

# Свободная трибуна



**Кирилл Вадимович Нам**  
кандидат юридических наук, *LLM*,  
магистр частного права

## История развития принципа добросовестности (*Treu und Glauben*) в период с 1900 по 1945 г.<sup>1</sup>

Принцип добросовестности (*Treu und Glauben*) в праве Германии является сегодня основополагающим принципом практически для всех правовых отношений — как между равными субъектами в частном праве, так и между лицами, находящимися между собой в отношениях власти и подчинения, в области публичного права. Знания о ходе исторического развития принципа добросовестности, о том, в каких общественных отношениях оно происходило, какие политические и экономические факторы на него влияли, помогут лучше понять эту новую и непростую для российского права категорию. В статье предпринята попытка теоретического осмысления принципа в первый период после принятия Германского гражданского уложения, рассказывается, какую роль в его развитии сыграла Первая мировая война и ее последствия и как это развитие происходило во времена Веймарской республики. На примере Германии времен национал-социализма показывается, как содержание принципа добросовестности может трансформироваться в тоталитарном государстве под влиянием политической идеологии.

*Ключевые слова: принцип добросовестности, *Treu und Glauben*, Германское гражданское уложение, Германия*

<sup>1</sup> Настоящая статья подготовлена в рамках научно-исследовательского проекта по доктринальному обеспечению новелл ГК РФ.

**Kirill Nam**

PhD in Law, LLM, Master of Private Law

## **History of the Good Faith Principle in Germany from 1900 till 1945**

Today, the good faith (*Treu und Glauben*) principle in the law of Germany is a fundamental one in practically all legal relations between both equal subjects in private law and individuals in the context of relations of power and subordination in public law. The knowledge of historical development of this principle, understanding of social context in which it evolved and of political and economic factors that influenced it can help us get a better grasp of this new and non-trivial category in Russian law. The article looks into the theoretical thinking with regard to the good faith principle in the first period following the adoption of the *Bürgerliches Gesetzbuch* (the Civil Code of Germany). It then shows the role of World War I and its aftermath in the development of this principle and how the latter effloresced to the full in the Weimar Republic. Finally, using the example of the national socialist period in Germany, the article further demonstrates how the understanding of the good faith principle can be transformed under the influence of political ideology in a totalitarian state.

*Keywords: good faith principle, Treu und Glauben, Bürgerliches Gesetzbuch, Germany*

**С** недавнего времени российский Гражданский кодекс содержит положения о принципе добросовестности. Нам еще только предстоит понять и осознать в полной мере необходимость, значение и содержание этого принципа. На данном этапе отношение к нему порой является не самым доброжелательным. Неоднозначным было отношение к добросовестности и в Германии на протяжении всего периода существования нормы § 242 Германского гражданского уложения (ГГУ)<sup>2</sup>. Принцип добросовестности (*Treu und Glauben*) называли и необходимым аварийным клапаном, и суперревизионной нормой, а также именовали мертвой или пустой нормой. Опасность или, наоборот, полезность его применения по-разному оценивается в немецкой литературе в зависимости от той или иной точки зрения. Но то, что принцип добросовестности имеет непереоценимое значение не только для гражданского права, но и для всей правовой системы, в немецком праве уже не оспаривается.

Согласно господствующему сегодня бесспорному мнению, принцип добросовестности служит общим правовым принципом для самых разных областей права — обязательственного, вещного, трудового, семейного, процессуального и публичного<sup>3</sup>.

Нередко можно встретить высказывания, что § 242 ГГУ стал принципом, овладевшим всей правовой жизнью, или что он определяет всё частное и публичное право.

<sup>2</sup> «Должник обязан исполнить обязательство таким образом, как этого требует добросовестность [*Treu und Glauben*] с учетом обычая оборота» («Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordert»). ГГУ было принято Рейхстагом 01.07.1896, одобрено Бундесратом 14.07.1896, опубликовано 24.08.1896, вступило в силу с 01.01.1900.

<sup>3</sup> См.: *Larenz K. Lehrbuch des Schuldrechts*, Erster Band Allgemeiner Teil. München, 1987. S. 127.

За подобными высказываниями лежит длительная история развития этого правового явления. Для лучшего понимания принципа добросовестности и его значения для правопорядка, который ему подчинен, будет полезно иметь представление об историческом развитии, становлении этого принципа в немецком праве.

## 1. Начало теоретического осмысливания и влияние Первой мировой войны

### 1.1. Доктринальное наполнение принципа добросовестности (*Treu und Glauben*)

Первые годы после вступления в силу § 242 ГГУ прошли под знаком научных дискуссий о его правовом содержании. Общим было понимание того, что эта норма выполняет функцию регулирующего вмешательства в обязательственные отношения<sup>4</sup>. При этом в научных юридических кругах развивалось два подхода к определению оснований, объема и масштаба вмешательства в обязательственные отношения путем применения § 242 ГГУ<sup>5</sup>.

#### *Теория, основанная на предполагаемой воле сторон*

Согласно одному из подходов, § 242 как основание для судебского вмешательства в правоотношения сторон призван восполнить пробелы в регулировании обязательственных правоотношений тогда, когда стороны какие-либо вопросы не согласовали или не смогли согласовать и при этом отсутствуют диспозитивные нормы закона, с помощью которых можно было бы закрыть образовавшиеся пробелы. В случае с внедоговорными обязательствами согласно данному подходу § 242 должен вступать в игру при отсутствии в законе положений, способных урегулировать конкретные вопросы.

В литературе этот подход формулировался следующим образом: «Судья при использовании *Treu und Glauben* в обязательственных отношениях должен решать спор в вопросах, оставленных законом открытыми, таким образом, как это бы сделал законодатель. Это означает, что со строгим учетом фактических обстоятельств дела, исходя из соображений интересов обеих сторон, необходимо найти среднюю линию между противостоящими интересами сторон и на ее основании принять решение. При этом должны учитываться особенности обычаев оборота»<sup>6</sup>. При этом подчеркивалось, что согласно такому подходу словосочетание *Treu und Glauben* должно получить «ясные мысли» (*klarer Gedanke*) или, иными словами, четкое содержание<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> См.: Schmidt J. Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. Einleitung zu § 241–243. Auflage 13. Berlin, 1995. Rn. 55.

<sup>5</sup> См.: Looschelders D., Olzen D. Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. Einleitung zum Schuldrecht § 241–243. Berlin, 2015. Rn. 39–40.

<sup>6</sup> Schneider K. Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches. München, 1902. S. 132.

<sup>7</sup> Ibid. S. 132.

Если считать, что основанием для вмешательства в обязательственные отношения является необходимость закрыть пробелы в регулировании соответствующих отношений, появится понимание объема необходимого вмешательства. Имевшие место пробелы договорного и/или законодательного регулирования сами определяли степень вмешательства § 242. Поэтому создаваемые с помощью этой нормы правовые положения должны были иметь ровно тот объем, чтобы закрыть имеющиеся пробелы. В случае с договорными отношениями речь шла о создании как бы недостающих условий конкретного обязательственного правоотношения, но не общих диспозитивных правых норм<sup>8</sup>. В области же внедоговорных обязательств для конкретного правоотношения недостающие правила, которые законодатель упустил из виду, должны восполняться также с помощью § 157 («Толкование договоров») и 242 ГГУ<sup>9</sup>.

Основой для вмешательства с помощью § 242 и тем самым для легитимации созданных правовых положений в равной степени как для договорных, так и для внедоговорных отношений могла служить воля сторон. Ее содержание в договорных обязательствах подлежало определять путем толкования имевшихся договоренностей, а во внедоговорных отношениях — путем установления предполагаемой воли сторон обычных порядочных граждан<sup>10</sup>.

Преимущества данного подхода на первый взгляд могли показаться очевидными для разрешения пробелов в случае с договорными обязательствами. Может показаться логичным, что понятие «воля сторон», которой обосновывается возникновение и исполнение договорных отношений, также может объяснить применение § 242 ГГУ в целях закрытия пробелов в регулировании этих отношений. Правовым базисом здесь служит принцип автономии воли сторон, который в целом пронизывает и является сутью договорных правоотношений. Он же служит и своего рода ограничителем для злоупотреблений со стороны судьи, который при применении § 242 ГГУ связан рамками действительной или предполагаемой воли сторон.

Недостатком такого подхода была узкая сфера применения — лишь для закрытия пробелов в регулировании обязательственных отношений. Кроме того, его кажущаяся логичность вызывала сомнения при анализе легитимирующего основания в случае с внедоговорными правоотношениями. Внедоговорные обязательства основаны не на автономии воли сторон, а в большей степени на так называемых социальных оценках. Даже если исходить во внедоговорных обязательствах из предполагаемой воли сторон, то определяться она должна была в сравнении с «обычными порядочными гражданами». Сам же такой стандарт подлежал определению исходя из существующих в обществе его социальных оценок: «...что в соответствии с целями обязательственного правоотношения ожидаемо от порядочного и справедливо человека...»<sup>11</sup>, «понимание Treu und Glauben объясняется тем, что приписывает ему оборот»<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> См.: Schmidt J. Op. cit. § 242. Rn. 59.

<sup>9</sup> См.: Schneider K. Op. cit. S. 202.

<sup>10</sup> См.: Schmidt J. Op. cit. § 242. Rn. 60.

<sup>11</sup> См.: Dernburg H. Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des deutschen Reichs und Preußens. 3. Auflage. Halle, 1905. S. 27.

<sup>12</sup> См.: Kohler J. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin, 1904. S. 535.

То есть так или иначе пробелы в правовом регулировании внедоговорных обязательств объяснялись не через волю сторон, хоть и предполагаемую, а в конечном итоге через некие объективно существующие в обороте и в обществе подходы и ценности. Получалось, что в данном случае содержание § 242 ГГУ должно было бы пониматься двояко: в договорных отношениях пробелы ликвидировались с помощью принципа автономии воли сторон, а во внедоговорных — посредством существующих в обществе объективных стандартов, ориентированных на определенные социальные ценности. Подчеркивалось, что это делало сложным формулирование единообразного подхода к содержанию предписания § 242 ГГУ<sup>13</sup>.

Противники применения этой нормы лишь как правового средства для восполнения пробелов в обязательственных отношениях вменяли представителям этой теории в вину также то, что принцип *Treu und Glauben*, если судить по истории его появления в ГГУ, а также в более ранних кодификациях, включая Французский гражданский кодекс, по своему содержанию значительно шире<sup>14</sup>. Подчеркивалось, что даже в пояснительных материалах в процессе подготовки ГГУ указывалась цель принятия нормы: не просто выяснить с ее помощью обязательства сторон, а сформулировать важный практический принцип, который должен подчинить себе весь деловой оборот<sup>15</sup>. Как видно, главной проблемой данной теории было обоснование правила для вмешательства положений § 242 ГГУ и создания новых правовых положений.

### **Теория, основанная на социальных, нравственных ценностях**

Сторонники теории предполагаемой воли сторон исходили из потребностей правового регулирования в конкретном деле. Обнаружившиеся потребности являлись причиной для применения положений *Treu und Glauben*. То есть необходимость восполнения выявленных пробелов в регулировании отношений сторон была первична, а применение *Treu und Glauben* являлось следствием. Необходимость восполнения правового пробела в конкретной ситуации обосновывался объем и масштаб вмешательства в отношения сторон с помощью § 242. Критики этой теории, наоборот, отталкивались от потребности в легитимации новых правовых положений, которые создавались с помощью § 242 ГГУ. Затем делались попытки определить основания и объем вмешательства. При этом основа для вмешательства и тем самым легитимация новых правовых положений виделись в объективных социальных оценках.

