

МОНОГРАФИЯ



О.Л. Лысенко

# Социальная функция договора в гражданском праве Германии в конце XIX — первой трети XX в.



25 ЛЕТ ИЗДАТЕЛЬСКОМУ ДОМУ  
ГОРЮДЦЫ

Юридическая библиотека профессора М. К. Треушникова

Ольга Лысенко

**Социальная функция договора в  
гражданском праве Германии в  
конце XIX – первой трети XX века**

Издательский дом «Городец»

2023

УДК 347.44  
ББК 67.404

**Лысенко О. Л.**

Социальная функция договора в гражданском праве Германии в конце XIX – первой трети XX века / О. Л. Лысенко —  
Издательский дом «Городец», 2023 — (Юридическая библиотека профессора М. К. Треушникова)

ISBN 975-5-907641-32-7

В монографии показана эволюция принципа «свободы договора» в гражданском праве Германии, появление первых «защитных», социально ориентированных норм в договорном праве в конце XIX — первой трети XX в. в период Германской империи и Веймарской республики. Значительное внимание уделяется истории становления института индивидуального трудового договора на основе гражданско-правового договора найма услуг. Книга адресована специалистам в области истории государства и права, сравнительного правоведения, практикующим юристам, студентам, аспирантам и всем интересующимся историей права Германии и европейского права. В формате PDF А4 сохранён издательский дизайн.

УДК 347.44

ББК 67.404

ISBN 975-5-907641-32-7

© Лысенко О. Л., 2023

© Издательский дом «Городец», 2023

## Содержание

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Предисловие                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 6  |
| Введение                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 8  |
| Глава 1. Принцип «свободы договора» в гражданском праве Германии и начало его ограничения в период Германской империи в конце XIX – начале XX в.                                                                                                                                                  | 19 |
| § 1. Принципы «автономии частной воли» и «свободы договора» в ГГУ 1896 г. и начало их ограничения в праве Германии в конце XIX – начале XX в.                                                                                                                                                     | 19 |
| § 2. Доктринальные основы ограничения принципа «свободы договора» и становление принципа «справедливого» («эквивалентного») договора в гражданском праве Германии. Понятия «социализации» и «материализации» договорного права (“Sozialisierung” und “Materialisierung” des Schuldvertragsrechts) | 28 |
| Конец ознакомительного фрагмента.                                                                                                                                                                                                                                                                 | 30 |

**Ольга Лысенко**  
**Социальная функция договора в**  
**гражданском праве Германии в**  
**конце XIX – первой трети XX в.**

© Лысенко О. Л., 2023

© Издательский дом «Городец» – оригинал-макет (верстка, корректура, редактура, дизайн), полиграфическое исполнение, 2023

\* \* \*

*Моим родителям посвящается*

## Предисловие

Настоящая монография является итогом более чем десятилетнего исследования автором проблем развития частного права Германии в Новое и Новейшее время.

В данной монографии затрагивается период конца XIX – первой трети XX в. – период Германской империи и Веймарской республики. Это было время, когда не только закладывались основы единой германской государственности, но и происходили мощные изменения в социально-экономической и политико-правовой сферах, в том числе в частном – гражданском и торговом – праве, что, безусловно, самым непосредственным образом, затронуло и институт договора.

Вторая половина XIX – начало XX в. в Германии были ознаменованы становлением единой правовой системы страны, принятием первых Общегерманских кодексов. В сфере частного права в этот период были приняты два Торговых кодекса (1861 и 1897 гг.) и Гражданский кодекс 1896 г. – знаменитое Германское гражданское уложение (ГГУ) – «плод» «пандектистики», яркое выражение достижений германской науки гражданского (пандектного) права, высокие «юридические образцы» которой более столетия вдохновляли и продолжают вдохновлять правоведов других стран, в том числе и России.

В ходе написания данного исследования автор ставил перед собой задачу изучить проблему усиления социальной функции договора в гражданском праве Германии в конце XIX – первой трети XX в. (в период Германской империи и Веймарской республики), выражающуюся в четко обозначившейся в это время в германском законодательстве, в судебной практике и в доктрине тенденции к ограничению принципов «автономии частной воли» и «свободы договора» и к становлению принципа «справедливого» («эквивалентного») договора в рамках более глобального процесса «социализации» гражданского права (Л. Дюги). Тем самым автор надеется восполнить пробел, существующий в данной области в историко-правовой науке. Кроме того, по мнению автора, результаты проведенного исследования будут способствовать формированию более системного, комплексного научного представления об институте гражданско-правового договора, а также институте индивидуального трудового договора в современном праве Германии.

Полученные в ходе создания данного монографического исследования результаты могут быть использованы для совершенствования гражданского и трудового законодательства в Российской Федерации, а содержащиеся в нем положения могут применяться в научных исследованиях, в системе юридического образования, при подготовке учебников и учебных пособий, курсов лекций по истории государства и права зарубежных стран, сравнительному правоведению, гражданскому и трудовому праву.

Основные положения и выводы данного исследования были опубликованы в серии научных статей автора в российских периодических изданиях. Результаты исследования неоднократно представлялись в виде докладов и обсуждались на Международных и Всероссийских научно-практических конференциях.

Материалы исследования используются автором в ходе преподавания дисциплины «История государства и права зарубежных стран», а также разработанных автором специальных курсов «Институты вещного и обязательственного права в современных западных государствах: сравнительный анализ», «Вопросы истории торгового права стран континентальной Европы» на юридическом факультете МГУ имени М. В. Ломоносова.

В том, что настоящее издание увидело свет, огромная заслуга коллег автора по кафедре, и прежде всего заведующего кафедрой истории государства и права юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова, доктора юридических наук, профессора *В. А. Томсинова*.

Автор выражает глубокую благодарность декану юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова, доктору юридических наук, профессору, члену-корреспонденту Российской академии образования, заслуженному деятелю науки РФ А. К. Голиченкову и заслуженному юристу РФ, заведующему кафедрой трудового права юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова, доктору юридических наук, профессору А. М. Куренному.

Особую признательность за ценные научные рекомендации и критические замечания автор выражает своим рецензентам – профессору В. А. Савельеву и профессору В. Н. Сафонову.

Неоценимую помощь автору в поиске материала для подготовки настоящей монографии оказали преподаватели юридического факультета *Вестфальского Вильгельмс-Университета г. Мюнстера (ФРГ) (Westfälische Wilhelms-Universität Münster)*: профессор Вильфрид Шлютер (*Wilfried Schlüter*), профессор Петер Оестманн (*Peter Oestmann*) и профессор Райнер Шульце (*Reiner Schulze*).

Отдельные слова глубокой благодарности автор адресует выдающемуся российскому ученому, доктору юридических наук, заслуженному профессору Московского университета Н. А. Крашенинниковой, под научным руководством которой автором была подготовлена и в 1997 г. успешно защищена кандидатская диссертация, и с которой автора связывали многолетняя совместная работа и научное сотрудничество на кафедре, множество совместных научных и учебных проектов, и, наконец, просто очень теплые, дружеские и доверительные отношения. Даже будучи тяжело больной, до последних дней своей жизни Нина Александровна продолжала работать, давала автору полезные научные советы, направляла автора в его исследованиях, делала критические замечания. (К сожалению, Н. А. Крашенинникова не смогла увидеть издания настоящей монографии. Она скончалась 28 февраля 2021 г. Светлая память моему Учителю и Другу!)

*Ольга Лысенко,  
Москва, февраль 2022 г.*

## Введение

Договор является одним из важнейших институтов гражданского права, он выступает в качестве самостоятельного и ведущего частноправового средства регулирования экономических отношений. Известный российский цивилист, профессор *Б. И. Пугинский* отмечает, что «специфика договора состоит в его правоустанавливающем характере, порождении им относительных субъективных прав и юридических обязанностей участников». «Договор, – пишет он, – есть средство организации субъектами координируемой деятельности путем установления взаимных прав. Участники договора своею волей создают относительные субъективные права и юридические обязанности, даже когда законодатель не определяет содержания их действий либо предусматривает лишь общие направления и рамки правового поведения, относя конкретизацию отношений на усмотрение контрагентов... В то время как нормы права предписывают субъектам порядок деятельности, договор позволяет им в известных пределах самим регулировать отношения путем установления взаимных прав и обязанностей»<sup>1</sup>.

В знаменитой работе «*Общие преобразования гражданского права со времени Кодекса Наполеона*» французский правовед *Леон Дюги* (1859–1928) по поводу гражданско-правового договора также отмечает, что «в системе гражданского права это основной юридический акт». «Принципиально, во взаимоотношениях двух лиц, если нет какого-либо формального исключения, предусмотренного законом, юридическое состояние возникает лишь из договора»<sup>2</sup>.

По мнению большинства как западных, так и российских правоведов, роль гражданско-правового договора в современном обществе все больше возрастает<sup>3</sup>. Об этом свидетельствует, в частности, тот факт, что конец XX в. – начало XXI в. были ознаменованы проведением широкомасштабной международной унификации договорного права, наиболее значимыми результатами которой стало принятие ратифицированной многими странами *Конвенции ООН о международной купле-продаже, Принципов международных коммерческих контрактов (Принципы УНИДРУА), Принципов Европейского договорного права* и др.<sup>4</sup>

В конце XX – начале XXI в. был принят и целый ряд *Директив ЕС* в области договорного права, направленных, главным образом, на «гармонизацию» договорного права в рамках Евросоюза и «защиту прав потребителей».

Значительные новации в договорном праве Германии и других европейских стран в конце XIX – начале XXI в., связанные в том числе и с усилением социальной роли гражданско-правового договора, возникали и продолжают возникать в рамках судебной практики, что показывает анализ решений Федерального и Конституционного судов ФРГ и др.

В начале XXI в. в Германии была проведена кардинальная реформа обязательственного права. 29 ноября 2001 г. в Германии был принят *Закон о модернизации обязательственного права*, который вступил в силу 1 января 2002 г. Данная реформа ознаменовала собой качественные изменения в самом понимании договора и договорных отношений, способствовала

---

<sup>1</sup> Пугинский Б. И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях // Пугинский Б. И. Избранные труды: Сборник к 75-летию юбилею. М., 2016. С. 106–107.

<sup>2</sup> Дюги Л. Общие преобразования гражданского права со времени Кодекса Наполеона // Антология мировой правовой мысли: В 5 т. Т. 3: Европа. Америка XVII–XX вв. Нац. обществ. – науч. фонд / Руководитель науч. проекта Г. Ю. Семигин. М., 1999. С. 584.

<sup>3</sup> См.: Иванов В. В. Общие вопросы теории договора. М., 2000. С. 108.

