

**ПРИНЦИП
ФОРМАЛЬНОГО
РАВЕНСТВА И ВЗАИМНОЕ
ПРИЗНАНИЕ ПРАВА
КОЛЛЕКТИВНАЯ МОНОГРАФИЯ**

Под общей редакцией

доктора юридических наук, профессора
В. В. Лапаевой,

доктора юридических наук, профессора
А. В. Полякова,

кандидата юридических наук, доцента
В. В. Денисенко



Электронные версии книг на сайте
www.prospekt.org



•ПРОСПЕКТ•

Москва
2016

Глава 12

ПРИНЦИП ДОБРОСОВЕСТНОСТИ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Д. В. Дождев

1 В конце XX в. категория добросовестности, которая в большинстве гражданских кодексов упоминалась ситуативно, выдвинулась в ранг общих принципов гражданского права. Если в Кодексе Наполеона (FCC) добросовестность управляет исполнением обязательств (art. 1134 (3)), в Германском гражданском уложении (BGB), помимо своей роли в исполнении обязательств (§ 242), выступает основанием обязанности по возмещению вреда (§ 826) и руководящим началом толкования договора (§ 157), в Итальянском гражданском кодексе (ICC) управляет не только исполнением обязательств (art. 1175), исполнением (art. 1375) и толкованием договора (art. 1366), но и отвечает за ведение переговоров (art. 1337), поведение до наступления отлагательного условия (art. 1358), порядок встречного исполнения обязательств (art. 1460 (2)), то в Швейцарском гражданском кодексе (SCC), помимо специальных положений, содержится ст. 2 с формулировкой общего принципа гражданского права, воспроизведенной в п. 3 ст. 1 ГК РФ: «При установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских отношений должны действовать добросовестно». В ГК Нидерландов (BW-1992) прежние категории доброй совести (*goede trouw*) и справедливости слились в новом понятии разумного и справедливого (*redelijkheid en billijkheid*)¹, которое не только управляет отношениями между должником и кредитором и содержанием возникающего из договора обязательства (arts. 6:2; 6:248 BW), но и выступает в общей части кодекса среди основных начал гражданского права (art. 3:12 BW): «При установлении требований разумного и справедливого следует принимать во внимание общепризнанные принципы права, текущие правовые взгляды в Нидерландах и задействованные в отношении общественные и частные интересы».

2. В Кодексе Наполеона формулировка абз. 3 ст. 1134 долгое время блокировалась положением абз. 1, который объявлял договор законом для сторон.

¹ Терминология была изменена для лучшего различения субъективной добросовестности (*goede trouw*), значимой для приобретения вещных прав от неуправомоченного отчуждателя (art. 1:11 BW), и объективной добросовестности, оперирующей в основном в обязательственном праве. См.: *Hesselink M. V. The Concept of Good Faith, in Towards a European Civil Code / A. S. Hartkamp, E. H. Hondius, C. A. Joustra, C. E. du Perron, M. Veldman (eds), 3rd ed. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 2004. P. 472* (в дальнейшем ссылки даются на последнюю публикацию этой работы с существенными изменениями: *Hesselink M. V. The Concept of Good Faith, in Towards a European Civil Code / A. S. Hartkamp, M. W. Hesselink, E. H. Hondius, Ch. Mak, C. E. du Perron (eds), 4th ed. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 2010. P. 619–649.*

Французские суды и доктрина обратились к широкой интерпретации категории добросовестности лишь в последние десятилетия XX в.¹, следуя общемировой тенденции. Толкование положения о добросовестном исполнении обязательств как общего принципа гражданского права, определяющего целый ряд институтов и выступающего единым началом всех сторон гражданского оборота, предстает заслугой немецкой юриспруденции и судебной практики. Сегодня этот принцип пронизывает наднациональные европейские документы, претендующие на унификацию договорного или даже всего частного права².

3. Успешная циркуляция наработанных германской юриспруденцией моделей поддерживает процесс унификации «снизу». Например, обязанность предоставлять информацию контрагенту (*duty to inform*) еще недавно не признавалась в большинстве европейских юрисдикций. Известная еще римскому праву обязанность сообщить покупателю известные продавцу пороки товара³ трактовалась как вид преддоговорной ответственности, так что покупатель не мог сослаться на пороки, если они не угрожали действительности договора. Ст. 1382 FCC давала возможность взыскать убытки, если контрагент умолчал о пороках, которые привели к недействительности договора⁴. Учение Р. Иеринга о преддоговорной ответственности⁵ прямо апеллировало к категории добросовестности, так что наряду со специальной нормой об ответственности за информацию по существенным условиям договора стали оперировать и нормой о добросовестности. В итальянском кодексе 1942 г. две нормы соседствовали: art. 1337 провозглашала стандарт добросовестности при ведении переговоров, art. 1338 устанавливала, что сторона, скрывшая информацию о причине, повлекшей недействительность договора, должна возмещать связанный с этим ущерб неосведомленной стороне. В контексте устойчивой традиции, которая связывала возможность расторжения договора с умышленным введением в заблуждение (art. 1439 ICC), ответственность по art. 1338 ограничивалась возмещением ущерба (негативный интерес) и понималась как преддоговорная. Тем самым при наличии умысла, который не затрагивал существенные условия договора, или при неумышленном введении в заблуждение вопрос о возможности рас-

¹ См.: *Jamin Ch.* Une brève histoire politique des interprétations de l'Art. 1134 du CC. Paris: Dalloz, 2002. P. 901 sqq.; *Сорокина Е. А.* Категория добросовестности (*bona fides*) в договорном праве Западной Европы. Саарбрюккен, 2011. С. 86. См. также: *Ширвиндт А. М.* Принцип добросовестности в ГК РФ и сравнительное правоведение // *Aequum ius. От друзей и коллег к 50-летию профессора Д. В. Дождева / отв. ред. А. М. Ширвиндт.* М.: Статут, 2014. С. 218 (там же другая литература).