Р. Штаммлер, являвшийся одним из основных представителей<sup>16</sup> этой теории, задавался вопросами: что есть *Treu und Glauben* и какое правило здесь предполагается для разрешения спорных вопросов?<sup>17</sup> Отвечая на них, он рассуждал следующим

<sup>13</sup> Schmidt J. Op. cit. § 242. Rn. 62.

<sup>14</sup> См.: Looschelders D., Olzen D. Op. cit. § 242. Rn. 45.

<sup>15</sup> См.: Hamburger M. *Treu und Glauben im Verkehr*. Mannheim, 1930. S. 4.

<sup>16</sup> В немецкой литературе указывалось, что правовые мысли Р. Штаммлера получили широкую поддержку в юридических научных кругах и все представители теории социальных ценностей их цитировали, см.: Schmidt J. Op. cit. § 242. Rn. 64; Looschelders D., Olzen D. Op. cit. § 242. Rn. 46.

<sup>17</sup> См.: Stammler R. *Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren*. Berlin, 1897. S. 36.

образом. Закон не пытается самостоятельно решить спорный вопрос и не дает готовую формулу. Он передает эту проблему науке, которая должна развивать предложенное правовое содержание и находить пути решения конкретных вопросов. Ясно, что закон со ссылкой на *Treu und Glauben* указывает на необходимость разрешения гражданских споров объективным, четким и формально единообразным способом. Не должно подлежать сомнению, что *Treu und Glauben* в своем общем значении необходимо отличать от отдельных позитивных правовых норм. Не должны быть определяющими те или иные специальные правила, которые стороны установили заранее. Правило *Treu und Glauben* должно давать для конкретного случая объективно правильное решение, которое должно быть найдено и обосновано. Оно может в отдельных случаях даже предметно противоречить специальным позитивным правовым положениям<sup>18</sup>.

Таким образом, ключевым для правового содержания § 242 ГГУ должно быть определение того, что является объективно правильным для конкретного спорного случая. Каждое правовое требование той или иной стороны правоотношения не только должно объясняться отдельными договоренностями сторон и/или отдельными позитивными нормами закона и просто им формально соответствовать. Оно должно быть содержательно правильным и обоснованным. А это могло быть возможным, если бы рядом с формулировками закона стояли указания на необходимость соблюдения моральных норм<sup>19</sup>. Однако норм морали, разработанных специально для каждого случая, не имеется.

В связи с этим возникает вопрос: с помощью какого надежного метода могут быть найдены правовые положения, соответствующие нормам морали и тем самым представляющие собой объективно правильное решение в соответствии с принципом *Treu und Glauben*? Штаммлер видит его в том, что в конкретном случае, который должен разрешаться с учетом *Treu und Glauben*, необходимо обращаться к главной цели всего правопорядка, которой является правовое упорядочение отношений всех совместно проживающих индивидов. Собственно, и отдельные позитивные правовые нормы и правила как составные части правопорядка подчинены этой же цели. Совместное проживание индивидов — человеческое сообщество, основанное на взаимной любви и уважении каждого к каждому, согласно Штаммлеру, означает восприятие отдельным членом сообщества интересов другого члена в качестве собственных интересов<sup>20</sup>. Отсюда вывод, что конечной целью права и государства является сообщество свободных людей, основанное на их гармоничном совместном сосуществовании. Но поскольку такого идеального человеческого общежития в реальной жизни не существует, что это лишь цель, идеал, к которому право должно стремиться, то мерилом для оценки правовых отношений сторон должен выступать некий социальный идеал.

Подобное рассуждение в итоге дает следующее определение рассматриваемого принципа: *Treu und Glauben* является нормой для решения правового спора, которая в конкретных обстоятельствах дает правильное решение с точки зрения

---

<sup>18</sup> См.: *Stammler R.* Op. cit.

<sup>19</sup> Ibid. S. 39.

<sup>20</sup> Ibid. S. 41.

социального идеала<sup>21</sup>. Категория социального идеала придает норме как бы объективный характер. Социально идеальными отношения могут быть, только если они соответствуют этому стандарту. Взвешивание и оценка противостоящих субъективных интересов и желаний сторон правоотношения должны производиться с точки зрения социального идеала. Судья должен принять такое решение, какое было бы принято при социально идеальных отношениях, когда каждая из сторон исходила бы не только из собственных интересов и целей, но также принимала бы интересы другой стороны.

Сторонники данной теории подчеркивали необходимость учитывать, что социальный идеал не всегда является одним и тем же. Поскольку фактических обстоятельств и видов правоотношений очень много, социальный идеал в принципе не может быть единообразным и объем необходимого применения принципа *Treu und Glauben* может различаться от ситуации к ситуации<sup>22</sup>.

Если придерживаться этой теории и стандарта социального идеала, то объем вмешательства в правоотношения сторон путем применения § 242 ГГУ будет следующим: сюда попадает вся область регулирования, на которую распространяются новые правовые положения, созданные посредством этого стандарта. Это не только области договорных и внедоговорных отношений, в которых сделками или законом оставлены правовые пробелы, но и урегулированные либо соглашением сторон, либо нормами права отношения. Последние должны проверяться на соответствие стандарту социального идеала.

Данная теория, как считается, имеет очевидные преимущества перед теорией предполагаемой воли сторон. Здесь в качестве правового инструментария выступала единообразная правовая модель, согласно которой в юридико-техническом смысле было понятно, как определить основание и объем вмешательства путем применения § 242 ГГУ в отношения сторон. Также этот подход в равной степени был логически оправдан как для договорных, так и внедоговорных правоотношений.

Однако теория социального идеала в силу ее излишней идеалистичности также вызывала критику в научных кругах. В литературе ее даже называют экстремальной<sup>23</sup>. Оценивая теорию социального идеала, современники Р. Штаммлера критиковали ее, указывая, что она лежит больше в сфере религиозных и нравственных обязательств, что «право не может ставить себе такие высокие цели», «цели Германского гражданского уложения так далеко не идут»<sup>24</sup>. Теория социального идеала является чрезмерной для практической правовой действительности<sup>25</sup>.

В силу излишней крайности теории социального идеала предлагались более мягкие определения значения *Treu und Glauben*: «Закон не имел в виду ничего другого,

<sup>21</sup> Ibid. S. 42–43.

<sup>22</sup> См.: Steinbach E. *Treu und Glauben im Verkehr: Eine civilistische Studie*. Wien, 1900. S. 22.

<sup>23</sup> Schmidt J. Op. cit. § 242. Rn. 63.

<sup>24</sup> Dernburg H. Op. cit. S. 26.

<sup>25</sup> Oertmann P. *Recht der Schuldverhältnisse*. Berlin, 1928. S. 27.

чем то, что судья должен руководствоваться тем, что в обязательстве согласно его целям и обычаям порядочный и справедливо мыслящий человек вправе ожидать от другой стороны<sup>26</sup>; «*Treu und Glauben* является объективным мерилом, в соответствии с которым то, что согласно общему мнению противоречит порядочности в обороте, должно быть лишено судьей правовой силы и правовой защиты»<sup>27</sup>.

Как видно, и теория социального идеала, и другие в определенной степени схожие с ней подходы, основанные на внешнем масштабе оценки прав и обязанностей сторон в правоотношении, исходили из того или иного внешнего объективного стандарта, санкционированного § 242 ГГУ. Определения сущности этого положения с точки зрения внешнего объективного критерия оценки конкретных правоотношений имели, как уже было сказано, преимущества в юридико-техническом плане и в большей степени соответствовали тем целям и задачам, которые исторически, еще с кодификаций XIX в. и в процессе разработки ГГУ, придавались норме *Treu und Glauben*. Эти преимущества определили то, что подходы, основанные на внешнем объективном масштабе, который, в свою очередь, базировался на определенных признаваемых социальных ценностях, получили в литературе статус господствующего мнения<sup>28</sup>.

Однако данные подходы имели один очевидный минус, который обсуждался еще на протяжении всего XIX в. известными немецкими правоведами<sup>29</sup>. Всякое применение права, в том числе определение того, какие общественные ценности признаны в определенный период, и соизмерение конкретного спорного случая с подлежащими учету социальными ценностями, отнесено к компетенции судьи. Здесь и проходит линия, которая отделяет правосудие от судейской ошибки или судейского произвола. Для локализации и решения данной проблемы единодушно было признано, что свобода усмотрения судей должна сопровождаться и контролироваться научной доктриной. Кроме того, предсказуемость решений спорных ситуаций на практике должна достигаться тем, что в науке (и прежде всего в комментариях) должны систематизироваться и описываться типовые случаи применения § 242 ГГУ<sup>30</sup>.

После вступления в силу ГГУ в период активных научных дискуссий о значении и сущности нормы *Treu und Glauben* внимание теоретиков было естественным образом обращено и к важной составляющей нормы § 242, а именно к обычаям оборота (*Verkehrssitte*), их роли в контексте всего правила, заложенного в этой норме.

Под обычаями оборота понимали такие обычай, которые присущи обороту, преобладают в нем с точки зрения большего или меньшего количества людей, то, как

<sup>26</sup> *Dernburg H.* Op. cit. S. 26.

<sup>27</sup> *Endemann F.* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band I. Berlin, 1903. S. 592.

<sup>28</sup> *Schmidt J.* Op. cit. § 242. Rn. 69.

<sup>29</sup> Подробнее о проблеме судейского усмотрения при применении *bona fides* см.: *Haferkamp H.-P.* Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Band II: Schuldrecht. Allgemeiner Teil. 1. Teilband: vor § 241–§ 304. Tübingen, 2007. § 242. Rn. 41–44.

<sup>30</sup> *Ibid.* Rn. 65.

оборот преимущественно осуществляется на практике<sup>31</sup>. Обычаи оборота подлежат учету вне зависимости от воли сторон. Это следует из императивности формулировки нормы § 242 ГГУ. То есть соглашение сторон о неподчинении их отношений обычаям оборота не препятствует обязательности учитывать эти обычай при оценке спорной ситуации с точки зрения *Treu und Glauben*. Это следует также из того, что вся норма § 242 ГГУ является императивной и не может быть исключена сторонами из правового регулирования их отношений.

Обычаи оборота различны в зависимости от времени и места<sup>32</sup>. *Treu und Glauben* и обычай оборота не равнозначны — последние сами по себе не относятся к категориям порядочности или нравственности<sup>33</sup>. В этом смысле обычай оборота не представляют собой какой-то социально-этический принцип, в большей степени они являются фактически существующим в обороте порядком, которого судья должен придерживаться при отсутствии более специальных норм. Обычаи оборота не являются правовыми нормами в узком смысле, так как имеют значение только при учете их в процессе применения *Treu und Glauben*.

Ссылка § 242 ГГУ о *Treu und Glauben* означает формальное направление, куда должно двигаться решение судьи при рассмотрении им спорного случая. Обычаи же оборота помогают обнаружить необходимый для оценки правоотношений фактический материал. В этом смысле они ни в коем случае не являются формулой для окончательного решения спора<sup>34</sup>. То есть спор не должен быть обязательным образом решен так, как это решалось бы только с помощью обычая оборота. Они служат критерием для оценки обязательственных отношений, но не единственным<sup>35</sup>. Учет обычая оборота призван облегчить конкретизацию обязанности, подлежащую исполнению в соответствии с *Treu und Glauben*.