<sup>4</sup> Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / Пер. с англ. А. С. Комарова. М., 2013; Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: Сборник статей / Под общ. ред. докт. юрид. наук, проф. А. С. Комарова. М., 2016; Принципы европейского договорного права (подготовлены Комиссией по европейскому договорному праву) Ч. I и II. 1999 / Пер. А. Т. Амирова, Б. И. Пугинского // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2005. № 3 (148). С. 125–177; Модельные правила европейского частного права / Пер. с англ. М., 2013.

усилению «социальной» функции гражданско-правового договора, в том числе в виде усиленной защиты прав «потребителя»<sup>5</sup>.

В настоящее время реформа гражданского, в том числе договорного, права продолжается и в России. Благодаря внесению в последние десятилетия значительного числа поправок в Гражданском кодексе РФ появились новые институты в области договорного права.

**Проблема «социальной» функции гражданско-правового договора**, выражающаяся прежде всего в становлении **принципа «справедливого» («эквивалентного») гражданско-правового договора**, является одной из ключевых в развитии современного гражданского права как России, так и зарубежных стран и в последнее время приобретает все большую актуальность. Эта проблема неразрывно связана с одной из важнейших скрытых (латентных) правовых **функций договора**, действующих независимо от намерений сторон – **содействовать обеспечению и охране прав и законных интересов участников договорных отношений**<sup>6</sup>. «Договор, – отмечает Б. И. Пугинский, – обязывает стороны к надлежащему выполнению его условий, установленных прав и обязанностей, что служит достижению цели договора». При этом, «будучи подчиненным экономическому требованию возмездности и эквивалентности имущественных отношений, а также выражая реальные хозяйственные интересы и возможности сторон, договор выполняет функцию **обеспечения сбалансированности производства и потребления** товаров (работ, услуг)»<sup>7</sup>.

Как указывают известные германские правоведы К. Цвайгерт и Х. Кетц, «выражение «неравенство переговорных возможностей» (“inequality of bargaining power”) затрагивает вопрос, который в наши дни оживленно дискутируется на теоретическом уровне: может ли свобода договоров оставаться и в нынешних условиях общепризнанным стержнем и лейтмотивом современного правопорядка? Не следует ли ограничивать ее императивными нормами в случаях неравенства «переговорных возможностей» договаривающихся сторон, что нарушает «договорный паритет» между ними и потому требует защиты более слабой из них? **Не настало ли время заменить или дополнить принцип «свободы» принципом «справедливости договоров»?** (выделено мной. – О.Л.)»<sup>8</sup>

По мнению К. Цвайгерта и Х. Кетца, «сторонники экономического либерализма», в основе которого лежит неограниченная свобода договоров, не только не хотят замечать того, что условия заключения договоров изменились, но и «стремятся по мере сил преуменьшить серьезность произошедших перемен или тщетно пытаются противостоять им». А между тем **«задача современного договорного права» заключается именно в том, чтобы «осуществлять на практике «договорную» справедливость», а также защищать более «слабую» сторону в договоре, обязывать партнеров учитывать интересы друг друга и побуждать их строить свои договорные отношения на основе сотрудничества и добросовестности** (выделено мной. – О.Л.)»<sup>9</sup>.

Проблема реализации «социальной» функции гражданско-правового договора, выражающаяся прежде всего в утверждении принципа «справедливого» («эквивалентного») договора, неразрывно связана с более широкой **проблемой установления пределов осуществления субъективных гражданских прав**. Эта проблема неоднократно затрагивалась в научных докладах в рамках научных конференций и круглых столов<sup>10</sup>, а также рассматривается в целом ряде работ современных российских и зарубежных цивилистов.

<sup>5</sup> См., например: Medicus D. Schuldrecht I. Allgemeiner Teil. München, 2003. S. 24–25.

<sup>6</sup> См.: Пугинский Б. И. Теория и практика договорного регулирования. М., 2017. С. 104.

<sup>7</sup> Там же. С. 104–105.

<sup>8</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. 2 / Пер. с нем. М., 1998. С. 16.

<sup>9</sup> Там же. С. 18.

<sup>10</sup> Этот вопрос, в частности, был затронут на открытом заседании кафедры гражданского права юридического факультета

Значительное внимание данной проблеме уделено в трудах известного российского ученого, профессора Московского Университета В. П. Грибанова (1921–1990), в частности, она затрагивается в его знаменитой монографии *«Пределы осуществления и защита гражданских прав»*. (За эту монографию в 1973 г. решением ученого совета МГУ В. П. Грибанову – первому среди преподавателей юридического факультета – была присуждена Ломоносовская премия 2-й степени.)<sup>11</sup>

В своих трудах, в том числе и в указанной монографии, В. П. Грибанов рассматривает *принципы права как правовую категорию, в которой, помимо норм закона, «в наиболее общем виде находят отражение общественные интересы»* (выделено мной. – О.Л.)<sup>12</sup>. В. П. Грибанов сумел доказать, что *принципы гражданского права, в том числе принципы «справедливости» и «добросовестности» в гражданско-правовом договоре – это не просто некие абстрактные, руководящие идеи, а «объективно детерминированные закономерностями общественного развития основные положения права»* (выделено мной. – О.Л.)<sup>13</sup>.

Таким образом, в трудах В. П. Грибанова проблема осуществления субъективных гражданских прав, в том числе в гражданско-правовом договоре, из узкоспециальной и частной превратилась в общетеоретическую и общеправовую, непосредственно связанную с такой важной общечеловеческой категорией, как *«социальные и экономические права личности в современном обществе»*. При этом В. П. Грибанов сумел доказать, что принципы гражданского права имеют значение не только для правотворчества, но и для правоприменения, что *«необходимо признать неправомерным не только поведение, нарушающее предписания норм права, субъективные права и обязанности в договорных и внедоговорных обязательствах, но и поведение, нарушающее принципы права»*<sup>14</sup>.

В связи с этим особое значение приобретает и сформулированное В. П. Грибановым понятие *злоупотребления правом*, в том числе в области договорных отношений, под которым он понимает *«особый тип гражданского правонарушения, совершаемого управомоченным лицом при осуществлении им принадлежащего ему права, связанный с использованием недозволенных конкретных форм в рамках дозволенного ему законом общего типа поведения»*<sup>15</sup>.

Идея о значительной роли принципов права, о глубокой и неразрывной взаимосвязи прав и обязанностей, в том числе применительно к институту гражданско-правового договора, проводится и в статье *«Принцип справедливости и целесообразности в институтах англо-американских и континентально-европейских правовых порядков»* судьи Верховного Суда РФ, профессора В. В. Момотова.

В ней автор обращает внимание на то, что в современном праве в качестве общепринятого научного подхода сложилось *«разделение понятия “право” на право в объективном смысле (право как регулятор поведения в обществе) и право в субъективном смысле (право как мера дозволенного поведения)»*<sup>16</sup>. По мнению В. В. Момотова, подобная «двойственность» зачастую приводит к тому, что многие исследователи начинают игнорировать теснейшую взаимосвязь между указанными категориями, рассматривая субъективные права граждан и организаций в качестве *«некоей абсолютной и самодостаточной и основополагающей правовой кате-*

---

МГУ имени М. В. Ломоносова, посвященном 100-летию В. П. Грибанова 25 февраля 2021 г.

<sup>11</sup> См.: Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2001. С. 11.

<sup>12</sup> Там же. С. 10.

<sup>13</sup> Там же.

<sup>14</sup> Там же. С. 12.

<sup>15</sup> Там же. С. 63.

<sup>16</sup> Момотов В. В. Принцип справедливости и целесообразности в институтах англо-американских и континентально-европейских правовых порядков // Российское правосудие. 2018. № 1 (141). С. 35–36.

гории, оставляя без внимания юридические обязанности», а между тем *юридические права и обязанности необходимо рассматривать в их неразрывной связи*<sup>17</sup>.

Нельзя не согласиться с В. В. Момотовым в том, что «утверждение подлинной правовой культуры возможно лишь тогда, когда в правосознании общества укоренятся стремление самостоятельно, добровольно исполнять постулируемые социумом обязанности, а также осознание их высокой ценности. *Право – это в первую очередь бремя осознанного выполнения обязанностей*» (выделено мной. – О.Л.)<sup>18</sup>.

В своей статье В. В. Момотов указывает на то, что в современном российском гражданском праве, принимая во внимание содержание п. 2 ст. 6 ГК РФ<sup>19</sup>, согласно которому «при невозможности использования аналогии закона, права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости», *принцип справедливости также выступает в качестве «одного из основополагающих принципов»*. В конкретных же институтах гражданского права категория «справедливости» используется прежде всего как оценочная категория, позволяющая провести принцип «соразмерности», «равного масштаба» и др. Соразмерность же, в свою очередь, позволяет установить *баланс интересов сторон «с целью достижения наибольшего общего блага из всех возможных»*<sup>20</sup>.

Достижение социальной функции гражданско-правового договора с помощью утверждения принципа «справедливого» («эквивалентного») гражданско-правового договора выражается прежде всего в установлении теоретического баланса свободы и *защите «слабой» стороны в договоре*.

С точки зрения известных российских цивилистов, профессоров М. И. Брагинского и В. В. Витрянского, «защита слабой стороны в договорном обязательстве» является «одной из основных проблем, решаемых гражданским правом». «Реализация данной задачи требует формального отступления от одного из основных принципов гражданского законодательства – равенства участников гражданско-правовых отношений (ст. 1 ГК РФ). *Фактически же, предоставляя слабой стороне дополнительные права и соответственно возлагая на ее контрагента по договору дополнительные обязанности, ГК и другие законы тем самым обеспечивают на деле равенство участников таких договорных отношений*» (выделено мной. – О.Л.)<sup>21</sup>.

Нельзя не согласиться с мнением М. И. Брагинского и В. В. Витрянского о том, что участники гражданского оборота, вступающие в договорные отношения, *изначально «располагают различными средствами и возможностями влияния на формирование обязательства, обеспечение его исполнения и т. п. в силу различного их профессионального статуса или материального положения, а также других обстоятельств»*. В определенных случаях данные различия *«достигают степени несопоставимости, когда один из участников договора не располагает никакими возможностями оказывать какое-либо влияние на контрагента в целях исполнения вытекающего из договора обязательства»*. «И, напротив, другая сторона, располагая всеми реальными возможностями, в состоянии диктовать партнеру по договору свою волю» (выделено мной. – О.Л.). В самом деле, разве можно сравнить положение коммерческого банка и гражданина-вкладчика по договору банковского вклада? В подобных ситуациях, *если не предпринять мер на уровне правового регулирования соответствующих правоотношений, сильная сторона в обязательстве*

<sup>17</sup> Там же. С. 36.

<sup>18</sup> Там же.

<sup>19</sup> СПС «КонсультантПлюс».

<sup>20</sup> Момотов В. В. Указ. соч. С. 38.

<sup>21</sup> Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. 1: Общие положения. М., 2001. С. 792.