² См.: Принципы европейского договорного права (*Principles of European Contract Law — PECL*). Ст. 1:201; Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (*Principles of International Commercial Contracts UNIDROIT — UP*). Ст. 1.7; Проект общей системы координат Европейского частного права (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of References — DCFR*). III. — 1:103.

³ Правило восходит к концу II в. до н. э. (*Sententia Catonis*): *Cic., de off.*, 3, 17, 67: *ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor* [решил, что относится к доброй совести, чтобы покупателю были известны пороки, о которых знает продавец]; *Ibid.* 3, 16, 65: *si venditor sciret nisi nominatim dictum esset praestari oportere* [если продавец знал, он будет отвечать, если не объявил [о пороке] открыто].

⁴ См.: *Saleilles G. F.* La responsabilité précontractuelle // *Revue trimestrale de droit civil.* 1970. P. 697.

⁵ См.: *Jhering R. V.* *Culpa in contrahendo oder Schadenerzatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Vertragen* // *Jahrbücher des heutigen römischen und deutschen Rechts (Jhering-Jahrbücher).* 1861. 4. S. 1 sqq.

торгнуть невыгодную сделку решался отрицательно. Такое толкование отвечало господствующим взглядам, которые ставили стабильность оборота выше идей солидарности: каждая сторона признавалась автономной в преследовании собственных интересов и не обязанной к сотрудничеству с контрагентом на этапе обсуждения условий договора. *Caveat emptor!* — Пусть бдит покупатель! Однако акцент на требовании добросовестности при ведении переговоров позволил прийти к совершенно иному взгляду¹. Значение получили не только те факты, которые угрожали действительности договора (art. 1337), но любая значимая для контрагента информация (art. 1338). Доктрина и судебная практика распространили взаимные обязанности сторон за рамки, установленные законом и договором, так что возникла новая внедоговорная обязанность делиться информацией в контексте общей установки на сотрудничество сторон². Эта перемена во взглядах влечет за собой и ревизию доктрины пороков согласия, когда недобросовестное поведение при заключении договора может признаваться обстоятельством, значимым для самого существования сделки.

Число примеров можно существенно умножить: со ссылкой на добрую совесть в современном праве утвердились институты *culpa in contrahendo*, включая ответственность за действия работников на преддоговорной стадии; система дополнительных обязанностей, сопутствующих основному обязательству (*Nebenpflichten*): обязанность учитывать интересы другой стороны (*duty of loyalty*), включая недопустимость требовать исполнения в натуре, чрезмерно обременительного для должника (*hardship*), отказываться от встречного предоставления, несмотря на просрочку должника и т. п.; обязанность к сотрудничеству между должником и кредитором (*duty to cooperate*), включая обязанность предоставлять информацию; обязанность проявлять заботу о контрагенте (*duty of care*), включая обязанность обеспечить сохранность имущества контрагента и даже третьего лица (*Schutzpflichten*)³; недопустимость извлечения выгоды из нарушения договора другой стороной; право требовать изменения или расторжения договора при существенном изменении обстоятельств (*clausula rebus sic stantibus*) и тесно связанный с ним институт отпадения основания (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*)⁴. Если в Германии названные институты были разработаны судебной практикой со ссылкой на добрую совесть в § 242 BGB (наиболее показателен здесь отказ от принципа номинализма денежного обязательства в условиях гиперинфляции после первой мировой войны), то в других

¹ См.: *Visintini G.* La reticenza nella formazione dei contratti // *Rivista di diritto civile.* 1972. 1. P. 423.

² См.: *Musy A. M.* Il dovere di informazione. Saggio di diritto comparato. Trento, 1999.

³ Обязанность проявлять заботу К.—В. Канарис выводит из особых отношений между сторонами (*Sonderverbindung*), что сближает эту обязанность с лояльностью и позволяет говорить о единой обязанности в силу закона: она возникает независимо от воли сторон на основании § 242 BGB (см.: *Canaris C.—W.* Ansprüche wegen “positiver Vertragsverletzung” und “Schutzwirkung für Dritte” bei nichtigen Verträgen, zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen // *JZ.* 1965. S. 479). Идею особого «микрокосма», возникающего между сторонами договора, еще в 1930-е годы выдвинул Р. Демог. Одновременно с ним немецкий ученый выводил обязанности по заботе из принципа добросовестности (со ссылкой на § 242 BGB), см.: *Stoll A.* Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen // *AcP.* 1932. S. 285.

⁴ Об отпадении основания как результате судебного правотворчества в Германии со ссылкой на добросовестность см.: *Henssler M.* Risiko als Vertragsgegenstand. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994. S. 93. Сегодня норма кодифицирована (§ 313 BGB).

юрисдикциях они либо не прижились, либо уже существовали, либо получили признание без ссылок на добросовестность. Так, в Германии категория ненадлежащего исполнения обязательства (не известная BGB-1900) была разработана доктриной в начале XX в. и поддержана судебной практикой, получив законодательное воплощение лишь в ходе реформы обязательственного права (BGB-2002), тогда как во Франции такая категория была кодифицирована изначально. Институт отпадения основания имеет аналоги во всех правовых системах и не нуждается в ссылке на добросовестность, поскольку основание (кауза) признается реkvизитом (существенным условием) обязательства, без которого оно не может существовать (как во Франции). Зависимость договора от основания признается даже в тех правовых системах, где, как в *common law*, нет ни принципа добросовестности, ни понятия каузы, при этом явление осмыслено в иных категориях (*frustration of purpose*).

4. Лавинообразное судебское нормотворчество с опорой на категорию добросовестности в Германии в первой половине XX в. потребовало надлежащего догматического обоснования. В условиях экспансии категории в других юрисдикциях и на общеевропейском уровне в конце XX в. задача осложняется тем, что, как было сказано, многие соответствующие институты утвердились изначально или были рецепированы без ссылок на добрую совесть. Тем самым задача теоретического осмысления категории добросовестности предстает двоякой: объяснить роль и значение добросовестности как общего принципа права и выявить ее специфику среди других правовых принципов и категорий.