Смысл правовых норм, подлежащих применению на основании § 242 ГГУ, подлежит определению согласно *Treu und Glauben* с учетом обычая оборота. То есть обычай оборота сами по себе выступают важным вспомогательным средством при толковании позитивных правовых положений<sup>36</sup>. Требование учета фактических обстоятельств призвано помочь правоприменению. С помощью обычая оборота легче выяснить масштаб *Treu und Glauben* в конкретной ситуации. В литературе подчеркивается, что если закон не будет учитывать фактические жизненные обстоятельства, в том числе обычай оборота, то это не будет соответствовать интересам оборота, может приводить к чуждым ему результатам<sup>37</sup>. Указывается также, что обычай оборота выполняют как бы руководящую функцию в отношении *Treu und Glauben*, что если *Treu und Glauben* — это текущая вода, то

<sup>31</sup> См.: *Oertmann P. Rechtsordnung und Verkehrssitte insbesondere nach Bürgerlichem Recht.* Leipzig, 1914. S. 32.

<sup>32</sup> См.: *Dernburg H. Op. cit.* S. 26.

<sup>33</sup> *Ibid.* S. 28.

<sup>34</sup> См.: *Steinbach E. Op. cit.* S. 13.

<sup>35</sup> См.: *Dernburg H. Op. cit.* S. 28.

<sup>36</sup> См.: *Oertmann P. Rechtsordnung und Verkehrssitte.* S. 369–370.

<sup>37</sup> *Ibid.* S. 374.

обычаи оборота можно сравнить с сосудом, в котором эта вода только и может быть осозаема<sup>38</sup>.

Первые годы после вступления в силу ГГУ и, соответственно, норм о *Treu und Glauben* охарактеризовались широкими научными дискуссиями о норме § 242. Именно в это время были заложены значительные теоретические основы о понятии, значении и роли данного правила.

### **Начало применения § 242 ГГУ в судебной практике**

Позитивное закрепление принципа *Treu und Glauben* в ГГУ не только породило научный интерес к данной правовой категории, но и стало основанием для его применения на практике в судебных делах. Если сначала количество дел, в которых § 242 использовался в качестве обоснования сделанных выводов, было невелико<sup>39</sup>, то уже спустя несколько лет после вступления ГГУ в силу оно значительно выросло. Широко распространенная в литературе теория признанных социальных ценностей оказала существенное влияние на подходы судебной практики. Суды начали применять § 242 ГГУ не только для восполнения пробелов в правовом регулировании, но и для широкого контроля и исправления содержания правоотношений. Наряду с восполнением пробелов и конкретизацией договорных обязанностей, а также дополнением диспозитивных законодательных норм Имперский суд корректировал договорные и даже законодательные нормы. Развитие практики применения § 242 характеризуют высказывания в одном из решений Имперского суда в 1914 г.: «Система ГГУ пронизана принципом *Treu und Glauben* <...> § 157, 226, 242, 826 являются лишь особым выражением общего принципа <...> Принцип подчиняет все отдельные нормы и должен придавать им живое действие через разъяснение, расширение, дополнение или ограничение отдельных дословных формулировок»<sup>40</sup>.

## **1.2. Влияние Первой мировой войны на развитие принципа добросовестности**

Первая мировая война оказала значительное влияние на немецкое частное право<sup>41</sup>. Тяжелая экономическая ситуация не могла не отразиться на правоприменении в этот период. Экономическая блокада Германии и ограничение ее экспорта со стороны стран Антанты и их союзников имели огромное негативное значение для всей экономики Германии<sup>42</sup>, приведя к потерям от внешней торговли и необходимости внутреннего производства выпадающих товаров и оборудования. Это влек-

<sup>38</sup> *Al-Shamari N.* Die Verkehrssitte im § 242: Konzeption und Anwendung seit 1900. Tübingen, 2006. S. 70.

<sup>39</sup> Первое решение Имперского суда было датировано 25 апреля 1901 г.

<sup>40</sup> Цит. по: *Looschelders D., Olzen D.* Op. cit. § 242. Rn. 52.

<sup>41</sup> См.: *Dörner H.* Erster Weltkrieg und Privatrecht. Rechtstheorie Band 17. Berlin, 1986. S. 401.

<sup>42</sup> См.: *Emmert J.* Auf der Suche nach den Grenzen vertraglicher Leistungspflichten. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts 1914–1923. Tübingen, 2001. S. 248–249.

ло громадные финансовые затраты. Существенно изменились внутренние рынки и структура спроса и потребления. Частное потребление в этот период упало до минимума, до удовлетворения только основных потребностей. Производители и торговцы пытались расторгать договоры со своими поставщиками, поскольку сильно снизившийся спрос сделал ненужными закупленные и заказанные товары. Переориентация спроса на основные необходимые товары не могла не вызвать их дефицита. Вместе с тем резко увеличился спрос на товары, связанные с войной и военным временем, но в силу дефицита необходимых товаров он не мог быть удовлетворен из-за недостатка производственных мощностей на предприятиях, еще не успевших переориентироваться на военное производство. Данные экономические пертурбации не могли не отразиться на правоприменении.

Поначалу судебная практика продолжала решать возникшие вследствие войны и изменившихся экономических обстоятельств споры с помощью правовой доктрины мирного времени. Кто должен был поставлять товар по довоенным ценам, тот должен был делать это, хотя актуальная стоимость товара уже превышала оговоренную еще до войны цену в несколько раз. Кто должен был платить за товар по договору, заключенному до войны, должен был это делать, несмотря на то, что в силу изменившихся обстоятельств товары ему были не нужны и использовать их в силу новых обстоятельств он уже не мог. Правовой формализм в первый период войны имел приоритет. Стороны не имели возможности освободиться или изменить ставшие для них неприемлемыми условия договора. Не признавались ни отказ от договора в силу изменившихся обстоятельств, ни расторжение договора на основании существенных обстоятельств, ни невозможность исполнения вследствие недоступности места исполнения, ни отказ от исполнения обязательств со ссылкой на *Treu und Glauben*<sup>43</sup>.

Такой подход (*business as usual*), оформлявшийся посредством правового формализма, проявлялся через так называемые оговорки о войне. Если в договоре, заключенном до войны, содержалось условие, что сторона освобождается от обязательств в случае войны, то она освобождалась от своих обязанностей, хотя необходимые товары у нее были на складах в достаточном количестве, а покупатель срочно и чрезвычайно нуждался в этих товарах. И наоборот, если такой оговорки не было, то продавец обязан был поставить товары по тем ценам, что были согласованы до начала войны. Обязанность эта сохранялась лишь в силу того, что товар, определенный родовыми признаками, в принципе мог быть поставлен, но при этом не учитывались обстоятельства продавца и то, что исполнение для него стало неприемлемым<sup>44</sup>.

Ситуация начала меняться с середины войны, когда стало ясно, что она быстро не закончится, в то время, когда экономические катаклизмы становились все масштабнее. Пришло понимание, что изменение обстоятельств ставит стороны договоров в совершенно иные условия. Принцип *pacta sunt servanda* не должен вести к тому, что договор сохраняется в неизменном виде при полностью изменившихся обстоятельствах, которые стороны не могли предвидеть до заключения договора. В судебных решениях стали появляться в качестве аргументов такие формулиров-

<sup>43</sup> См.: Dörner H. Op. cit. S. 398–399.

<sup>44</sup> Ibid. S. 399.

ки: «...все перемалывающая мировая война, до которой вся предыдущая жизнь не знала ничего подобного...»<sup>45</sup>.

Характерны оценки изменения подходов в правоприменении правовых процессов того периода: «Экономическая необходимость берет вверх над верностью буквальному смыслу. Анализ интересов берет вверх над позитивистскими конструкциями. Содержательная договорная справедливость берет вверх над формальными обязанностями. Догматическая эпоха подходит к концу»<sup>46</sup>. В судебных решениях «стал чувствоваться другой климат, а именно климат готовности к размышлениям, которые больше не находили опоры в формальных нормах закона»<sup>47</sup>. В итоге судебная практика начала отходить от подхода, согласно которому судья не в состоянии был смягчить жестокость военного времени и найти решение, уравнивающее интересы сторон договора. В решении Имперского суда от 21.09.1920 № III-143/20 указывалось, что тотальное изменение экономических отношений воздействует на существующие договоры таким образом, что интересы одной из сторон договора в его прекращении должны рассматриваться как обоснованные, когда дальнейшее сохранение договора для этой стороны является более экономически неприемлемым. Право требования исполнения обязанности из договора отпадает, если обязательство в силу полностью изменившихся обстоятельств стало экономически иным, чем то, из которого стороны исходили первоначально. Правовой основой для такого подхода в решении назывались § 242 и 157 ГГУ.

В литературе подчеркивалось, что нормы о *Treu und Glauben* получили применение в основном в области изменения обязанностей участников правоотношений и адаптирования условий договоров к изменившимся обстоятельствам<sup>48</sup>, а также в вопросах толкования договоров<sup>49</sup>.

В военное время были широко распространены договоры, обязательные для заключения. В первую очередь это договоры, стороной которых являлось государство, и договоры для государственных нужд. Страна, находящаяся в состоянии войны, не может не прибегать к планово-экономическим мерам. В связи с этим в правоприменении поднимался вопрос о соотношении таких договоров как с ограничением принципа свободы договора и автономии воли сторон (ограничение права заключать или не заключать договор, права свободно определять условия договора), так и с нормами о *Treu und Glauben*. В итоге явные перекосы, образовавшиеся в результате ограничения свободы договора и автономии воли, нередко смягчались посредством применения судами § 242 ГГУ<sup>50</sup>. Так, посредством *Treu*

<sup>45</sup> Решение Имперского суда от 15.10.1918 № III-104/18.

<sup>46</sup> См.: Dörner H. Op. cit. S. 400–401.

<sup>47</sup> Nörr K.W. Der Richter zwischen Gesetz und Wirklichkeit. Die Reaktion des Reichsgerichts auf die Kriese von Weltkrieg und Inflation, und die Entfaltung eines neuen richterlichen Selbstverständnisses. Heidelberg, 1996. S. 10.

<sup>48</sup> См.: Looschelders D., Olzen D. Op. cit. § 242. Rn. 53.

<sup>49</sup> См.: Haferkamp H.-P. Op. cit. Rn. 66.

<sup>50</sup> См.: Nipperdey H.C. Kontrahierungszwang und diktiert Vertrag. Jena, 1920. S. 140–141.

*und Glauben* в подобных договорах решались вопросы приемлемости исполнения обязательства для должника. В силу обязательности договора освобожден он от своих обязательство, как правило, быть не мог, но зато допускалось определенное изменение условий контракта.

Военное время показало наличие многих правовых пробелов, с которыми сталкивались судьи. Последние при правоприменении были предоставлены в тех условиях сами себе. В юридических кругах стало распространенным мнение, что при отсутствии достаточного времени и без необходимых консультаций находимое правовое решение не обязательно должно соответствовать букве закона, что право может применяться по возможности свободно, исходя из целей правового регулирования<sup>51</sup>.

Первая мировая война стала вынужденным толчком к повороту в праве от позитивистской юриспруденции к юриспруденции интересов. В этом направлении немецкое право развивалось и дальше. Здесь уместны высказывания известного немецкого правоведа Р. фон Йеринга, сделанные им еще в 1852 г.: «Война может оказать на развитие права очень полезное воздействие. Это может звучать парадоксально, но это так. Война в правильное время может за несколько лет привнести большее развитие, чем столетия мирного времени»<sup>52</sup>.

Таким образом, война и вызванные ей кардинальные изменения общественных и экономических отношений потребовали от права соответствующих изменений в подходах к правовому регулированию изменившихся отношений. Позитивно-правовое регулирование в силу своей инертности не могло своевременно и адекватно отвечать на появившиеся вызовы. Но наличие закрепленного в законе принципа добросовестности и определенная теоретическая база позволили немецкому правопорядку в рамках имеющихся правовых норм обеспечить более гибкое правовое регулирование.