*полностью подчинит своей воле слабую сторону, а последняя попадет в рабскую зависимость к своему контрагенту. Понятное дело, при таком положении не может быть и речи ни о равенстве участников гражданских правоотношений, ни о принципе диспозитивности гражданского права, ни о свободе договора* (выделено мной. – О.Л.)»<sup>22</sup>.

В статье «О функциях гражданского права» известный российский правовед, член-корреспондент РАН, профессор В. Ф. Яковлев также отмечает, что «по своему содержанию гражданское право призвано обеспечивать *начала равенства и справедливости* (выделено мной. – О.Л.) как в определении исходного положения – статуса граждан, так и в регулировании конкретных отношений. В связи с этим весьма важно введение в состав принципов гражданского права требования добросовестности поведения участников гражданских правоотношений, с тем чтобы исключить возможность извлечения выгод за счет другого лица вследствие недобросовестного поведения, в частности вследствие всякого рода обмана, недобросовестного использования информации»<sup>23</sup>.

В. Ф. Яковлев обращает внимание на то, что «особенно важно обеспечить доступную и равную защиту для непрофессиональных участников гражданского оборота, для граждан-потребителей, вообще для сторон экономически более слабых и незащищенных. Более сильная сторона, вступающая в отношения с целью извлечения прибыли, по закону должна отвечать требованиям не только добросовестности, но и заботливости в отношении прав и интересов непрофессионального участника»<sup>24</sup>.

На то, что частноправовой договор играет важную роль «*в проведении фундаментального для права требования справедливости*», обращает внимание и Б. И. Пугинский. В работе «Теория и практика договорного регулирования» он отмечает, что «в договорном регулировании идея справедливости находит более полное и последовательное закрепление, причем способы ее обеспечения достаточно развиты и разнообразны». В частноправовом договоре, по его мнению, находит прямое закрепление *принцип «абсолютного равенства»* или «*уравнительной справедливости*» (по учению Аристотеля), причем происходит это благодаря «опосредованию хозяйственными договорами *эквивалентных операций*» (выделено мной. – О.Л.)»<sup>25</sup>. Как далее отмечает Б. И. Пугинский, «*сами стороны договора предполагаются находящимися в состоянии относительного равенства, а нередко возникающее неравенство уравновешивается предоставлением более слабой стороне дополнительных возможностей при определении условий договора либо специальных средств правовой защиты*».

Именно это, по мнению Б. И. Пугинского, позволяет говорить о договоре как о «средстве правового регулирования», поскольку «ему свойственно *необходимое для права проведение фундаментального требования справедливости*» (выделено мной. – О.Л.)<sup>26</sup>.

Изучение правового опыта Германии в реализации «социальной» функции гражданско-правового договора в ходе регулировании договорных отношений, закрепления принципа «справедливого» («эквивалентного») договора, особенно когда речь идет о защите интересов «слабой» стороны в договоре, в том числе «потребителя», приобретает в настоящее время особую актуальность.

По мнению ряда ведущих отечественных цивилистов, в частности профессора Е. А. Суханова, значительную роль в совершенствовании гражданского, в том числе и договорного, права России как в дореволюционный период, так и в настоящее время, играл и продолжает

<sup>22</sup> Там же. С. 793.

<sup>23</sup> Яковлев В. Ф. О функциях гражданского права // Развитие основных идей Гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике: Сборник статей, посвященный 70-летию С. А. Хохлова / Отв. ред. чл. – корр. РАН С. С. Алексеев. М., 2011. С. 103.

<sup>24</sup> Там же.

<sup>25</sup> Пугинский Б.И. Теория и практика договорного регулирования. М., 2017. С. 208–209.

<sup>26</sup> Там же. С. 209.

играть *правовой опыт Германии* благодаря разработке отточенных юридических конструкций и эффективных правовых образцов – *достижений многовековой науки пандектного права, а также судебной практики.*

О ведущей роли германской правовой науки в развитии науки гражданского права дореволюционной России образно пишет и известный российский цивилист, профессор С. А. Степанов: «Молодые и эрудированные, напористые и самоотверженные, уверенные и несгибаемые Неволин, Крылов, Мейер и другие с ними буквально ворвались в размеренно-раздумчивое русское юридическое бытие... Упомянутые основоположники *в течение очень недлительного периода времени возвели германскую (в основном германскую) гражданско-правовую доктрину в преобладающее и по существу единственное в России цивилистическое учение. Безраздельное властвование утонченной германской мысли, 150 лет назад безоговорочно (а зачастую – навязчиво) овладевшей русским цивилистическим сообществом, наивысший эффект произвело ... в университетском юридическом образовании* (выделено мной. – О.Л.)»<sup>27</sup>. И впоследствии, по мнению С. А. Степанова, опираясь «на фундамент теории, преданные умелые продолжатели, формировавшиеся в вузовских кругах, на долгие десятилетия обеспечили... дальнейшее развитие непоколебимости созданной цивилистической крепости»<sup>28</sup>.

Анализ решений Конституционного Суда ФРГ конца XX – начала XXI в. позволяет увидеть явно выраженную тенденцию к замене максимы «автономии частной воли», основанной на режиме «равных возможностей» участников договорных отношений, на теорию «эквивалентного» и «справедливого» договора, предполагающую усиленную защиту экономически «слабой» стороны – простого гражданина, «потребителя», – не обладающего знаниями и опытом предпринимателя-профессионала<sup>29</sup>. В этом ярко проявляются и *стремления германского законодателя к усилению основ «социального государства» и «справедливого социального строя», при котором происходит «выравнивание противоречащих друг другу интересов и создание приемлемых условий жизни для всех...»*<sup>30</sup>

Проблема социальной функции гражданско-правового договора, выражающаяся прежде всего в ограничении принципа «свободы договора» и становлении принципа «справедливого» («эквивалентного») договора тесно связана и с проблемой **соотношения норм частного и публичного права** в регулировании договорных отношений и имущественных отношений в целом.

По мнению российских цивилистов, эта проблема – *одна из ключевых проблем развития и совершенствования гражданского права в России.* «Дальнейшее развитие в рамках национальных правовых систем частного права, – отмечает А. С. Комаров – его упорядочение, кодификация преследовали *прагматические цели, которые не всегда совпадали с концептуальными началами, определявшими принадлежность норм к частному или публичному праву* (выделено мной. – О.Л.)»<sup>31</sup>.

На эту же проблему в знаменитой работе «Основные проблемы гражданского права» обращает внимание и знаменитый российский правовед И. А. Покровский: «Граница между публичным и частным правом на протяжении истории далеко не всегда проходила в одном и том же месте, области одного и другого многократно менялись... Помимо указанной исторической изменчивости границ надо иметь в виду и то обстоятельство, что даже в каждый дан-

<sup>27</sup> Степанов С. А. Цивилистика классическая и постклассическая // Развитие основных идей Гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике. С. 76–77.

<sup>28</sup> Там же. С. 77.

<sup>29</sup> См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. С. 11–16.

<sup>30</sup> Лимбах Ю. Цели социального государства: содержание и развитие в решениях Конституционного Суда // Российская юстиция. 2002. № 8.

<sup>31</sup> Комаров А. С. Гражданский кодекс России как источник частного права // Развитие основных идей Гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике. С. 111.

ный момент эти границы не представляют резкой демаркационной линии... в области гражданского права нередки случаи принудительных норм, которыми государство ограничивает свободу частных соглашений... Нет такой области отношений, для которой являлся бы единственно возможным только тот или только другой прием... Во всяком случае каждый из этих приемов имеет свою особую *социальную ценность* (выделено мной. – О.Л.)»<sup>32</sup>.

На это же указывает и М. М. Азарков: «Признаки, по которым мы объединяем отдельные права и соответствующие им обязанности, лежат в совершенно других плоскостях, чем деление права на публичное и частное. Эти признаки носят чисто практический характер и обычно вытекают из тех заданий, которые преследует правовое регулирование тех или иных социальных отношений» (выделено мной. – О.Л.)»<sup>33</sup>. Анализ развития договорного права Германии в конце XIX – первой трети XX в. дает для решения этой проблемы очень богатый материал.

Утверждение в современном гражданском праве «социальной» функции договора, принципа «справедливого» («эквивалентного») гражданско-правового договора в качестве одного из важнейших регуляторов экономической жизни в современном обществе тесно связана также с *проблемой прав человека* и с ее реализацией в ходе построения «*социального государства*».

Известный российский правовед, профессор В. Е. Чиркин, характеризуя современные западные государства, в том числе и Германию, с помощью введения в научный оборот понятия «*государство социального капитализма*», отмечает в качестве одной из его основополагающих черт его «роль *социально-политического арбитра* в обществе»<sup>34</sup>. Он указывает: «Сами условия современного высоко структурированного общества порождают необходимость социально-политического арбитража. Такую задачу может выполнять только государство, его органы, стоящие якобы над социальными группировками и партиями», при этом главной целью подобного «арбитража» является «забота о сохранении жизнеспособности общества». Выступая в качестве «арбитра», государство социального капитализма должно прибегать «прежде всего к поискам компромиссов и консенсуса», должно вводить «борьбу различных социальных и политических сил в мирные и правовые рамки»<sup>35</sup>.

Одновременно с этим, по мнению В. Е. Чиркина, современное государство социального капитализма является в гораздо большей степени (чем в предшествующие периоды экономического либерализма) «*регуляционным государством*». Поскольку «*тезис о необходимости социально ориентированной экономики стал общепризнанным*», подобное государство призвано исправлять «недостатки стихийного развития (например, негативы свободы рынка, «сверхэксплуатацию» рабочей силы, что грозит социальными взрывами» и др.)»<sup>36</sup>.

Политика построения «социального» государства в Германии началась еще в период канцлерства О. фон Бисмарка в конце XIX в., однако, кульминацией данного процесса стали разработка и принятие Конституции Германской империи (Веймарской) 1919 г. – одной из первых в мире конституций, закрепивших основы социального государства. Не случайно поэтому многие положения Веймарской конституции были впоследствии включены в Основной закон ФРГ 1949 г., действующий в Германии и в настоящее время.

Таким образом, актуальность изучения проблемы усиления социальной функции договора в виде ограничения действия принципа «свободы договора» и формирования концепции

<sup>32</sup> Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 2003. С. 44–45.

<sup>33</sup> Цит. по: Комаров А. С. Гражданский кодекс России как источник частного права // Развитие основных идей Гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике. С. 111.

<sup>34</sup> Чиркин В. Е. Государство социального капитализма (перспектива для России?) // Государство и право. 2005. № 5. С. 54–57.

<sup>35</sup> Там же. С. 57.

<sup>36</sup> Там же. С. 59.

