

Venire contra factum proprium: от связанности прошлым к связанности будущим

Translator alter

Для цитирования: *Translator alter*. Venire contra factum proprium: от связанности прошлым к связанности будущим // Правоведение. 2020. Т. 64, № 2. С. 270–308.
<https://doi.org/10.21638/spbu25.2020.204>

Запрет противоречивого поведения (*venire contra factum proprium*) является континентальным функциональным аналогом общеправового эстоппеля. Упомянутый запрет представляет собой особый случай применения требования добросовестности, когда неправомерность поведения управомоченного лица определяется неоднозначным соотношением такового с его предшествующим поведением. В статье показано, что данный запрет объективно не мог выделиться в особый институт в странах ранних европейских кодификаций Нового времени (Франция, Австрия), в связи с чем его становление наблюдается прежде всего в Германии после принятия Германского гражданского уложения. Этот процесс связывается автором с принципиальным изменением представлений о правоотношении, вызванным восстановлением корпоративистского мышления в новом формате в противоположность индивидуалистическому мышлению, ассоциировавшемуся с римским правом и первым проектом Германского гражданского уложения. Запрет противоречивого поведения выступил удобным средством для обоснования блокирования судами применения формально обязательных для сторон правил в тех случаях, когда в результате применения этих правил утрачивалась необходимая связь между недобросовестным поведением стороны правоотношения и теми негативными последствиями, которые в соответствии с такими правилами возлагались исключительно на другую сторону правоотношения. В итоге понятие правоотношения, состоявшего, согласно прежнему представлению, из коррелирующих друг другу субъективного права и юридической обязанности, усложняется элементом бремени, которое лежит также на управомоченном лице. В этом проявилась формальная сторона запрета противоречивого поведения, позволившего устранять то, что в рамках нового мышления стало пробелом регулирования, основанного на индивидуалистическом подходе к данной проблематике. В материальном отношении запрет противоречивого поведения ограничивается в литературе случаями, когда прежнее поведение конкретного лица вызвало правомерные ожидания у контрагента, притом что его нынешнее поведение не отвечает этим ожиданиям. Автор обосновывает неверность указанного подхода тем, что идея, стоявшая за упомянутым запретом, изначально заключалась в необходимости обязательно сохранить ту связь между предосудительным поведением участника гражданско-правового общения и простирающимися из него негативными последствиями, которая утрачивается при формальном применении права. Противоречивость поведения в этом случае заключается в том, что лицо пользуется ссылкой на формальную безупречность своей правовой позиции для предотвращения возложения на него негативных последствий, вызванных его же собственным недобросовестным поведением. Но в рамках проанализированной в статье практики обнаружилась еще одна, более существенная, как представляется автору, функция рассматриваемого запрета, а именно свойственная ему способность ускорения гражданско-правового общения.

Ключевые слова: требование добросовестности, запрет злоупотребления правом, бремя, правоотношение, эстоппель.

Предыстория материала и благодарность

Данная статья была подготовлена преимущественно на материале немецкой литературы и судебной практики, который изначально предполагалось положить в основу предисловия к русскому переводу работы Х. Й. Вилинга¹. Этот текст призван был дать подробное систематизированное изложение судебной практики и мнений в юридической литературе, но прежде всего — объяснить соотношение замечательной статьи Х. Й. Вилинга с господствующей в Германии доктриной, с которой автор так сильно разошелся. По определенным причинам при публикации указанного перевода от первоначального замысла остался только вводный комментарий к приложению и вступительное слово о почившем в 2018 г. авторе.

Настоящая статья не повторяет упомянутый материал, а является свободным пересказом основных идей, сформировавшихся при его сборе и аналитической обработке одним из переводчиков. Изначальный текст и настоящая статья соотносятся так же, как не лишенный авторского критического взгляда реферат и эссе. Последнюю форму второй переводчик считает сейчас намного более удачной, поскольку его идеи только выиграют от изложения их в чистом виде. Здесь они не будут «подкидываем» и не скроются за плотным занавесом мнений и судебных дел, а кроме того, такое изложение не создаст совершенно ложного впечатления их органичной связи с аутентичным материалом, а то и принадлежности этому последнему того, что на самом деле является рефлексией второго переводчика даже не над самим этим материалом, а вообще. Наконец, чистое изложение идей в большей степени апеллирует к собственному опыту читателя, тогда как подробное изложение иностранного материала все равно создаст затруднения для него, ведь ему будет неудобно сходу, без предварительной подготовки, усвоить позиции и практику, которые имеют длинную предысторию и свой понятийный аппарат. Сложно изложить подобный материал так, чтобы не упустить все то, что кажется автору очевидным, но неизвестно читателю, а потому влияет на точность его восприятия данного текста.

При этом второй переводчик бесконечно благодарен первому, с усилий которого начиналась разработка материала, легшего в основу данной статьи, за участие в означенном выше переводе, но самое главное — за наличие собственного взгляда на эту проблематику, который всегда остужал пыл второго переводчика, стремившегося к воплощению собственных идей иногда больше, чем позволяли вдохновлявшие его иностранные источники. Второй переводчик следит за творчеством первого и хочет надеяться, что не обманывает себя, если видел некоторые части первоначального замысла разбросанными по работам первого переводчика. Отдельной благодарности заслуживает А. Д. Рудоквас, который, по сути, и сохранил этот материал.

1. Общий контекст

1.1. Обман: разновидность поведения или внешняя оценка поведения?

Х. Й. Вилинг в своей рецензии на книгу Х. В. Детте сетовал на отказ рецензируемого автора от исторического анализа, потому что этот анализ «кое-что мог бы дать для понимания»². По этой причине логическим стержнем данного эссе, по-

¹ Вилинг Х. Й. *Venire contra factum proprium* и проступок в отношении себя // Вестник экономического правосудия. 2020. № 5. С. 20–40.

² Wieling H. J. [Rezension zu Dette H.W. *Venire contra factum proprium nulli conceditur*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985] // Archiv für civilistische Praxis. 1987. Bd. 187. S. 96. — Весьма подробный

служит общая зарисовка процесса исторического становления запрета противоречивого поведения (*venire contra factum proprium*), которой, по-видимому, вполне достаточно, чтобы понять место рассматриваемого запрета в цивилистической доктрине.

Регулирование преддоговорных отношений, как сегодня может показаться, началось с известной работы Р. Иеринга (на момент ее опубликования не получившего еще дворянского титула от австрийского императора)³. Попробуем посмотреть, так ли это.

Возьмем простой пример: некто, желая поохотиться, снимает загородный дом, однако оказывается, что в этой местности возможности вести охоту нет. Упомянутый хрестоматийный казус, конечно, приводят как пример ситуации, когда оспаривание невозможно, однако без детального объяснения, почему дело обстоит именно так⁴. Начать ревизию традиционной точки зрения, наверное, следует с того, что если наниматель прямо задал вопрос, можно ли в данной местности охотиться, то, в случае утвердительного ответа владельца дома, существенно усиливается вероятность заключения сделки под влиянием обмана.

Однако и тут все не так просто. Во-первых, причины невозможности охотиться могут быть различными, и собственник дома сам мог добросовестно заблуждаться на их счет. Во-вторых, владелец дома мог быть в принципе не очень компетентен: нужно ли считать его недобросовестным оттого, что он легкомысленно утверждал малозначимую для него вещь, рекламируя свои услуги? И даже если нужно: для обмана необходимо серьезно рассчитывать на то, что информация повлияет на решение контрагента — насколько владелец дома рассчитывал на это? В-третьих, а что, если он воздержался от ответа? Перекалывается ли только поэтому риск на нанимателя?

Однако допустим, что наниматель не задавал такого вопроса. Означает ли это, что во всех случаях прав владелец дома? Или все-таки возможны ситуации, когда владельцы домов знают о целях постояльцев, так что от добросовестных домовладельцев можно ожидать, что они сообщат о невозможности вести запланированную деятельность? Наконец, если такую обязанность можно признать, когда типичной целью съема дома является охота и сам владелец позиционирует свои услуги таким образом, можно ли возвысить рассматриваемую обязанность до обязанности быть осведомленным о том, что охота оказалась невозможной в этом сезоне или конкретно в данный период?

Такой разбор примера позволяет сделать два существенно важных наблюдения.

Во-первых, за основаниями недействительности скрывается регулирование преддоговорных отношений. Это вопрос формулировок и изложения норм, а не существа дела — говорить, что есть основание для признания поведения контрагента обманом или что контрагент не исполнил свою обязанность по информированию об обстоятельствах, ввиду которых, будь они известны, договор не был бы заключен или был бы заключен на других условиях⁵.

исторический анализ можно найти в работе: Тузов Д. О. Идея недопустимости «*venire contra factum proprium*» в связи с нормой об иррелевантности заявления о недействительности: юридическая максима или принцип // Закон. 2020. № 5. С. 51–62.

³ Иеринг Р. *Culpa in contrahendo*, или Возмещение убытков при недействительности или незаключенности договоров // Вестник гражданского права. 2013. Т. 13, № 3. С. 194–266.

⁴ Gschnitzer F. Kommentar zu § 871–873 ABGB // Klang H. Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 4. 1. und 2. Lieferungen. Wien: Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1952. S. 117.

⁵ Словоупотребление немецких судебных актов более чем определенно указывает, например, на нарушение обязанности по раскрытию (*Aufklärungspflicht*) в случае злонамеренного молчания.

Во-вторых, ввиду сложности ответа на вопрос о том, как интерпретировать отдельные обстоятельства и их значение для оценки поведения (например, воспользовался ли все-таки владелец дома созданным им заблуждением или просто расхваливал свой «товар», что не должно быть предосудительно), усложняется доказывание обстоятельств. Да и по сути — в доказывании ли тут дело? Речь ведь уже идет не собственно о фактах, о том, как *вели* себя стороны (совершен ли обман), иными словами, об оценке того, как сложилась ситуация и насколько *приемлемо* вели себя в ней стороны (заслуживает ли поведение его квалификации в качестве обмана) с учетом того, как они вообще *могли бы* вести себя (позвоительно ли требовать менее агрессивной рекламы). Тем самым вопрос «знал ли» (например, когда наниматель специально включил вопрос о возможности охотиться в происходивший между сторонами информационный обмен) заменяется вопросом «мог ли знать» (когда владелец дома мог бы догадаться, что возможность охоты важна для найма дома данным лицом), а если мог, то еще «должен ли был знать» (должен ли был тогда владелец дома специально поинтересоваться информированностью контрагента, проверить соответствие его представления фактам). Соответственно, вопрос, обманул ли владелец дома нанимателя, состоит в выяснении того, мог ли (позволяли ли это обстоятельства) и должен ли был (следует ли это требовать) владелец дома понять, насколько перспектива охотиться, проживая в этом доме, важна для съемщика. Наконец, возникает и такой отнюдь не праздный вопрос: а вправе ли был владелец дома воспользоваться неведением нанимателя даже в осознании критической важности для контрагента данной информации?

Очевидно, что такие же вопросы будут ставиться и по отношению к нанимателю: с одной стороны, как же он настолько легкомысленно вел общение на преддоговорной стадии, что в результате владелец дома не прояснил ему важный для него момент, а с другой — действительно ли это обстоятельство должно считаться важным для него моментом?⁶ Таким образом, регулируется отнюдь не только поведение одной стороны⁷. Причем, как можно заметить, при такой постановке вопроса позиция владельца дома сразу же выглядит намного более заслуживающей

Например: Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (далее — BGHZ) 188, 4; Bundesgerichtshof Neue Juristische Wochenschrift (далее — BGH NJW) 2014, 3296; Bundesgerichtshof Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report (далее — BGH NJW-RR) 2012, 1078. Предполагается, что установление судом преддоговорных обязанностей повлияет на процесс ведения переговоров в обществе в целом, поскольку нераскрытие информации сопряжено с риском негативных последствий для каждого (именно так представляет значение преддоговорной ответственности Д. Кёстер-Вальтjen: *Coester-Waltjen D. Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb des AGBG // Archiv für civilistische Praxis*. 1990. Bd. 190. S. 3).

Как будет показано ниже, именно создание неопределенности является не менее эффективным стимулированием правильного развития отношений.

⁶ Для сравнения: проблема разделения обязывающей и распорядительной сделки может быть решена тремя способами, о чем нет согласия в литературе: помимо каузальности, мыслимо, чтобы действительность основной сделки была условием распорядительной, но также мыслимо, чтобы из политико-правовых или иных соображений такое условие признавалось ничтожным — даже когда стороны сами признают значимость связи обязывающей и распорядительной сделок — и действительность распорядительной сделки всегда определялась независимо от действительности основной сделки. См. подробнее: *Eisenhardt U. Die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts und die Überwindung des Abstraktionsprinzips // JuristenZeitung*. 1991. Bd. 46 (6). S. 272–274.

⁷ Еще менее однозначным является ответ на вопрос о том, какие последствия присваивать признанному правонарушению. Помимо ответственности в форме возмещения убытков, компенсирующих невыгоды «неправильно» заключенной сделки, непосредственно с самой сделкой возможны самые разные манипуляции: отмена изначальная, отмена на будущее время, а также действие с измененным содержанием. Так, Х. Брокс остроумно показал, что целый ряд случаев совершения сделки под влиянием заблуждения получают намного более адекватное разрешение не через от-

защиты. Данное умозаключение, вероятно, и должно стать основой для решения казуса, а отнюдь не довод о том, что закон прямо не возложил на владельца дома никаких обязанностей, а посему не надо ничего выводить из «духа закона» (к такой именно логике сводится вульгарный вариант позитивизма, к сожалению, чрезвычайно распространенный среди отечественных юристов и тем самым вопиющий об изъянах постановки юридического образования в нашей стране). Итак, установление обмана из простого вопроса факта превращается в вопрос о том, стоит ли *вменять* участнику гражданско-правового общения обман в данной ситуации. Поэтому суд, несомненно, не просто устанавливает факт, а определяет стандарт поведения в конкретной ситуации и лишь затем соотносит с этой «индивидуальной нормой» имевшее место поведение участника гражданско-правового общения.

нятие у сделки юридической силы, а через восполняющее толкование (*Brox H. Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung. Karlsruhe: C. F. Müller, 1960. S. 22–27*).

Можно заметить, что отмена сделки, совершенной под влиянием заблуждения, в германском варианте (когда извинительность заблуждения не требуется) вполне оправданна, если речь идет о поставке товара производителем, когда заблуждение имеет место на стороне покупателя: в этом случае у производителя нет интереса в том, чтобы его товар, оказавшийся ненужным покупателю, был выброшен последним на рынок по бросовой цене, тогда как сам он имеет налаженные каналы сбыта и заново продать свой товар не составляет для него проблемы (а покупатель косвенно покрывает издержки на возврат возмещением отрицательного интереса, т. е. издержек первоначальной отправки товара поставщиком). Тем более это выгодно отечественному производителю, конкурирующему с иностранным, тогда как последнему выгодны более строгие условия оспаривания в стране сбыта, т. е. применение общеизвестной максимы «пусть покупатель будет осторожен!» (*caveat emptor*). Возможно, неслучайно, что и протекционистская экономическая идеология Германии первой половины XIX в. носила название исторической школы, подобно идеологии Ф. К. фон Савиньи, обозначившего в гражданском праве переход от естественно-правового усложнения оспаривания к «теории воли»; тогда как в те же годы английское экономическое учение защищало свободу торговли, а в договорном праве безраздельно господствовал принцип *caveat emptor*). Если же речь идет о «случайной» сделке, например продаже дома между физическими лицами, то восстановление прежнего положения может очень сильно ударить по продавцу, которому будет сложно найти другого покупателя, а потому продавцу выгоднее сказать *caveat emptor*.