В рамках позитивистских подходов роль добросовестности свелась к «клапану», через который в правовую систему проникают широкие социальные интересы и этические требования. При этом технически общий принцип (общая оговорка) представляет собой открытое делегирование законодателем судье правотворческих полномочий: судья призывается к самостоятельному согласованию абстрактной формулировки нормы закона со спецификой конкретного случая, что означает признание законодателем своей неспособности предусмотреть в гипотезе нормы все возможные составы, весь набор постоянно возникающих на практике специфических обстоятельств и отказ от предрешиения в законе пределов действия нормы на практике¹.

Суды сдержанно относятся к такому призыву. Однако при надлежащем стимулировании со стороны правовой доктрины, обосновывающей правотворческую роль суда², и ответственном отношении к профессии общие оговорки могут стать предметом злоупотребления, как это произошло в Германии. Если в конце предыдущего столетия за 20 лет (1879–1899) деятельности имперского суда (*Reichsgericht*) к общей оговорке о добросовестности (*exceptio doli generalis*) обращались лишь десять раз (первый случай зафиксирован в 1886 г.), то с вступлением в силу ГГУ началось подлинное «бегство в общие оговорки»³. Суды остались наедине с собственными представлениями о праве, что открыло путь бесконтрольному судебскому усмотрению. Задача поиска права и адекватных

¹ См.: *Rescigno P.* Rimediazioni sulla buona fede, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* / a cura di L. Garofalo. Padova: Cedam, 2003. Vol. 4. P. 565.

² См.: *Kantorowicz H.* Der Kampf um die Rechtswissenschaft [1906]. Berlin, 2002.

³ *Hedemann J. W.* Die Flucht in die Generalklauseln. Jena, 1933.

специальных норм была подменена бессистемным и неоправданным применением открытых норм. Разнузданность судейского усмотрения означала подмену права судейским произволом, что надолго предопределило негативное отношение российской правовой науки к общим оговоркам¹.

Отличие естественно-правового подхода заключается в том, что нежелательное для позитивиста правотворчество суда признается нормальным способом реализации положений закона, естественной стороной правоприменительной деятельности, в рамках которой законодательные формулировки постоянно проверяются практикой, верифицируются и — в перспективе — обновляются в соответствии с требованиями времени. Существенно выдвигание объективного требования к результатам правоприменения, что предполагает соответствующую научную проработку содержания общих оговорок и интегрирование этого содержания в правоприменительную практику.

Общие оговорки можно приветствовать, можно относиться к ним критически, но следует признать, что право не может практически осуществляться без творческой работы суда.

5. С позиций позитивистской доктрины технически задача внести объективность в неизбежное судейское усмотрение предполагала надлежащее обоснование вновь найденных решений, отбор среди них жизнеспособных, фиксацию и продвижение удачной судебной практики. Результаты правотворчества судей обобщались и систематизировались в устойчивые образцы практического воплощения общих оговорок, группы случаев (*Fallgruppen*), применительно к которым доктрина уже могла говорить о формировании новых институтов и конструкций, так что каждая из общих оговорок представляла главой (наименованием) subsystemы норм, утвердившихся в судебной практике. Предполагалось, что subsystemы потребуют последующего пересмотра воплощенной в законе системы, что в перспективе приведет к новой кодификации.

В послевоенное время объем комментариев к § 242 BGB превысил все мыслимые пределы. Статья о доброй совести занимала в 11 издании Штаудингера (*J. von Staudingers Kommentar*, Berlin, 1961) 1553 страницы! Автор следующего издания Ю. Шмидт² совершенно справедливо указывал, что весь этот материал должен быть распределен по тем параграфам, где суды ссылались на добрую совесть при отступлении от текста закона, тогда как комментарий собственно к § 242 может ограничиться несколькими общими фразами, ведь наработки судебной практики относятся не к доброй совести, а к тем нормам, которые претерпели изменения со ссылкой на § 242, тогда как сама добрая совесть вообще нормой не является. Иными словами, каждая группа случаев приложения общей оговорки в действительности представляла собой развитие конкретной нормы закона, а не категории добросовестности, выдвинутой в общей оговорке кодекса.

Теряя значение самостоятельной нормы, добросовестность выдвигается в ранг общего принципа. Специфика общей оговорки (так называемой открытой нормы) в том и состоит, что она не имеет фактического состава: ее гипотеза абстрактна и получает определенность только в результате конкретизации данных отдельного дела.

¹ См.: *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права (1917). М., 1998. С. 259–260.

² См.: *Schmidt J.* § 242, in: *J. von Staudingers Kommentar*, 12th ed. Berlin, 1995. № 241.

6. Решительный пересмотр эффективности выделения типичных групп случаев обращения к категории доброй совести предложил в 1956 г. крупнейший историк права Ф. Виакер в брошюре «К вопросу о теоретико-правовом уточнении § 242 BGB»¹. Опровергая позитивистские опасения, будто общие оговорки неоправданно расширяют сферу судейского усмотрения, ученый показал, что обращение к добросовестности имманентно юридическому методу: те группы новых решений, которые сложились в судебной практике Германии с опорой на § 242 BGB, могут быть последовательно отнесены к одной из признанных функций правоприменения: конкретизации положений закона, восполнении пробелов и исправлении отживших положений. Вслед за Бемером² Виакер апеллирует к трем функциям римского преторского права по отношению к строгому гражданскому праву (*ius civile*), выделенным Папинианом (D. 1, 7, 1, 1: *adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia*) и приложимым к той роли, которую добросовестность выполняет в аспекте приведения абстрактных положений закона к конкретным ситуациям, возникающим на практике³. Трех функциям добросовестности юридико-технически соответствуют три метода: обязанности судьи (*officium iudicis*), эксцепция об умысле (*exceptio doli*), судейское правотворчество (*richterliche Neuschöpfung*)⁴.