«справедливого» («эквивалентного») договора в гражданском праве Германии в конце XIX – первой трети XX в. объясняется еще и в том, что она является ярким примером стремления на деле реализовать концепцию *«социального государства» как государства «всеобщего благоденствия»* и понимания того, что (по образному выражению члена-корреспондента РАН, профессора *Е. А. Лукашевой*) «в современном мире истинными задачами и целями государства должны стать *признание и обеспечение прав человека, а также утверждение солидарности и консолидации общества на основе согласования интересов*» (выделено мной. – О.Л.), что «отрицание социальной роли государства неприемлемо в современном мире»<sup>37</sup>.

В настоящее время как в отечественной, так и в зарубежной историко-правовой науке отсутствует комплексное исследование, посвященное развитию социальной функции договора в гражданском праве Германии в конце XIX – первой трети XX в.

Среди трудов *историков права*, в которых затрагивается проблема ограничения принципа «свободы договора» в гражданском праве Германии конца XIX – первой трети XX в., и в частности в ГГУ 1896 г. следует выделить работу профессора *В. А. Савельева «Гражданский кодекс Германии (история, система, институты)»*. По сей день она остается практически единственной в отечественной историко-правовой науке, в которой глубоко и всесторонне освещается история разработки и принятия Германского гражданского уложения (ГГУ) 1896 г., а также содержится анализ закрепленных в нем основных институтов гражданского права Германии, в том числе и института гражданско-правового договора<sup>38</sup>.

Особенности развития гражданского права Германии в конце XIX–XX в., в том числе института гражданско-правового договора, анализируются и в работе известного российского историка права, профессора *О. А. Жидкова «История буржуазного права (до периода общего кризиса капитализма)»*, вышедшей в 1971 г.<sup>39</sup> В своей работе О. А. Жидков сумел обозначить некоторые наиболее важные тенденции в развитии гражданского права Германии в конце XIX – начале XX в. в целом и договорного права в частности. Однако в полной мере проблемы ограничения принципа «свободы договора» и формирование социально ориентированных норм в договорном праве Германии в конце XIX – первой трети XX в. в данной работе не рассмотрены.

Принцип «справедливости», в том числе и в договорном праве Германии, анализируется и в уже упоминавшейся статье судьи Верховного Суда РФ, профессора *В. В. Момотова «Принцип справедливости и целесообразности в институтах англо-американских и континентально-европейских правопорядков»*<sup>40</sup>.

По мнению В. В. Момотова, в отличие от англо-американских правопорядков, для которых более характерны принципы эффективности и целесообразности в качестве основы правового регулирования, именно в континентальной Европе *принцип справедливости* получил наиболее глубокое отражение в праве. Причиной этого стала рецепция римского права, где этот принцип (*aequitas*) также был детально проработан и получил правовое закрепление (прежде всего в рамках преторского права)<sup>41</sup>.

Применительно к ГГУ 1896 г. в статье В. В. Момотов обращает внимание на особое значение для утверждения принципа справедливости в гражданском праве Германии так называ-

<sup>37</sup> Права человека: итоги века, тенденции, перспективы / Руководитель авторского коллектива и отв. ред. член-корреспондент РАН Е. А. Лукашева. М., 2002. С. 29.

<sup>38</sup> Савельев В. А. Гражданский кодекс Германии (история, система, институты): Учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1994.

<sup>39</sup> См.: Жидков О. А. История буржуазного права (до периода общего кризиса капитализма) // Жидков О. А. Избранные труды. М., 2006.

<sup>40</sup> Момотов В. В. Принцип справедливости и целесообразности в институтах англо-американских и континентально-европейских правопорядков // Российское правосудие. 2018. № 1 (141). С. 35–48.

<sup>41</sup> Там же. С. 36.

емых «*каучуковых норм*» – норм с «морально-этическим» наполнением, – создающих основу для широкого судебного толкования, в том числе положений «о добросовестности участников гражданских правоотношений и о запрете злоупотребления правом»<sup>42</sup>.

При этом В. В. Момотов подчеркивает, что в сфере обязательствственно-правовых отношений наиболее ярким выражением принципа справедливости являются «механизмы защиты слабой стороны договора»<sup>43</sup>.

Закрепление в ГГУ 1896 г. принципа запрещения злоупотребления правом – знаменитого *принципа запрещения «шиканы»* (нем. *Schikaneverbot*), – и практику его применения в современном праве Германии анализирует в своей уже упоминавшейся выше знаменитой монографии «*Пределы осуществления и защиты гражданских прав*» профессор МГУ имени М. В. Ломоносова **В. П. Грибанов**<sup>44</sup>. При этом он обращает внимание на то, что если первоначально выражение осуществление своего права «исключительно с целью причинения вреда другому» понималось буквально, то в более позднее время его понимание значительно расширилось: в современном гражданском праве Германии допускается «возможность применения принципа шиканы и при наличии иных, кроме цели причинения вреда, интересов». «Все зависит лишь от того, какой из этих интересов будет признан определяющим». А это «всецело зависит от суда»<sup>45</sup>.

Среди работ современных отечественных историков права, исследующих проблемы влияния идей *социального государства* на развитие отдельных отраслей права Германии в конце XIX – первой трети XX в., следует выделить работы **К. В. Чилькиной**<sup>46</sup>. Однако вопросы договорного права в этих работах практически не затрагиваются.

Важные сведения о развитии договорного права Германии, в том числе в период Германской империи и Веймарской республики, содержатся в вышедшей в 2022 г. монографии **К. В. Нама** «*Принцип добросовестности: развитие, система, проблемы теории и практики*»<sup>47</sup>, в которой подробно анализируются различные подходы к пониманию, проблемы толкования и практика применения тесно связанного с социальной функцией договора знаменитого принципа «*доброй совести*» («*Treu und Glauben*») – одного из основополагающих принципов ГГУ 1896 г., закрепленного в § 242.

Отдельные аспекты истории развития договора личного найма и становления на его основе института трудового договора в праве Германии в конце XIX – начале XX в., в том числе и проблемы усиленной защиты наемного работника в качестве «слабой» стороны в договоре, исследуются в работе известного дореволюционного российского правоведа **Л. С. Талья** «*Трудовой договор. Цивилистическое исследование*» (Ярославль, т. 1 – 1913; т. 2 – 1918)<sup>48</sup>.

Проблемы развития договора найма услуг в Германии в конце XIX – начале XX в. затрагиваются и в диссертации **А. В. Кузьменко** «*Предмет трудового права России: системно-*

<sup>42</sup> Там же. С. 38.

<sup>43</sup> Там же. С. 41.

<sup>44</sup> См.: Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2001. С. 30–31.

<sup>45</sup> Там же. С. 32–33.

<sup>46</sup> См.: Чилькина К. В. Правовая идея социального государства в Германии в XIX в. // Актуальные проблемы истории государства и права, политических и правовых учений: Сборник материалов круглого стола. Саратов, 2012; Она же. Социальное страхование в Германии в период национал-социализма: изменения в законодательстве // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2014. № 5; Она же. Уголовное право в Германии XIX в. и принцип социального государства // Сборник РУДН. М., 2019 и др.

<sup>47</sup> Нам К. М. Принцип добросовестности: развитие, система, проблемы теории и практики. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2022.

<sup>48</sup> См.: Таль Л. С. Трудовой договор. Цивилистическое исследование. М., 2006. (Классика российской цивилистики.)

*юридический анализ*» (СПб., 2002), а также в статье *Ж. П. Осипцовой «Трудовой договор в ФРГ»*<sup>49</sup>.

Отдельные вопросы истории возникновения и развития института индивидуального трудового договора как в России, так и в зарубежных странах, в том числе в Германии рассматриваются в двухтомном *«Курсе трудового права» А. М. Лушникова и М. В. Лушиковой*<sup>50</sup>.

В гораздо большей степени проблема ограничения принципа «свободы договора» и формирование социально ориентированных норм в договорном праве Германии в конце XIX – первой трети XX в. исследованы *в историко-правовой науке Германии*. Тем не менее, как отмечают сами германские правоведы, проблемы развития в целом гражданского права, в том числе и договорного права Германии в период Первой мировой войны и Веймарской республики являются малоизученными. На это, в частности, указывает известный правовед из Геттингена *В. Зеллерт*<sup>51</sup>.

К зарубежным, прежде всего германским, правоведам, в работах которых затрагиваются проблемы усиления социальной функции договора в гражданском праве Германии, относятся: К. Цвайгерт, Х. Кетц, Л. Эннексерус, К. Кройшелль, Г. Коинг, К.-В. Канарис, Х. Шлоссер, В. Шлютер, П. Остманн, Ф. Виакер, Р. Циммерманн, Х. Хаттенхауер, Р. Шульце, К.-В. Нерр, К. Хейнрик, Т. Перген, С. Хофер, Т. Рамм, В. Шуберт, Р. Тринкнер, М. Вольфнер, И. Рюкерт, Х. Шульте-Нельке, П. Карони, И. Брювилер, Г. Граф, С. Савалль, У. Зеллир, И. Вайс, Ф. Фельтцер, М. Рот, Е. Ейхенхофер, М. Бекер, Р. Рихарди, М. Штолляйс и др.

Наиболее концептуально важными историко-правовыми исследованиями в области истории гражданского, в том числе договорного права Германии в период Веймарской республики, являются работы германского историка права *К.-В. Нерра*<sup>52</sup>.

Проблема ограничения действия принципа свободы договора в гражданском праве Германии в конце XIX в. рассматривается в работах германских историков права: *К. Хейнрика «Формальная свобода и материальная справедливость»*<sup>53</sup>, *Т. Пергена «Социальные задачи частного права»*<sup>54</sup>, *С. Хофера «Свобода без границ»*<sup>55</sup>.

Тесно связанная с проблемой ограничения принципа «свободы договора» и формированием социально ориентированных норм в договорном праве *проблема усиления «социальной» функции договора найма услуг в Германском гражданском уложении (ГГУ) 1896 г. и становления на его основе института индивидуального трудового договора в Германии в конце XIX – первой трети XX в.*, рассматривается как в трудах «отцов-основателей» германской науки трудового права: *Отто фон Гирке, Филиппа Лотмара, Гуго Зинцхеймера, Вальтера Каскеля, Хейнца Поттхоффа*, – так и в произведениях современных германских исследователей в области гражданского и трудового права Германии. Среди них можно выделить работы *Ф. Гамильшега, Т. Маейра-Мали, В. Брокса, В. Шлютера, Р. Тринкнера, М. Вольфера* и др.

Историко-правовой аспект в изучении института договора найма услуг и института индивидуального трудового договора в праве Германии наиболее ярко представлен в работах *Т. Рамма, Х.-П. Бенера*.

<sup>49</sup> Осипцова Ж. П. Трудовой договор в ФРГ // Государство и право. 1996. № 2. С. 119–128.

<sup>50</sup> См.: Лушников А. М., Лушикова М. В. Курс трудового права: Учебник: В 2 т. М., 2009.

<sup>51</sup> Sellert W. Das BGB in der Weimarer Epoche // Das BGB im Wandel der Epochen. Hrsg. v. Duderichsen U. und Sellert W. Göttingen, 2002. S. 73.

