faculty, University of Heidelberg  
6964889@gmail.com  
69117, Germany, Heidelberg, Augustinergasse, 9

**Abstract.** *Treu und Glauben (good faith) in German law is today a fundamental principle in virtually all legal relations between equal subjects of law in private law, or between persons who are in relations of power and authority in the field of public law among themselves. Today, Treu und Glauben serves as a general legal principle in different fields of law — obligations, property, labour, family etc., procedural and public law. Recently, good faith as a principle of civil law has been introduced into the Russian Civil Code. The principle of good faith in Russian law is yet to be understood, realized and used effectively. For a better understanding of good faith one needs to know and understand how this legal phenomenon developed in the historical context in German law. In Germany, the attitude to good faith has been mixed throughout the existence of §242 of the German Civil Code. However, the fact that Treu und Glauben has an invaluable importance not only for civil law but for the whole legal system of Germany has not been disputed in the German law. This article, based on the study of the German legal literature, considers the history of legal approaches to good faith which resulted in the German Civil Code §242 “Treu und Glauben”. The historical periods of Roman law and the legal category of bona fides, the Middle ages and the emergence and meaning of the German term Treu und Glauben are considered. An important milestone was the XIX century, when there appeared the first codifications that contained rules preceding §242. The author describes the process of preparation of the German Civil Code draft and the rules of Treu und Glauben, alongside with the legislative adoption of the Code and the debate concerning §242.*

**Keywords:** *good faith, principle of good faith, Treu und Glauben, the German Civil Code, drafting and adoption of the German Civil Code, first codification of German civil law, German law, German civil law, Roman law, bona fides, civil law, civil law.*

#### REFERENCES

1. Karlyavin I. Yu. Metodologicheskoe znachenie fides (sovest) i bona fides (dobraia sovest) v rimskom chastnom prave. 2015. Lex Russica. No. 1.
2. Shirvindt A. M. Printsip dobrosovestnosti v GK i sravnitelnoe pravovedenie. Aequum ius. Ot družei i kolleg k 50letiiu professora D. V. Dozhdeva. A. M. Shirvindt (ed.). 2014. Moscow : Statut.

3. *Dernburg H.* Schuldverhältnisse Die nach dem Rechte des deutschen Reichs und Preußens. 3. Auflage. 1905. Halle, Verlag der Buchhandlung des Weisenshauses.
4. *Hedemann J. W.* Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat. 1933. Tübingen.
5. Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Band II : Schuldrecht. Allgemeiner Teil. 1. Teilband : vor § 241 — § 304. 2007. Tübingen.
6. J. von Staudingers Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 1 : Einleitung zum BGB. 2013. Berlin ; Buch 2 : Recht der Schuldverhältnisse. Einleitung zum Schuldrecht §§ 241—243. 2015. Berlin.
7. J. von Staudingers Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2 : Recht der Schuldverhältnisse. Einleitung zu §§ 241—243. Auflage 13. 1995. Berlin.
8. *Jacobs H. H., Schubert W.* Beratung des BGB, Recht des Schuldverhältnisses. Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB. 1978. Berlin. Bd. I : §§ 241—432.
9. *Larenz K.* Lehrbuch des Schuldrechts. 1987. München. Band I : Allgemeiner Teil.
10. *Savigny F. K. v.* System des heutigen römischen Rechts. Band I, III. 1840. Berlin. Band V. 1841. Berlin.
11. *Steinbach E.* Treu und Glauben im Verkehr : Eine civilistische Studie. 1900. Wien.
12. *Strätz H.-W.* Treu und Glauben. Band 1 : Beiträge und Materialien zur Entwicklung von Treu und Glauben in Privatrechtsquellen deutschen vom 13. bis zur Mitte 17. Jahrhunderts. 1997. Paderborn, Schöningh.
13. *Wesenberg G.* Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung. 3. Auflage. 1976. Lahr/Schwarzwald.
14. *Wieacker F.* Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. 1952. Göttingen.
15. *Windscheid B.* Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Auflage. 1906. Frankfurt am Main. Band II.