7. Первая группа при этом выступает ведущей. Сюда Виакер относит не только судебные решения, которые конкретизируют абстрактную гипотезу при приложении нормы закона к конкретному случаю (*iuvare*), но и те, которые выходят за рамки непосредственных предписаний закона, расширяя гипотезу нормы (*supplere*):

a) уточнение содержания и объема предоставления (*das Wie der Leistung — как исполнения*);

b) выявление содержания обязательства, которое следует из природы договора определенного типа, независимо от того, выражено ли оно в договоре сторон (*naturalia negotii*);

c) дополнительные обязанности сторон, вытекающие из лояльности (*Schutzpflichten*): в общей рубрике оказываются соединены как преддоговорная ответственность (*culpa in contrahendo*), так и ограничения, предъявляемые к осуществлению кредитором своего права требования к должнику (*culpa in exigendo*);

d) случаи явной несоразмерности предоставлений или грубой несправедливости в осуществлении права (*minima non curat praetor*).

Ф. Виакер подчеркивает⁵, что установление дополнительных обязанностей не предполагает выход за рамки нормы закона (*praeter legem*), иначе пришлось бы допустить, что законодатель не смог сформулировать очевидные дополнительные

¹ См.: *Wieacker F. Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1956.

² См.: *Boehmer G. Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1952. Bd. II. T. 2. S. 73.

³ Сегодня трихотомия функций добросовестности прочно связывается с именем Ф. Виакера. На этой систематике основаны международные унификационные проекты. См.: *Schlechtriem P. Good Faith in German Law and in International Uniform Law // Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero (diretto da M. J. Bonell), Saggi, conferenze e seminari, 24. Roma, 1997. P. 8.*

⁴ Здесь Виакер следует наработкам Эссера, Леманна, и особенно Зиберта. См. *Wieacker F. Op. cit. S. 22 nt. 1.*

⁵ См.: *Ibid. S. 25–26.*

обязанности по надлежащему исполнению (что может быть связано с казуистическим характером предшествующей правовой традиции или с ограничениями, накладываемыми пандектной доктриной Ф. Моммзена, не включавшей понятие ненадлежащего исполнения, *positive Vertragsverletzung*, так что оно и не могло быть выражено в законе). Законодатель не оставляет коррекцию гипотезы нормы на усмотрение судьи. Судья здесь просто реализует положения закона о надлежащем исполнении договорного обязательства. Следует различать *officium iudicis* и судебское правотворчество: даже по стилю аргументации они не совпадают — в первом случае (например, применительно к дополнительным обязанностям и ненадлежащему исполнению обязательства) решение основано на аналогии права (§ 276) или закона (§ 618, 280), тогда как во втором (в случае отказа от принципа номинализма денежного обязательства или при разработке понятия отпадения основания) — на чувстве справедливости (*Billigkeitsgedanke*).

8. Этот подход существенно отличается от общепринятого учения об аналогии права или закона как восполнении пробелов в праве. К. Ларенц¹ выделял открытые (по причине недосмотра законодателя) и скрытые (вследствие неудачного подбора слов закона) пробелы в праве (*offener Lucken — verdeckter Lucken*). Открытые лакуны восполняются по аналогии, тогда как скрытые — путем телеологического (исходя из предполагаемых целей законодателя) редуцирования гипотезы. В обоих случаях пробелы предполагаются противоречащими действительной воле законодателя; это предположение и кладется в основание легитимности судебного правотворчества².

Для Виакера вопрос о судебском правотворчестве при толковании по аналогии не стоит: судья просто применяет норму. Таким образом, там, где принято усматривать восполнение права (*praeter legem*), он говорит о конкретизации нормы (*iuvare*)³. Обращаясь к *exceptio doli* — общепризнанному средству исправления права (*corrigere*) — Виакер вписывает большинство случаев в первую функцию (конкретизация) и лишь некоторые относит ко второй — восполнения (*supplere*).

9. *Exceptio doli*, согласно Виакеру, применяется для утверждения следующих правил.

Недопустимо вступать в противоречие с собственными поступками, которые могли вызвать у других правовые ожидания, и положиться на них — *venire contra factum proprium* (действовать вопреки собственному предшествующему поведению). Это правило согласуется с общепризнанной обязанностью соблюдать верность своему слову.

Недопустимо добиваться по суду того, что (как известно и самому истцу) надлежит вернуть, — *dolo facit qui petit quod statim reditum est* (допускает умысел тот, кто истребует то, что подлежит возвращению). Здесь экцепция опровергает требование, указывая на отсутствие устойчивого интереса.

Нельзя требовать от другого справедливости, если ты сам несправедлив — *tu quoque* (а сам ты? — экцепция о неправомерном приобретении). Например,

¹ См.: *Larenz K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. Aufl. Berlin, Heidelberg: Springer, 1991. S. 354 sqq. (Это последнее прижизненное издание; в настоящее время работа переиздается в редакции К.-В. Канариса).

² Критику идеи пробела в праве см.: *Grosche N. Rechtsfortbildung im Unionsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011. S. 105.

³ Что удивляет М. Хесселинка. См.: *Hesslink M. V. Op. cit.* P. 626.

лицо, которое недобросовестно препятствовало наступлению отлагательного условия сделки, не сможет ссылаться на то, что условие не наступило (§ 162 BGB, ср. п. 3 ст. 157 ГК РФ). Ярким проявлением этого правила выступает максима «*turpitudinem suam alligans non auditur*» (не следует принимать к рассмотрению заявление того, кто сам порочен)¹. Например, тот, кто дал взятку, не может требовать ее обратно как неосновательное обогащение.

Exsertio doli также парализует несправедливое, безоглядное преследование своего права (*incivilliter agere*) — злоупотребление правом, критерием может быть только устойчивая судебная практика. Положение близко к шикане, которая санкционируется специальным запретом закона, как и к положению о недействительности любой сделки, нарушающей добрые нравы (§ 138 BGB). Поэтому речь здесь идет именно о противоречащем добрым нравам осуществлении своего права (злоупотреблении правом — ср. п. 4 ст. 10 ГК РФ).