## 2. Период Веймарской республики как важнейший этап развития принципа добросовестности (*Treu und Glauben*)

Послевоенный период характеризовался в праве в значительной степени обработкой и ликвидацией последствий военного времени. Тотальная перетряска экономических и социальных отношений повлекла за собой масштабное развитие в применении принципа добросовестности, с помощью которого правоприменение пыталось исправить все те перекосы, прежде всего в экономике, которые были вызваны войной. В этот период судебная практика начала широко использовать § 242 ГГУ, задачи же литературы во многом сводились к фиксации, систематизации и обобщению применения принципа добросовестности.

<sup>51</sup> См.: Dörner H. Op. cit. S. 391.

<sup>52</sup> Jhering R., von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 5. Auflage. Teil 1. Leipzig, 1891. S. 245.

## 2.1. Борьба за индексацию требований, обесценившихся вследствие инфляции

Инфляция, обесценивание национальной валюты, снижение покупательной способности поставили судебную систему перед проблемой адаптации договорных обязательств к изменившимся обстоятельствам. Большое значение в условиях растущей гигантскими прыжками инфляции сыграла так называемая борьба за индексацию (*Aufwertungskampf*). Для переживших ее юристов она была незабываемым драматическим представлением, остро показавшим противоречие между *ius strictum* и *aequitas*<sup>53</sup>. Строгое право при этом было представлено валютным законом, основанным на принципе номинальности денежной единицы — «марка равна марке». За справедливостью же стоял миллионный хор ограбленных кредиторов. Апогеем этой борьбы стало заявление судейского объединения при Имперском суде о том, что суды откажутся применять постановление правительства, запрещающее индексацию имущественных требований.

Эта юридическая эпопея берет начало еще в ранний период Первой мировой войны. Немецкому государству для ведения войны требовались огромные финансовые средства, которые оно решило привлекать через займы, в том числе у собственного населения. Для получения дополнительных денежных средств власти решили также включить печатный станок и увеличить объем денежной массы. Для этого в начале войны в августе 1914 г. был принят закон об отмене так называемого золотого стандарта, об отмене необходимости обеспечения национальной валюты золотым запасом. Это открыло дорогу неконтролируемой эмиссии денег. Война виделась немецким правителям краткосрочной, заимствованные средства планировалось отдавать за счет бонусов от победы. Когда же стало понятно, что война проиграна, печатание денег для закрытия дыр и долгов приобрело катастрофический характер. Если государству было выгодно погашать свои долги по номиналу, то для других участников оборота, т.е. частных лиц, имевших денежные требования, это означало полный крах. В ноябре 1923 г., чтобы при обмене валюты получить 1 долл., необходимо было отдать 4 трлн марок. Указывалось, что по любым обязательствам, по которым кредиторы получали удовлетворение, на вырученные средства они не могли себе купить даже бутерброд<sup>54</sup>. При этом государство бездействовало. Поскольку финансирование военной кампании велось не за счет налогов, а за счет займов у собственного населения, то само государство было крупнейшим должником и ни в коей мере не было заинтересовано в индексации денежных требований. В этой ситуации жертвам инфляции оставалось надеяться только на судебную систему.

Имперский суд, однако, первое время не вмешивался, «не желая выходить за рамки судейской компетенции, так как регулирование валюты в развитых народных экономиках относится к решениям законодателя о рамочных условиях функционирования экономики»<sup>55</sup>. Суды поначалу четко придерживались принципа валютного закона («марка равна марке»). «Никто не может упрекнуть Имперский суд в том,

<sup>53</sup> Hedemann J. W. Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen, 1933. S. 11.

<sup>54</sup> См.: Nörr K. W. Op. cit. S. 16.

<sup>55</sup> Ibid. S. 16–17.

что он поспешно и необдуманно отменил правило «марка равна марке». Медленно и осторожно признавалась необходимость индексации применительно к отдельным областям права. Но все решительней и шире находил применение данный подход<sup>56</sup>. Однако последующее понимание того, что государство не придерживается правил игры, а также «гнев от растущей аморальности валютных правил, инстинктивное чувство того, что над писанным правом есть высшая справедливость, желание помочь и сломать заклинание старого закона»<sup>57</sup> привели к радикальному изменению отношения судебной системы к данной проблеме.

Поворотным считается известное решение Имперского суда от 18.11.1923 по делу *V* 31/23. Ключевым вопросом, ответ на который должен был дать суд, было то, может ли кредитор по ипотечному займу вследствие сильного обесценивания денег потребовать индексации своих требований, чтобы иметь право отклонить погашение долга по номинальной стоимости. Суд, размышая над природой заемных отношений, отметил, что в договорах займа также предполагается равность основной обязанности и встречного удовлетворения<sup>58</sup>. При этом оценивалась не соразмерность процентов по займу, а соразмерность переданного первоначально исполнения (выданный заем) с подлежащим возврату через длительное время имуществом (возврат займа). Возвращаемое должно быть равно полученному. Тем самым была проведена параллель между заемными правоотношениями и классическими синаллагматическими обязательствами. После выдачи займа интерес заимодавца состоит в получении назад имущества такой же ценности, что им было передано, а не номинальной суммы, никак не соответствующей по своей ценности тому, что им было передано.

С гражданско-правовой точки зрения препятствий для такого подхода у суда не было, но он противоречил нормам валютного закона. Суд указал, что в данном случае возникает конфликт между предписаниями валютного закона и законодательными положениями о том, что должнику следует исполнить свои обязательства таким образом, чтобы это согласовывалось с требованиями *Treu und Glauben*, а именно с предписанием § 242 ГГУ, которому подчинена вся правовая жизнь. Встав на сторону кредитора, суд указал, что в данном конфликте приоритет должно иметь предписание § 242 ГГУ, а нормы валютного закона применяться не должны.

Таким образом, суд в противостоянии императивной нормы закона из сферы публичного права с принципом гражданского права о добросовестности отдал предпочтение последнему. В литературе того времени указывалось, что это редкое историческое событие как минимум для Германии, когда «основополагающий закон был убран посредством судебной практики»<sup>59</sup>. Также звучали высказывания о том, что «публично-правовой закон был выброшен за борт с помощью гражданско-правовой генеральной оговорки § 242»<sup>60</sup>. При этом характеризовался данный

<sup>56</sup> Die Eingabe des Vorstandes des Richtervereins beim Reichsgericht vom 08.01.1924 in: Deutsche Richterzeitung 1924. S. 7.

<sup>57</sup> *Hedemann J.W. Reichsgericht und Wirtschaftsrecht. Ein Bild deutscher Praxis.* Jena, 1929. S. 185.

<sup>58</sup> См.: *Emmert J.* Op. cit. S. 399–400.

<sup>59</sup> *Hedemann J.W. Reichsgericht und Wirtschaftsrecht.* S. 184.

<sup>60</sup> *Hedemann J.W. Die Flucht in die Generalklauseln.* S. 12.

подход как своевольный<sup>61</sup>, хоть и сформулированный по причине крайней нужды. Сам суд, осознавая значение своего решения, попытался несколько сгладить возможные непредсказуемые последствия, сформулировав оговорку, что выводы по данному делу не касаются вопросов допустимости индексации в других ипотечных требованиях. Однако § 242 ГГУ стал более широко использоваться в судебной практике для исправления перекосов в отношениях, образовавшихся из-за войны и ее последствий.

При оценке социального значения данного решения указывалось, что суды начали распределять последствия проигранной войны равномерно между держателями денежных средств и держателями материального имущества<sup>62</sup>. Тем самым могли предотвращаться ситуации, когда полное обесценивание национальной валюты приводило, по сути, к неосновательному обогащению одной стороны по отношению к другой в двусторонних обязательствах<sup>63</sup>.

Однако для правительства Германии данное решение Имперского суда имело эффект разорвавшейся бомбы<sup>64</sup> и повергло его в смятение. Правительство по большому счету не заботили ни гражданско-правовые принципы, ни принципы валютного права. Решение Имперского суда об индексации в качестве прецедентного судебного акта высшей судебной инстанции затрагивало государство как самого крупного должника — заемщика по заемным обязательствам. Война финансировалась в основном за счет займов и эмиссии денег, и погашение государственных займов по номинальной стоимости посредством обесцененной денежной массы было, безусловно, в интересах правительства. В связи с этим решение Имперского суда, хоть и вынесенное по конкретному делу и по спору между частными лицами, вызвало у правительственных чиновников обоснованные опасения, что аналогичная судебная практика может быть распространена и на государственные займы, государственные долги<sup>65</sup>.

Уже 15 декабря 1923 г., т.е. спустя всего две с половиной недели после нашумевшего решения Имперского суда, министр финансов Г. Лютер представил на комитете по экономике проект так называемого третьего чрезвычайного постановления правительства, в котором содержались положения о том, что «кредиторы, имевшие требования в рейхсмарках, не имеют права требовать повышения размера своих требований, если только не имеется явно выраженных соглашений о том, что сумма требования может быть впоследствии повышена исходя из соответствующей инфляции»<sup>66</sup>. Это положение явно было призвано нейтрализовать непонравившиеся чиновникам решение суда. В литературе не без сарказма подчеркивалось, что

<sup>61</sup> См.: *Hedemann J.W.* Reichsgericht und Wirtschaftsrecht. S. 184.

<sup>62</sup> См.: *Nörr K.W.* Op. cit. S. 17.

<sup>63</sup> См.: *Emmert J.* Op. cit. S. 403.

<sup>64</sup> См.: *Holtfrerich C.-L.* Die deutsche Inflation 1914–1923. Ursachen und Folgen in internationaler Perspektive. Berlin, 1980. S. 301.

<sup>65</sup> См.: *Emmert J.* Op. cit. S. 404.

<sup>66</sup> Akten der Reichskanzlei, Weimarer Republik. Die Kabinette Marx I und II. Band 1: November 1923 bis Juni 1924. Nr. 25. S. 108. Fn. 1.

министр финансов мог бы в равной степени сформулировать это положение следующим образом: «Кредиторы, которым согласно судебной практике Имперского суда дано право требовать индексации своих требований, требовать этого не имеют права»<sup>67</sup>. Это постановление правительства, принятое спустя два месяца, называли важнейшим вмешательством в гражданское право со временем принятия ГГУ<sup>68</sup>.

Объективности ради необходимо сказать, что в самом правительстве не все были за принятие этого постановления. Так, министр юстиции О. Эммингер предупреждал о негативных последствиях дезавуирования решения высшего суда: «Как показывают многочисленные заявления правительства, права требования, об индексации которых идет речь, находятся в большом объеме в руках беднейших слоев населения, которых инфляция застигла врасплох и которые не в состоянии были своевременно реализовать свои требования». «Запрет права на индексацию можно обозначить в правовом смысле как экспроприацию без необходимой компенсации»<sup>69</sup>. Он также указывал на то, что большая часть держателей обесценившихся долгов была, по сути, принуждена к приобретению долговых бумаг, а запрет индексации и погашение долгов по номинальной стоимости в связи с этим на руку в первую очередь государству как основному должнику.

Запрет на индексацию денежных требований через государственный нормативный акт вызвал острую реакцию в судейском сообществе. В разгар дебатов о планируемом в правительстве запрете с резким заявлением выступило руководство объединения судей при Имперском суде<sup>70</sup> с угрозой неприменения судами спорного постановления: «Дальнейшее соблюдение правила о том, что марка равна марке, может привести к огромнейшей несправедливости, что недопустимо в правовом государстве. <...> Принцип *Treu und Glauben* не ограничен отдельным законом или отдельным позитивно-правовым регулированием. Ни один правопорядок, который заслуживает почетно именоваться правовым, не может существовать без этого принципа. <...> Запланированная мера может рассматриваться как противоречащая Конституции экспроприация. <...> Если к тому придет, что кто-то в споре будет ссылаться на данную новую норму, это будет отклонено с обоснованием, что такая ссылка нарушает принцип *Treu und Glauben*».