Можно заметить также, что когда заблуждение локализуется на стороне поставщика, то контрагент вправе ожидать, что поставщик заключает и исполняет сделки без совершения ошибок, поскольку обстоятельства заключения сделки и ее содержание не отличаются от типичных — ведь тут заблуждение поставщика представляет собой едва ли не «мыслимую оговорку» (*reservatio mentalis*) (см. также сн. 55). Напротив, если отношения нетипичны, можно ли вменять поставщику отход от стандартных практик или стоит считать это доказательством заблуждения? Другими словами, как распределить последствия неправильного развития отношений вследствие нестандартного поведения, сопряженного с риском непредвиденного развития событий?

По всей видимости, нужно согласиться с мнением, что речь должна идти не о заблуждении, а пробеле, но с возможностью оспаривания, коль скоро пробел нельзя восполнить (быть может, грядущие исследования прольют больше света на соотношение этих понятий). Примечательно, что в условиях плановой экономики неправильное развитие отношений предупреждалось планом, поэтому институты оспаривания сделок и прочие инструменты аналогичной направленности (см. сн. 12 и 14) не были востребованы — противоречие плану влекло ничтожность или обязанность пересмотреть условия договора (*Reinhardt R. Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge // Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler. Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1957. S. 129, Anm. 21*). Это объясняет сдержанное применение ст. 178 Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ) (здесь и далее ссылки на российское законодательство и судебную практику даются по СПС «КонсультантПлюс». URL: <http://www.consultant.ru> (дата обращения: 12.09.2021)) в нашей текущей судебной практике, но что еще более примечательно — показывает, что если в плановой экономике содержание сделок определяется централизованной системой органов управления экономикой, то в рыночной экономике децентрализованно судьями, деятельностью которых институционально является действительным источником частной автономии.

Как следствие, трансформируется и понимание бремени доказывания, которое связывается уже не с ситуацией наличия пробела (*non liquet*)⁸, а с любым доказыванием, поскольку основным предметом становятся оценочные категории. Впрочем, в современной литературе иногда все обстоятельства изображают как оценочные категории, что вряд ли обоснованно⁹. Из-за такого смешения опускается существование бремени доказывания в любой ситуации, а также оказывается возможным «гуляние» бремени доказывания в зависимости от перевеса доказательств по их доказательной силе¹⁰. Между тем следовало бы ограничить эти явления оценочными категориями вроде вины, добросовестности, разумности и пр., установление которых не отнесено к вопросам права только потому, что их наличие зависит от целого набора фактов, а не потому, что любое из них само является фактом, как нередко представляется (например, вина видится неким *собственным* отношением правонарушения к содеянному, а не результатом соотношения фактического, возможного и вменяемого поведения; ср. сн. 13).

1.2. Скрытое регулирование отношений через «основания» их возникновения

Только что обсуждалось основание недействительности. Отличаются ли чем-либо так называемые основания возникновения обязательств? Нет. Сегодня мы можем уверенно говорить не только о преддоговорных, но и о предделиктных и предкондикционных отношениях. Причем правовые последствия преддоговорных отношений — это не только преддоговорная ответственность, но и действие сделки, куда входят такие вопросы, как заключенность, наличие оснований для оспаривания и толкование (которое определяется согласно правилам толкования, а не филологически, психологически или иначе). Мы можем говорить о том, что регулируются любые социальные контакты, и считать предделиктную ситуацию таким же гражданско-правовым общением, как преддоговорную¹¹.

⁸ Попов Б. В. Распределение доказательств между сторонами в гражданском процессе. Харьков: М. Зильберберг и сыновья, 1905. С. 5.

⁹ Карапетов А. Г., Косарев А. С. Стандарты доказывания: аналитическое и эмпирическое исследование // Вестник экономического правосудия: приложение. 2019. № 5. С. 5 и сл. — В результате указанной ошибки авторы продолжают заниматься проблемой доказательной силы, тогда как в случае *non liquet* этот вопрос уже исчерпал себя и надо переходить к вопросу об ответственности и распределении риска возникновения такой ситуации, что доказательств будет недостаточно. Их возложение на одну из сторон неизбежно будет означать, что ее субъективное право или возражение было обременено обязанностью сохранения соответствующих доказательств, т. е. данное решение транслируется в материально-правовую сферу.

В этом подходе, как бы необычно он ни звучал, нет ничего принципиально нового: обременение прав кредитора хранением доказательств следует, например, из п. 2 ст. 408 ГК РФ и института исковой давности. На теоретическом уровне распределение бремени доказывания как элемент содержания норм гражданского права, а не процессуальный институт обосновано в работе Л. Розенберга, опубликованной в 1900 г. как диссертация и выдержавшей несколько изданий (последнее: *Rosenberg L. Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozessordnung*. 5. Aufl. Berlin; München: C. H. Beck, 1965). На основе этого представления в Германии появился специальный комментарий к Германскому гражданскому уложению (*Bürgerliches Gesetzbuch*, URL: www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html (дата обращения: 23.09.2021); далее — ГГУ), в котором применительно к каждой норме расписывается и обосновывается распределение бремени доказывания между сторонами (*Handbuch der Beweislast*. Bd. 1–3 / Hrsg. von H.-W. Laumen, H. Prütting. 4. Aufl. Carl Heymanns Verlag, 2019).

¹⁰ Пункт 1 практики Судебной коллегии по экономическим спорам в Обзоре судебной практики Верховного суда РФ № 2 (2015), утв. Президиумом Верховного суда РФ 26.06.2015.

¹¹ См. об этом: Крамер Э. А. Начало общего всем вменяния в деликтном и договорном праве // Вестник гражданского права. 2020. Т. 20, № 1. С. 256–257.

Разумеется, базовой ситуацией для регулирования предделиктных отношений является та, в которой никто не предвидел будущего взаимодействия, а в решающий момент (и, соответственно, видимо, без возможности связаться с потенциальным потерпевшим) причинитель допустил как минимум неосторожность, т. е. не предпринял мер, предупреждающих причинение вреда. В такой ситуации, на самом деле, сложно вообще говорить о наличии вины. Если ситуацию нельзя было предвидеть, то какие меры предосторожности можно вменить? Их можно вменить в этом случае только в силу характера деятельности, которую осуществлял причинитель. В ней самой здесь крылась угроза окружающим. Такой именно является ответственность владельца источника повышенной опасности¹². Однако из-за презумпции вины где-то так и обсуждается деликтная ответственность: если есть вред, значит, причинитель виноват¹³.

Не так обстоит дело, когда можно говорить о настоящей, а не просто презюмируемой неосторожности. Здесь причинитель имеет три альтернативы: не вести деятельность, принять меры, предупреждающие вред, или сообщить потенциальному потерпевшему, чтобы тот принял меры. Самое главное — он может выйти на связь с потенциальным потерпевшим, почему и следует считать предделиктные отношения частью гражданско-правового общения. Потенциальный причинитель мог бы обсудить ситуацию с потенциальным потерпевшим, выяснив, не оптимальнее ли на его стороне предупредить вред, возместив последнему соответствующие расходы. И дальше возможны многочисленные ответвления: как быть, если все расходы одинаково препятствуют деятельности, — следует ли ввести

¹² Нетрудно заметить, что многие ситуации, связанные с заблуждением, касаются не столько «существенности», сколько просто распределения рисков того, что какой-то вопрос не попал в круг обсуждавшихся сторонами. См. также: *Brox H. Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung*. S. 18.

Оговорка о неизменности обстоятельств (*clausula de rebus sic stantibus*) в этом плане представляет собой институт неоднородный. Часть ситуаций касается непредвиденного развития событий, в которых нет вины ни одной из сторон, а есть только распределение соответствующих рисков. Другая группа случаев имеет ту особенность, что, хотя сделка касалась нетипичной ситуации, на самом деле обе стороны принимали во внимание нетипичные обстоятельства, которые должны были влиять на ее действие, — но не отразили это формально в условиях сделки. Таков известный казус с арендой балкона для просмотра коронационной процессии, когда мероприятие в итоге не состоялось. В этом случае непредвиденным окажется не столько развитие событий (всегда можно допустить, что преследовавшаяся цель не будет достигнута), сколько необходимость более тщательного оформления условий сделки. Здесь только и работает вполне логика В. Шмидт-Римплера, объясняющая институт работой договорного механизма. См. подробнее: *Шмидт-Римплер В. К проблеме основы сделки // Вестник гражданского права*. 2016. Т. 16, № 5. С. 212–216. — Эта теория не более чем продолжение мысли Б. Виндшайда: если юридическая техника сделки не предполагает включение в нее указаний на некоторые обстоятельства, не являющиеся условиями в строгом смысле, означает ли это, что данные обстоятельства должны оставаться не имеющими юридического значения? Аналогично обстоит дело с целью закона, которая остается за пределами его буквального смысла ввиду используемой законодателем юридической техники (восходящей, к слову, к ранним кодификациям, что отнюдь не говорит в ее пользу). Федеральный Верховный суд Германии (далее — ФВС ФРГ) вообще склонен в таких случаях восполнять пробел договора (BGHZ 16, 71; BGH NJW 1980, 1681: ФВС ФРГ обосновал через восполняющее толкование молчаливый отказ продавца автомобиля от ответственности за легкую неосторожность перед покупателем, претерпевшим вред во время тест-драйва; см. также сн. 7).

¹³ Видимо, опять же нужно исходить из того, что оценочные категории имеют в своей основе не какую-то фактическую ситуацию, которую можно было бы установить («было — не было»), а момент вменения стандарта поведения, определенного судом с учетом конкретной ситуации и потому зависящего от нее. Но тогда нужно реформировать стиль изложения регулирования. Ввиду презумпции вины вменение будет связываться с самим фактом причинения вреда, а вина будет не одним из оснований ответственности, а обстоятельством, ограничивающим ответственность. См. такую интерпретацию деликтной ответственности в: *Jansen N. Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB // Archiv für civilistische Praxis*. 2002. Bd. 202. S. 540.

привилегию для причинителя, отнеся все ситуации к казусу и неизбежности или даже правомерности, потому что вред делается неизбежным в случае разрешения его деятельности? Что делать, если потенциальный потерпевший откажется принимать меры, предупреждающие вред, несмотря на возмещение расходов на них? Необходимо ли оставить причинителя во всяком случае ответственным, чтобы не лишать его стимулов к улучшению вредной пока технологии?

Очевидно, что вместо того, чтобы регулировать все это богатство ситуаций, деликтное право (в сегодняшнем изложении, восходящем к первым европейским кодификациям Нового времени) занято исключительно фиксацией момента причинения вреда, с которого только и начинается формальное регулирование отношений. Но даже беглого знакомства с понятиями вины и смешанной вины достаточно, чтобы признать, что жертва не всегда будет права. Совершенно аналогично с договорным правом, регулирование которого в соответствии со старым изложением стартует с момента заключения договора с определенным содержанием. Но мы видим, что через определение момента заключения и оснований недействительности регулирование через «основание» охватывает также преддоговорную стадию¹⁴.

Наконец, посмотрим, выделяются ли чем-либо обязательства вследствие неосновательного обогащения. Как ни странно, нет, и здесь поведение потерпевшего не остается без внимания. Правопорядок *может* возложить на потерпевшего бремя осмотрительного поведения разной степени интенсивности. Он *способен* возложить на потерпевшего риск случайной гибели обогащения. Он также *вправе* ограничить обязанность обогатившегося «неизрасходованной» частью обогащения¹⁵. В конце концов, возможно и полностью исключить эту обязанность, чтобы потерпевший был максимально стимулирован не допускать ситуации неосновательного обогащения¹⁶. Но точно так же правовопорядок *может* усложнить жизнь обогатившемуся, если сочтет, что предупреждать неосновательное обогащение и его негативные последствия должно быть скорее его заботой¹⁷. Примечательно,

¹⁴ Начатый путь далек от завершения, потому что категория преддоговорных отношений все еще не регулируется единообразно, в ней до сих пор являются совершенно самостоятельными друг от друга институты преддоговорной ответственности, оспаривания сделок, а также расторжения, когда функционально оно «задвигает» оспоримость.

Ср. § 871–873 Общего гражданского уложения Австрии (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622> (дата обращения: 24.09.2021); далее — ABGB): так, § 872 «задвигает» даже уменьшение договорной цены, если недостаток не такой существенный, чтобы отменить сделку вовсе; но поскольку речь идет об оспаривании, уменьшение «оформлено» через возмещение вреда, т.е. дополнительную обязанность, а не преобразовательное право в рамках договорного отношения.

¹⁵ См. подробнее: *Салмин Д. Н.* Ограничение кондикционного обязательства размером наличного обогащения // Вестник гражданского права. 2014. Т. 14, № 3. С. 27–60.

¹⁶ «Если по отношению к обычному контрагенту можно сказать, что он не обязан кредитовать чей-либо счет излишними суммами, то по отношению к банку более уместно другое выражение: банк обязан не кредитовать счет клиента излишними суммами» (*Вишневский А. А.* Банковское право Англии. М.: Статут, 2000. С. 61). Причем есть две вариации защиты доверия клиента к выписке: эстоппель исключает исправление счета банком, а альтернативная ему доктрина «фиксированного счета» не исключает этого, но дает клиенту право на возмещение убытков. Характерно, что применение того или другого варианта зависит от времени сообщения клиенту об ошибке. Исправление исключается (эстоппелем) через длительное время (Там же. С. 56–64). В немецкой судебной практике аналогичное явление — связанность архитектора финальным счетом (BGHZ 120, 133; BGH NJW 2009, 435).

¹⁷ В том же духе разбирается институт неосновательного обогащения в работе, начинающейся с тезиса, что необходимо учитывать доверие добросовестного приобретателя обогащения к действиям потерпевшего, приведем к неосновательному обогащению. См., напр.: *Салмин Д. Н.* К вопросу об условиях ограничения кондикционного обязательства размером наличного обогащения

что это — совершенная параллель ситуации, когда одна сторона должна была знать о недействительности или незаключенности договора в силу своей профессии, но не предупредила другую сторону¹⁸.

Представляется, генеральный деликт, генеральная кондикция и многие другие находки законодательной техники появились в результате такого анализа, который показывает тщетность заблаговременного придания тому или иному поведению в тех или иных обстоятельствах того или иного заранее определенного значения. Намного вернее дать полномочия судам, которые по накоплению практики сформируют группы случаев, чтобы обеспечить ее предсказуемость¹⁹.

1.3. Толкование внедоговорных отношений как «односторонних»

Впрочем, создание таких составов чревато тем, что может возникнуть впечатление, будто предшествующие им отношения (преддоговорные, предделиктные, предкондикционные) регулируются как «односторонние», т. е. соответствующие запреты адресованы только одному из контрагентов (причинителю, обогатившемуся). Это формализм, который воспринимает умолчание законодателя как осмысленное правовое регулирование (выше отмечалась распространенность

// Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 6. С. 124–175; о влиянии противоречивого поведения на отношения см. с. 135, сн. 84 на с. 148, с. 155, причем автор приходит к выводу, что в отсутствие специальной нормы об утрате обогащения судебная практика могла бы обратиться к эстоппелю (с. 171).