<sup>52</sup> Nörr K.-W. Zwischen den Mühlsteinen. Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik. Tübingen, 1988; Nörr K.-W. Die Weimarer Nationalversammlung und das Privatrecht // Gedächtnisschrift für W. Kunkel. Hrsg. v. K.-W. Nörr und D. Simon. Frankfurt-am-Main, 1984.

<sup>53</sup> Heinrich Ch. Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit. Tübingen, 2000.

<sup>54</sup> Pergen T. Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Tübingen, 2001.

<sup>55</sup> Hofer S. Freiheit ohne Grenze. Tübingen, 2001.

В ходе написания монографии автором были использованы статьи ведущих германских правоведов, опубликованные в **современной юридической периодике Германии**, в частности в следующих периодических изданиях: *“Neue Juristische Wochenschrift (NJW)”*, *“Juristische Zeitung (JZ)”*, *“Neue Justiz”*, *“Der Betrieb” (DB)*, *“Der Betriebsberater” (BB)*, *“Juristische Rundschau”*, *“Juristische Schulung” (JuS)*, *“Juristen Jahrbuch”*, *“Zeitschrift für das Arbeitsrecht” (ZfA)*, *“Recht der Arbeit” (RdA)*, *“Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht”*.

Значительную роль при написании данной монографии сыграли недавно вышедшие тома, посвященные обязательственному праву в ГГУ 1896 г., в многотомном издании **“Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB” (HKK zum BGB)**<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Bd. II Schuldrecht. Allgemeiner Teil (AT). 2. Teilband (§ 305–432). Hrsg. V. M. Schmöckel, J. Rückert, R. Zimmermann. Tübingen, 2007; Bd. III. Schuldrecht. Besonderer Teil (BT). 1. Teilband (§ 433–656). Tübingen, 2013.

# Глава 1. Принцип «свободы договора» в гражданском праве Германии и начало его ограничения в период Германской империи в конце XIX – начале XX в.

## § 1. Принципы «автономии частной воли» и «свободы договора» в ГГУ 1896 г. и начало их ограничения в праве Германии в конце XIX – начале XX в.

Политическое объединение Германии и принятие в 1871 г. Конституции Германской империи явились важнейшей предпосылкой для развития внутреннего рынка, завершения промышленного переворота, ускоренного развития торговли и предпринимательства. Этому же способствовало и получение пятимиллиардной контрибуции от побежденной Франции после окончания франко-прусской войны 1870–1871 гг. В это время промышленность Германии, используя в том числе и новейшие достижения науки и техники, а также опыт других стран, совершает мощный рывок в развитии и выходит на мировую арену<sup>57</sup>.

Одним из важнейших изменений в гражданском праве Германии в этот период было проведение в жизнь либерального принципа «свободы договора» в рамках общей политики свободного рынка и свободной конкуренции (*laisser-faire*)<sup>58</sup>.

Это в значительной мере было обусловлено реализацией либеральной концепции экономического развития общества, сформулированной французскими экономистами XVIII в., а также английским (шотландским) экономистом и философом, основателем классической политической экономии Адамом Смитом (1723–1790) в его знаменитой работе «Исследования о природе и причинах богатства народов» (“Wealth of Nations”) (1776 г.)<sup>59</sup>.

Оценивая главные достижения в области гражданского права Германии в XIX в., известный германский правовед Юстус Вильгельм Гедеманн писал: «Каждый может теперь заключать договоры, составлять завещания, основывать союзы в любом виде, в каком ему захочется»<sup>60</sup>.

Анализ проводимой экономической политики и законодательства Германии второй половины XIX в. показывает, что *периодом наивысшего расцвета либерализма*, наибольшей свободы предпринимательства и конкуренции в Германии стало десятилетие – 1867–1878 гг. Для этого периода характерен союз правящих кругов, в лице общегерманского и прусского канцлера Отто фон Бисмарка, с представителями крупной и средней буржуазии, представленной в германском Рейхстаге в национал-либеральной партии<sup>61</sup>.

Наиболее ярким проявлением либерализма в указанный период в законодательстве Германии стали: *Закон Северо-Германского союза об устанавливаемых договором процентах 1867 г.*, снимающий всякие ограничения для взимания процентов по займу; так называемая

---

<sup>57</sup> Новая история стран Европы и Америки. Второй период: Учебник по спец. «История» / Под ред. И. М. Кривогуза и Е. Е. Юровской. М., 1998. С. 27.

<sup>58</sup> В переводе с французского *laisser-faire* означает «позволяйте делать». Данная доктрина, восходящая к французским экономистам XVIII в., отстаивала идею невмешательства государства в экономику. См.: Баренбойм П. Д., Гаджиев Г. А., Лафитский В. И. Конституционная экономика: проблемы теории и практики // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2005. № 2. С. 10.

<sup>59</sup> Wesel U. Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart. 2., überarbeitete und erweiterte Aufl. München, 2001. S. 448.

<sup>60</sup> Hedemann J. W. Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert. Berlin, 1910. S. 3.

<sup>61</sup> Jecht H. Deutsche Wirtschaftsgeschichte seit dem Ausgange des 18. Jahrhunderts. Verlag für Rechtsß und Wissenschaft H. Freytag, Salzgitter, 1949. S. 25.

*Акционерная новелла 1870 г.* (поправки к положениям об акционерных обществах Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch 1861 г.<sup>62</sup>); *Законы 1871 и 1873 гг.* об объединении золотого запаса и о выпуске золотой марки в качестве единой денежной единицы Империи; а также *Закон об Имперском банке 1875 г.*<sup>63</sup>

Основополагающие принципы либерального общества и правопорядка – принцип свободы и принцип равенства всех перед законом, нашедшие конкретное выражение в гражданском праве в виде принципов «автономии частной воли» и «свободы договора», основанных на режиме равных возможностей, – определили и содержание норм первого в истории Германии Allgemeines deutsches Bürgerliches Gesetzbuch – *Германского гражданского уложения (ГГУ) 1896 г.* (работа над которым началась в 1874 г. и продолжалась более 22 лет).

Известный германский правовед Людвиг Эннексерус отмечает, что «как в старом “общем” праве, в ГГУ в отношении гражданско-правовых договоров действует принцип “свободы договора”». Он пишет: «Таким образом, стороны, заключающие договор, могут согласовывать обязательственные отношения любого содержания, поскольку они не нарушают законодательных запретов или добрые нравы»<sup>64</sup>.

На это же обращает внимание и германский правовед И. Колер, подчеркивающий, что в обязательственном праве в ГГУ «победоносно проведен великий принцип индивидуализации»<sup>65</sup>.

Отличаясь высоким уровнем юридической техники, ГГУ полностью опирается на понятийный аппарат и систему *науки пандектного права*.

Дискуссия о том, насколько «современными» для своего времени были положения ГГУ, начавшаяся в ходе его разработки, продолжается и в настоящее время.

В то время как, по мнению ряда германских правоведов (У. Везеля, Ф. Виакера и др.), ГГУ 1896 г. – типичный «продукт» XIX в., закон, который направлен, скорее, в XIX, нежели в XX в., «поздний ребенок классического либерализма» и «плод пандектистики»<sup>66</sup>, историк права Т. Рамм характеризует его как «компромисс между вышедшей на арену в 1848 г. буржуазией, с одной стороны, и короной и дворянством – с другой»<sup>67</sup>. Все это в полной мере относится и к сфере договорного права.

Положенный в основу ГГУ 1896 г. наряду с принципами «свободы собственности» и «свободы завещаний» классический буржуазный принцип «свободы договора» (*Vertragsfreiheit*) является одним из проявлений принципа «автономии частной воли», хотя в самом тексте Кодекса оба эти понятия отсутствуют.

Сам термин «автономия частной воли» (*Privatautonomie*) начал использоваться в правовой науке Германии уже в 1840-х годах так называемыми германистами в дискуссиях об «особых» исторически сложившихся «автономных» правах дворянских семей, городских общин и др.<sup>68</sup>

<sup>62</sup> Подробнее об этой «новелле» см.: Лысенко О. Л. Реформирование акционерного права Германии в 70–90-е гг. XIX в. // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11. Право. 2009. № 4. С. 104–111.

<sup>63</sup> Jech H. Deutsche Wirtschaftsgeschichte seit dem Ausgange des 18. Jahrhunderts. Verlag für Rechts- und Wissenschaft H. Freymark. Salzgitter, 1949. S. 25.

<sup>64</sup> Die Vertragsschließende können also Schuldverhältnisse jeden Inhalts frei vereinbaren, soweit sie nicht gegen gesetzliche Verbote oder gegen die guten Sitten verstoßen. Enneccerus L. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse. 12. Bearbeitung (völlige Neubearbeitung von H. Lehmann). Marburg, 1932. S. 108.

<sup>65</sup> См.: Колер И. Современное гражданское право Германии // Гражданское право Германии / Под ред. В. Н. Нечаева. СПб., 1910. С. 51; Цит. по: Савельев В. А. Гражданский кодекс Германии (история, система, институты): Учебное пособие. 2-е изд. перераб. и доп. М., 1994. С. 30.

<sup>66</sup> Wesel U. Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart. 2., überarbeitete und erweiterte Aufl. München, 2001. S. 458–459.

<sup>67</sup> Цит. по: Schlosser H. Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. 7., völlig neuarbeitete und erweiterte Aufl. Heidelberg, 1993. S. 158.

<sup>68</sup> Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB. Bd. II. Schuldrecht. Allg. Teil. 1. Teilband (§ 241–304). Tübingen, 2007. Vor 20

В качестве основополагающего принципа частного права рассматривает «автономию частной воли» и германский правовед *Ернст Цительманн*. В работах «Юридическое волеизъявление» (1878) и «Заблуждение и правовая сделка» (1879) он подчеркивает, что действия людей только тогда имеют юридические последствия, если они обусловлены их свободным волеизъявлением»<sup>69</sup>.

Помимо активных сторонников, у принципов «автономии частной воли» и «свободы договора» с самого начала была масса противников. Так, по образному выражению французского писателя Анатоля Франса, закон, основанный на подобных принципах, закрепляет «равные возможности как для богатых, так и для бедных спать под мостом, просить милостыню на улице и воровать хлеб»<sup>70</sup>. Другой исследователь назвал проведение в жизнь принципа «свободы договора» – «свободой свободной лисы в свободном курятнике»<sup>71</sup>.

И зарубежной, и отечественной правовой науке хорошо известна жесткая критика Первого Проекта ГГУ 1888 г. ввиду закрепления в нем безграничной «свободы договора» и практического отсутствия «социально ориентированных» норм, известного «германиста», профессора германского права в университете Берлина, активного участника «Союза за социальную политику» (“Verein für Socialpolitik”), автора книги «Социальные задачи частного права» (“Die soziale Aufgabe des Privatrechts”) *Отто фон Гирке*<sup>72</sup>, а также сторонника социалистических идей *Антон Менгера* – профессора гражданско-процессуального права в Вене.