Выступление руководства профессионального судейского объединения стало апогеем негласной борьбы судейского корпуса с органами власти в вопросах смягчения последствий гиперинфляции для участников гражданского, экономического оборота. Этот неслыханный в немецкой истории демарш мог вызвать не имевший примеров политический и юридический кризис<sup>71</sup>. Острая реакция не заставила себя ждать. Критический ответ был опубликован министром юстиции: «...это может при-

<sup>67</sup> См.: *Emmert J.* Op. cit. S. 405.

<sup>68</sup> *Weber W.* in: *J. v. Staudingers Kommentar zum BGB*. II. Band. *Recht der Schuldverhältnisse* Teil 1b § 242. 11. Auflage. Berlin, 1961. Rn. F17.

<sup>69</sup> *Akten der Reichskanzlei, Weimarer Republik, Die Kabinette Marx I und II*. Band 1. Nr. 48. S. 195–196.

<sup>70</sup> См.: Заявление правительства объединения судей при Имперском суде от 08.01.1924 (*Deutsche Richterzeitung*. 1924. S. 7.).

<sup>71</sup> См.: *Nörr K.W.* Op. cit. S. 19.

вести к распаду правового порядка и к необратимым потрясениям государственного устройства, если бы суд взял себе право не применять принятый в соответствии с Конституцией закон»<sup>72</sup>. Схожим образом высказался и председатель сената Имперского суда: «Озабоченность объединения судей вызвало недоумение в судебских кругах. Подобная судебная практика, без сомнений, является незаконной и противоречашей Конституции»<sup>73</sup>. Сам же Имперский суд спустя короткое время после письма судебского объединения в решении от 24.01.1924 № III 882/22 явно дистанцировался от нашумевшего заявления. В деле речь шла о действительности одного из постановлений правительства. Среди прочего аргументировалось, что оспариваемое постановление несовместимо с добрыми нравами и противоречит принципу добросовестности. Суд на это указал, что он не рассматривает эти аргументы, так как судья в принципе не уполномочен говорить о применимости или неприменимости закона из-за его содержания, если он принят в установленном порядке.

Пик этого противостояния был отражен и в литературе того времени: «Опасность так называемой юриспруденции добросовестности заключается в том, что, если встанешь на этот путь, уже не будет возможности остановиться»<sup>74</sup>.

В итоге нашумевшее постановление правительства было принято, но в нем законодатели попытались показать определенный, хоть и символический, компромисс — была установлена возможность индексировать некоторые требования на 15%. Кредиторы, естественно, не могли быть удовлетворены таким решением. Затем в 1925 г. был принят закон об индексации, позволявший увеличивать требования на 25%, что также не могло оправдать ожиданий кредиторов.

Как бы то ни было, крайняя позиция, выраженная в заявлении руководства объединения судей, была в последующем в судебной практике существенно смягчена. Суды в дальнейшем в большей степени делали упор на соответствие нормативного акта положениям Конституции и на конституционные права, в том числе ст. 153, гарантирующую неприкосновенность собственности, на которую также ссыпалось руководство объединения судей в своем нашумевшем заявлении<sup>75</sup>. Судейская свобода по отношению к закону, долгое время расширявшаяся, была ограничена самими же судьями<sup>76</sup>.

## 2.2. Расширение применения принципа добросовестности

В литературе подчеркивалось, что развитие судебной практики в период Веймарской республики показало полное восприятие судами теоретических разработок

<sup>72</sup> Deutsche Richterzeitung 1924. S. 40–41.

<sup>73</sup> Ibid. S. 41.

<sup>74</sup> Hedemann J. W. Die Flucht in die Generalklauseln. S. 10.

<sup>75</sup> См.: Nörr K. W. Op. cit. S. 22–23.

<sup>76</sup> Ibid. S. 31.

о принципе добросовестности, сделанных в первый период после принятия ГГУ<sup>77</sup>. Указывалось также, что из борьбы за индексацию обесценившихся требований суды вышли намного сильнее, со значительно большей готовностью применять § 242 ГГУ и регулировать с его помощью правовые отношения<sup>78</sup>.

Сам принцип добросовестности, как описывалось в литературе того времени, стал пониматься как общий правовой принцип, представляющий собой имманентную позитивным правовым нормам основу<sup>79</sup>. Если правовая норма при ее применении в конкретном случае соответствует данному общему принципу, то правовое регулирование на этом заканчивается. Если же применение нормы приводит в конкретном случае к противоречащему данному принципу результату, то он должен быть заменен на такой правовой результат, который соответствует принципу добросовестности. При этом положение § 242 ГГУ не представляет собой норму общего характера, имеющую приоритет над нормой специальной. Оно как бы пронизывает собой всю совокупность норм позитивного права. Подчинение отдельных норм принципу добросовестности нужно понимать именно в этом смысле.

Развитие применения судами принципа добросовестности получило в военный и послевоенный период колоссальный размах. Существенное количественное увеличение судебных дел, в которых классические споры в сфере обязательственных отношений (содержание обязательства, исполнение обязанностей) решались с помощью применения принципа добросовестности, привело и к качественному изменению сферы применения правил о добросовестности.

Первым направлением стало то, что суды в большей степени стали применять § 242 ГГУ в делах, в которых решение ранее находилось с помощью применения иных норм по аналогии или еще не было устойчивой практики применения либо аналогичных норм, либо непосредственно принципа добросовестности. Так, обязанность информирования контрагента как общая дополнительная договорная обязанность сначала выводилась при помощи применения по аналогии отдельных норм, например о том, что поверенный в договоре поручительства должен информировать об исполнении своих обязательств. Затем суды начали говорить, о том, что из норм по аналогии можно вывести общее правило об обязанности информирования друг друга сторонами договора. В итоге для обоснования такой обязанности суды стали ссылаться только на § 242 ГГУ. Еще пример: возражения против требований недобросовестного кредитора сначала обосновывались судами на основании применения различных норм по аналогии, в том числе нормы о ничтожности сделок, противоречащих добрым нравам, а затем суды такие возражения признавали в общем, но не готовы были обосновывать их только с помощью принципа добросовестности. В конце концов и для этого суды стали ссылаться лишь на § 242 ГГУ. К 1930-м гг. не в последнюю очередь судебной практикой в обязательственном праве были сформированы многие правовые институты. Это, например, получившие в дальнейшем большое распространение и общее признание так называемые дополнительные обязанности сторон обязатель-

<sup>77</sup> См.: *Schmidt J.* Op. cit. § 242. Rn. 78.

<sup>78</sup> См.: *Looschelders D., Olzen D.* Op. cit. § 242. Rn. 58; *Schmidt J.* Op. cit. § 242. Rn. 79.

<sup>79</sup> См.: *Hamburger M.* Op. cit. S. 10–11.

ства (*Nebenpflichten*), обязательства сторон в преддоговорных отношениях (*culpa in contrahendo*), правила о злоупотреблении правами и недопустимом осуществлении прав (*Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung*), различные случаи изменения или отпадения основания сделки.

Вторым направлением развития принципа добросовестности стало распространение сферы его применения на новые правовые области в других сферах частного права, таких как вещное, трудовое, торговое право, право об обществах, страховое, авторское, процессуальное право. Применение принципа добросовестности в дальнейшем не ограничилось и сферой частного права. § 242 ГГУ стал применяться в целом и в публично-правовых областях, таких как административное право и право государственного управления, налоговое право, право, регулирующее отношения госслужбы, и др.<sup>80</sup>

В юридической литературе этого периода основной задачей было фиксирование и изучение большого количества решений судов по применению § 242 ГГУ и обоснование их с помощью имевшихся доктринальных положений. Объем комментариев рос пропорционально развитию судебной практики. Если, например, в комментарии Планка в 1914 г. принципу добросовестности было посвящено всего 7 страниц, то в вышедшей в 1930 г. книге М. Гамбургера<sup>81</sup>, посвященной принципу добросовестности, было уже без малого 300 страниц.

На фоне существенного возрастания значения принципа добросовестности для целого комплекса правоотношений исследователи отмечали уменьшение роли обычаяй оборота, снижение внимания к ним в контексте применения подходов, основанных на принципе добросовестности. В одном из исследований, посвященных обычаям оборота в контексте нормы § 242, указывалось, что в судебной практике в период со вступления ГГУ в силу и до 1932 г. они играли лишь маргинальную роль<sup>82</sup>. В качестве причин, почему обычай оборота не получили того значения, которое задумывалось разработчиками ГГУ, называлось то, что при разработке нормы оно не было до конца правильно понято. Видимо, вследствие этого обычай оборота и не были признаны судебной практикой.

### **2.3. Области применения принципа добросовестности в обязательственном праве**

#### *Дополнительные обязанности и учет интересов другой стороны*

Основным принципом исполнения договора должно быть правило, что каждая сторона договора в соответствии с § 242 ГГУ должна учитывать известные ей особые интересы другой стороны и действовать таким образом, чтобы избежать причинение ей вреда. В противном случае при умышленном или неосторожном нарушении та-

<sup>80</sup> См.: *Looschelders D., Olzen D.* Op. cit. § 242. Rn. 62.

<sup>81</sup> См.: *Hamburger M.* Op. cit.

<sup>82</sup> См.: *Al-Shamari N.* Op. cit. S. 133.

кой дополнительной обязанности нарушившая ее сторона должна будет возместить другой стороне причиненные этим убытки<sup>83</sup>. Правовой институт дополнительных обязанностей, выведенный из принципа добросовестности, содержащегося в § 242 ГГУ, получил в 2002 г. в процессе реформирования немецкого обязательственного права самостоятельное правовое оформление в абз. 2 § 241 ГГУ.

### *Culpa in contrahendo*

Принцип добросовестности требует, чтобы каждая сторона, участвующая в переговорах по заключению соглашения, учитывала обоснованные и известные ей интересы другой стороны. Правовым основанием для ответственности за *culpa in contrahendo* является § 242 ГГУ<sup>84</sup>. В 2002 г. этот институт получил собственное регулирование в § 311 ГГУ.

### *Правила о злоупотреблении правами и недопустимом осуществлении прав*

Принцип добросовестности касается не только способов исполнения обязательств, — он представляет собой ограничение формально имеющихся у сторон прав. Тот, кто последующим поведением противоречит своему прежнему поведению и тем самым нарушает доверие другой стороны, не вправе ссылаться на свое формально существующее право по отношению к другой стороне<sup>85</sup>. Недобросовестное или недопустимое осуществление права является существенным для правового положения не только должника, но и кредитора. Должник не должен исполнять свои обязательства, если они для него неприемлемы в силу принципа добросовестности. При этом неприемлемость исполнения может заключаться в том, что поведение кредитора противоречит его предыдущим действиям или нормам закона<sup>86</sup>. При этом М. Гамбургер на основе анализа судебной практики, в полной мере признавшей *exceptio doli*, выделяет несколько видов<sup>87</sup> возражений против недобросовестного или недопустимого осуществления права другой стороной:

- 1) возражение против заявления об истечении срока давности: если должник своим поведением давал кредитору повод полагаться на то, что исполнение им будет произведено, что со стороны кредитора не требуется совершения действий по прерыванию срока давности, например предъявление иска, то в суде должник не вправе ссылаться на пропуск кредитором срока исковой давности;
- 2) возражение против недобросовестной ссылки на недействительность требования на основании пороков формы сделки: если рассматриваемая сделка требует определенной формы и одна из сторон выразила готовность ее соблюсти, а другая сто-

<sup>83</sup> См.: *Hamburger M.* Op. cit. S. 61.

<sup>84</sup> Ibid. S. 138–139.

<sup>85</sup> Ibid. S. 103.

<sup>86</sup> Ibid. S. 19–20.