Представляется, Д. Н. Салмин заблуждается, что нужно что-то, помимо эстоппеля, поскольку указанный институт изначально был основан на учете противоречивого поведения. См., напр., D. 12, 1, 18, пр. (Ульпиан): эксцепция злого умысла препятствует возмещению потребленных денег именно в силу того, что потребление произошло согласно воле истребующего. Юлиан в таком случае вообще признавал переход права собственности в отрывке D. 41, 1, 36, который (в отсутствие иных подобных отрывков и несмотря на наличие отрывков, доказывающих каузальность передачи) был позднее истолкован глоссаторами как доказывающий абстрактную традицию. К этой проблематике относятся и допустимость путативного титула для приобретения по давности владения (подробнее см.: *Рудовкас А. Д.* Спорные вопросы учения о приобретательной давности. М.: Закон, 2011. С. 104–105).

Стоит отметить, что такое обобщение — до принципа абстрагирования и коррелирующего ему путативного титула — было невозможно еще по той причине, что, если приглядеться, в обоих случаях передающий отдавал вещь в качестве дара или отказа, т. е. безвозмездно — именно поэтому истребование обратно было недобросовестно с точки зрения воли самого же отчуждателя, который ничего не просил взамен и не ожидал возврата (особенно это подчеркивает Ульпиан, используя выражение «по воле» (*secundum voluntatem*)). Кроме того, по-хорошему «сиг» Юлиана нужно переводить не «потому что», а строго «почему», и тогда D. 41, 1, 36 говорит о том, что право собственности переходит *несмотря на* неэффективность традиции («не имеет значения, почему традиция не производит действия»). И тогда запросто разрешается знаменитое «противоречие» между указанными отрывками: мнения обоих юристов основаны на том, что истребованию вещи передавшим ее безвозмездно препятствует эксцепция относительно злого умысла. Разница между ними только в ответе на вопрос о том, когда право на такую эксцепцию возникает: по Юлиану это момент передачи, по Ульпиану — момент потребления переданного.

¹⁸ Подробнее см.: *Федоров Д. В.* Действительность противозаконного договора на примере страхования ответственности перевозчика // Вестник экономического правосудия. 2016. № 10. С. 123–124.

¹⁹ Под группами случаев немецкая наука понимает накопленные в судебной практике ситуации, которые разрешались на основе «каучуковых норм» («генеральных клаузул») *ad hoc*, но в результате аналитического обобщения могут считаться решенными на одинаковых началах. Техника создания групп случаев тем самым заключается в систематизации судебной практики, которая обнаруживает внутреннюю близость отдельных ситуаций и позволяет конкретизировать ориентиры для их решения, которые становятся своего рода «промежуточными нормами» между общей «каучуковой нормой» (вроде § 138, 242, 812 ГГУ) и конкретным решением. См. подробнее: *Weber R.* Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen // *Archiv für civilistische Praxis.* 1992. Bd. 192. S. 516.

подобной упрощенной вариации позитивизма). В результате описанного истолкования правовое регулирование оказывается неадекватным, т. е. таким, в котором разорвана связь между поведением и ответственностью. Негативные последствия ложатся только на одну сторону, как бы ни вела себя другая сторона. Так, если правопорядок возлагает на причинителя всю ответственность, правопорядок тем самым — даже молчаливо — решает, что затраты на предупреждение вреда лежали только на причинителе и всецело составляли элемент бремени его предельного поведения, тогда как в конкретней ситуации может статься, что потерпевший также имел возможность поспособствовать уменьшению вреда, но теперь скрывается за своей правовой позицией потерпевшего. Быть может, он и должен был полностью предупредить вред, хотя бы не он сам в итоге его вызвал. При этом утверждать, что в последнем случае правовые отношения не возникли, допустимо опять же, только разделяя устаревшее представление об «основаниях возникновения обязательств»: на самом деле отношения урегулированы и до причинения вреда, и после причинения вреда, даже когда само обязательство вследствие причинения вреда не возникло.

Сведение регулирования данных отношений к ситуации, когда вред, неосновательное обогащение и пр. уже возникли, является недопустимой примитивизацией проблемы, характерной для пандектной литературы с ее натуралистическим подходом к анализу юридических проблем. Очевидно, набрана критическая масса претензий к этому представлению, а посему оно должно быть оставлено²⁰.

Помимо прочего, пересмотру этой логики и служит запрет противоречивого поведения, а именно отказ от применения «формального права», когда участник гражданско-правового общения, который должен принять на себя часть невыгодных последствий, вызванных его или в том числе его поведением, прикрывается своей формальной правовой позицией, позволяющей, благодаря старому или просто плохо сформулированному «одностороннему» регулированию, считать, что все негативные последствия ложатся только на контрагента.

²⁰ В литературе пандектного права натуралистическое представление выражалось в том, что между юридическим фактом и его правовым последствием усматривалась связь, аналогичная причинно-следственной. Именно поэтому обязательства вследствие причинения вреда связывались с одним фактом виновного причинения вреда (где вина — психическое состояние, а не внешняя оценка), без учета в целом поведения сторон, предшествовавшего его возникновению; обязательства из договоров — с самим фактом заключения договора, который к тому же представлялся как сугубо психический процесс; обязательства из неосновательного обогащения — с фактом обогащения, изолированного от поведения сторон, которое должно было препятствовать возникновению данной ситуации. Тем самым правовое последствие является здесь результатом не оценки поведения, а чуть ли не объективным последствием наличия определенных фактов. См. об этом подробнее: *Гримм Д. Д.* Основы учения о юридической сделке в современной немецкой доктрине пандектного права. Пролегомены к общей теории гражданского права. Т. 1. СПб.: Типография М. М. Стасюлевича, 1900. С. 17 и сл. с опорой на: *Schlossmann S.* Der Vertrag. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1976. S. 18–21 («Не причинно-следственная связь, а мотивация...»). В дальнейшем эта критика перейдет через Ю. Биндера к К. Ларенцу, который создаст сегодняшнее «денатурализованное» понимание гражданского права. См. подробнее непосредственно по проблеме «причинности против телеологии» в формировании правоотношения: *Larenz K.* Die Teleologische Beziehung im Verhältnis von Haupt- und Nebenansprüchen // Archiv für civilistische Praxis. 1928. Bd. 129. S. 67–81. — В современной литературе даже фактическая невозможность исполнения уже начинает отступать на задний план перед соотношением интересов кредитора и должника. См. подробнее: *Лоошельдерс Д.* Невозможность и возмещение убытков взамен предоставления // Вестник экономического правосудия. 2016. № 11. С. 172 и сл.

1.4. Стиль изложения гражданско-правового регулирования как отражение идеологии регулирования

Чтобы регулировать «предотношения» не через «основания возникновения» правоотношений, следует оперировать дополнительными понятиями, потому что коррелирующих друг другу субъективного права и юридической обязанности будет недостаточно. Для этого требуется, чтобы любое правоотношение мыслилось как «сложное»²¹ и непостоянное по содержанию во времени, а также признавалось наличие обязанностей, которым не коррелируют субъективные права, поскольку их неисполнение приводит лишь к утрате правовой позиции²². Необходимо признать, что есть и субъективные права, которым не коррелируют юридические обязанности, а их реализация позволяет приобрести правовую позицию (преобразовательные права). Надо допустить, наконец, что, помимо основных прав и обязанностей, существуют побочные²³.

Впрочем, можно и продолжать излагать регулирование, систематизируя его по «основаниям», лишь бы только не уходить в указанный односторонний

²¹ Это не исчерпывается тем, что неисполнение некоторых обязанностей — не одних лишь основных синаллагматических — может препятствовать осуществлению субъективных прав из того же отношения (BGH NJW 2007, 504; BGH NJW-RR 2005, 743; BGHZ 92, 396: по общему правилу нарушение будет влечь возмещение убытков, но также может воспрепятствовать осуществлению права, когда они находятся в тесной связи или когда право было приобретено вследствие данного нарушения; ср. сн. 56), но и вообще правовая позиция каждой стороны обременена обязанностью учитывать интересы контрагента, так что круг подобных «правопрепятствующих» встречных обязанностей может определяться ad hoc, не ограничиваясь непосредственным содержанием закона и договора: *Olzen D., Looschelders D.* Kommentar zu § 242, Rn. 215 // Staudingers J. von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin: Sellier — de Gruyter, 2009. S. 394: Gebot zur gegenseitigen Rücksichtnahme; *Roth H.* Kommentar zu § 242, Rn. 159 // Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. 5. Aufl. München: C. H. Beck, 2006. S. 155: Rücksichtspflicht des Gläubigers. — В связи с этим в немецком корпоративном праве признаются фидуциарные обязанности и у миноритариев по отношению к другим участникам общества (BGHZ 103, 184; 129, 136).

²² Сегодняшняя структура правоотношения характеризуется значительным развитием различных видов обременений (далее приводится по: *Larenz K., Wolf M.* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. München: C. H. Beck, 2004. S. 233–235 (§ 13, Rn. 31–40), 281 (§ 16, Rn. 6–8)). Во-первых, из государственного права (*Алексеев Н. Н.* Обязанность и право // Алексеев Н. Н. Русский народ и государство. М.: Аграф, 2003. С. 158) в цивилистику проникли правообязанности (Pflichtrecht). К разновидности их относится немецкий аналог траста — доверительное управление (Treuhand). Суть института в том, что правомочия, аналогичные правам собственника по объему, обременены необходимостью действовать в интересах другого лица (это полезно учитывать и при интерпретации отечественного института; ср.: *Puder M. G., Rudokvas A. D.* How Trust-Like is Russia's Fiduciary Management? Answers from Louisiana // Louisiana Law Review. 2019. Vol. 79, no. 4. P. 1072–1102). Во-вторых, есть два вида бремени в более узком смысле, т. е. таких ограничений, нарушение которых не дает прав другой стороне (см. также: *Вилинг Х. Й.* Venire contra factum proprium... С. 30–40). Одно — возложение риска (Last), наиболее ярким примером которого является бремя доказывания. Второе — возложение действия (Obliegenheit). Различие между Last и Obliegenheit состоит в значении вины при несовладании с бременем: во втором случае негативные последствия не наступают, если правомоченный докажет ее отсутствие.

²³ Побочные обязательства, хорошо известные еще римской юриспруденции, могут быть интерпретированы и через самостоятельные основания возникновения обязательств. В частности, то, что будет отнесено в XX в. к защитным отношениям (см. абз. 2 § 241 ГГУ), вполне укладывается в генеральный деликт. Ср. абз. 3 § 311 ГГУ и п. 27 Обзора судебной практики Верховного суда РФ № 2 (2019), утв. 17.07.2019. О проблемах соотношения договорной и деликтной ответственности в отечественной литературе и судебной практике см.: *Рудоквас А. Д.* Нарушение обязанности информирования: преддоговорная ответственность, заверения и гарантии возмещения потерь // Вестник экономического правосудия. 2016. № 11. С. 57–79.

подход к пониманию этих «оснований»²⁴. Тогда возникает вопрос: как сделать правоотношение динамичным, развивающимся во времени, если концепцией «простого» правоотношения изначально заложена его неизменность? Только одним способом: присваивая сделочный характер поведению сторон в рамках правоотношения. Хотя лучше сказать — вменяя²⁵. И заодно — примешивая политику права. Например, товар имеет явные недостатки. Потенциально можно было бы зарегулировать отношения так, что покупатель может во всякое время отказаться от товара, даже приняв его. Однако правопрядок не видит в этом ничего хорошего и требует, чтобы отказ был заявлен при приемке. Договор нарушен, но приемка исправляет нарушение: считается, что покупатель согласился. С чем? С соответствием товара договору? — Но в таком подходе есть объективное противоречие. С изменением договора в части требований к качеству? — Но это никак не оформлено. Видимо, считается, что он молчаливо отказался от своих требований²⁶. Однако ведь от требований, вызванных скрытыми для него недостатками, покупатель, очевидно, молчаливо отказаться никак не мог, потому что не знал об их наличии.

Между тем данный стиль нормирования отношений обязан своим рождением и существенным факторам правовой политики. Свобода усмотрения суда была ориентирована его создателями на установление и вменение субъектам типичного поведения. Именно от него нужно было отталкиваться при конкретизации общих составов, а также при признании сделок, считающихся заключенными по умолчанию. Эта объективизация, ассоциирующаяся с этикой долга И. Канта, означает связанность лица не только собственным поведением, но и поведением всех подобных ему участников гражданско-правового общения, а самое главное — собственным прежним поведением. Здесь нет места пересмотру сложившихся обыкновений; и разве что свобода договора открывала такую возможность, однако и она могла встретить легитимную оппозицию у судей, наделенных полномочиями арбитров, поскольку все договоры были признаны «контрактами доброй совести» (*bonae fidei contractus*) (сн. 42).

Такое вменение типичного поведения выразилось в целом ряде явлений, характерных для первых кодификаций: теория изъятия²⁷; объективное по-

²⁴ Можно обратить внимание на такой курьез. Всю категорию возложения действий сам ее автор считал частным случаем запрета противоречивого поведения (*Schmidt R. Die Obliegenheiten. Karlsruhe: Verlag der Versicherungswirtschaft, 1953. S. 111*). Однако это правовое явление может быть описано и через основания существования или прекращения соответствующих правовых возможностей, о чем упомянул Й. Эссер (*Esser J. [Rezension zu Schmidt R. Die Obliegenheiten. Karlsruhe: Verlag der Versicherungswirtschaft, 1953. 338 S.] // Archiv für civilistische Praxis. 1955. Bd. 154. S. 49: «ob die „Obliegenheiten“ bloße „Voraussetzungen“ für die Erhaltung des Anspruchs oder echte Verbindlichkeiten sind»*).

²⁵ Ср.: *Федоров Д. В. Эстоппель в арендных и иных длящихся отношениях // Закон. 2020. № 4. С. 68.*

²⁶ Нередко против интерпретации такого рода пресечений гражданских прав заявляют, что отказ возможен только через договор с контрагентом. Х. Й. Вилинг это парировал тем, что договорная конструкция прощения долга в принципе сомнительна (*Вилинг Х. Й. Venire contra factum proprium... С. 25*). Но ведь есть и более простой путь — считать молчаливой офертой поведение контрагента, а бездействие управомоченного — молчаливым акцептом. Некогда весь институт давности основывали на молчаливом соглашении об отчуждении права собственности (ср. сн. 81).

²⁷ Эта теория допускает две вариации. В одной учитывается поведение контрагента (*Vertrauensprinzip*). В другой не учитывается, что означает повышенную защиту третьих лиц, которые будут ориентироваться только на внешние источники, а не на субъективный фактический состав (этому коррелирует объективное толкование волеизъявлений). Характерно, что до 1911 г. австрийское право исходило из последнего подхода, и объективное толкование было закреплено в ABGB, но в дальнейшем восприняло первый (*Gschnitzer F. Kommentar zu § 863, 871–873 ABGB // Klang*

нятие вины²⁸; отнесение обязательств из неосновательного обогащения к числу основанных на молчаливом договоре²⁹. В частности, нормы — предшественники § 242 ГГУ понимались скорее как правила толкования договоров через обращение к «внешним мерилам», а не дозволение судам улавливать собственную логику отношений.