10. Совсем иное — этически обоснованное нарушение закона (как отказ от номинализма денежного обязательства, связанный с послевоенной гиперинфляцией или допущение возможности пересмотра условий договора в случае существенного изменения обстоятельств для восстановления эквивалентности взаимных обязательств). Это не конкретизация, а явное противоречие законодателю, высказавшемуся со всей определенностью. Здесь, согласно Виакеру, восстановление справедливости заключается в учете требований времени (история проникает в право). Вневременной закон рано или поздно окажется несправедливым. Справедливость в том, чтобы *ius suum cuique saeculo tribuere* (воздавать каждой эпохе свое право)². Адекватная практика правоприменения сама приведет к отказу от слепого действия отжившей нормы, корректировке закона справедливостью, что обернется созданием новой нормы, которую законодатель может и должен кодифицировать.

Таким образом, даже в ситуации исправления права речь в действительности идет об исправлении закона и восстановлении справедливости. Виакер апеллирует к нормативному значению социальной этики³, к Канту, тогда как логика его рассуждений диктует признание нормативности правоприменения вопреки позитивному закону. Даже те очевидно противоречащие закону решения (*contra legem*), которые вызвало к жизни смелое применение общей оговорки закона о добросовестности, в реальности предстают продуктом последовательного отправления судьями своей роли. Если технически эти решения не вписываются в учение о конкретизации нормы закона в ходе правоприменения (*adiuvare*), то по сути — и этот вывод подтверждается единством приводимого основания (добросовестность как принцип гражданского права) — все находки и наработки судебной практики, сделанные со ссылкой на § 242 BGB, вся богатейшая казу-

¹ Правило кодифицировано в § 817 (2) BGB: «Лицо, принявшее исполнение, обязано возвратить полученное, если цель исполнения была установлена таким образом, что вследствие приятия исполнения лицо нарушило закон или добрые нравы. Требование о возврате не допускается, если лицо, осуществившее исполнение, само виновно в подобном нарушении...» Цит. по: Германское право. Часть I. Гражданское уложение / под ред. В. В. Залесского. М., 1996. С. 189). В ГК РФ такой нормы нет.

² См.: *Wieacker F.* Op. cit. S. 40.

³ См.: *Welzel H.* *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie.* Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, 1951. Виакер (См.: *Wieacker F.* Op. cit. P. 19) ссылается на второе издание 1955 г.

истика, представленная в Штаудингере и других авторитетных комментариях к кодексу, представляют собой верификацию позитивного права в ходе поиска правовой справедливости в рамках состязательного процесса для защиты подлинных интересов конкретных участников оборота. Добросовестность выступает одним из высших критериев правомерности закона, требуя конкретизировать (что неизбежно, поскольку закон — норма общего действия), дополнить (что нормально, поскольку в законе санкционирует и прямо не выраженные общие требования обязательственного права или договорного типа — *naturalia negotii*) или даже исправить (если закон отстал от времени) его положения. Право невозможно без сопровождающей и корректирующей закон справедливости, но ее достижение определяется нормативными условиями процесса правоприменения¹.

11. Вывод, к которому позволяет прийти анализ работы Виакера, — добросовестность правомерно занимает место в ряду общих оговорок, выступая общим принципом гражданского права. Включение этой открытой нормы в гражданский кодекс отражает нормативные ожидания и требования к процессу правоприменения, который должен блокировать слепое действие абстрактных норм закона и приводить к выявлению подлинного права в конкретных правоотношениях. Конкретизирующая функция (*iuvare*) доброй совести оказывается ведущей, доставляя нормативное определение самой категории. Понятие восполнения (*praeter legem*) предполагает пробел в законе, расширительное толкование нормы; исправления (*contra legem*) — отказ от применения нормы и соответствующее нарушение прав лица, формально уполномоченного законом на определенное требование. Обе эти формы воплощения принципа добросовестности — дань господствующему юридическому позитивизму, который по сути отрицает саму идею общих принципов (исключающих пробелы в гражданском праве) и искажает подлинное значение добросовестности.

12. Соотношение казуистики и общего принципа — известная проблема кодификации. Попытки собрать в кодекс все возможные казусы предпринимались в эпоху Просвещения: достаточно вспомнить 17 тыс. параграфов Прусского земского уложения. Сходная многословность Кодекса Марии Терезии (*Codex Theresianus 1766 г.*) вызвала критику, которая обоснованно предлагала «все особые случаи исключить» и регулировать их общими принципами². Общая часть, выдвигающая принципы, определяет единство всего предлагаемого регулирования, которое и делает кодекс кодексом. Общие оговорки, которые по смыслу (если не структурно) относятся к Общей части кодекса, задают модус толкования всех статей кодекса, так что правоприменение становится практическим воплощением принципов, даже если специальная ссылка на общую оговорку отсутствует в судебном решении. Напротив, решение, которое идет вразрез с общими принципами, должно признаваться нелегитимным.

13. При такой трактовке общей (открытой) нормы о добросовестности сам принцип оказывается эквивалентен идее права и справедливости. «Нет разницы

¹ Принцип недопустимости пробела закона установлен уже Кодексом Наполеона. Ст. 4 ФГК: «Судья, который под предлогом молчания, неясности или неполноты закона откажется выносить решение, может быть обвинен в отказе от правосудия (*deni de justice*)».

² См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. Т. I. Основы. М.: Международные отношения, 1995. С. 243. Там же (С. 227) отмечается несравненный успех общей части Германского гражданского уложения в зарубежных правовых порядках.

сказать: «добрая совесть требует», или «справедливость требует», или «право требует»¹. Встает проблема специфического смысла добросовестности. Неудивительно, что большинство исследователей, придя к пониманию того, что категория добросовестности отвечает общим задачам правоприменения, отказывают ей в специфике и самостоятельном значении, полагая, что это лишь один из многих способов указать на несводимость права к букве закона или договора. «При таком взгляде добрая совесть — даже не один из инструментов преодоления строгости закона, а всего лишь условное наименование для совокупности ключевых вопросов правовой методологии»².

Собственное содержание добросовестности редуцируется к наработкам практики, когда решение обосновывалось ссылкой на открытую норму.