<sup>87</sup> Ibid. S. 107–116.

рона заверила ее в отсутствии такой необходимости, то эта последняя не вправе ссылаться на недействительность сделки из-за несоблюдения ее формы;

- 3) возражение против заявления о запрете зачета денежного требования: в отношении требования работника о выплате зарплаты не может быть произведен зачет требования убытков с работника, если только убытки причинены противоправными действиями работника;
- 4) недопустимость сговора поверенного с третьим лицом с целью получения выгоды поверенным в ущерб интересам представляемого;
- 5) возражение в случае ссылки на вступившее в силу решение суда: если лицо путем обмана или мошенничества выиграло дело и получило судебное решение в свою пользу (например, истец подал иск о взыскании с ответчика долга из ничтожного договора; решение было вынесено в отсутствие ответчика, так как он длительно находился за границей, при этом истец знал о ничтожности договора и об отсутствии ответчика), то при установлении данного факта оно может быть лишено права ссылаться на это решение суда.

### ***Изменение или отпадение основания сделки***

В исключительных случаях закон может учитывать непредвидимые изменения обстоятельств, неизменность наличия которых была для сторон условием заключения соглашения. Поскольку вследствие существенных изменений отношений исполнение обязательства становится для должника чрезвычайно сложным, не-приемлемость такого исполнения может быть обоснована в соответствии с § 242 ГГУ<sup>88</sup>. При этом подчеркивалось, что первоначально судебная практика не поддерживала такой подход. Причиной изменения отношения судов во многом стала инфляция военного и послевоенного периода. В 2002 г. данный правовой институт нашел свое позитивное закрепление в § 313 ГГУ.

## **2.4. Применение принципа добросовестности в публичном праве**

Частное право как сфера, где зародился принцип добросовестности, и частноправовая доктрина дали толчок развитию понимания этой категории не только применительно к обязательственно-правовым и иным частноправовым отношениям. Добросовестность, содержащая в себе элементы справедливости, честности, необходимости учета интересов всех лиц, участвующих в правоотношении, приобрела в период бурного ее применения после Первой мировой войны значение общеправового принципа, не ограничивающегося только областью частного права. Публичное право, имеющее в контексте системы права иные задачи и характеризующееся императивностью регулирования, практически отсутствием диспозитивности, конечно, принципиально отличается от права частного. Тем не менее мысли о необходимости подчинения публично-правовых формальных норм идеям

<sup>88</sup> См.: Hamburger M. Op. cit. S. 119.

справедливого регулирования, обеспечения интересов прежде всего лиц, находящихся в нижней части властно-правовой вертикали, получили свое распространение и в этой области<sup>89</sup>. В современном немецком праве считается общепризнанным действие принципа добросовестности в публичном праве<sup>90</sup>.

### ***Уголовное право***

Идеи нахождения справедливого решения в уголовных делах поддерживались правоведами в сфере уголовного права прежде всего в использовании при оценке фактических обстоятельств конкретного дела таких понятий, как добрые нравы и добросовестность. В литературе того периода указывалось, что понятие «неприемлемость», ставшее как минимум со временем инфляции обыденным для каждого гражданиста и родственное «добрым нравам» и *Treu und Glauben*, все чаще находит применение также в уголовном праве<sup>91</sup>. Понимание неприемлемости, выведенное из гражданско-правовых категорий, воспринималось в уголовном праве и использовалось для рассмотрения вопросов вины, особенно в обстоятельствах чрезвычайных ситуаций и ситуаций крайней необходимости. Категории добрых нравов и добросовестности играли роль стандартов для оценки фактических обстоятельств при осуществлении судебного усмотрения. Сами же границы судебного усмотрения предлагалось в связи с этим расширить.

На конференции Международного криминалистического объединения в 1926 г. в одном из докладов звучал призыв дать судьям в соответствии с требованиями времени большую свободу усмотрения, чем прежде. Обосновывался этот призыв тем, что судьям сейчас дается все больше свободы не быть привязанными к жестким правилам; принцип добросовестности подчиняет себе все гражданское право и во всех процессуальных порядках ищется возможность большей свободы от действующих общих норм<sup>92</sup>.

В современном немецком материальном уголовном праве принцип добросовестности по общему правилу используется при определении вины и фактических обстоятельств, в особенности тогда, когда уголовно-правовое толкование обстоятельств требует соответствующих гражданско-правовых оценок. Также он подлежит учету в некоторых отдельных составах преступления<sup>93</sup>.

### ***Налоговое право***

Примеру уголовного права последовало право налоговое. Последнее так же, как и уголовное, было построено на четко определенных составах. Если состав выпол-

<sup>89</sup> См.: *Hedemann J.W. Die Flucht in die Generalklauseln.* S. 24.

<sup>90</sup> См.: *Looschelders D., Olzen D.* Op. cit. § 242. Rn. 1141.

<sup>91</sup> См.: *Hedemann J.W. Die Flucht in die Generalklauseln.* S. 34.

<sup>92</sup> *Ibid.* S. 35.

<sup>93</sup> См.: *Looschelders D., Olzen D.* Op. cit. § 242. Rn. 1134–1136.

нен, налог должен быть уплачен, если состава нет, то и платить не нужно. При этом в налоговом праве гражданско-правовые генеральные оговорки получили двоякое значение в том смысле, что они могли быть использованы как в пользу налогоплательщика, так и наоборот. В налоговом праве, как и в обязательственных отношениях в гражданском праве, есть должник и кредитор.

В первом случае, когда налогоплательщик, недобросовестно используя возможности гражданского права, пытается обойти налоговые предписания с целью уклонения от уплаты налога или уплаты его в меньшем объеме, право использовало учения о злоупотреблении правом. В одном из налоговых постановлений правительства было закреплено правило, что через злоупотребление использованием форм и правовых конструкций из гражданского права нельзя обойти обязанность по уплате налога<sup>94</sup>. Сначала данное правило было несколько необычным для налогового права, но затем стало восприниматься как само собой разумеющееся. При квалификации тех или иных гражданско-правовых действий и сделок как направленных на уклонение от налогообложения не могла не учитываться гражданско-правовая теория о злоупотреблении правом, основанная на принципе добросовестности.

Второе направление касается смягчения отношения налогового права к налогоплательщику в случае чрезмерности и неприемлемости для него налоговой нагрузки. Военные и послевоенные годы, тяжелая экономическая ситуация выясвили случаи несправедливости только формального подхода в налоговом праве. Начиная с конца войны в нормативных актах стали появляться так называемые оговорки о чрезмерной жесткости налоговой обязанности: «На основании заявления возможно освобождение от уплаты налога, если... отклонение такого заявления представляло бы собой чрезвычайную жесткость», «...отсрочка, если взыскание налога могло быть связано с существенной жесткостью для налогоплательщика», «...освобождение, если взыскание исходя из положения дел было бы несправедливым»<sup>95</sup>. В литературе того периода также подчеркивалась необходимость использования в налоговом праве идеи справедливости, аналогичной идеи, свойственной гражданскому праву, и отмечалось, что «в налоговом праве и в гражданском праве встречается родственный ход мыслей»<sup>96</sup>.

Налоговое право сравнивалось с гражданским правом в подходах к определению обязанности в тех и других правоотношениях. В налоговом праве налоговая нагрузка должна подчиняться принципу равномерности, практичности и справедливости. Аналогично в гражданском праве обязанность рассматривается с точки зрения практичности и приемлемости. Подчеркивалось, что развитие налогового права соответствует развитию других областей публичного права и мысли о разумности и справедливости, а также принцип *Treu und Glauben* одержали победу также и в налоговом праве<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> См.: § 5 Налогового кодекса Германии 1919 г.

<sup>95</sup> Цит. по: *Hedemann J. W. Die Flucht in die Generalklauseln*. S. 40.

<sup>96</sup> *Hein J. Steuerersparungen, Steuererleichterungen und Härteverfahren im deutschen Steuerrecht*. Berlin, 1933. S. 13.

<sup>97</sup> *Ibid.* S. 18.

В современном немецком налоговом праве, как и в целом в административном праве, общепризнана обязанность учитывать интересы каждой из сторон правоотношения и является неоспоримым принцип защты доверия налогоплательщика. Также никем не оспаривается идея справедливости. Принцип добросовестности применяется в конкретных правоотношениях и может повлечь конкретизацию или ограничение прав и обязанностей как налогоплательщика, так и налогового органа. Злоупотребления при использовании гражданско-правовых конструкций в целях уклонения от уплаты налога запрещены в силу законодательного запрета обхода закона<sup>98</sup>.

### *Административное право*

В административном праве принцип добросовестности получил в период после Первой мировой войны, наверное, наибольшее распространение.

Одним из направлений заимствования подходов принципа добросовестности были публично-правовые договоры между носителями власти и частными лицами. В большой своей части это были различные договоры по предоставлению определенных преференций со стороны государства и органов местного самоуправления в обмен на обязанность создания оговоренных инфраструктурных сооружений или выполнение иных общественно значимых условий. Регулирование подобных договорных отношений в силу их близости с договорными обязательствами из гражданского права «займствовало целые области § 242 ГГУ»<sup>99</sup>.

Другим направлением были отношения между госслужащими и соответствующими работодателями — государственными органами и учреждениями. В силу близости таких отношений к чисто трудовым, которые в немецком праве являются частью гражданского права, к ним стали применяться подходы, получившие развитие в гражданском праве. Госслужащему вменялось в обязанность соблюдение интересов работодателя, в ответ государство обязано было надлежащим образом заботиться о своем работнике. Подчеркивалось, что применение принципа добросовестности получило огромное распространение «по всей линии правоотношения, касающегося госслужбы»<sup>100</sup>.

Применение принципа добросовестности в сфере госслужбы было перенесено затем и в сферу отношений между госорганами и частными лицами. В частности, здесь стала очень популярной теория несовместимости с принципом добросовестности осуществления права, противоречащего прежнему поведению. Если гражданин полагался на предыдущие заявления госоргана или на его длительное пассивное поведение, выражавшееся в неприменении определенных норм, то последующее изменение поведения госоргана, идущее вразрез с прежними заявлениями или прежним пассивным поведением, признавалось как противоречащее принципу добросовестности.

<sup>98</sup> См.: *Looschelders D., Olzen D.* Op. cit. § 242. Rn. 1150–1153.

<sup>99</sup> *Hedemann J.W.* Die Flucht in die Generalklauseln. S. 42.

<sup>100</sup> *Ibid.* S. 44.

Конечно же, административное усмотрение, присущее этой отрасли права, не могло не коснуться подходов, получивших развитие в гражданском праве. Оценка фактических обстоятельств при административном усмотрении играет важную роль. Определения поведения как добросовестного или недобросовестного и понятие неприемлемости, имеющие при этом большое значение, были развиты из принципа добросовестности.

В настоящее время принцип добросовестности в самых разных его проявлениях присущ практически всему комплексу немецкого административного права.

Период Веймарской республики характерен тем, что принцип добросовестности получил наибольшее развитие. Это в первую очередь связано с тем, что в это время правоприменение было вынуждено активно заниматься преодолением социальных и экономических потрясений, вызванных Первой мировой войной. Именно тогда, по сути, были созданы очертания той систематики принципа добросовестности, которая имеется сейчас.