Объяснять это явление приходится тем, что правовое регулирование ориентировалось на состояние тогдашнего общества, которое было зажато в корпорации и монополии, отчего договор «растворялся» в других институтах³⁰. Судье было довольно просто определить, как должно развиваться типичное отношение (ср. рассуждения о выявлении заблуждения в сн. 7), потому что можно было запросто выяснить, как с незапамятных времен ведут себя участники гражданско-правового общения: даже после отмены средневековых корпораций хозяйствующие субъекты продолжают наследовать свои «социальные функции» и руководствоваться обычными практиками. Поэтому «генеральные составы» призваны были вовсе не расшатать, а законсервировать эти практики. Однако в течение XIX в. они показали свой «революционный» потенциал, что довольно явно отразилось на ГГУ, которое одни из генеральных составов уравновесило социально ориентированными

Н. Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 4. 1. und 2. Lieferungen. S. 73, 128). «Теория воли» в этом плане допускает оспаривание сделок, совершенных под влиянием заблуждения, просто в силу наличия факта заблуждения, без учета того, извинительно оно или нет.

Примечательно, что немецкая литература и судебная практика в какой-то момент едва не отказались от этого «наследия Савины» ради защиты доверия. В пользу сделочного характера любого поведения, отвечающего известным объективным признакам и воспринимающегося тем самым как волеизъявление разумным третьим лицом — независимо от воли самого субъекта поведения, — выступил такой авторитетный автор, как Х. Коинг (*Coing H. Einleitung zu 2. Titel Allgemeines Teils, Rn. 19 // Staudingers J. von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 11. Aufl. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1957. S. 552*). Практика, которая тогда же допустила существование фактических договорных отношений, восприняла это учение как «принцип ответственности из доверия, вызванного конклюдентными действиями» (BGH NJW 1963, 1248: со ссылкой на § 242, которая означает то, что социальный контакт преобразуется в договорное отношение под влиянием требования добросовестности). Опять же этому веянию противостоял представитель «системного» мышления К.-В. Канарис (*Canaris C.-W. Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht. München: C. H. Beck, 1971. S. 16–28*), в работе которого критике взглядов Х. Коинга уделено существенно больше места, чем критике иных подходов, с разбором всех основных судебных актов, которые приводили в пользу указанного принципа его сторонники. См. также особ.: BGHZ 91, 324 (рус. пер. см. в Приложении к переводу: *Вилинг Х. Й. Venire contra factum proprium... С. 45–51*).

²⁸ См., напр.: *Крамер Э. А. Начало общего всем вменения в деликтном и договорном праве. С. 249 и сл.*

²⁹ В связи с этим показательное дело *Sinclair v. Birgham* 1914 г. (пересмотренное в 1996 г. в деле *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington LBC*), в котором вкладчикам отказали, потому что, с одной стороны, сделки по принятию вкладов были совершены с превышением компетенции (*ultra vires*), а с другой — обязательства по возврату этих денег тоже недействительны как «вмененные договоры» (*implied contracts*), заключенные *ultra vires*. Характерно, что примерно в то же время в Российской империи кондикции имели нормативным основанием генеральный деликт.

Примечательно также, что в ситуации, когда длящиеся отношения или отношения по поводу потребляемого предоставления (например, подряд) уже сложились в отсутствие действительного договора, довольно сложно не конструировать почти договорное регулирование, например, если исполнение оказалось с недостатками. Это прекрасно иллюстрируется проблемой отнесения к договорам фактически сложившихся отношений, имевшей место в австрийском праве. См. подробнее: *Bydlinski F. Privatautonomie und objective Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts. Wien; New York: Springer-Verlag, 1967. S. 5–36*.

³⁰ Содержание договора будет вполне определяться статусом лица, если договор предполагает деятельность, и учением о праве собственности, если предполагает переход имущественных ценностей. На это обращает внимание П. С. Атайа, причем, что показательное, применительно к Англии: *Atiyah P. S. The Rise and Fall of the Freedom of Contract. Oxford; New York: Oxford University Press, 1979. P. 61–78, 125–135, 139–142*.

нормами вроде § 138, 242, а другие расщепило на «малые генеральные составы», как в случае с деликтной ответственностью. Примечательно, что генеральная кондикция также расщепилась на ряд кондикций в литературе и впоследствии в судебной практике.

Противопоставить выработке «индивидуальных норм» на основе типичного поведения их выработку на основе анализа конкретной ситуации решил, как показывает дальнейший ход развития событий, Ф. К. фон Савиньи. Впрочем, здесь уместно задать вопрос: могут ли такие нормы быть по сути своей индивидуальными, если строятся на типичном поведении? Ведь скорее речь идет о социальных нормах, непосредственно не имплементированных в право, но *ad hoc* получающих юридическую санкцию у суда. Так или иначе, вышедший из-под пера Ф. К. фон Савиньи труд «Система современного римского права» надо рассматривать в том числе как попытку преодолеть прежний стиль рассуждений. В центре своей системы он помещает категорию правоотношения³¹ и коррелирующую ей в объективном праве категорию института. Правоотношение как органичное единство отдельных элементов его содержания, выстроенных по его внутренней логике, противостояло «простым» правоотношениям прежнего подхода. Существование всего — субъективных прав, сделок и пр. — стало производным по отношению к логике самого отношения, которое вышло за прежние формальные рамки и охватило весь социальный контакт в его развитии. Точно так же в объективном праве нормы права стали производны по отношению к правовому институту.

Попытка была важна не успешностью (нельзя сказать, что такой подход был проведен последовательно, он был лишь явственно обозначен³²), а брошенным

³¹ *Savigny F. C. von. System des heutigen Römischen Rechts. Bd. 1. Berlin: Bei Veit und Comp., 1840. S. 7.* — Аналогично построил изложение общей части гражданского права К. Ларенц (*Larenz K., Wolf M. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. § 13*), признавший в другом месте огромную заслугу Ф. К. фон Савиньи в переходе к новой юридической методологии (*Larenz K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 6. Aufl. Berlin; Heidelberg: Springer-Verlag, 1991. S. 12*). Напротив, в самом ГГУ центром (если не сердцем) систематики общей части является учение о сделках. Несмотря на известную разницу между пандектным и институциональным изложением, ГГУ объединило с ранними кодификациями то, что в последних центральными понятиями также являются договор и безвозмездные сделки (*liberalités*), на которые разбито учение о сделках в романских странах.

³² Здесь полезно сравнение двух выдающихся деятелей исторической школы права — Ф. К. фон Савиньи и Г. В. Пухты. У Савиньи можно встретить наслаения естественно-правового подхода, оставшиеся от времени его раннего творчества, особенно в учении о толковании, где он всячески настаивает на изучении буквы закона, но в то же время делает уже заметный акцент на производности конкретного правила от правового института. Отсюда его критическое отношение к кодификации как к своду правил, оторванных от идеи института и исключающих возможность выработки норм с учетом текущих реалий (см. особ.: *Larenz K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. S. 17*). Аналогично сделки стали рассматриваться им как производные от воли стороны, что вело к существенному расширению оснований для оспаривания. Что особенно важно, речь шла все же не о действительной, а о вменяемой воле (ведь что еще можно сделать с «субъективным фактическим составом»?!), но вменяемой уже не потому, что все вокруг так поступают (добрая совесть как внешнее мерило), а потому, что субъект выражает логику самого отношения (добрая совесть как баланс взаимных интересов сторон; см. 21 in fine). Этот подход может быть выражен так: лицо выражает не волю на то, каким будет правоотношение, а волю на то, чтобы вступить в правоотношение (доказательство этого могло бы составить самостоятельное исследование; пока можно отметить: условия волеизъявлений не их часть, а моменты возникновения или прекращения правоотношения; к содержанию относится *modus*; воля явно не определяет природу отношения; наконец, нет ни одного места в трудах Савиньи, из которого бы следовала свобода сторон определять содержание правоотношения; см.: *Savigny F. C. von. System des heutigen Römischen Rechts. Bd. 3. Berlin: Bei Veit und Comp., 1840. S. 121, 226, 267*; см. также сн. 42 в настоящей статье о роли суда).

Г. В. Пухта, напротив, был во многих вопросах прямой противоположностью Ф. К. фон Савиньи и явно тяготел к прежним взглядам, характеризующим критикуемые Савиньи кодификации. «Юриспруденция понятий» является именно его творением, так же как в учении о сделках он был куда

в немецкую почву семенем, из которого уже только после принятия ГГУ стал появляться новый стиль изложения, но с ним — и новое отношение к регулированию. Уже в ГГУ отразилось сопротивление подходу прежних кодификаций, хотя знамя борьбы подняла тогда германистская ветвь исторической школы. Тем не менее нужно признать, что немецкое право до сих пор представляет собой набор исторических наслоений как минимум двух этих эпох, если не считать еще отдельных периодов.

Однако это было именно движение прочь от прежнего корпоративизма и отнюдь не в сторону индивидуализма. Это был корпоративизм нового рода — когда все общество представляется одной корпорацией, а не состоящим из корпораций. Савиньи, апеллировавший здесь к духу народа совсем не так, как другие романисты, значительно обогнал свое время, предвосхитив новые социальные реалии, которые и в конце XIX в. не вполне осознавались, так что последующее развитие пандектистики все же уверенно пошло по пути индивидуализма и разложения последнего до натурализма (сн. 20), между тем как как обратный импульс развитию немецкой цивилистики придавали германисты (сн. 72). Практический аспект не очевидной когда-то взаимозависимости членов общества друг от друга был вполне осознан в годы жесточайшего экономического кризиса, разразившегося в Германии вскоре после Первой мировой войны. Именно тогда сформировались основные институты, отразившие новое понимание правоотношения. Разумеется, после преодоления болезненной формы этого мышления — национал-социализма — можно было бы ожидать попытку возвращения к индивидуализму. Но в итоге негативную реакцию в послевоенный период вызвал лишь имевший место ранее возврат к вменению типического поведения, восходящему к старому корпоративизму (см. сн. 27, а также конец раздела 2.2 настоящей статьи о проблеме фактических договорных отношений). Новое понимание свободы вполне повторяет совсем не индивидуалистическое понимание свободы у С. Пуфендорфа, так не похожее на то, что провозгласила когда-то Французская революция: члены общества должны не просто не мешать друг другу, но и споспешествовать развитию друг друга³³. Очевидно, что это не свобода произвольно действовать, пока свободное самоопределение не мешает свободе других, а свобода, обремененная поддержанием свободы других (см. также сн. 76). Как ни странно, лучшей формой проявления таким образом обремененной свободы стал договор, потому что сам механизм его заключения предполагает необходимость для одной стороны учитывать и соотносить свои интересы с интересами другой стороны и обременять свою выгодную правовую позицию обязанностями перед контрагентом³⁴.

ближе к теории изъявления, а кроме того — что особенно характерно, — поддерживал каузализм, характерный для земского права всей Пруссии, а также посткодификационного французского и австрийского права (прежде всего, признавал каузальными традицию и стипуляцию — прямо противоположно тому, что отстаивал Ф. К. фон Савиньи). В части учения о толковании законов соотношение их взглядов см.: *Larenz K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. S. 11–24 (особ. сн. 5 на с. 20).

³³ См. подробнее: *Atiyah P. S. The Rise and Fall of the Freedom of Contract*. P. 140. — В немецкой литературе это прямо выражено в работе: *Reinhardt R. Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge*. S. 131: «Личность в этом отношении, впрочем, уже не отдельная, занятая только своим “я” личность, но лицо, которое, как таковое, лишь в общегитии с другими, в обществе, развивается до нравственно ответственной личности».

³⁴ На этом наблюдении построена получившая широкое признание в Германии теория «обеспеченности правильности» (*Richtigkeitsgewähr*), ставшая обоснованием свободы договора как в годы критического отношения ко всему либеральному при национал-социализме, так и во время кризиса учения о сделках в 1950-е годы. См. подробнее: *Schmidt-Rimpler W. Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts // Archiv für civilistische Praxis*. 1941. Bd. 147. S. 130–197; *Шмидт-Римплер В.* К проблеме основы сделки. С. 215 и сл. — Поэтому договор был признан наиболее отвечающим идее

1.5. Гражданско-правовое регулирование через определение содержания правоотношения

Переработка гражданско-правового регулирования в новом духе шла по нескольким направлениям.

Одним было превращение § 242 ГГУ в «королевский параграф». Хотя его содержание сводится к тому, что обязательства должны исполняться надлежащим образом, судебная практика превратила его в средство перекройки регулирования, причем как законодательного, так и договорного, в соответствии с собственной логикой правоотношения (ввиду этого насчитывается четыре функции параграфа: уточняющая, восполняющая, ограничивающая и корректирующая). В сравнении с § 138 и 823 ГГУ, которые вроде бы тоже отсылают к добрым нравам, в данном параграфе речь идет именно о собственной логике, а не о внешних критериях³⁵.

Само правоотношение более не сужено до формальных моментов вроде «оснований возникновения», а охватывает весь социальный контакт, и притом любой³⁶. В результате такого пересмотра регулирование, ориентированное

«обремененной» свободы видом сделки: *Flume W. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Bd. II. Das Rechtsgeschäft. 4. Aufl. Berlin; Heidelberg; New York; London: Springer Verlag, 1992. S. 7.*

Однако можно заметить и негативный момент рассматриваемой теории: она сконцентрировала внимание на «процедурной» составляющей заключения договора и «поражении» стороны договора в ее способности полноценно участвовать в формировании его содержания. В таком случае объяснить этой теорией правильность конкретного содержания договора совершенно невозможно и нужно апеллировать к логике отношения (ср. сн. 75 ниже; *Coester-Waltjen D. Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb des AGBG. S. 14 usw.*). Сие делает теорию сравнимой с «нормативизмом» Х. Кельзена, который объявляет правильной норму, принятую в соответствии с полномочиями, восходящими к основной норме, а не в силу достоинств ее содержания.

³⁵ Новое понимание § 242 ГГУ, например, еще не успела отразить работа И. Б. Новицкого, впервые опубликованная в 1916 г. и переизданная в 2006 г.: *Новицкий И. Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 2006. Т. 6, № 1. С. 126 и сл.*

³⁶ Параграф 242 ГГУ расширил сферу своего применения настолько, что охватывает любые контакты, вплоть до отношений дружбы и приязни (*Olzen D., Looschelders D. Kommentar zu § 242, Rn. 127–133. S. 370–374*). В «отраслевом» отношении параграф получил применение к вещным относительным отношениям, прежде всего соседским (*Mühl O. Treu und Glauben im Sachenrecht // Neue Juristische Wochenschrift. 1956. S. 1657–1662*), но также прямо признаются за *Schuldverhältnis* в этом широком смысле и отношения, скажем, между собственником и незаконным владельцем (BGH NJW-RR 2005, 743: расчеты — законное обязательство, *gesetzliches Schuldverhältnis*, в котором правам собственника на доходы можно противопоставить возражение из § 242 ГГУ, например, когда предшествующее решение, которым был удовлетворен виндикационный иск, явно основано на заблуждении суда) или между собственником и обладателем относительного вещного права (ср.: Право собственности и способы его защиты в гражданском праве / под общ. ред. А. Д. Рудокваса. СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2017. С. 66: «квазиобязательственное отношение»), а также вышел далеко за пределы гражданского права и применяется даже в административном праве (*Grünebergs Ch. Kommentar zu § 242, Rn. 4 // Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch. 73. Aufl. München: C. H. Beck, 2014. S. 263*). «Из § 242 ГГУ выводят, что в нем содержится, сверх его буквального содержания, общее требование учета добросовестности в правовом общении как общая основа оценки поведения, которой подчинено все частное и публичное право» (BVerwGE 94, 294).