14. Если, исходя из опыта правоприменительной практики, раскрывшей для нас богатство изучаемой категории, теперь сосредоточиться на функции конкретизации нормы закона, можно, опираясь на опыт Ф. Виакера, выделить специфику содержания доброй совести. Во всех указанных случаях принцип добросовестности требует от лица соответствовать масштабу правового поведения, предполагаемого для любого участника оборота (масштаб нормального участника оборота). Таковы и верность своему слову (*venire contra factum proprium*), и наличие интереса (*dolum facit qui petit quod statim rediturum*), и соответствие собственного поведения тому, которое требуется от контрагента (устранение пороков собственного поведения), и недопущение злоупотребления правом.

Исторически понятие добросовестности (*bona fides*) в римском праве было выражением типичных качеств модельного участника правовой системы — порядочного человека (*vir bonus*)³. «*Bonus*» несет в себе идею нормального (и естественно, этически положительного⁴); *vir bonus* — тот, с кем можно иметь дело, на кого можно положиться; «*bonus*» — одно из наименований права (наряду с «*aequum*» — соразмерное, правильное, справедливое).

В эту перспективу органично вписывается и добросовестность как реквизит приобретательной давности (ст. 234 ГК РФ) и приобретения от неуправомоченного отчуждателя (п. 2 ст. 224 и ст. 302 ГК РФ), так что различие субъективной добросовестности (оперирующей в вещном праве) и объективной добросовестности (управляющей обязательствами), выдвинутое Беккером, оказывается излишним. Требование к приобретателю строится как негативное — отсутствие оснований для подозрений в том, что его притязание на вещь нарушает права собственника (выполняется тест на непричинение вреда другому: *alteri non ledere*)⁵.

¹ Hesselink M. V. Op. cit. P. 640: There is no difference between saying 'good faith requires' and 'justice requires' or 'the law requires'. Cfr. Ibid. P. 645.

² Шуриндт А. М. Указ. соч. С. 216. Там же см. другую литературу.

³ См.: Fiori R. Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche, in: *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*. V. 3. A cura di R. Fiori. Napoli: Jovene, 2008. P. 242 sqq.; Дождев Д. В. Частноправовое общение. Опыт римского права // *Правовое общение. Постановка проблемы* / отв. ред. Л. С. Мамут. М., 2012. С. 131 сл.

⁴ Ср. тезис об этической нейтральности категории добросовестность: *Гражданское право: в 4 т. Т. 1. Общая часть* / отв. ред. Е. А. Суханов. М., 2006. С. 532 (автор главы — В. С. Ем); Склоцкий К. И. Применение норм о доброй совести в гражданском праве России // *Хозяйство и право*. 2002. № 9. С. 81.

⁵ См.: Wächter C. G. von. *Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums*. Leipzig, 1871. S. 13–14.

Это не фактическое состояние (недостаток информации), а нормативное: не знал и не должен был («не мог») знать. Право защищает добросовестного владельца не потому, что он не осведомлен о действительном нарушении прав собственника, а потому, что его незнание признается нормальным и оправданным — отвечающим общим требованиям оборота к его участникам.

15. Открытие преддоговорной ответственности заключалось в признании ответственности сторон за срыв переговоров. Основанием такой ответственности выступает не умысел (известный и прежде), а небрежность или неосторожность — *culpa in contrahendo*. Отступление от стандарта добросовестности, повлекшее незаключение договора, вменяется в вину участнику правового общения, поскольку уже на этом этапе он должен соответствовать качествам нормального элемента правовой системы¹. Именно добросовестность становится источником преддоговорной ответственности, раскрывая формальный смысл этой категории. Объем ответственности за преддоговорную вину выражается через понятие негативного интереса. В отличие от положительного интереса, который поддерживается только договором, негативный интерес признается и в отсутствие договора. Положительный интерес охватывает все имущественные ожидания, заключенные в договорном обязательстве (убытки); негативный интерес — в том, чтобы договор был заключен (переговорный процесс не был сорван): в имущественном измерении это означает разницу между тем положением, в котором сторона рассчитывала оказаться в результате заключения договора, и тем, в котором она оказалась из-за того, что договор оказался незаключенным. Это негативное, консервативное ожидание воплощает требование к другой стороне не отступать от стандарта поведения, ожидаемого от нормального участника оборота («*Vertrauen*» — доверие, как *fides* и *credere*, откуда «кредит»). Оно фиксирует как нормативные те качества субъекта права, которые выступают предпосылкой участия в обороте и на которые, вступая в отношение, полагается любой².

Создание правоотношения как формы существования объективной правовой нормы предполагает осознанный выбор участника правового взаимодействия, который должен быть воспринят другими участниками (рецептивность), что требует изъявления воли в соответствии с предписаниями, общими для такого рода актов и нацеленными на выявление момента всеобщего для индивидуального волеизъявления, что делает его фактом, релевантным для правовой системы. Воспринимая веление права через текст закона (позитивного права) в адекватной интерпретации, участник правового взаимодействия выраженным образом присоединяется к сфере, регулируемой нормой, объявляет себя ее участником. Тем самым его волеизъявление проходит через фильтр формальных определений и воспринимается другими участниками в этом новом качестве. Содержание волеизъявления кодируется в соответствии с прин-

¹ Что соответствует англоязычному “reliance”. Адекватность такого понимания содержания добросовестности ясно следует из недавнего решения английского суда, который пытался обосновать, что категория не чужда общему праву (*common law*). Прежде всего указывалось на обоснованность ожиданий участников оборота — *reasonable expectations* (*Yam Seng PTE Ltd v International Trade Corporation Ltd* [2013] EWHC 111 (QB) [125–130]).

² См.: *Eisele F. Über die Nichtigkeit obligatorische Verträge wegen Mangels an Willensübereinstimmung der Contrahenten*. Jena, 1887. S. 58.