### **3. Трансформация содержания принципа добросовестности (*Treu und Glauben*) во времена национал-социализма**

#### **3.1. Влияние национал-социалистической идеологии на принцип добросовестности**

Приход к власти в Германии национал-социалистов положил начало приданию принципу добросовестности иного значения. Тоталитаризация общества на основе идеологии национал-социалистической немецкой рабочей партии (далее — НСДАП)<sup>101</sup> не могла не привести к использованию имеющегося правового инструментария в идеологических целях. Этот период охарактеризовался политизацией принципа добросовестности. Уже вскоре после прихода к власти национал-социалистов в юридической литературе появились призывы к учету национал-социалистического мировоззрения при применении генеральных оговорок<sup>102</sup>. Широко распространенный в литературе подход к добросовестности как к стандарту оценки правоотношений с точки зрения существующих и господствующих в обществе социальных оценок и ценностей послужил базой для формулирования правоведами значения и содержания принципа добросовестности в то время.

В литературе подчеркивалось, что интерпретация нормы с точки зрения объективных общественных интересов, а также сложности в ее доктринальском определении пошли идеологии нацистов на пользу<sup>103</sup>. Как только такое понятие, как добросо-

<sup>101</sup> *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei (NSDAP)* — политическая партия в Германии, существовавшая с 1920 по 1945 г.; с июля 1933 до мая 1945 г. — правящая и единственная законная партия в Германии. Одним из основателей и ее лидером был А. Гитлер.

<sup>102</sup> См.: *Börner F. Die Bedeutung der Generalklauseln für die Umgestaltung der Rechtsordnung in der nationalsozialistischen Zeit*. Frankfurt am Main, 1989. S. 25.

<sup>103</sup> См.: *Looschelders D., Olzen D.* Op. cit. § 242. Rn. 66.

вестность, касается не гражданского оборота отдельных лиц, а интересов нации в целом, меняется все право без необходимости изменения даже одного-единственного позитивного закона<sup>104</sup>. Поскольку интересы нации определялись идеологией национал-социалистов, то, соответственно, господствующая (единственное разрешенная) идеология и должна была определять подход к содержанию добросовестности: «В немецком государстве настоящего времени главной движущей силой является национал-социалистическое движение. Поэтому принципы этого движения должны определять, что есть *Treu und Glauben*»<sup>105</sup>. При этом связанность судьи при применении норм в конкретном рассматриваемом споре принципом добросовестности не подвергалась сомнению<sup>106</sup>. Однако при определении масштабов данного принципа судья должен был быть связан национал-социалистическими ценностями.

Подобная аргументация не была нова для немецких юридических кругов. Примером такого подхода при толковании и определении неясных правовых понятий с точки зрения соответствия их господствующей идеологии и диктуемым ею целям государства были нормативно-правовые акты Советского Союза. В пример приводилось закрепление в СССР примата советского, коммунистического мировоззрения над всей правовой системой<sup>107</sup>. Ссылки делались на Гражданский кодекс РСФСР 1922 г.: «гражданские права охраняются законом, за исключением тех случаев, когда они осуществляются в противоречии с их социально-хозяйственным назначением» (ст. 1); «в целях развития производительных сил страны РСФСР предоставляет гражданскую правоспособность (способность иметь гражданские права и обязанности) всем гражданам...» (ст. 4). Отсюда делался вывод: то, что не соответствует целям социально-хозяйственного, производственного развития страны, стоит вне закона. Личное не может быть выше общественного и должно служить последнему.

### 3.2. Модернизация права

В период правления национал-социалистов, когда основой определения всех общественных отношений являлась национал-социалистическая идеология, правовая система также не могла остаться в стороне. В том числе и гражданское право. Обсуждались и даже предпринимались различные меры модернизации правовой системы.

#### *Изменение действующего законодательства*

В литературе указывалось, что институты гражданского права, в том числе основанные на принципе добросовестности, подлежат дальнейшему соответствующему развитию с точки зрения доктринальных и политico-правовых основ. Вытеснение

<sup>104</sup> См.: *Haferkamp H.-P.* Op. cit. Rn. 71.

<sup>105</sup> *Schmitt C.* Fünf Leitsätze für die Rechtspraxis. JW 1933 (цит. по: *Haferkamp H.-P.* Op. cit. Rn. 71).

<sup>106</sup> См.: *Börner F.* Op. cit. S. 30.

<sup>107</sup> См.: *Hedemann J.W.* Die Flucht in die Generalklauseln. S. 72–73.

личной пользы из содержания права должно позволить прийти к непосредственному применению национал-социалистического правового воззрения<sup>108</sup>. Политико-правовой основой формально служил п. 24 программы НСДАП, содержащий в качестве ключевого принципа национал-социалистического мышления правило о том, что «общественная польза превыше личной пользы»<sup>109</sup>. Исходя из этого предпринимались попытки по-иному определить сущность обязательственных отношений в контексте новой идеологии. Прежде закрытая частная правовая система обязательственных отношений должна была быть подчинена публичному интересу, обязательства должны были ориентироваться не только на личные интересы сторон, в них участвующих, но и учитывать общественные интересы<sup>110</sup>.

В силу такого подхода роль договорных отношений виделась в том, что договоры должны служить выполнению великой задачи — рациональному распределению товаров и имущества в народном обществе (*Volksgemeinschaft*). При этом договоры не должны противоречить общему благу<sup>111</sup>. В связи с необходимостью претворения новых идеологических принципов в право в литературе предлагалось изменить ряд норм ГГУ с целью закрепления в них данной идеи. Предлагались такие формулировки: «Сделка, противоречащая добрым нравам, ничтожна. В особенности ничтожной является сделка, которая явным образом вредит общественному благосостоянию» (§ 138); «Осуществление права запрещено, если при этом наносится вред общественному благосостоянию» (§ 826); везде по тексту, где упоминается выражение *Treu und Glauben*, дополнить его словами «в смысле немецкого понимания чести и порядочности»<sup>112</sup>.

### **Новая кодификация**

Инкорпорировать национал-социалистическую идеологию в правовую систему предлагалось не только посредством изменения действующих норм. Следуя примеру итальянских кодификационных работ в период правления Б. Муссолини, в Германии после прихода к власти национал-социалистов было решено разработать и принять так называемый народный кодекс (*Volksgesetzbuch*). Им планировалось заменить ГГУ на основанный на принципах национал-социализма гражданский кодекс. Необходимость принятия нового кодекса объяснялась тем, что сущность права не может существовать отдельно от жизни народа. Духовное и нравственное возрождение немецкого народа, переход от ценностей отдельной личности к примату ценностей и интересов народа в целом требует иного правового регулирования, для чего и необходим новый кодекс. При этом указывалось, что отдельных изменений правового регулирования недостаточно<sup>113</sup>.

---

<sup>108</sup> См.: *Siebert W.* Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Marburg in Hessen, 1934. S. 5.

<sup>109</sup> См.: *Börner F.* Op. cit. S. 25.

<sup>110</sup> См.: *Stolleis M.* Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht. Berlin, 1974. S. 103–104.

<sup>111</sup> *Ibid.* S. 104.

<sup>112</sup> *Börner F.* Op. cit. S. 26–27.

<sup>113</sup> См.: *Schlegelberger F.* Abschied vom BGB, Vortrag, gehalten in der Universität Heidelberg am 25.01.1937. Berlin, 1937.

Непосредственно разработкой занимались юристы, объединенные под крышей Академии немецкого права, которая была основана летом 1933 г. Основной ее задачей было «содействие новой организации немецкой правовой жизни и распространение национал-социалистической программы на всю область немецкого права»<sup>114</sup>. Всего планировалось разработать и принять 8 томов нового кодекса: «Право лиц», «Семейное право», «Наследственное право», «Договорное право», «Право собственности», «Трудовое право», «Право предприятий» и «Право обществ». Принятие нового кодекса планировалось после Второй мировой войны. Работы над проектом были прекращены в 1944 г. При его подготовке разработчиками предлагалось в юридико-техническом смысле закрепить в преамбуле основные идеи НСДАП, которые должны были определять смысл и содержание отдельных норм. Так, в преамбуле к проекту народного кодекса великого немецкого рейха предлагалось закрепить основные правила, среди которых были следующие:

- «1) высшим законом является благо немецкого народа;
- 2) немецкая кровь, немецкая честь и наследственная чистота должны поддерживаться и охраняться. Они являются основой немецкого народного права;

<...>

- 8) собственность принципиально признается и подлежит правовой защите. Собственник имеет право пользоваться вещью ответственно, в соответствии с ее предназначением и не в противоречии с общественными интересами;

<...>

- 11) порядок хозяйственной жизни есть существенная предпосылка общественно осознанного совместного проживания товарищей по нации. Договор признается как средство для рационального распределения имущественных благ;

- 12) никто не может через договор быть лишен своей чести и свободы. Никто не вправе злоупотреблять договорами для безоглядного преследования собственных интересов...

- 13) договоры признаются, только если они совместимы с народным совместным сосуществованием...

<...>

- 18) каждый должен при исполнении своих прав и выполнении своих обязанностей учитывать Treu und Glauben и добрые нравы (общепризнанные принципы народного совместного сосуществования). Каждый должен... везде ставить общественное благо выше личной выгоды;

<sup>114</sup>

§ 2 Закона об Академии немецкого права от 11.07.1934.

19) злоупотребление правом не получает правовой защиты. Злоупотреблением является любое осуществление прав в нарушение *Treu und Glauben* и добрых нравов (общепризнанных принципов народного совместного сосуществования);

20) злоупотребляет правами в особенности тот, кто настаивает на буквальном исполнении обязанности, потерявшей свою цель и значение, тот, кто грубо противоречит своим последующим предъявлением требованиям более раннему своему поведению, тот, кто таким образом принудительно исполняет свое требование, что это является чрезмерным и тем самым грубо противоречит народному восприятию;

<...>

25) народный кодекс действует в отношении всех граждан великого немецкого рейха. Для граждан рейха не немецкой крови не действуют те положения, которые по своему назначению определены лишь для граждан немецкой крови;

<...>

30) ...наивысшей целью является благо немецкого народного общества как сообщества по крови расово чистых, честных немецких мужчин и женщин»<sup>115</sup>.

Как видно, разработчики народного кодекса полагали кодифицировать основные принципы НСДАП, такие как приоритет общего блага над личной выгодой и расовая чистота, в основополагающих началах (принципах) нового гражданского кодекса, которым бы подчинялись отдельные правовые нормы.

### ***Толкование действующего права в условиях господства национал-социалистической идеологии***

Параллельно, пока разрабатывался народный кодекс, большая часть правоведов того времени склонялись к тому, что основу для национал-социалистического мировоззрения можно найти в уже имеющихся действующих предписаниях: «Параграфы 826 и 242 приводят к мысли о вытеснении личной пользы <...> эти предписания позволяют сделать правовым принципом правило о том, что общая польза должна идти перед личной пользой»<sup>116</sup>. В юридической литературе предлагалось обращать внимание на то, что национал-социалистическое мировоззрение подлежит учету на основании уже известных имеющихся правовых методов<sup>117</sup>. Подчеркивалось также, что само действующее частное право при его правильном толковании дает возможность приблизиться к необходимым целям установления приоритета общего над частным<sup>118</sup>. К такому выводу приводил анализ правовых конструкций, основанных на принципе добросовестности, таких как различные

<sup>115</sup> Schubert W. Volksgesetzbuch. Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien. Berlin, 1988. S. 45–48.

<sup>116</sup> Siebert W. Op. cit. S. 132.

<sup>117</sup> См.: Börner F. Op. cit. S. 28.

<sup>118</sup> См.: Siebert W. Op. cit. S. 157.

формы недопустимого осуществления права. Посыл о недопустимости чрезмерного использования собственных прав приводил к мысли, что положения § 242 ГГУ содержат предписания против индивидуалистических личных интересов и, соответственно, о необходимости приоритетного учета общественных интересов, которые определялись на основании национал-социалистической идеологии.