В связи со сказанным именно § 242 ГГУ стал в итоге проводником преддоговорной ответственности как этапа общения до формального возникновения договора. К слову, в отечественной литературе распространена ложная точка зрения, согласно которой преддоговорная ответственность закреплена была уже в § 122 ГГУ. Хотя указанный параграф был основан на иеринговской доктрине вины на стадии заключения договора (*culpa in contrahendo*) согласно мотивам ГГУ, тем не менее в судебной практике преддоговорная ответственность и указанный параграф стали самостоятельными институтами: преддоговорная ответственность является виновной, а § 122 выступает основанием безвиновной ответственности (ответственности из гарантии). Это притом что самой концепции Иеринга более отвечает § 122 ввиду весьма строгого понимания им вины. См. подробнее

в плане изложения на прежние «основания возникновения», «молчаливые сделки» и пр., показало значительную пробельность³⁷. На уровне законодательного регулирования это выразилось в появлении целого ряда институтов, которые получили закрепление в ГГУ только в 2002 г. Учитывая, что это абз. 2 § 241 (защитные побочные обязанности), § 305–310 (положения об общих условия заключения сделок — *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, AGB), абз. 2 и 3 § 311 (преддоговорная ответственность), § 313 (основа сделки), комментарии к § 242 ГГУ только в 2002 г. перестали быть по объему сопоставимы с комментариями ко всей общей части ГГУ. Но и на уровне договорного регулирования параграф стал основанием для дополнения отношений сторон обязанностями, прямо не предусмотренными договором (восполняющее толкование), а также в нем нашла пределы свобода договора вне рамок AGB³⁸.

Другая судьба ожидала попытку ввести в немецкое право субъективное понимание вины. Она так и не была реализована, несмотря на авторитет Х. К. Ниппердея³⁹.

Третьим каналом для инноваций стало обращение к мотивам и помыслам сторон и соотношению их интересов, которые становятся действительным предметом защиты (сн. 43) и обсуждения вместо норм права и субсумции (в том числе это приводит к новому формату законодательного регулирования, имеющего теперь в качестве «отправной точки» не «фактологию», как прежние генеральные составы, если понимать их буквально, а оценку поведения сторон, хотя выше было показано, что изначально за «фактологией» скрывалась именно оценка помыслов сторон, поскольку натурализм распространился позже в пандектной литературе). Методика «препарирования» волеизъявлений вполне раскрыла себя в регулировании AGB. Ключевым моментом здесь опять же является внутренняя логика отношений, которая, например, манифестируется на уровне диспозитивного регулирования. Поэтому непосредственное обращение к логике отношения (номер 2 абз. 2 § 307 ГГУ говорит о «существенных правах и обязанностях, вытекающих из природы договора», отсутствие которых «ставит под угрозу достижение цели договора») целесообразно тогда, когда диспозитивное регулирование отсутствует, в частности если оно недостаточно (пробельно) или неадекватно ввиду

по данной проблеме в отечественной литературе: *Рудоквас А. Д.* Некоторые проблемы применения ст. 431.2 ГК РФ в связи с принципом добросовестности // *Вестник гражданского права*. 2017. Т. 17, № 2. С. 37 и сл.

³⁷ Проблема соотношения § 242 ГГУ с установлением и устранением пробелов не раз привлекала внимание доктрины, однако по довольно формальным основаниям считается, что для установления пробела обращение к нему излишне (см. подробнее: *Olzen D., Looschelders D.* Kommentar zu § 242, Rn. 345–352. S. 428–430). Впрочем, в этом взгляде верно то, что если § 242 одновременно восполняет пробел, то ни о каком пробеле в итоге говорить не приходится, речь идет лишь о недостаточности отдельной нормы, которая сразу же устранена другой нормой, — но тогда § 242 воплощает идею беспробельного права. При нем пробелы могут остаться только в регулировании, преследующем внешнюю к правоотношению цель (реализующие правовую политику). В свою очередь, корректирующая функция § 242 превращает апеллирующее к требованию добросовестности толкование *contra legem* в разновидность системного толкования (ср. сн. 61).

³⁸ См. подробнее: *Coester-Waltjen D.* Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb des AGBG. S. 24. — Интересно в связи с этим и то, что если в Гражданском кодексе Франции (далее — ФГК) толкование против кредитора является общим правилом толкования договора (ст. 1190 ФГК (ст. 1162 в прежней редакции); Впрочем, учитывая неформальное применение правила, его предпочитают называть не собственно нормой, а *conseil*, — но какая норма не *conseil*, если добавить § 242?), то в немецкой судебной практике против кредитора толкуются условия об ответственности должника и на основании § 242, а не § 157 ГГУ.

³⁹ См. подробнее: *Крамэр Э. А.* Начало общего всем вменения в деликтном и договорном праве. С. 241 и сл.

атипичности отношения. Это делает диспозитивное регулирование не таким диспозитивным, как ранее⁴⁰, ведь нужно объяснить, почему договорное регулирование отклонилось от него как образца регулирования, учитывающего интересы обеих сторон⁴¹. Но можно заметить, что применительно к AGB просто введена презумпция несправедливости отклоняющихся от диспозитивного регулирования договорных условий (номер 1 абз. 2 § 307 ГГУ). Эта презумпция конкретизирована применительно к отдельным условиям в «сером» списке несправедливых условий (§ 308 ГГУ) и становится неопровержимой в отношениях с непредпринимателями в «черном» списке (§ 309 ГГУ в системной связи с абз. 1 § 310 ГГУ).

Означает ли это, что обычные договорные условия не подлежат аналогичному анализу? Или их справедливость тоже лишь презюмируется? Раз судья превращается в арбитра (узаконенный третейский суд, если пользоваться до-революционной терминологией)⁴², значит, свобода договора из свободы писать в договоре все, что вздумается, редуцируется до свободы обосновать суду, что то, что написано или не написано, действительно обоснованно⁴³. Этот момент не замечают современные апологеты свободы договора, которые впадают в крайность, противоположную школе свободного права и «нормативизму» Х. Кельзена (отстаивавшим, как известно, полную свободу судейского усмотрения), т. е. при-

⁴⁰ Аналогично императивное регулирование перестает быть строго императивным. Все это укладывается в замечание, что § 242 и вообще отсылка к добросовестности превращает судью в арбитра. См. об этом: *Галин К. А., Жужжалов М. Б.* Правила толкования общих условий заключения сделки в Германии // Свобода договора: сб. ст. / под ред. М. А. Рожковой. М.: Статут, 2016. С. 250–251.

⁴¹ См. подробнее: Там же.

⁴² Характерно, что идея свободы договора шла рука об руку с распространением требования добросовестности в договорных отношениях и расширением полномочий судей. Так, § 242 ГГУ есть не более чем обобщение требования добросовестности, свойственного всем относительным правоотношениям, а именно известной уже ФГК нормы, чтобы договоры понимались и исполнялись сторонами добросовестно (см. подробнее: *Olzen D., Looschelders D.* Kommentar zu § 242, Rn. 19–33. S. 344–347). Эта норма, в свою очередь, появилась как сознательный отказ от «договоров строгого права». А как известно, «договоры доброй совести» со времен римского права были сопряжены с наличием у судей неограниченных полномочий по оценке добросовестности сторон.

Парадоксально в связи с этим и то, что как раз в римском праве строгая типизация консенсуальных договоров шла рука об руку с наделением судей, рассматривавших споры по ним, полномочиями арбитров (достаточно отчетливо данное обстоятельство артикулировано, как ни странно, у того же Савиньи, отметившего сопряженное с этим расширение содержания договора за пределы буквального смысла, а также учет индивидуальных особенностей, вплоть до неимущественного интереса: *Savigny F. C. von.* System des heutigen Römischen Rechts. Bd. 5. Berlin: Bei Veit und Comp.: 1841. S. 464–466). На это не обращают внимания современные исследователи, полагая, будто строгая типизация содержания действия действительно имела место (в духе современного *Turpenzwang*), что явно не вяжется с полномочиями судьи. См., напр.: *Новицкая А. А.* Система договорных типов и процессуальные средства интеграции в нее атипичных сделок: Опыт римского права // *Aequum ius* / под ред. А. М. Ширвиндта. М.: Статут, 2014 (особ. на с. 107).

⁴³ Собственно, идею, лежащую за § 307 ГГУ, нельзя было бы определить иначе, но сам параграф вроде бы не имеет общего действия, а распространяется лишь на AGB. Представляется, что ввиду § 242 ГГУ идея является общей, а разница с ним § 307 ГГУ лишь в том, что бремя доказывания и обоснования справедливости перенесено на применителя AGB. Иными словами, лицо, ссылающееся на условия в свою пользу, несет бремя обоснования справедливости введенных им в договор условий. Если оно не совладевает с этим бременем, а также рядом других (например, *Hinweisobliegenheit*, возложенной абз. 3 § 305 ГГУ), ему остается ссылаться в защиту своих интересов на диспозитивное регулирование (§ 306 ГГУ). В рамках § 242 ГГУ обосновывать несправедливость будет возражающий. Тем самым нужно не обосновывать субсумцию (соответствие договора нормам объективного права), а отстаивать интересы, которые должны отвечать цели отношений и находиться в балансе с интересами другой стороны.

Тем не менее сторонники индивидуалистического правопонимания будут считать это отсутствием свободы договора. Ср.: *Wieling H. J.* [Rezension zu Dette H. W. ...]. S. 96.

знают неограниченную автономию за сторонами договора. Впрочем, нельзя не заметить, что апологеты свободы договора — по совпадению или нет — являются одновременно сторонниками «сильного суда», каким они представляют Высший арбитражный суд РФ.

Можно наметить и другие направления.

2. Появление и развитие запрета противоречивого поведения в новом контексте

2.1. Запрет противоречивого поведения как общее правило?

Запрет противоречивого поведения в Германии привлек внимание, как ни странно, не ранее, чем в ГГУ появились основания для переработки прежнего стиля регулирования. Тогда же было сразу замечено, что противоречить самому себе по общему правилу именно можно. В частности, этим обосновывается сегодня недопустимость упомянутого запрета вне рамок фактических составов, связанных с защитой доверия⁴⁴, хотя «Vertrauen» в данном контексте следует переводить не как «доверие», а как «упование» (сн. 51).

На самом деле, этот тезис об «общем правиле» весьма спорен. Бесспорно, что можно менять свою правовую позицию в судебном процессе⁴⁵, — но это лишь эманация известного принципа *iura novit curia* (согласно которому суд не нуждается в разъяснении ему применимого права), а не некоего общего дозволения противоречить самому себе. Более того, если взять тот же гражданский процесс, уже компетенция судов по решению вопросов факта показывает, что по ним противоречить себе можно далеко не в течение всего времени производства. Современные средства «ускорения» гражданского процесса оставляют такой возможности еще меньше места даже в рамках рассмотрения дела судом первой инстанции (ср. сн. 51 с учетом сн. 44 и 49).

Даже если просто вернуться к вопросам права, проблема изменения правовой позиции решается совсем не однозначно⁴⁶; наиболее яркий пример — эстоппель против ссылок на недействительность или незаключенность, где как раз имеет место изменение правовой позиции: если лицо заключает сделку, оно признает ее действительность и заключенность, а последующая ссылка на недействительность

⁴⁴ *Dette H. W. Venire contra factum proprium nulli conceditur*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985. S. 49. — Тем не менее признается существование группы случаев применения запрета, не связанных с защитой доверия: *Roth H. Kommentar zu § 242, Rn. 287–295. S. 188–190.* — К мнению Х. В. Детте присоединился Р. Зингер (*Singer R. Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens*. München: C. H. Beck, 1993. S. 15–16, 19), который едва не встал на точку зрения «сделочной теории», отстаивавшейся Х. Й. Вилингом (*Вилинг Х. Й. Venire contra factum proprium... С. 21*), когда попробовал оправдать случаи запрета, не связанные с защитой доверия.

⁴⁵ Именно это приводят в подтверждение того, что противоречивое поведение по общему правилу позволительно: *Grünebergs Ch. Kommentar zu § 242, Rn. 55. S. 269.*

⁴⁶ В отечественной практике много внимания привлекло Постановление Арбитражного суда Московского округа от 30.04.2019 по делу № А40-99921/2018, в котором запрет противоречивого поведения пытались направить против истца, который в качестве члена совета директоров одобрял взаимосвязанные сделки как крупные, а когда сумма по ним превысила пороговое значение и сделки нужно было одобрять уже общему собранию акционеров (что угрожало выкупом акций у части акционеров), стал отрицать у сделки характер крупной и потребовал в суде признать отсутствие у общего собрания акционеров компетенции одобрять эти сделки (именно одобрение вело к праву на выкуп и возможности утраты обществом значительных активов, тогда как отсутствие компетенции выбывало у этого права основание).

и незаключенность является изменением правовой оценки⁴⁷. Верно, впрочем, то, что такая ссылка остается допустимой как общее правило⁴⁸. Однако можно заметить, почему так происходит: как общее правило, правопорядок наделяет юридической силой действие, затем устанавливает специальное основание для оспаривания — понятно, что нельзя обращаться к общему правилу для обоснования недопустимости воспользоваться специальным основанием.

Получается, противоречивость как раз есть, и по общему правилу именно она не допускается, но специально разрешена через основание оспаривания, по всей видимости потому, что в соответствующем случае правопорядок не считает правильным вменять лицу противоречивость его поведения (ср. сн. 50), но опять же в каких-то еще более специальных случаях вменение возможно.

2.2. Запрет противоречивого поведения как воплощение «деформализации» регулирования

Если в рамках старой парадигмы запрет противоречивого поведения сочетался со вменением типичного поведения при игнорировании индивидуальных особенностей, а потому никак не мог выделиться на фоне генеральных оснований возникновения обязательств или молчаливых сделок (*противоречивость ввиду обычных практик*), то с переходом к новой парадигме запрет оказался на перепутье. Это ожидаемо, с учетом того, что запрет охватывает неоднородные случаи, одни из которых будут объясняться доверием, возникшим на обязанной стороне⁴⁹, другие — отсутствием интереса в осуществлении права на управомоченной стороне, а третьи — наличием такой объективно сложившейся ситуации, когда реализация права означает значительный вред, который угрожает нормальному существованию обязанного лица и который управомоченное лицо легко могло бы предупредить, если бы своевременно заявило притязание⁵⁰.