ципами системы и раскодируется другими участниками как явление правовое. Взаимодействия участников правового общения и составляют сферу правового, экзистенцию правовой системы, которая состоит из этих взаимодействий и существует в них. Текст позитивного права интерпретируется исходя из формальных качеств самих интерпретаторов (поскольку они допущены в систему именно в формальном качестве, отвечающем определению самой системы). Сформулированные в понятиях добросовестности, разумности, справедливости параметры кода прямо отсылают к свойствам правовой системы (это *ее* код), раскрывая правовое содержание (определение) этих понятий, которые призваны установить ясную границу между правовым и неправовым, между системой и внешним по отношению к ней, несмотря на ограниченность формулировок закона, которые с необходимостью избирательны и не покрывают весь спектр возможных взаимодействий, которые, даже не будучи выражены в тексте закона, все же относятся к сфере права. Итак, вступление в сферу права преобразует людей в формальных лиц, предъявляя требования не только к свойствам дальнейшего взаимодействия, но и к самим участникам правовых отношений. Согласие действовать в новом качестве, стать участником правовых отношений наделяет субъекта новыми свойствами, что позволяет другим обращаться к нему с требованием соответствовать взятой на себя роли, а ему требовать этого от других. Тем самым уже на этапе установления правоотношения субъект порождает в других ожидания, отвечающие параметрам правовой системы. Этот момент доверия и признания (*Vertrauen*) фиксируется правом в понятиях системного кода как *добросовестность* и выступает основанием ответственности лица за нарушение ожиданий, связанных с качеством его субъектности, его соответствия требованиям системы, к которой он еще только собирается присоединиться, — преддоговорной ответственности. Добросовестность выступает определением формальных качеств субъекта права, наведенных правовой нормой. Это правовая норма, выраженная через модель нормального (типичного) субъекта правового взаимодействия.

16. Сходным образом в функции восполнения условий договора (*naturalia negotii*)¹ добросовестность исходит из установления качеств модельного субъекта оборота. Именно задача соответствовать модели лежит в основании разнообразных требований, естественным (нормативным) образом входящих в содержание договорного обязательства, независимо от их фиксации в договоре. Интегративная функция добросовестности согласуется с защитой нормативных ожиданий сторон, которые в свою очередь основаны на ясном требовании к участнику оборота соответствовать модельным характеристикам субъекта правового общения. Субъектный аспект нормативности раскрывает с содержательной стороны действие принципа формального равенства, содержательное начало, заключенное в равной мере (форме, норме) как основании и определении права. Свобода — функциональная производная от приложения к однотипным ситуациям равной меры,

¹ Эта ключевая функция добросовестности, которая в римском праве (*bona fides*) определила детальную проработку всех типов договоров, не может быть сведена к дополнительным обязанностям сторон, как это произошло в немецкой доктрине и современных наднациональных унификационных проектах. В то же время лучшие проекты включают в содержание договора «подразумеваемые условия» (*implied obligations* — art. 6:102 PECL; 5.1.2. UP). Напротив, ст. II.–9.103 DCFR требует рецептивности «несогласованных условий».

несмотря на специфику обстоятельств (или сохранение, удержание принципа равенства в конкретных обстоятельствах), когда специфика казуса не лишает стороны правоотношения тех прав, которые им дает норма.

17. Сегодня для судьи способом обобщения и создания необходимого руководства, что считать добросовестным, признается обобщение казуистики, которая группируется по типам случаев применения общей нормы (Fallgruppen). Эти собрания сами начинают восприниматься как кодекс правоприменения¹, что противоречит идее открытой нормы: получается, что судью призывают проявить усмотрение только в некоторых определенных типах случаев, критически отнестись к слепому действию абстрактной нормы лишь тогда, когда это стало устойчивой практикой.

При таком подходе специфика случая не подчиняется единому принципу, не интегрируется в систему, а начинает диктовать свои особенности системе, подменяя норму права произвольной трактовкой специфики обстоятельств дела². Принцип теряет интегрирующие свойства, система утрачивает единство. Добросовестность оказывается источником дезинтеграции системы, преобразования кодифицированного права в прецедентное. С содержательной стороны — система не организуется единым началом, способным подчинять себе специфику отдельных случаев (абстрагируясь от особенностей, ранжируя существенное и несущественное, преобразуя фактическое в формальное, которое поддается нормированию, нахождению и установлению равенства), а распадается на отдельные решения, управляемые фактическим материалом, которому чужд принцип равенства, поскольку фактического равенства не бывает.

Критика казуистического подхода к усвоению категории добросовестности предполагает отказ в эвристичности понятию открытой нормы. Открытая норма не сводит гипотезу к однозначному составу, оставляя на усмотрение судьи наполнение фактами конкретного дела отвлеченно обрисованную в гипотезе ситуацию. В этом смысле все нормы в той или иной степени «открытые»³. Добросовестность должна трактоваться как принцип, как общее начало, определяющее трактовку всех норм кодекса и руководящее правоприменением, нацеливая судью на поиск права (справедливости) в каждом конкретном случае и задавая объективные критерии, позволяющие отличить право от неправа. Таким критерием выступает соответствие модели нормального (доброего) участника оборота, на которого можно положиться (reliance) в этой сфере социального взаимодействия.

18. Категория добросовестности формирует один из принципов гражданского права и находит свое позитивное выражение в общей части гражданского кодекса среди так называемых генеральных клаузул. Их смысл и значение в том, чтобы задать параметры толкования (понимания) всех нижеследующих ста-

¹ Признано, что тотальная кодификация казуистики открытых норм недостижима, см.: *Gernhuber J. Bürgerliches Recht. Ein systematisches Repertorium für Fortgeschrittene*, 3. Aufl. München: Beck, 1991. S. 167.

² Ср.: *Поротикова О. А.* Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. 2-е изд. М., 2008. С. 83–84.

³ См.: *Whittaker S.* Theory and Practice of the “General Clause” in English Law, in: *General Clauses and standards in European Contract Law* / S. Grundman, D. Mazeaud (eds). Den Haag: Kluwer Law International, 2006. P. 70 sq.