О. фон Гирке рассматривает «свободу договора» исключительно как «грозное оружие в руках сильных [мира сего]» и одновременно как «тупой (абсолютно негодный) инструмент в руках слабых», в силу чего «свобода договора» становится мощным «средством, позволяющим одним эксплуатировать других, беспощадным использованием духовного и экономического превосходства»<sup>73</sup>.

На это же обращает внимание и А. Менгер. В своем знаменитом труде «Гражданское право и неимущие классы населения», вышедшем в 1890 г., он, в частности, указывает: «Никто не станет удивляться, что германское гражданское право остановилось во всех основных вопросах на том решении, которое подсказывается индивидуальным эгоизмом, если он примет во внимание историю возникновения германской системы частного права»<sup>74</sup>. (Весьма показательно, что в годы революции 1905–1907 гг. в России были изданы почти все произведения А. Менгера<sup>75</sup>.)

Следствием высокого уровня абстрактности правовых норм, а также проведения в жизнь принципов «автономии частной воли» и «свободы договора» стало отсутствие в ГГУ четких общих положений о возмещении ущерба в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения договоров, об обстоятельствах, препятствующих исполнению договора и др. По меткому выражению современного германского правоведа Р. Штюрнера, «ГГУ знает пробелы и белые пятна, но оно редко создает баррикады»<sup>76</sup>.

§ 241. Das Prinzip Vertragsfreiheit. Rn. 4.

<sup>69</sup> *Zitelmann E.* Die juristische Willenserklärung (1878), Irrtum und Rechtsgeschäft (1879) // Ibid. Rn. 15.

<sup>70</sup> Цит. по: *Wesel U.* Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart. 2, überarbeitete und erweiterte Aufl. München, 2001. S. 459.

<sup>71</sup> Ibidem.

<sup>72</sup> См., например: *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. М., 2003. С. 265.

<sup>73</sup> *Gierke O.v.* Die soziale Aufgabe des Privatrechts. // Gierke O.v. Aufsätze und kleinere Monographien. Bd. 2. Hrsg. von W. Pöggner. Olms-Weidmann, Hildesheim, Zürich, New-York. 2001. S. 626–627.

<sup>74</sup> *Menger A.* Гражданское право и неимущие классы населения. СПб., 1906. Цит. по Антология мировой правовой мысли: В 5 т. Т. III: Европа, Америка XVII–XX вв. М., 1999. С. 458.

<sup>75</sup> Там же. С. 456.

<sup>76</sup> *Stürner R.* Der hundertste Geburtstag des BGB – nationale Kodifikation im Greisenalter? // Juristenzeitung (JZ) 1996. N 15/16. S. 742.

Общий «либеральный» тон положений ГГУ, опора на науку пандектного права (Pandektenwissenschaft), и в силу этого определенная «дистанцированность» первого общегерманского Гражданского кодекса от решения насущных социальных задач, четко обозначившихся во второй половине XIX в., в некоторой мере компенсировались благодаря включению в его текст положений с «морально-этическим наполнением» (так называемых *каучуковых норм*)<sup>77</sup>. Эти нормы, в юридической литературе Германии известные под названием «*общих*» или «*генеральных оговорок*» (нем. *Generalklauseln*), содержат такие понятия, как «общественная нравственность», «добрая совесть», «обычай гражданского оборота» и др. Речь идет о знаменитых § 138, 157, 226 и 242 ГГУ.

Согласно § 138 I все «сделки, нарушающие правила общественной нравственности, являются ничтожными». В ч. II данного параграфа ГГУ данное положение конкретизируется и указывается, что «ничтожна в особенности сделка, по которой одно лицо, пользуясь нуждой, легкомыслием или неопытностью другого, взамен каких-либо услуг со своей стороны выговаривает или заставляет предоставить себе или третьему лицу имущественную выгоду, размеры которой настолько превосходят ценность услуг, что выгода при данных обстоятельствах дела представляется явно несоразмерной оказанным услугам»<sup>78</sup>.

Как отмечают известные германские правоведы-компаративисты К. Цвайгерт и Х. Кетц, «во всем мире противоречия закону и добрым нравам считаются нарушением, ведущим к признанию договора недействительным», но только «в Германии нарушение закона и добрых нравов чревато признанием недействительности всех видов правовых сделок»<sup>79</sup>.

По мнению современного германского правоведа Я. Шаппа, «сделка нарушает добрые нравы в смысле § 138 I, если она *противоречит минимальным требованиям социальной морали*»<sup>80</sup>. При этом подобное поправление «социальной морали» или «общественной нравственности» может нарушать и «*основополагающие правовые принципы*». Применяя § 138 ГГУ в ходе рассмотрения споров в конце XIX – начале XX в., в своих решениях Имперский суд отмечал, что любая гражданско-правовая сделка не должна противоречить «*чувству приличия всех справедливо и правильно думающих*»<sup>81</sup> (впоследствии данная формулировка была воспринята и современным Федеральным Судом Германии<sup>82</sup>).

В современной правовой науке Германии факт нарушения «общественной нравственности» принято усматривать уже тогда, когда нарушен «*этический минимум*»<sup>83</sup>.

С точки зрения Я. Шаппа, в § 138 I ГГУ германский законодатель закрепил так называемую *негативную редакцию* правовой нормы: т. е. «проверка сделки осуществляется с точки зрения того, не нарушает ли она добрые нравы, а не с позиции ее соответствия им». В основу подобной «негативной редакции», по мнению Я. Шаппа, положена «*ограничительная модель права*», которая подразумевает, что «право определенным образом *ограничивает свободу отдельного индивидуума лишь с внешней стороны*» и «*правопорядок обязан особо обос-*

<sup>77</sup> Профессор М. Ф. Лукьяненко использует в отношении данных норм ГГУ термин «оценочные понятия» гражданского права. См.: Лукьяненко М. Ф. Оценочные понятия гражданского права: разумность, добросовестность, существенность. М., 2010. С. 3, 13.

<sup>78</sup> “Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen”. Непосредственное влияние на содержание § 138 II ГГУ оказали *антиростовицкие Законы «О наживе» (Wuchergesetze) 1880 и 1893 гг.* Подробнее об антиростовицком законодательстве Германии конца XIX в. и об истории разработки данного параграфа в ГГУ см. § 3 главы I.

<sup>79</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. С. 80.

<sup>80</sup> Шапп Я. Основы гражданского права Германии: Учебник. М., 1996. С. 229.

<sup>81</sup> RGZ 80, 219 (221). Цит. по: Шапп Я. Указ. соч. С. 229.

<sup>82</sup> BGHZ 10, 228 (232). Там же.

<sup>83</sup> Там же.

новать каждый случай ограничения». Можно согласиться с германским правоведом в том, что в этой «ограничительной модели права» присутствует *особое соотношение частного и публичного права* в регулировании гражданских отношений.

Особенность § 138 ГГУ, который германские правоведы называли «королем параграфом», состоит в том, что в ходе его применения судами необходима конкретизация его содержания применительно к каждому конкретному случаю, при этом должны быть выявлены и объяснены «объективная» и «субъективная» стороны каждой конкретной сделки, «противоречащей общественной нравственности»<sup>84</sup>.

С «объективной стороны» противоречие сделки общественной нравственности может проявляться в ее содержании (например, выплата вознаграждения за смену религии); ее цели (например, ростовщические сделки); а также мотиве ее заключения (примером последнего может служить расторжение договора аренды лишь в силу того, что арендатор не согласен на изменение договора, направленное на возникновение для него неблагоприятных последствий, и др.)<sup>85</sup>.

Наряду с раскрытием «объективной» стороны сделки, противоречащей общественной нравственности, применение § 138 ГГУ 1896 г. судами в каждом конкретном случае обязательно требует выявления и «субъективных» аспектов подобной сделки, а именно понимание и осведомленность сторон, или хотя бы одной из них, относительно ее антинравственного характера<sup>86</sup>.

Нельзя не согласиться с мнением И. М. Хужоковой о том, что «на примере опыта Германии особенно очевидна гибкость доктрины добрых нравов, вытекающая из норм ГГУ»<sup>87</sup>.

§ 226 ГГУ содержит знаменитый принцип «запрещения злоупотребления правом» или «запрещения шиканы» (нем. *Schikaneverbot*): «Не допускается осуществление прав, если целью такого осуществления может быть только причинение вреда другому лицу»<sup>88</sup>.

Действие данного параграфа, содержащегося в Общей части Германского гражданского уложения, распространяется на все институты гражданского права, в том числе и на институт договора<sup>89</sup>.

Известный германский правовед Л. Эннексерус, который, будучи депутатом Рейхстага, принимал участие в разработке Германского гражданского уложения (ГГУ) 1896 г., по поводу сущности принципа «злоупотребления правом» («запрещения шиканы»), в том числе и применительно к институту гражданско-правового договора, согласно § 226 ГГУ писал: «Запрещено не всякое осуществление права, причиняющего вред другому. Без нанесения вреда другим лицам при осуществлении некоторых прав даже нельзя обойтись, если вообще их осуществлять. Недостаточно также, чтобы осуществление права имело целью причинить вред. Требуется большее: из обстоятельств дела должно вытекать, что осуществление права для лица, совершающего данное действие, не может иметь никакой другой цели, чем причинение вреда...»<sup>90</sup>

<sup>84</sup> Там же. С. 230.

<sup>85</sup> Там же.

<sup>86</sup> Там же. С. 230–231.

<sup>87</sup> Хужокова И. М. Доктрина добрых нравов и публичного порядка в договорном праве: сравнительное исследование. М., 2011. С. 73.

<sup>88</sup> «Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen».

<sup>89</sup> Примечательно, что сам термин «Schikane», переводимый как «придирка» (*Spitzfindigkeit*), «злонамеренное создание препятствий и затруднений» (*böswillig bereite Schwierigkeit*) изначально имеет не немецкое, а французское происхождение (франц. *chicane*). История его появления в германском праве довольно плохо изучена. Известно лишь, что он начал использоваться в юридической литературе Германии примерно с конца XVII в. DUDEN. Etymologie. Herkunftswörterbuch der deutschen Sprache. 2, völlig neu bearbeitete und erweiterte Aufl. von G. Drosdowski. Mannheim; Wien; Zürich, 1989. S. 630.

<sup>90</sup> Цит. по: Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2001. С. 32–33.

В отечественной литературе проблема запрещения шиканы подверглась анализу в монографии В. П. Грибанова «Пределы осуществления и защиты гражданских прав».