⁴⁷ То, что под запрет противоречивого поведения можно подвести целиком все учение о сделках, обсуждается с момента появления первой монографической работы по теме: *Riezler E. Venire contra factum proprium: Studien im römischen, englischen und deutschen Civilrecht*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1912. S. 115–119. — Весьма примечательно в связи с этим то, что параллельное аргументирование одного и того же тезиса и запретом противоречивого поведения, и заключением договора конклюдентными действиями «прорывается» и в нашей судебной практике. См., напр.: *Федоров Д. М. Эстоппель в арендных и иных длящихся отношениях*. С. 67–77.

⁴⁸ См. также: *Ширвиндт А. М.* Ссылка на ничтожность сделки как злоупотребление правом. Изобретение судов, закрепленное в законе // *Арбитражная практика*. 2015. № 7. С. 24–41. — Выражаемое в литературе негодование по поводу того, что суды не сознают исключительность данного эстоппеля из-за включения в ст. 166 ГК РФ п. 5 как общей нормы (*Тузов Д. О.* Идея недопустимости «venire contra factum proprium»... С. 49), сопряжено с неразработанностью доктрины в части необходимости различать пороки сделок абсолютные и относительные, из которых только последние могут игнорироваться ввиду личных отношений сторон. Так, требование формы и включения в договор определенных условий как существенных нередко преследует лишь цель обеспечить определенность в отношениях сторон, но все же далеко не во всех случаях, и тогда требование добросовестности не должно исправлять ситуацию (ср.: *BGH NJW 2009, 2107*, где форма уступки права требования обеспечивала немецкой федеральной почте — «Дойче Бундеспост» — возможность установить нового кредитора без особых издержек, которые при массовых обращениях были бы исключительными, а потому порок формы носил абсолютный характер и требование формы не могло быть редуцировано через § 242 ГГУ).

⁴⁹ Если ограничиться только этими случаями, как предлагает господствующее ныне мнение, из сферы охвата такого регулирования выпадает, например, смешанная вина (*Looschelders D. Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. S. 149).

⁵⁰ Характерно, что и институты, относящиеся к частным случаям запрета (опять же отнесение каждого случая к нему всегда спорно), нередко получают такую же «тройственную» интерпретацию. В частности, концепция пресечения (*Verwirkung*), являющегося в сегодняшней практике сочетанием

В современной литературе противоречивость ожидаемо была сведена к противоречию между первоначальным и последующим поведением одного и того же лица (*противоречивость ввиду индивидуального поведения*). Как следствие, запрет стал выглядеть уместным только тогда, когда первоначальное поведение лица вызвало у контрагента ожидание, с которым не согласуется последующее поведение (см. сн. 44)⁵¹, так что «под нож» должны были попасть все так называ-

временного фактора (Zeutmoment) и окружающих бездействие обстоятельств (Umstandsmoment), при которых право лица признается утраченным независимо от института давности, знает теорию замалчивания (восходящую к институту германского права «Verschweigung»), согласно которой пресечение наступает вследствие бездействия управомоченного лица как своего рода ответственность. Момент ответственности отчетливо виден в BGHZ 43, 289, где признана общая возможность пресечения права на обжалование до истечения формально установленных процессуальных сроков, но в рассмотренном случае оснований для этого не имелось, поскольку бездействие было вызвано неизвестностью подателю жалобы решения, известить о котором всецело задача суда; на заявителя жалобы обязанности провести соответствующие изыскания не возлагаются. На допустимость вменения прежнего поведения в целом применительно к запрету противоречивого поведения обращает внимание X. Pot (Roth H. Kommentar zu § 242, Rn. 259. S. 181). Связывают Verwirkung и с теорией молчаливого отказа, которая родственна старой концептуализации давности как молчаливого соглашения (эта доктрина была воспринята в практике Имперского суда; по сути, и здесь речь идет об ответственности, но вменяется сделочное поведение (Ibid. — См. также сн. 79)). Наконец, Verwirkung обосновывают и через теорию защиты доверия, где акцент делается на том впечатлении, которое создает у контрагента длительное бездействие управомоченного лица (современная теория, поддержанная с середины прошлого века господствующим мнением в литературе). См. подробнее (правда, не в таком изложении): Salzman A. Die zivilrechtliche Verwirkung. München: C. H. Beck, 2015. S. 33–39. — При этом нередко отрицается, что пресечение является частным случаем запрета противоречивого поведения, а иногда оно даже и противопоставляется последнему (ср.: BGH NJW 1985, 2589).

⁵¹ В отечественной литературе: Федоров Д. М. Эстоппель в арендных и иных длящихся отношениях. С. 67. — Как курьез, можно отметить структуру номера указанного периодического издания, где процессуальный эстоппель, связанный не с защитой доверия, а с ускорением (ср. ниже об этой функции запрета противоречивого поведения), был вынесен за рамки темы номера, чему коррелирует тот факт, что Д. М. Федоров был консультантом номера.

Использование слов «доверие» и «ожидание» неубедительно уже потому, что у связанного лица нет иных оснований ожидать, что управомоченное лицо отказалось от своего права, кроме как введенных самим же запретом противоречивого поведения, превращающим бездействие в пресечение, а не легитимирующим фактически сложившееся положение. Связанное лицо вынуждено своей личной ситуацией игнорировать право контрагента (например, распорядиться зарезервированными для уплаты долга денежными суммами), чтобы минимизировать возникающие из этого убытки (ср. сн. 58), уповая на то, что требование так и не будет реализовано. Тем самым поведение должника отнюдь не определяется ожиданием, но сопряжено с *упованием*. Обоснование «доверием» не соответствует и немецкой судебной практике, которая принимает во внимание все же не столько некое ожидание связанного лица, сколько специфическое поведение управомоченного (о вменении см. сн. 50). Ожидания связанного лица являются скорее отражением известной максимы английского права: «обращаться к справедливости надо с чистыми руками» («he who comes into equity must come with clean hands») (например, BGH NJW 2000, 140: должник знал или должен был знать, что кредитор не осуществляет право, потому что не знает о нем). Причем такое отражение будет скорее неформальным — предполагающим допустимость обоснованного игнорирования чужих прав (например, потому что профессиональный контрагент должен уметь точно рассчитать сумму сделки: BGHZ 136, 1; BGH NJW 2012, 848), в частности исповедующим более мягкое отношение к ошибкам в праве, нежели того требует деликтное право (ср. практику по нарушению требования формы, когда ошибка в целом элементарна, поэтому применение § 242 ГГУ носит исключительный характер; см. сн. 62). Так, в BGHZ 130, 371 ФВС ФРГ, ставя во главу угла «неразрешимое противоречие между прежним и последующим поведением», нашел противоречивость в том, что ФРГ хотя и являлась формальным преемником ГДР, всячески критиковала как элемент общей государственной политики нерыночные механизмы экономического регулирования: поэтому обращение с требованием, основанным исключительно на этом механизме, даже если оно признано договором между сторонами, является злоупотреблением правом (ср.: BGHZ 58, 216, где противоречивость была менее драматична). В BGHZ 63, 140 было признано необоснованным требование футболиста

емые случаи применения запрета в отсутствие защиты доверия (сн. 44). Можно ли как-то спасти эти случаи? Это допустимо только через сохранение в определенных рамках прежнего подхода, для чего имеются основания.

Конечно, у запрета противоречивого поведения есть явное значение принципа, имеющего дело с формализмом.

Так, существует довольно формализованная процедура заключения договора: нет акцепта — нет договора (см. также сн. 76). Из-за этого при отходе от «односторонности» прежнего регулирования произошел уклон учения о сделках в сторону «объективизма» ранних кодификаций, который достиг апогея в середине прошлого столетия и вызвал немалую озабоченность у немецких и австрийских авторов, потому что значение сделки стало придаваться поведению вне связи с собственным желанием сторон отношения, т. е. вменяться им только потому, что выглядело намного более предпочтительным применение норм договорного права. Тогда в немецкой практике были признаны фактические договорные отношения и сделки, действительные в силу ответственности за создание состояния упования (см. сн. 27)⁵². Хотя § 242 ГГУ играл в этом движении не последнюю роль, за основу было взято как раз типичное поведение.

Как ни странно, одно из проявлений запрета — *protestatio facta contraria* — позволило легализовать так называемые фактические договорные отношения, не прибегая к приемам ранних кодификаций. Это случаи, например, бездоговорного потребления коммунальных ресурсов, когда есть соблазн применить условия предоставления данных ресурсов в силу просто факта их потребления. В какой-то момент ФВС ФРГ обосновал их непосредственно через § 242 ГГУ⁵³. Данная группа

о возмещении вреда, поскольку вред был причинен при соблюдении правил игры, по которым играл сам истец. Можно привести множество других подобных примеров, которые сторонники «защиты доверия» не будут относить к случаям применения запрета противоречивого поведения только потому, что это противоречит их взгляду на это явление. Впрочем, вслед за литературой ФВС ФРГ и сам нередко отмечает их «исключительность» (BGHZ 204, 145), а основным случаем называет «создание доверия» у контрагента (BGH NJW 1992, 834), как будто уже сам запрет противоречивого поведения как таковой не выставляется исключительным случаем. Кроме того, в литературе в поддержку «защиты доверия» не приводятся убедительные решения, в которых состояние упования признается основным фактическим составом (обычно приводятся: BGH NJW 1986, 2104; BGH NJW 1985, 2589, где ФВС ФРГ ссылается на BGHZ 32, 273 и BGHZ 87, 169). Так, BGH NJW 2003, 2448 ссылается на это, но по факту дела видно, что кредитор создал сам себе возможность ссылаться на нарушение сроков; опять же неясно, почему здесь не признается сделка по увеличению сроков.

⁵² См. подробнее: *Hanau P. Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung // Archiv für civilistische Praxis. 1965. Bd. 165. S. 220–284.* — Австрийская практика тоже не отставала, тем более что ей это было еще легче (см. в сн. 29). Для того чтобы все же распространить нормы о сделках на несделочное поведение, сохранив при этом понятие сделки, В. Флуме ввел в оборот понятие «юридически релевантного поведения», получившее широкое распространение (см. подробнее: *Flume W. Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten // Archiv für civilistische Praxis. 1962. Bd. 161. S. 52–76; например, на С. 61: против признания culpa in contrahendo, основанной на молчаливом договоре, но за договорный характер ответственности). Известно и другое явление — сделкоподобные действия. Вышеизложенное в совокупности указывает на то, что учение о сделках все еще пребывает в состоянии кризиса, и этот кризис имеет источником желание связать сделку со свободным волеизъявлением, а не вменением сделочного поведения.*

⁵³ BGHZ 21, 319 (“Hamburger Parkplatzfall”), 334: «Договорные отношения могут возникнуть не на основе одного только сделочного заключения договора, но и согласно принципу добросовестности (ср. § 242 ГГУ) из фактического поведения». Фабула дела заключалась в том, что собственник участка (публичное образование) объявил, что в случае парковки на нем (хотя на нем в принципе можно было свободно находиться) им будет осуществляться охрана автомобиля за такую-то плату, а ответчик неоднократно парковался на этом участке, прямо заявляя, что не желает вступать в договор — с точки зрения традиционных и формальных норм договор не заключен. Еще более показательно дело, решение по которому опубликовано в NJW 2000, 3429: больная обосновалась в больнице, отрицая, что заключил с ней договор на оказание медицинских услуг.

случаев была разбита на несколько подгрупп. В одних договор признавался заключенным, несмотря на прямо выраженный отказ, потому что поведение явно свидетельствовало об акцепте оферты (*protestatio facta contraria*). В других имеет место так называемое социально типичное поведение, когда в ответ на оферту представлением (*Realofferte*) контрагент принимает его, как при подключении к сетям и использовании энергоресурсов (BGH NJW-RR 2004, 928), хотя в конечном счете эта практика основана на *protestatio facta contraria*, поскольку отказ от заключения договора при совершении указанных действий будет расценен именно так. Наконец, в иных случаях стали отказывать во взыскании платы по причине незаключенности (BGH NJW-RR 1986, 1496) и вплоть до невозможности получить возмещение по правилам института неосновательного обогащения (BGHZ 95, 393)⁵⁴.

По сути, проблема состоит в том, что один из контрагентов может быть обременен получением согласия другого, и в соответствии с этим бременем совершаемые им до этого действия составляют его потерю. Впрочем, другой контрагент может быть обременен обязанностью заявить свое несогласие и предотвратить совершение предоставления в его пользу⁵⁵.

В данном контексте запрет противоречивого поведения — это редукция формальных норм, «односторонне» интерпретируемых — как обременяющих только одну, связанную сторону (сн. 61). Однако такой запрет не может служить основой для восполнения образовавшегося пробела. Из этого вроде бы следует «нейтральность» запрета по отношению к конкретным фактическим обстоятельствам и ситуациям: действительно, зачем привязывать его к конкретному материальному основанию, если он сам есть напоминание о том, что необходимо принимать во внимание материальные основания вопреки даже однозначным, но формальным лишь нормам? Это методологический подход, принцип, подобный в целом § 242 ГГУ, а не норма с более-менее конкретизируемой гипотезой. Подход заключается в том, что необходимо отступать от формальных норм тогда, когда их применение дает результат случайный, не обоснованный поведением сторон отношения⁵⁶. Опасность тогда заключается в том, что сам по себе запрет противо-

⁵⁴ Однако же и эта практика связана с невозможностью применить в конкретном случае *protestatio facta contraria*: *Bork R. Vorbemerkung zu § 145–156, Rn. 39 // Staudingers J. von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin: Sellier — de Gruyter, 2015. S. 158.*

⁵⁵ О том, что в этом случае договор может признаваться заключенным и без фактического согласия волеизъявления в том его значении, в каком его поняла (и должна была понять с точки зрения правопорядка) другая сторона, — хотя такой консенсус порочен, давая основание для оспаривания по абз. 1 § 119 ГГУ. См. подробнее: *Галин К. А., Жужжалов М. Б. Правила толкования общих условий заключения сделок в Германии. С. 288, 290.*

⁵⁶ В этом плане сама по себе логика п. 3 ст. 157 ГК РФ формальна и не отвечает логике запрета противоречивого поведения (хотя именно к этой формальной логике его хотят свести и видеть в этой норме частный случай запрета): условие не потому признается наступившим или не наступившим, что одна из сторон недобросовестно способствовала этому, а потому, что есть другая сторона, которая от этого оказалась в невыгодной ситуации. Просто невыгодность сделки для стороны, ссылающейся на п. 3 ст. 157 ГК РФ, совершенно очевидна и не нуждается в доказывании (ср. с правом на оспаривание оспоримой сделки), отчего данный пункт сформулирован так, как сформулирован. Но вполне мыслимо, чтобы либо на нее было возложено бремя доказывания невыгодности сделки, либо недобросовестной стороне была предоставлена возможность доказать выгодность сделки. Первое решение, хотя и мыслимо, вряд ли будет принято за норму, тогда как второе вполне возможно, более того, нечто подобное ввели для ситуации досрочного прекращения обязательств в связи с уменьшением уставного капитала (см. Федеральный закон от 18.07.2011 № 228-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части пересмотра способов защиты прав кредиторов при уменьшении уставного капитала, изменения требований к хозяйственным обществам в случае несоответствия уставного капитала стоимости чистых активов»).