тей кодекса и выдвинуть открытые для конкретизации общие правила (пустые, или открытые, нормы), которые могут служить остаточными (субсидиарными) формальными источниками права. Можно показать, что такие формулировки в законе необходимы и что они, несмотря на повышенную обобщенность и отвлеченность, сохраняют верность правовой системе, подчиняясь формальным определениям, свойственным праву. Впечатление содержательного наполнения¹ создается именно вследствие большей абстрактности таких категорий, так что они для своего уяснения мобилизуют менее абстрактные, чем принцип формального равенства, принципы, управляющие другими нормативными системами, прежде всего моральные и этические. Редукция правового начала к этическому, произвольное привнесение специального содержания в открытые нормы права ведет к подмене предмета: платой за удобство восприятия оказывается игнорирование более высокого (абстрактного) принципа, выражением которого и выступают общие нормы (нормы общей части). Положительное этическое начало, заложенное в праве, этическая ценность права фиксируются с позиций другой (не правовой) нормативной системы. С позиции учения о социальных системах такой подход не ведет к раскрытию свойств и принципов самого права, кода правовой системы, выступающего ее определением. Категория добросовестности адекватно раскрывается в понятиях права.

19. Способом существования (экзистенции) объективного права является правоотношение. Правоотношение бывает только конкретным — это способ конкретизации и реализации правовой нормы. В объективном смысле существует только закон (любая форма позитивного права) как текст. Формулировка гипотезы нормы в законе конвенциональна. Она представляет собой более или менее удачное выражение достигнутого уровня понимания права, которое не конвенционально. В правоотношении реализуется норма права, а не закона, неконвенциональная норма. Разрыв между гипотезой нормы права и гипотезой, представленной в формулировке закона в ее общепринятом понимании, не может быть компенсирован никаким толкованием, которое принадлежит плану текста (конвенциональному), а не плану права, где и оперирует объективная норма и где складывается и существует правоотношение. Конкретность правоотношения не создает разрыва между субъективным и объективным правом, если под правом понимать неконвенциональную норму. Разрыв возникает (и возникает неизбежно!) только между субъективным правом и нормой права позитивного. Он является проявлением дистанции, неизбежно существующей между нормой права и нормой закона. Сколь бы ни была удачна (точна) формулировка гипотезы нормы в законе, она не может охватывать все многообразие возможных конкретных правовых ситуаций. Выяснение того, подпадает ли возможное правоотношение под данную норму, представленную в позитивно-правовой формулировке, или нет, — возлагается на суд, который при юридической квалификации дела выполняет именно работу по нахождению правовой нормы, управляющей данным

¹ Снижая уровень нормативности категории добросовестности с правового до социально-этического, И. Новицкий говорил об обуздании эгоизма, см.: *Новицкий И. Б.* Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // *Вестник гражданского права.* 6 (1916) С. 66. Приложение специального стандарта к оценке поведения лица как члена общества в целом, всей совокупности общества, к которой обращена общая оговорка, само по себе непоследовательное, вступает в противоречие со всеобщностью принципа формального равенства как определения права.

правоотношением. Эта работа ведется в ходе толкования и составляет важнейший этап правоприменения — осуществления предписаний закона, что позволяет поддержать веление права силой публичной власти: официально признать наличие субъективного права и соответствующей обязанности или реализовать санкцию нормы.

20. Порядок нахождения права судом регулируется нормами процессуального и материального права — предписания гражданского закона также адресованы суду. Среди последних некоторые предписания непосредственно устанавливают порядок согласования общей гипотезы нормы с обстоятельствами конкретного случая, отмечая, какие факты можно игнорировать, а какие необходимо принять во внимание для квалификации правоотношения — конкретной юридической ситуации (права в субъективном смысле). Необходимые (существенные) факты составляют отличительный признак гипотезы каждой нормы, позволяя уверенно связать ее предписания (диспозицию или санкцию) с конкретным случаем. **Неизбежный разрыв между фиксированной формулировкой гипотезы нормы в законе и неповторимостью конкретного казуса снимается как абстрагированием (игнорированием несущественных фактов), так и общим предписанием добросовестности, разумности и справедливости, которое направлено не столько на упорядочивание (регулирование) поведения участников гражданских правоотношений, сколько на упорядочивание правоприменения, устанавливая для суда презумпции интерпретации юридических фактов, действий и намерений сторон.**

Судейское усмотрение получает в общих формулировках необходимую организацию и подчиняется велениям права. Понятия добросовестности, разумности и справедливости не имеют собственного, отличного от правового содержания и являются правовыми. Они ориентируют суд на установление соответствия между конкретным казусом и нормой права, обуздывают возможный судебский произвол, а не стимулируют его. Описывая желательные критерии правового поведения (при установлении, осуществлении и прекращении правовых обязанностей — п. 3 ст. 1 ГК РФ), эти понятия дают ясные ориентиры для суда, что считать правом, а что нет, проводят границу между правом и неправом даже в отсутствие специальных предписаний позитивного права и результатов толкования по правилам аналогии закона или аналогии права. Сегодня опыт приложения общих формулировок к конкретным казусам аккумулирован в пространных комментариях и обобщениях судебной практики. Однако никакие, даже самые обширные собрания казуистики не способны исчерпать возможные ситуации, ежедневно возникающие в практике правового взаимодействия, так что потребность в общих формулировках сохраняется. Они способствуют обоснованному преодолению и восполнению неизбежного разрыва между формулировкой гипотезы нормы позитивного права (конвенциональный текст закона) и неповторимым конкретным случаем правового взаимодействия (субъективным правом) для установления подлинного масштаба и сферы действия нормы подлинного (не конвенционального) права. Прямое упоминание добросовестности законом в отдельных нормах следует понимать как функциональное проявление единого понятия, единого принципа в разных контекстах, а не как специализацию этой категории, признание нескольких видов добросовестности. Добросовестность при осуществлении права и рас-

поряжении правом следует понимать как соответствие поведения требованиям закона и договора, как конформность модели поведения, заложенной в правовой норме. В приложении к поведению при исполнении обязательства (как в § 242 BGB) понятие добросовестности означает подчинение фактического формальному, преобразование фактической специфики конкретного исполнения в нормативные характеристики обязательственного правоотношения. Выполняя собственно правовую функцию абстрагирования и формализации, принцип добросовестности обеспечивает проведение принципа равенства — придание правового характера отношению (несмотря на специфику), интегрирование отношения в систему, утверждение единого масштаба в конкретной ситуации правового взаимодействия и тем самым — утверждение свободы участников гражданского оборота.