Профессор В. П. Грибанов выделяет два подхода германских правоведов к проблеме злоупотребления правом. Если представители первого подхода, являясь сторонниками юридического позитивизма, исходят из установки, что осуществление своего права априори не может являться противоправным (например, О.-W. Jakobs), и злоупотребление правом должно выходить за рамки субъективного права; то правоведы, относящиеся ко второму направлению – «социологической» школе права – призывают рассматривать злоупотребление правом («шикану»), исходя из «социальной цели» права, из необходимости «соблюдения “прав высшего порядка” (höherer Ordnung), возвышающихся над всеми формальными правами и предписаниями», из общих принципов права<sup>91</sup>.

Ограничению принципа «свободы договора» и утверждению принципа «справедливого договора» в гражданском праве Германии с самого момента принятия ГГУ 1896 г. (и вплоть до настоящего времени), во многом способствовало и содержание § 157, в котором устанавливается правило, что «договор следует толковать согласно требованиям доброй совести и принимая во внимание обычаи гражданского оборота»<sup>92</sup>.

Согласно другому «знаменитому» параграфу ГГУ 1896 г., также вторгающемуся в либеральный принцип «свободы договора» и сыгравшему особо значимую роль в развитии всего гражданского права Германии в XX в. – § 242 – в любом обязательственном правоотношении «должник обязан производить исполнение добросовестно, сообразуясь с обычаями гражданского оборота»<sup>93</sup>.

В обоих вышеуказанных параграфах ГГУ речь идет об основополагающем **принципе «доброй совести» (Treu und Glauben)** в договорном и в целом в обязательственном праве Германии. В «Учебнике гражданского права: Кн. 2: Обязательственное право» Л. Эннекцерус отмечает, что эти два параграфа находятся в тесной взаимосвязи. По его мнению, если содержание § 157 ГГУ отвечает на вопрос «что» должно содержаться в договоре, то § 242 дает ответ на вопрос «как» должен исполняться договор и вытекающие из него конкретные обязанности. По мнению Л. Эннекцеруса, из этих двух параграфов вытекает «**основополагающий принцип обязательственного права**, определяющий как содержание правовой науки, так и судебной практики», поскольку «все виды обязательственных отношений, для любых участников и любого содержания подчинены действию этого господствующего принципа «доброй совести»<sup>94</sup>.

Прежде всего, как отмечает Л. Эннекцерус, этот принцип препятствует возникновению любых злоупотреблений, вытекающих как из формально обусловленных, так и из подразумеваемых правовых требований («правопритязаний» – нем. Rechtsansprüche)<sup>95</sup>.

По мнению российского правоведа К. В. Нама, принцип «добросовестности», восходящий к понятию «*bona fides*» римского права, определил содержание европейских частноправовых кодификаций XIX в. благодаря изучению и обобщению римско-правовых источников в период Средних веков и Новое время<sup>96</sup>. В кодификационных актах Германии сам термин «добрая совесть» (Treu und Glauben) впервые был закреплен в § 858 ГК Саксонии 1863 г.<sup>97</sup>

<sup>91</sup> См.: Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2001. С. 30–31.

<sup>92</sup> “Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf Verkehrssitte es erfordern”.

<sup>93</sup> “Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern”.

<sup>94</sup> Enneccerus L. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Rechts der Schuldverhältnisse. Marburg, 1932. S. 16.

<sup>95</sup> Ibidem.

<sup>96</sup> См.: Нам К. В. Принцип добросовестности: развитие, система, проблемы теории и практики. 2-е изд. перераб. и доп. М., 2022. С. 24.

<sup>97</sup> Там же. С. 22.

Обращает на себя внимание, что принцип «доброй совести» содержался и в *Первом Проекте ГГУ 1888 г.*<sup>98</sup> Так, согласно § 344 «Если договор направлен на выполнение обязанности, которая невозможна или запрещена законом, или противоречит добрым нравам, то такой договор является ничтожным»<sup>99</sup>; а в § 359 устанавливалось, что «договор обязывает заключающие его стороны к выполнению того, что согласно положениям и природе договора в соответствии с законом и обычаями гражданского оборота, а также принимая во внимание требования доброй совести, составляет содержание обязанности [по договору]»<sup>100</sup>.

По поводу ограничения принципов «автономии частной воли» и «свободы договора» в ГГУ 1896 г. и значении всех вышеуказанных параграфов с «моральным наполнением» в гражданском праве Германии профессор В. А. Савельев пишет: «В целом легальные ограничения свободы договоров в БГБ<sup>101</sup> немногочисленные и принципиально мало отличаются от аналогичных в Кодексе Наполеона... Однако для БГБ характерен особый вид *внеюридических ограничений действительности договоров*, малоизвестный французскому кодексу (выделено мной. – О.Л.). Речь идет о ...социально-этических критериях “доброй совести” и “добрых нравов”... Этих норм немного в кодексе, но они *занимают ключевые позиции (дают принципиально важные предписания для понимания однородных правил)* (выделено мной. – О.Л.)»<sup>102</sup>.

Вышеуказанные нормы ГГУ 1896 г. с «этическим наполнением», создающие основу для широкого судебного толкования, в том числе и в области договорного права, позволили впоследствии в рамках судебной практики приспособить ГГУ к изменившимся социально-экономическим и политическим условиям, сыграли значительную роль в формировании в праве Германии концепции «справедливого» («эквивалентного») договора. (Примечательно, что все вышеуказанные параграфы ГГУ 1896 г. продолжают действовать без изменений, в первоначальной редакции и в настоящее время.)

Наряду с закреплением вышеуказанных «оценочных понятий» («каучуковых» норм), создающих свободу для судебного усмотрения при рассмотрении споров, в том числе и в области договорного права, в книге I «Общая часть» и самом начале книги II «Обязательственное право», наиболее ярко тенденция к ограничению принципа «свободы договора» и к усилению социальной функции договора в первоначальной редакции ГГУ 1896 г. проявилась *в разделе, посвященном договору найма услуг*.

Так, в главе 6 книги II «Наем услуг» (§ 611–630) были закреплены те самые знаменитые статьи, которые, по образному выражению известного германского правоведа Отто фон Гирке, содержали *«капли социального масла»* (“*Tropfen des sozialen Öls*”)<sup>103</sup>. Речь идет о § 612, 616, 618, 624, 630 ГГУ, усиленно защищающих «слабую» сторону в договоре – наемного работника<sup>104</sup>.

<sup>98</sup> Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Berlin; Leipzig, 1888.

<sup>99</sup> “Ist ein Vertrag auf eine Leistung gerichtet, welche unmöglich oder durch Gesetz verboten ist oder welche gegen guten Sitten verstößt, so ist derselbe nichtig”.

<sup>100</sup> “Der Vertrag verpflichtet den Vertragschließenden zu demjenigen, was sich aus den Bestimmungen und Natur des Vertrages nach Gesetz und Verkehrssitte sowie mit Rücksicht auf Treue und Glauben als Inhalt seiner Verbindlichkeit ergibt”.

<sup>101</sup> В работе Гражданский кодекс Германии (история, система, институты) профессор В. А. Савельев для обозначения ГГУ использует аббревиатуру БГБ (нем. BGB) – начальные буквы названия Гражданского кодекса Германии на немецком языке (Bürgerliches Gesetzbuch).

<sup>102</sup> Савельев В. А. Гражданский кодекс Германии (история, система, институты): Учебное пособие. 2-е изд. перераб. и доп. М., 1994. С. 24, 32.

<sup>103</sup> См.: Benöhr H.-P. Fast vier Tropfen sozialen Öls – zum Arbeitsrecht im BGB// Wirkungen europäischer Rechtskultur. Festschrift für K. Kroeschell zum 70. Geburtstag. München, 1997. S. 23–24. Подробнее об этом см. также: Лысенко О.Л. Становление института трудового договора в германском праве в конце XIX – начале XX в. // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11. Право. 2010. № 6. С. 34–35.

<sup>104</sup> Подробнее о содержании указанных норм см. глава 3 § 1.

Появлению этих норм в ГГУ 1896 г. во многом способствовало принятие в Германии во второй половине – конце XIX в. ряда *специальных законов*, прежде всего в сфере регулирования трудовых отношений, усиленно защищающих наемных работников в различных сферах экономики, и действующих параллельно с ГГУ в качестве своеобразного дополнения к нему.

Наиболее ярко отход от буржуазного либерального принципа «автономии частной воли» и «свободы договора» проявился в содержании *Промышленного устава Северо-Германского союза (Gewerbeordnung) 1869 г.*<sup>105</sup>, затрагивающий договор найма услуг в отношении промышленных рабочих<sup>106</sup>.

После тяжелого экономического кризиса 1870-х годов, эпохи «грюндерства» (от нем. *gründen* ‘учреждать’), связанного с неконтролируемым массовым созданием различных обществ и объединений («учредительством»), ставшего следствием резкой либерализации в области корпоративного права<sup>107</sup>, в Германии произошел «серьезный внутривластный поворот, позволивший перейти к протекционистской и социальной политике»<sup>108</sup>. В 1878 г. в ходе *реформирования Промышленного устава* (получившего после создания Германской империи статус Имперского Закона) предусмотренное им создание на каждом предприятии фабричной инспекции в качестве факультативного органа, стало обязательным<sup>109</sup>.

В это же время Имперским правительством во время канцлерства Отто фон Бисмарка был принят целый *блок законов о социальном страховании и о защите рабочих*. В принятии этих законов Имперский канцлер Отто фон Бисмарк видел «первооснову» для построения так называемого *государственного социализма* – господствующей концепции политики, проводимой Правительством Германской империи во второй половине XIX – начале XX в.

К ним прежде всего относятся Имперские *Законы «О страховании рабочих в случае болезни» (Gesetz, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter) 1883 г.*<sup>110</sup>, *«О страховании от несчастных случаев» (Unfallversicherungsgesetz) 1884 г.*

Впоследствии, в 1911 г. – подобное правовое регулирование будет создано и в отношении так называемых частных служащих, т. е. служащих частных предприятий, благодаря принятию *Закона «О страховании служащих» (Versicherungsgesetz für Angestellte vom 20.12.1911).*

«Благодаря введению социального страхования даже с изначально довольно слабым финансированием, – как отмечают современные германские историки права Р. Гмюр и А. Рот, – Имперское законодательство отошло от либерального принципа “laissez-faire”, согласно которому экономическая жизнь должна быть полностью освобождена от любых ограничительных государственных «оков» и должна лишь создавать частные формы (der privaten Gestaltung) с помощью производства товаров по желанию производителей, а также с помощью заключения договоров между ними, их рабочими и служащими и их клиентами»<sup>111</sup>.

Под мощным влиянием рабочего класса и социал-демократии в 1891 г. в Германии был принят и *Закон о защите рабочих (Arbeiterschutzgesetz)*, содержащий в том числе положения о создании трудовых комитетов на предприятиях, а также о запрете выдавать зарплату наемным работникам не в денежном выражении, а в виде товаров (так называемый *Truckverbot*).

<sup>105</sup> Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21.06.1869 // RGBl. 1869. S. 245.