речивого поведения не обосновывает свое применение, а требует обоснования, почему результат применения формального права случаен и каким должно было быть добросовестное поведение. Было бы полным извращением данной идеи, если бы и сам запрет противоречивого поведения приводил в итоге к случайному результату.

2.3. Запрет противоречивого поведения как восстановление связи между поведением лица и негативными последствиями

Первые же яркие случаи применения запрета противоречивого поведения в немецкой судебной практике явственно показали неформальную логику применения запрета.

Запрет противоречивого поведения получил большое влияние при появлении института пресечения (*Verwirkung*; сн. 50) в немецкой судебной практике 1920-х годов. Одним из основных случаев его применения было запоздалое предъявление требования о пересмотре денежного долга в связи с гиперинфляцией (*Aufwertungsanspruch*). Проблема здесь заключалась в том, что сначала Имперский суд дал кредиторам возможность пересматривать размер денежных требований, применяя через § 242 ГГУ доктрину *clausula de rebus sic stantibus* (только в 2002 г. этот институт вместе с рядом других подняли на уровень самого ГГУ и закрепили в § 313, так что § 242 стал применяться к рассматриваемым случаям субсидиарно).

По прошествии нескольких лет с момента формирования упомянутой практики обнаружилась частая и намеренная нерасторопность кредиторов в предъявлении ими своих требований, что негативно отражалось уже на положении должников. Тогда началась практика отказов в таких требованиях, которую обосновывали в целом одним соображением, но применяя его к каждой стороне обязательства. С одной стороны, требование кредитора о пересмотре денежного долга само основывалось на значимости для него той имущественной ценности, которую он изначально рассчитывал получить; но раз он не торопился с его предъявлением, значит, не так для него эти денежные суммы были значимы. С другой стороны, должник поступил бы недобросовестно, если бы отказал кредитору в пересмотре, в каком-то смысле даже обогатился за его счет, пользуясь номинализмом; но когда кредитор долго не предъявлял такого требования, должнику ничего не оставалось как выстраивать свою деятельность с учетом того, что оно не заявляется — пересмотр этой фактически сложившейся ситуации в тяжелой экономической обстановке угрожал бы должнику прекращением его деятельности⁵⁷.

В вышеописанной практике уже всецело проявилась основная идея института пресечения: поставить управомоченное лицо по истечении времени, разумно требующегося на осуществление права, в некоторое состояние неопределенности по поводу того, что его право еще существует, чем стимулировать более быструю реализацию гражданских прав. Указанная идея полностью отвечает правильному пониманию относительных отношений вообще, самой идее долга. Долг не есть что-то правильное, он должен быть исполнен (неслучайно в XIX в. использовали выражение «исправить долг»). Это временное, неправильное состояние отношений, которое не должно сохраняться вечно. Если кредитор не реализует принадлежащее ему право, значит, он утратил в нем интерес. Но то же и с преоб-

⁵⁷ *Tegtmeyer W.* Der Geltungsbereich des Verwirkungsgedankens // *Archiv für civilistische Praxis.* 1936. Bd. 142. S. 211–212. — См. также про вынужденность и навязывание должнику убытков неосуществлением права в сн. 51, 58.

разовательными правами, которые сходным образом нередко возникают как возможность отреагировать на неправильную ситуацию, что иллюстрирует, например, право на расторжение (ср. сн. 7 и 14).

Разумеется, найдется множество юристов, которые будут убеждены, что исправление ситуации — всецело забота должника. В том и состоит причина их не любви к запрету противоречивого поведения — он делает ответственным также кредитора. Действительно, заслуживает внимания то, что элементом субъективного права является время, в течение которого оно может быть осуществлено. Если нет пресекающего срока, означает ли это, что право допустимо осуществлять бесконечно долго? Противники запрета противоречивого поведения будут всегда критиковать его за то, что раз кредитор управомочен, значит, недопустимо требовать от него «ускоряться». Логика запрета противоречивого поведения состоит здесь в том, что бывает вред, вызванный необходимостью устранения фактической ситуации, которая развивалась под влиянием неосуществления права. В таком случае возникновение вреда следовало избежать или по крайней мере уменьшить его возможно более ранним устранением неправомерной ситуации. Если кредитор так заинтересован в реализации своего права, почему он допустил длительное существование неправомерной ситуации? Добросовестно ли он поступает, когда все негативные последствия устранения неправомерной ситуации, вызванные уже не одним только должником, но и им самим, будут полностью возложены на должника? Разумеется, найдется немало юристов, которые ответят, что за эту ситуацию ответственен только должник⁵⁸.

Несмотря на большую формальную (!) разницу, полную параллель представляет собой практика по применению § 242 ГГУ против ссылок на недействительность сделки. Если сделка недействительна, то словившееся на ее основе фактическое состояние неправомерно, т. е. должно быть восстановлено первоначальное. Однако если восстановление прежнего положения составляет для одной из сторон такой вред, который она вправе в полном объеме требовать с другой стороны, ссылающейся на недействительность, не стоит ли просто «засилить» сделку, не вынуждая первую сторону доказывать размер убытков? Но даже если такого требования нет, всегда ли обоснованно возлагать все негативные последствия только на одну сторону (ведь к этому сводится отрицание требования)?

Само применение § 242 ГГУ вызывало большие сомнения. Тем не менее новая логика проводилась судами столь же неумолимо, сколь и последовательно. Ведь речь шла о пересмотре такого же формального основания, какими являются основания возникновения обязательств, когда правоотношение рассматривается

⁵⁸ Если правопорядок стремится минимизировать убытки в принципе как явление, с учетом того, что любой убыток — это потери всего общества, как их ни раскладывать между сторонами (общественно ориентированный подход), правопорядок должен разложить убытки между сторонами таким образом, чтобы в будущем субъекты права стремились устранять нарушения как можно быстрее. Например, п. 33 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений ГК РФ об обязательствах и их исполнении» не способствует этой цели, поскольку за пределами договорного срока пользования позволяет начислять проценты, согласованные в договоре на упомянутый срок, наряду с процентами, являющимися мерой ответственности. Данный подход дестимулирует кредитора устранять нарушения договора, что, наверное, не имеет значения, если ограничиться отношениями между кредитором и должником, но, если принять общественно ориентированный подход и признать, что в интересах всего общества скорейшее устранение таких ситуаций, кредитор не должен пользоваться теми выгодами, которые дает ему сохранение положения, нарушающего его права. «Прокредиторский» подход (у кредитора право требования, ему решать) будет апеллировать прежде всего к формальной определенности, а по существу, будет признавать эти выгоды правомерно приобретенными кредитором и будет считать неправомерным лишать их кредитора. В этом краеугольное отличие либерального и общественно ориентированного подходов.

как «простое» и возникновению обязательства не предшествует никакое бремя на стороне, более способной предупредить неправильное развитие отношений, а есть всегда только «равное» несение бремени каждой стороны, несмотря на разницу между ними⁵⁹. Такое «формальное равенство» разрывает связь между поведением и его негативными последствиями. Запрет противоречивого поведения здесь не более чем попытка пересмотреть результат, вызванный формальным правом⁶⁰, который, как можно заметить, на самом деле случаен и не основан на существенных соображениях⁶¹.

В результате основным соображением стало то же, что при пресечении: одна сторона отношения, вполне понимающая наличие нарушения требования формы и его последствия, показала своим бездействием, что требование формы для нее не настолько важно, чтобы она на этом основании сразу же воспрепятствовала развитию отношения, а другая, пускай менее сознательная, но не такая вероломная, оказалась в таком положении, что «разворот» отношений грозит ее экономическому существованию. Дополнительным фактором является то, что форма уже не так важна, потому что сделка уже исполнена и *исполняться* не будет (ср. сн. 48). Угроза нормальному существованию, как и вообще апелляция к исключительности ситуации⁶² объясняется тем, что несоблюдение требования формы

⁵⁹ Преддоговорная ситуация может состоять и в том, что общее требование, адресованное обеим сторонам (как требование формы), будет переадресовано одной из сторон, которая имеет существенно больше возможностей соблюсти его (или обеспечить его соблюдение, в том числе посредством информирования контрагента — когда конституируется *Betreuungspflicht*), но в то же время меньше заинтересована в этом. Наиболее яркий пример — *Schwarzarbeit*, когда инициатива скрыть трудовые отношения скорее всего и принадлежит работодателю, и уж точно наиболее выгодно ему, тогда как интерес работника в получении платы не стимулирует его поддерживать требования закона, и его зависимость от заработка и позиции работодателя признается уважительной причиной игнорировать правопорядок. Ср.: *Федоров Д. В.* Действительность противозаконного договора... С. 123–124.

⁶⁰ Это замечает в остальном очень критически настроенный Й. Гернхубер: *Gernhuber J.* Formnichtigkeit und Treu und Glauben // *Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler*. Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1957. S. 156–157. — См. также: *Singer R.* Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens. S. 3.

⁶¹ Поэтому, наверное, нужно согласиться с теми авторами, которые видят в ряде проявлений запрета, когда его конфликт с формальным правом наиболее острый, противоречие закону. Но речь должна идти не об обходе закона, как, например, утверждал Х. Й. Вилинг (сн. 1), а о толковании *contra legem* как разновидности системного толкования (*Flume W.* Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Bd. II. S. 296–299). Столкновение формального права с запретом противоречивого поведения предопределено тем, что ГГУ содержит как формальные правила, так и § 242, превратившийся в методологическую основу для пересмотра случайных результатов применения формальных норм. См. также сн. 37.

⁶² BGHZ 149, 326: «В интересах надежности правового общения по общему правилу нельзя отступать от законодательных требований к форме; как правило, пороки формы не могут не учитываться. Исключение допускается уже тогда, когда недействительность договора приведет к тяжелым последствиям для стороны договора, а следовало бы [допустить его], напротив, лишь когда она просто непереносима для нее... Это признано либо для случаев, когда или экономическое существование стороны договора оказывается под угрозой из-за ничтожности договора... либо для случаев особо тяжких нарушений обязанности быть верным другой стороне». Так же практика систематизирована уже в BGH NJW 1979, 915, где отсутствие намерения воспользоваться выгодами сделки, чтобы впоследствии отказаться от нее ссылкой на ничтожность, обосновывалось значительными затратами обеих сторон на реализацию договора.

Иллюстрацией второй группы случаев служит BGHZ 85, 315: «Согласно этим заявлениям, истцы пришли к соглашению с ответчиком о покупной цене в 27 500 DM, также о предоплате в 26 000 DM, которая была совершена, но расписка не представлена, а затем истцы стали оспаривать получение предоплаты; после того как они утратили возможность успешно вести спор, они стали утверждать о согласовании более высокой покупной цены в 57 500 DM и попытались вернуть с помощью иска о выдаче земельный участок, несмотря на получение всей покупной цены в 27 500 DM. Подобное —

обычно является элементарной ошибкой, которую можно признать извинительной как раз только в исключительных случаях, когда неизвинительность перекрывается тяжелыми последствиями для допустившего ошибку. Это ситуации, когда восстановление прежнего положения обращается в наказание, а потому необходимо уже учитывать соразмерность наказания содеянному. Можно ожидать, что там, где ошибка в праве носит менее элементарный характер, убыточность от следования формальным нормам будет менее терпима, и они будут интенсивнее редуцироваться.

Так мы чисто ассоциативно, но явно неслучайно подошли к другому столь же известному⁶³, сколь спорному случаю запрета противоречивого поведения — смешанной вине⁶⁴. Известно, что вред, как бы его ни раскладывали между сторонами (на причинителя — в форме ответственности или на потерпевшего — в различных формах, восходящих ко бремени осмотрительности и содержания собственного имущества), является объективной потерей для всего общества. Если причинитель возместит вред потерпевшему, объективная утрата для общества возмещена не будет: труд, затраченный на уничтоженную вещь, или время и расходы на восстановление прежнего положения остаются пустыми тратами. Поэтому разумный правопорядок всегда стремится настроить поведение участников гражданско-правового общения таким образом, чтобы они в принципе избегали вреда, а также ситуаций, способных его вызвать. В рамках частного права это возможно только через соответствующее структурирование частных правоотношений, в частности через определенное обременение правовой позиции управомоченного на стадии возникновения правоотношения.

2.4. Запрет противоречивого поведения и учет общественных интересов в гражданско-правовом регулировании

Нельзя пройти мимо того характерного обстоятельства, что «общественность» данной логики всячески скрывается за рассуждениями о том, что одна сторона обязана перед другой. На уровне изложения это совершенно верно. В принципе именно подобным образом воплощается данная логика в нормах права и через структурирование правоотношения, но следует учитывать, что так происходит просто в силу непосредственной цели частного права — урегулировать отношения участников правоотношения друг с другом, т. е. формально безотносительно к третьим лицам. Это не значит, что интерес третьих лиц не может быть принят

приписываемое им — поведение было бы особенно противоречивым и вероломным; оно так грубо противоречило бы добросовестности, что истцам можно было бы отказать по § 242 ГГУ в ссылке на ничтожность договора ввиду несоблюдения формы».

⁶³ Судебная практика (с BGHZ 34, 355) и господствующее мнение полагают: «Кто за причиненный ему вред, несмотря на собственную часть ответственности, требует полного возмещения вреда, идет против запрета „venire contra factum proprium”» (*Grünebergs Ch. Kommentar zu § 254, Rn. 1. S. 328*).

⁶⁴ Несмотря на господствующее мнение, Д. Лоошельдерс приводит простой довод против отнесения смешанной вины к случаям применения запрета. Он указывает на то, что запрет говорит о противоречии предъявления лицом требования прошлому поведению лица, тогда как дело в источнике вреда — поведении самого потерпевшего (аналогично: *Вилинг Х. Й. Venire contra factum proprium... С. 35*). Тем самым в запрете порицается последующее притязание, а не изначальное поведение; материальные же основания смешанной вины запрет тем более не проясняет (*Looschelders D. Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht. S. 147, 149*). Однако запрет противоречивого поведения здесь также «делает свою работу», поскольку вскрывает двусторонний характер гражданско-правового общения вопреки «односторонней» логике изложения регулирования деликтных отношений и позволяет признать, что не только на причинителе одном лежит бремя осмотрительного поведения.

во внимание в регулировании, ведь такое упрощение путает прямое упоминание и учет интересов без прямого упоминания (ср. сн. 12 in fine). Однако основой рассуждений служит общественный интерес, и регулирование частных отношений выстраивается соответствующим образом. Собственно, «индивидуалистическая логика» потому и превращает правоотношения в «простые», что игнорирует этот общественный интерес — и в результате соответствующим образом также структурируются отношения. В «индивидуалистической логике» прав всегда управомоченный, пока закон прямо не укажет иное. Причем с позиции этой логики такой закон будет рассматриваться скорее всего как несправедливый. Видимо, предполагается, что предупреждение негативных последствий — удел каждой из сторон, поэтому неудача одной из них все же никогда не случайна, если только лицо не было поражено в возможности «выбора своей судьбы» (ср. сн. 7 и 34, а также сн. 75).