Также предлагалось претворять в жизнь национал-социалистическое мировоззрение через работу с судьями, которые должны следовать соответствующим рекомендациям и указаниям<sup>119</sup>. Помимо этого, под работой с судьями понималось проведение персональной политики: «Каждая правовая реформа есть не столько реформа правовых норм, сколько реформа людей, эти нормы применяющих <...> Национал-социалистическому государству необходимы судьи — носители его идей, в противном случае все указания, законы, изменения норм останутся на бумаге»<sup>120</sup>. «Правовая неопределенность при применении генеральных оговорок будет все больше и больше исчезать, когда сильнее и надежней будут действовать немецкое национал-социалистическое правосознание. Чем крепче и яснее общее «правовое дно», тем меньше остается возможностей для нечеткого наполнения содержания таких общих понятий»<sup>121</sup>.

Как известно, широко применявшимся в предшествующий период генеральные оговорки оценивались не только положительно. Достаточно было и критики, и указаний на опасность бесконтрольного их применения. Уменьшение таких опасностей и рисков виделось также в определении целей применения соответствующих понятий. Эти цели должны были служить в качестве руководящих начал для всего правоприменения, которым надлежало содержать фундаментальные принципы национал-социалистического государственного устройства, в том числе такие, как обеспечение превосходства арийской расы<sup>122</sup>. Подобное логическое построение обосновывалось культурной функцией генеральных оговорок, в качестве которой понималась возможность посредством генеральных оговорок развивать и приспособливать действующий правопорядок к новым этапам мировоззренческого, экономического, технического и государственно-политического развития<sup>123</sup>.

Большая популярность и широкое проникновение принципа добросовестности и других генеральных оговорок в практически все правовые области во время Веймарской республики подвигли правоведов периода национал-социализма к использованию потенциала данных норм в своих целях: «Для применения и использования генеральных оговорок судьями, защитниками, служащими судов и преподавателями права принципы национал-социализма имеют непосредственное и крайне важное значение»<sup>124</sup>. Привязка генеральных оговорок к определен-

<sup>119</sup> См.: *Börner F.* Op. cit. S. 28.

<sup>120</sup> Ibid. S. 28.

<sup>121</sup> *Siebert W.* Op. cit. S. 155.

<sup>122</sup> См.: *Hubernagel G.* Nationalsozialistische Rechtsauffassung und Generalklauseln, in: *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*. München, 1935. S. 971.

<sup>123</sup> Ibid. S. 970.

<sup>124</sup> *Schmitt C.* Fünf Leitsätze für die Rechtspraxis (цит. по: *Börner F.* Op. cit. S. 28).

ному объективному стандарту, основанному на идеологии национал-социалистов, виделась в качестве эффективной меры для проникновения данной идеологии во всю правовую жизнь.

### 3.3. Судебная практика и новое значение принципа добросовестности

Примером политизации § 242 ГГУ и влияния на принцип добросовестности нацистских ценностей и идеологии может служить судебная практика в вопросах дискриминации по расовому признаку. В литературе, посвященной ее анализу, указывалось, что задачей судов являлось правовое применение расовых подходов в рамках действующего права<sup>125</sup>. В договорных отношениях такая возможность находилась в § 157 и 242 ГГУ, в соответствии с которыми следовало выяснить, например, есть ли у бывшего работника еврейской национальности право на производственную пенсию в силу имевшегося трудового договора<sup>126</sup> и в каком размере. Определять это было необходимо согласно национал-социалистическому мировоззрению. При этом нужно было задаваться вопросом, насколько требование еврея о выплате ему пенсии с учетом враждебного отношения евреев к немецкому народу совместимо с принципом добросовестности и насколько оно допустимо для немецкого предприятия, где работал такой еврей.

Имперский суд по трудовым спорам исходил из того, что с национал-социалистическим правовым мышлением несовместимо позвление лицам еврейской национальности, которые повсеместно исключались из хозяйственной жизни Германии, получать в полном объеме пенсионные выплаты и тем самым разделять успех национал-социалистического государственного руководства<sup>127</sup>. Подобный подход использовался также и для обоснования полного отказа в требовании выплаты производственных пенсионных платежей<sup>128</sup>.

Суды стали также воспринимать норму § 242 ГГУ не только в качестве основания для снижения размера прав требований или отказа в удовлетворении таких требований, но и для досрочного расторжения договора<sup>129</sup>. Расторжение договора по уважительной причине ранее использовалось как средство для решения проблемы конфликта интересов сторон обязательства. Уважительная причина имелась тогда, когда дальнейшее продолжение договора являлось для одной из сторон неприемлемым в силу принципа добросовестности. Такой подход не мог быть не использо-

<sup>125</sup> См.: *Rüthers B.* Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus. 4. Auflage. Heidelberg, 1991. S. 226.

<sup>126</sup> В Германии пенсионная система была построена на государственном и дополнительном производственном пенсионном обеспечении. Основанием для последнего являлось договорное соглашение между работником и работодателем, согласно которому часть заработной платы отчислялась в счет будущей пенсии (см.: *Börner F.* Op. cit. S. 44).

<sup>127</sup> См.: *Rüthers B.* Op. cit. S. 227.

<sup>128</sup> Ibid. S. 228–229.

<sup>129</sup> См.: *Börner F.* Op. cit. S. 51.

ван судебной практикой периода нацизма для проведения в жизнь его идеологии. Большое распространение он получил в трудовых договорах, где использовался для досрочного увольнения работников по расовым мотивам. В решении от 05.07.1939 № 198/39 Имперский суд по трудовым спорам счел обоснованным расторжение трудового договора с евреем, указав, что необходимо учитывать, «какие негативные последствия экономического характера может иметь для работодателя сохранение договора с лицом неарийской расы». Досрочному увольнению подлежали также работники по политическим мотивам, например коммунисты. Основанием для увольнения в определенных случаях служили факты отказа в исполнении национал-социалистических песен или неотдача нацистских приветствий.

Однако все-таки большее количество дел с применением § 242 ГГУ было связано с расово-политическими мотивами<sup>130</sup>.

\*\*\*

Политизация принципа добросовестности в период национал-социализма, использование его для достижения идеологических целей в правовом регулировании показывают, что с его помощью можно привести применение формальных норм в соответствие с целями правового регулирования, которые в конкретный исторический период могут в значительной степени определяться господствующими в обществе ценностями или идеологией.

В качестве заключения следует сказать, что после поражения гитлеровской Германии во Второй мировой войне право в вопросах, касающихся принципа добросовестности, вернулось к старым подходам, имевшим место до 1933 г.

## References

Al-Shamari N. Die Verkehrssitte im § 242: Konzeption und Anwendung seit 1900. Tuebingen, Mohr Siebeck, 2006. 237 s.

Boerner F. Die Bedeutung der Generalklauseln für die Umgestaltung der Rechtsordnung in der nationalsozialistischen Zeit. Frankfurt am Main, Lang, 1989. 212 s.

Dernburg H. Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des deutschen Reichs und Preußens. 3. Auflage. Halle, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, 1906. 844 s.

Doerner H. Erster Weltkrieg und Privatrecht, in: Rechtstheorie (Band 17). Berlin, Duncker & Humblot, 1986. S. 385–401.

Emmert J. Auf der Suche nach den Grenzen vertraglicher Leistungspflichten. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts 1914–1923. Tuebingen, Mohr Siebeck, 2001. 477 s.

Endemann F. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band I. Berlin, Heymann, 1903. 1382 s.

Haferkamp H.-P., in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Band II: Schuldrecht. Allgemeiner Teil. 1. Teilband: vor § 241–304. Tuebingen, Mohr Siebeck, 2007. 1412 s.

<sup>130</sup>

Ibid.

*Hamburger M. Treu und Glauben im Verkehr. Mannheim, Bensheimer, 1930. 290 s.*

*Hedemann J.W. Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr fuer Recht und Staat. Tuebingen, Mohr, 1933. 76 s.*

*Hedemann J.W. Reichsgericht und Wirtschaftsrecht. Ein Bild deutscher Praxis. Jena, G. Fischer, 1929. 371 s.*

*Hein J. Steuerersparungen, Steuererleichterungen und Haerteverfahren im deutschen Steuerrecht. Berlin, Stilke, 1933. 147 s.*

*Holtfrerich C.-L. Die deutsche Inflation 1914–1923. Ursachen und Folgen in internationaler Perspektive. Berlin, de Gruyter, 1980. 360 s.*

*Hubernagel G. Nationalsozialistische Rechtsauffassung und Generalklauseln, in: Nationalsozialistisches Handbuch fuer Recht und Gesetzgebung. Muenchen, Eher, 1935. 1604 s.*

*Jhering R., von. Geist des roemischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 5. Auflage. Teil 1. Leipzig, Breitkopf und Haertel, 1891. 361 s.*

*Kohler J. Lehrbuch des Buergerlichen Rechts. Berlin, Heymann, 1904. 583 s.*

*Larenz K. Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band Allgemeiner Teil. Muenchen, Beck, 1987. 668 s.*

*Looschelders D., Olzen D. in: J. von Staudingers Kommentar zum BGB mit Einfuehrungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhaeltnisse. Einleitung zum Schuldrecht § 241–243. Berlin, Sellier-de Gruyter, 2015. 847 s.*

*Nipperdey H.C. Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag. Jena, Fischer, 1920. 168 s.*

*Noerr K.W. Der Richter zwischen Gesetz und Wirklichkeit. Die Reaktion des Reichsgerichts auf die Kriesen von Weltkrieg und Inflation, und die Entfaltung eines neuen richterlichen Selbstverstaendnisses. Heidelberg, Mueller, 1996. 32 s.*

*Oertmann P. Recht der Schuldverhaeltnisse. Berlin, Heymann, 1928. 518 s.*

*Oertmann P. Rechtsordnung und Verkehrssitte insbesondere nach Buergerlichem Recht. Leipzig, A.Deihertsche Verlagsbuchhandlung, 1914. 526 s.*

*Olzen D. in: J. von Staudingers Kommentar zum BGB mit Einfuehrungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhaeltnisse. Einleitung zum Schuldrecht § 241–243. Sellier-de Gruyter, Berlin, 2015. 847 s.*

*Ruethers B. Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus. 4. Auflage. Heidelberg, Mueller Juristischer Verlag, 1991. 507 s.*

*Schlegelberger F. Abschied vom BGB. Vortrag, gehalten in der Universitaet Heidelberg am 25.01.1937. Berlin, Vahlen, 1937. 26 s.*

*Schmidt J. in: J. von Staudingers Kommentar zum BGB mit Einfuerungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhaeltnisse. Einleitung zu § 241–243. Auflage 13. Berlin, Sellier-de Gruyter, 1995. 825 s.*

*Schneider K. Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhaeltnisse des Buergerlichen Gesetzbuches. Muenchen, Beck, 1902. 241 s.*

*Schubert W. Volksgesetzbuch. Teilentwuerfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien. Berlin, de Gruyter. 1988. 672 s.*

*Siebert W. Verwirkung und Unzulaessigkeit der Rechtsausuebung. Marburg in Hessen, Elwert, 1934. 259 s.*

*Stammler R.* Das Recht der Schuldverhaeltnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin, Guttentag, 1897. 262 s.

*Steinbach E.* Treu und Glauben im Verkehr: Eine civilistische Studie. Wien, Manzische Hofverlags- und Universitaetsbuchhandlung, 1900. 63 s.

*Stolleis M.* Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht. Berlin, Schweitzer, 1974. 315 s.

*Weber W.* in J. v. Staudingers Kommentar zum BGB. II. Band, Recht der Schuldverhaeltnisse Teil 1b § 242. 11. Auflage. Berlin, Schweitzer, 1961. 1553 s.

## Information about the author

*Kirill Nam* — PhD in Law, LLM, Master of Private Law (69117 Germany, Heidelberg, Augustinergasse 9; e-mail: 6964889@gmail.com).