<sup>106</sup> Более подробно об этом см. ниже – глава 3.

<sup>107</sup> После принятия акционерной новеллы 1870 г., заменившей разрешительную систему создания АО на явочно-нормативную, в Германии произошел невиданный рост числа различных акционерных компаний, многие из которых представляли собой фиктивные объединения («мыльные пузыри»), учредители которых не преследовали никаких общественно-полезных целей, стремясь исключительно к быстрому личному обогащению путем мошенничества.

<sup>108</sup> Штолляйс М. История публичного права в Германии. Веймарская республика и национал-социализм. М., 2017. С. 58.

<sup>109</sup> Gmür R., Roth A. Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte. 15. überarb. Aufl. München: Verlag Franz Vahlen, 2018. S. 178.

<sup>110</sup> Gesetz, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15.06.1883 // RGBl. 1883. S. 73.

<sup>111</sup> Gmür R., Roth A. Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte. 15. überarb. Aufl. München: Verlag Franz Vahlen, 2018. S. 177.

Особые интересы некоторых отдельных категорий наемных работников: рабочих горных предприятий, моряков, служащих торговых предприятий, лиц, занятых надомной работой, и др. – частично нашли отражение в отдельных нормативных правовых актах Германской империи, принятых между 1900 и 1911 гг.<sup>112</sup>

К специальным законам, ограничивающим принцип «свободы договора» и закрепляющим принцип «справедливого» («эквивалентного») договора, усиленно защищающего «слабую» сторону в договоре, действующим параллельно с ГГУ, относятся также *антиростовические Законы «о наживе» (Wuchergesetze) 1880 и 1893 гг.*<sup>113</sup> и *Закон о сделках с платежом в рассрочку (Abzahlungsgesetz) 1894 г.*<sup>114</sup>

Следует согласиться с рядом германских правоведов, которые полагают, что благодаря принятию вышеуказанных специальных законов, а также возникшей на основе применения «каучуковых норм» ГГУ 1896 г. обширной судебной практике уже в конце XIX – начале XX в. в Германии параллельно с нормами ГГУ начал формироваться своеобразный «второй частноправовой порядок» («*zweite Privatrechtsordnung*») или «особое» *частное право (Sonderprivatrecht)*<sup>115</sup>. (Позднее, в начале XXI в., многие из указанных положений были включены в текст ГГУ в рамках широкомасштабной реформы обязательственного права (Schuldrechtsmodernisierung) 2001 г.<sup>116</sup>)

\* \* \*

Таким образом, тенденция к усилению социальной функции договора в виде некоторого ограничения действия либеральных принципов «автономии частной воли» и «свободы договора» в гражданском праве Германии наметилась уже во второй половине XIX в. – в период правового и политического объединения Германии – и была усилена в Кайзеровскую эпоху в конце XIX в. Это нашло отражение как в самом тексте Германского гражданского уложения (ГГУ) 1896 г., несмотря на общий либеральный тон его положений, так и в содержании целого ряда специальных законов, принятых в это время и действующих параллельно с ГГУ<sup>117</sup>. В первой трети XX в., в период Первой мировой войны и Веймарской республики, данная тенденция не только сохранилась, но и будет усилена.

---

<sup>112</sup> Ibid. S. 178.

<sup>113</sup> Gesetz, betreffend den Wucher vom 24.05.1880 // RGBl. 1880. S. 109–110; Gesetz, betreffend Ergänzung der Bestimmungen über den Wucher // RGBl. 1893. S. 197–199. Об этом см. § 3 гл. 1.

<sup>114</sup> Gesetz, betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16.05.1894 // RGBl. 1894. S. 450. Впоследствии его положения были развиты в ФРГ в Законе о потребительском кредите (Verbraucherkreditgesetz) от 17.12.1990 // Sammlung des Zivil-, Straf- und Verfahrensrechts. Begründet von Dr. H. Schönfelder. 84. Aufl. München, 1994. Подробнее об этом см. § 4 главы 1.

<sup>115</sup> См., например: *Stürner R.* Der hundertste Geburtstag des BGB – nationale Kodifikation im Greisenalter? // Juristenzeitung (JZ) 1996. N 15/16. S. 742; *Zimmermann R.* Schuldrechtsmodernisierung? // JZ 2001. N 4. S. 174.

<sup>116</sup> Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts. Hrsg. v. R. Schulze und H. Schulte-Nölke. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

<sup>117</sup> См.: *Лысенко О.Л.* К вопросу о «социализации» договорного права в Германии во второй половине XIX в. // История государства и права. 2018. № 1. С. 16.

## § 2. Доктринальные основы ограничения принципа «свободы договора» и становление принципа «справедливого» («эквивалентного») договора в гражданском праве Германии. Понятия «социализации» и «материализации» договорного права (“Sozialisierung” und “Materialisierung” des Schuldvertragsrechts)

Принцип «справедливости» в частном праве, в том числе принцип «справедливого» («эквивалентного») гражданско-правового договора, в котором должно учитываться не только формальное, но и фактическое равенство сторон (достигаемое, в том числе с помощью усиленной защиты «слабой» стороны в договоре), и для которого должна быть характерна соразмерность прав субъектов договорных правоотношений, является одним из основополагающих принципов современной правовой науки Западной Европы.

Уходя «корнями» в античную философию, а также классическое и постклассическое римское право, этот принцип получил свою значительную разработку в период Средних веков, главным образом в рамках канонического права Католической церкви – в трудах средневековых правоведов и богословов (Августина, Амвросия Медиоланского, Фомы Аквинского, испанских «вторых схоластов» и др.), а также мыслителей Нового времени.

Известный российский историк права, профессор В. А. Савельев рассматривает категорию “*aequitas*” в качестве «наиболее универсальной и базисной для римского частного права»<sup>118</sup>. Анализ римских первоисточников, таких как Институции Гая и Дигесты Юстиниана показывает, что категория “*aequitas*” в римском праве в своем исконном значении, по всей видимости, понималась как «равенство»<sup>119</sup>. Применяя же понятие «справедливости» (“*aequitas*”) непосредственно к институтам договорного права, позднеклассические римские юристы исконное понимание ее как «равенство» часто представляли в качестве «соразмерности» прав субъектов правоотношений<sup>120</sup>.

В «Никомаховой этике» *Аристотель*, придавая особое значение *идее справедливости* в рамках человеческого обмена материальными благами, выделяет два ее вида: «*распределяющую справедливость*» и «*уравнивающую справедливость*». В то время как «распределятельная (дистрибутивная) справедливость» покоится на геометрической пропорции и понятии заслуги, в основе так называемой уравнивающей справедливости лежит арифметическое соотношение «много – мало». В договорных отношениях это может проявиться, например, в том, что при нарушении «эквивалентности» обмена одна из сторон договора, получившая излишние материальные блага, должна вернуть излишки контрагенту<sup>121</sup>.

В связи с этим нельзя не согласиться с точкой зрения профессора Д. Ю. Полдникова о том, что «потенциал этического учения Аристотеля для правового регулирования договорных отношений связан прежде всего с особым взглядом философа на этику по сравнению с предшествующей традицией»<sup>122</sup>.

---

<sup>118</sup> Савельев В. А. Справедливость (*aequitas*) и добросовестность (*bona fides*) в римском праве классического периода // Государство и право. 2014. № 3. С. 63.

<sup>119</sup> Там же.

<sup>120</sup> Там же. С. 65.

<sup>121</sup> См.: *Аристотель*. Никомахова этика. V. 4. 1131 b – 1132 b; Полдников Д. Ю. Фома Аквинский как теоретик договорного права // История государства и права. 2011. № 11. С. 25.

<sup>122</sup> Полдников Д. Ю. Формирование учения о договоре в правовой науке Западной Европы (XII–XVI вв.): Монография. М., 2016. С. 99.

Учение римских юристов об *aequitas*, а также идеи Аристотеля о справедливости и двух ее видах («распределительной» и «уравнивающей»), в том числе и применительно к договорным отношениям, получили свое дальнейшее развитие и детальную проработку в учении знаменитого католического богослова XIII в. **Фомы Аквинского**. По мнению Д. Ю. Полдникова, «именно томистская интерпретация этики отношений обмена значительно приблизила ее применение к договорному праву по сравнению с первоначальным замыслом Аристотеля»<sup>123</sup>.

В работе «Сумма теологии» представлено *более глубокое обоснование деления справедливости на «распределительную» и «уравнивающую»*. Ф. Аквинский указывает, что «частная справедливость упорядочивает (отношения) некоего отдельного лица, которое относится к сообществу как часть к целому. Упорядочивать же часть можно двояко. Во-первых, часть к части, что напоминает соотношение двух частных лиц. Это соотношение регулирует компенсаторная справедливость, которая заключается в том, что стороны делают друг для друга. Иное соотношение касается целого к части, которому соответствует порядок соотношения общего к отдельным лицам. Это соотношение регулирует распределительная справедливость, то есть пропорциональное распределение общего. Таким образом, существуют два вида справедливости: компенсаторная и распределительная»<sup>124</sup>.

В отличие от «щедрости», выражающейся согласно учению Аристотеля, прежде всего в передаче «того, что следует, тому, кому следует», *«компенсаторная справедливость»* в договорных отношениях, по мнению Ф. Аквинского, предполагает *равноценный обмен*. Таким образом, *нарушением «уравнивающей» или «компенсаторной» справедливости станет, например, продажа или передача вещи контрагенту по заведомо завышенной цене или под проценты*<sup>125</sup>.

В ходе рецепции римского права в средневековой Западной Европе в развитии идеи о «справедливом» («эквивалентном») договоре средневековые правоведы неоднократно обращаются к римским правовым источникам. Именно на изучении Дигест и Кодекса Юстиниана основываются, например, рассуждения Ф. Аквинского о справедливой цене, о явных и скрытых недостатках товара, о взимании процентов по «человеческому праву», о передаче имущества на основании купли-продажи, узуфрукта, займа, аренды, в залог и др. (Aquinas. Sth. II–II. q. 61. a.3)<sup>126</sup>.

Наивысшей разработки учение Католической церкви о «справедливости» в договорных отношениях получило в трудах испанских канонистов XVI в. (поздних или «вторых схоластов») – представителей так называемой *Саламанской школы* (**Ф. Суареса, Л. Лессия, Л. де Молины, Ф. де Витория, Д. де Сото и др.**)

<sup>123</sup> Там же.

<sup>124</sup> Цит. по: Полдников Д.Ю. Фома Аквинский как теоретик договорного права // История государства и права. 2011. № 11. С. 25.

<sup>125</sup> См.: Полдников Д.Ю. Фома Аквинский как теоретик договорного права // История государства и права. 2011. № 11. С. 25.

<sup>126</sup> Там же.

## **Конец ознакомительного фрагмента.**

Текст предоставлен ООО «Литрес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на Литрес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.