Попробуем проверить логику «общественно ориентированного» подхода на обязательствах вследствие неосновательного обогащения. Здесь он выражается в том, чтобы стороны стремились предупреждать возникновение таких ситуаций. Ведь для общества в целом является вредом и напрасной тратой средств совершение безосновательных операций, чтобы потом совершать обратные операции для восстановления прежнего положения. Ситуаций неосновательного обогащения нужно избегать. Запрет противоречивого поведения и здесь получил довольно яркое воплощение в п. 4 ст. 1109 ГК РФ, хотя отечественная судебная практика явно не разделяет указанный «общественно ориентированный» подход (ср. сн. 58), что выражается как в очень ограничительном толковании данного пункта⁶⁵, так и в общей позиции, согласно которой поведение потерпевшего никак не влияет на возникновение данного вида обязательства⁶⁶.

Другим интересным случаем применения запрета противоречивого поведения является так называемая теория сальдирования⁶⁷, которая довольно оригинально предупреждает излишнюю убыточность от действий по восстановлению прежнего положения. В практическом плане она сводится к тому, что потерпевший при «разворачивании» сделки не может ограничиться только собственным кондикционным требованием, но должен стремиться устранить ситуацию в целом. Против одностороннего предъявления кондикции, без предложения полученного обогащения, работает этакое «автоматическое удержание». Но этим дело не ограничивается: если полученное имущество утрачено, то и истребовать переданное нельзя (например, покупную цену, полученную по недействительной купле-про-

⁶⁵ Пункт 5 Информационного письма Президиума Высшего арбитражного суда РФ от 11.01.2000 № 49 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением норм о неосновательном обогащении» связал применение п. 4 ст. 1109 ГК РФ с намерением одарить. С тех пор это устойчивая судебная практика. Ср.: BGH WM 1980, 1451.

⁶⁶ «Приобретенное либо сбереженное за счет другого лица без каких-либо на то оснований имущество является неосновательным обогащением и подлежит возврату, в том числе когда такое обогащение является результатом поведения самого потерпевшего» (п. 16 Обзора судебной практики Верховного суда РФ № 1 (2020), утв. Президиумом Верховного суда РФ 10.06.2020).

⁶⁷ Этот пример применения запрета противоречивого поведения приводится в: *Larenz K., Wolf M. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. S. 289 (§ 16, Rn. 31)*. — На нем основывал *Saldotheorie* фон Каммерер, по мнению Х.В.Детте (*Dette H. W. Venire contra factum proprium nulli conceditur. S. 107, Anm. 495*). Однако из переведенного (*Каммерер Э. фон. Обогащение и недозволенное действие (часть вторая) // Вестник гражданского права. 2010. № 3. С. 283–284*) и не переведенного (см., напр.: *Caemmerer E. von. "Mortuus redhibetur" — Bemerkungen zu den Urteilen BGHZ 53, 144 und 57, 137 // Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag. München: C. H. Beck, 1973. S. 634–639*) явным образом это не следует, хотя в последней из указанных работ присутствует идея, что получатель неосновательного обогащения использует его на свой собственный риск.

даже автомобиля, если автомобиль погиб, пока был во владении истца). Это уже не просто удержание, а распределение рисков⁶⁸ и, что характерно, соответствующее договору, действительность которого отрицается. Еще более примечательно отрицание такого распределения рисков в случаях, когда сделки ничтожны по причине малолетства или неспособности вступить в такого рода сделки (BGHZ 126, 105; BGHZ 147, 158) либо оспорены как совершенные под влиянием обмана (BGH NJW 2009, 1266). Материальная теория сальдирования считается логическим следствием синаллагматического характера отношений: мол, несмотря на недействительность, двусторонний характер предоставлений учитывается в отношениях по поводу восстановления прежнего положения⁶⁹.

Здесь речь идет о предупреждении любых вредных последствий усилиями обеих сторон. Запрет противоречивого поведения позволяет отойти от «раскладки» этих последствий в соответствии с формальным правом, не уделившим внимания бремени осмотрительности управомоченной стороны, и отнести их часть на ее счет, стимулируя одновременно с обеих сторон поведение, предупреждающее вредные последствия. Противоречивость выражается в том, что часть вреда, вызванного определенной ситуацией, должна быть отнесена на совесть формально управомоченного лица, которое отстранилось от предупреждения данного вреда, прикрываясь своей правовой позицией. Против последнего и направлена материальная сторона запрета противоречивого поведения, на основе чего возможно восполнение пробелов, образующихся под влиянием формальной, чисто негативной стороны запрета.

2.5. Системное (корпоративистское) и игровое (индивидуалистическое) мышление

Конечно же, встает вопрос о том, что принятие мер к предупреждению вреда является издержками, и те, кто будет оправдывать потерпевшего, окажутся совершенно правыми в том, что за правом потерпевшего не принимать данных мер стоит освобождение от несения данных издержек, а потому и от последствий их несовершения.

В связи с этим становится понятно, что теория «оснований возникновения обязательств» (в ее натуралистической интерпретации) ориентирована лишь на ситуации, когда стороны не предвидели появления совокупности обстоятельств, являющейся основанием возникновения обязательства. Такая редукция, впрочем, не значит, что предшествующие этому отношения никак не урегулированы: все равно нужно распределить риск того, что стороны не догадаются об угрозе или о мерах, которые позволят предупредить или уменьшить вред. Например, отнесение какого-то соображения к мотивам совершения сделки является формой распределения рисков (сн. 12). Та же теория «оснований возникновения обязательства» все равно осуществляет его, но она распределяет риски совершенно

⁶⁸ Наряду с противостоянием между «теорией сальдирования» и «теорией двух кондикций» — по вопросу о допустимости указанного автоматического удержания, который основывают на абз. 3 § 818 ГГУ (т.е. обосновывают прекращением обогащения в связи с получением встречного предоставления), — имеется также противостояние между процессуальной и материальной «теориями сальдирования»: процессуальная ограничивает сальдирование эффектом удержания, а материальная состоит в признании указанного распределения рисков. По последнему противостоянию см.: *Flume W. Die Rückabwicklung nichtiger Kaufverträge nach Bereicherungsrecht — Zur Saldothorie und ihren „Ausnahmen“ // JuristenZeitung. 2002. Bd. 7. S. 322–323.* — В отечественной литературе: *Салмин Д. Н. Ограничение кондикционного обязательства размером наличного обогащения. С. 27–60.*

⁶⁹ *Sprau H. Kommentar zu § 818, Rn. 48 // Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch. 73. Aufl. München: C. H. Beck, 2014. S. 1374.*

случайно. Во всяком случае, не раскрываются существенные соображения, по которым данное распределение происходит, так что судья внешне остается без настоящих ориентиров и якобы вынужден опираться только на буквальный смысл, хотя в начале статьи было показано, что данные фактические составы состояли из оценочных категорий, которые лишь позднее были интерпретированы «фактологически».

В отсутствие преддоговорной ответственности, что коррелировало бы с указанной теорией, признается «алеаторный» подход к несению издержек на совершение сделки, которая так и не была заключена или оказалась недействительной⁷⁰. Отрицание предделиктных и предкондикционных отношений равным образом усиливает позицию тех, кто считает, что потерпевший всегда прав. Рассматриваемая позиция вполне обоснованно берет за основу базовое распределение рисков, когда причинитель скорее, чем потерпевший, мог знать, что вред наступит, и попробовать предупредить его. Но она явно игнорирует то, как могли бы развиваться отношения, если бы обе их стороны были стимулированы предупредить вред. Разумеется, подобный прогноз предполагает предвидимость негативного события также для потерпевшего. Принятие «алеаторного» подхода в подобном случае выглядит еще менее обоснованным.

Нетрудно заметить, что в юридическом мышлении противостоят формальное и материальное начало. Одни юристы требуют определенных правил игры и готовы пожертвовать указанной связью между поведением и его негативными последствиями (в конце концов, она не столь очевидна). Другие юристы будут считать упомянутую ситуацию несправедливой и искать «правды». Собственно, «*Treu und Glaube*» из § 242 ГГУ лучше всего переводить как «верой и правдой»⁷¹.

При создании ГГУ противостояние новой логики регулирования прежней его концептуализации артикулировалось весьма прямо: это противостояние «социалистического» германского права «индивидуалистическому» римскому⁷². Но, как ни странно, «социалистический» элемент регулирования пробивал себе дорогу

⁷⁰ См. подробнее: *Жужжалов М. Б.* Учение Р. фон Иеринга о преддоговорной ответственности: влияние на современность и возможности по применению в будущем // Вестник гражданского права. 2013. Т. 13, № 3. С. 292.

⁷¹ Нетрудно заметить, что второму типу мышления соответствует даже иное формулирование норм права, обнаруживающееся в § 307–309 ГГУ, в которых закреплены общие подходы к оценке условий как несправедливых, конкретизированные «черными» и «серыми» списками несправедливых условий. Лишь «черные» списки соответствуют тому идеалу правового регулирования, на достижение которого нацелены юристы, полагающие, что превыше всего правовая определенность.

⁷² См. об этом: *Gierke O. von.* *Deutsches Privatrecht.* Bd. I. Leipzig: Duncker & Humblot, 1895. S. 25 («И сегодня зачастую, когда романист думает, что перед ним выявленные римлянами предвечные правовые истины, германисту удастся заметить лишь одностороннее проведение индивидуалистически-капиталистической точки зрения»), а также S. 26 и далее, на которых различие проводится по существу: римское право индивидуалистическое, а германское — социальное, где личность подчинена обществу (и снова курьез: на S. 28 констатируется до боли знакомый подход, только в отношении германского права: «Германцы изначально видели только единство права и избегали всякого понятийного разграничения частного и публичного права»). Связь немецкого национализма и социализма, наверное, так же ярко характеризует критика национал-социалистическими юристами либерализма в 1930-е годы, как и известный тайный союз Бисмарка и Лассалля во второй половине XIX в., который существовал в целом в то же время, когда формировалось ГГУ. К слову, нацистская риторика практически не отличалась от риторики Гирке, что особенно хорошо видно по работам Х. Ланге, где критика либерализма с позиций национал-социалистической идеологии основывалась на совершенно том же противопоставлении римского и германского права, которое наблюдается в текстах, вышедших из-под пера германистов. Впрочем, некоторые романисты также были не чужды «социализации» частного права. Об этом, а равно о противостоянии германистов и романистов подробнее см.: *Карцов А. С., Рудоквас А. Д.* Юлиус Барон и его вклад в науку пандектного права // Древнее право. *Ivs Antiquvm.* 2008. № 2 (22). С. 150–171; 2009. № 1 (23). С. 96–109.

исключительно тяжело скорее всего потому, что сами германисты не вполне сознавали, какие конкретно выражения он должен получить, с учетом того, что необходимо сохранить свободу, которую всегда проще сохранять и защищать формально: проще закрыть глаза на злоупотребления, вызванные формализмом, нежели обосновать, какое поведение является действительным выражением свободы.

Правильнее было бы все же различать системное и игровое мышление, хотя очевидно, что первое ближе к сплачиванию и общественно ориентированной логике регулирования, а второе к индивидуализму. Игровое мышление допускает, что результат может быть справедлив уже в силу того, что получен согласно заранее определенным правилам (сн. 77; ср. сн. 34), оставляя каждого участника общения один на один со своим отсутствием дара предвидения и без надежды на поддержку другого⁷³. Но алеаторный подход также явно исходит из того, что не дело правового регулирования разбираться в мотивах поведения. Риск полностью отнесен на лицо, совершающее действие. Контрагент этот риск минимизировать не обязан. Правоотношения редуцируются до «простых», управомоченные лица остаются «не обремененными» ни при установлении отношения, ни в последующем. Учение об основаниях возникновения обязательств оказывается основанным на «игровом» подходе к праву и потому отличается «математизмом»⁷⁴.

Можно обратить внимание на то, что «игровой» подход ослабевает, когда общество оказывается в тяжелых условиях, возникает потребность в социальной справедливости, в признании зависимости действий одних участников общения от других на уровне всего общества, а потому в правовом регулировании должен появиться элемент взаимовыручки, выражающийся в расширении полномочий судов по исправлению ошибок сторон или даже общей практики, складывающейся в обществе. Отход от индивидуализма воспринимается как «неестественное» временное состояние ради преодоления кризиса, но не логичнее ли признать, что сам кризис является манифестацией чрезмерного отрицания взаимозависимости членов общества в угоду эгоистическим интересам, а потому общество выходит из кризиса не по естественным причинам, а вследствие оздоровления отношения к окружающим? В условиях рыночной экономики только суды могут стимулировать указанное оздоровление, хотя практика показывает, что ситуация кардинально меняется при вмешательстве органов управления (ср. сн. 7 in fine). Справедливость данного утверждения видна уже из истории запрета противоречивого поведения, показанного выше, и равным образом находит отражение в логике основных случаев его применения: если осуществление права угрожает существованию должника, то не надо пользоваться этим правом, а надо выручить должника.

«Игровой» подход, напротив, будет приветствоваться, когда имущественное положение участников гражданско-правового общения позволяет рисковать, когда им не страшно «обжечься», а также когда зависимость от поведения других лиц минимальна (например, не согласен с условиями сделки — не заключаешь

⁷³ Ср. сн. 7, 12; ср. также: Кардозо Б. Н. Природа судейской деятельности. М.: Статут, 2017. С. 73: «...раз спор возник и должен быть как-то разрешен, при отсутствии готового правила ничего не остается, кроме как создать власть, которая будет вводить правило уже после того, как все произошло. Кто-то должен проиграть: такова игра, имя которой жизнь; нам самыми разными способами приходится расплачиваться за отсутствие дара предвидения». Очевидно, что в цитируемом фрагменте имеет место оправдание произвола недоразвитостью позитивного права, которая должна быть и будет преодолена. Следовательно, случайность победы одной стороны над другой остается вполне случайностью, а не правилом. Более того, раз создан прецедент, то это случайность для сторон конкретного спора, а вовсе не в принципе — при условии, что решение принималось в соответствии с требованиями правопорядка, которые сами не случайны.

⁷⁴ Ср.: Schmitt C. Gesetz und Urteil. München: C. H. Beck, 2009. S. 55.

ее, ждешь неограниченное время, пока контрагент исправит свою договорную практику, что фактически может означать лишение определенного блага в условиях массового заключения сделок при наличии синхронных договорных практик у поставщиков; сн. 75). Индивидуалистический подход в целом основан на том, что участник гражданско-правового общения имеет достаточно имущества для поддержания своего существования и совершает сделки только потому, что это ему выгодно. Тогда приоритетом будут одинаковые для всех заранее определенные правила игры.

Как только возникает имущественная зависимость, сразу подключаются «социалистические» нормы вроде § 138 и 242 ГГУ и ссылки на конституционные ценности вроде права развивать свою личность, не жертвуя при этом базовыми благами⁷⁵.

2.6. Ускорение гражданско-правового общения и «сделочная теория»

Даже в том случае, когда участники гражданско-правового общения уверенно смотрят в будущее, запрет противоречивого поведения вполне содействует им в его приближении, стимулируя ускорение общения в тех случаях, когда это существенно не вредит правовой определенности.

Нетрудно заметить, что ряд рассматривавшихся выше обременений способствует ускорению общения. Например, допускаемое «теорией двух кондиций» поведение оставляет в неопределенности какую-то часть ситуации в целом, а потому замедляет общение, отвлекает ресурсы на лишние объяснения, а то и дополнительные гражданские споры. «Теория сальдирования» обеспечивает полную ликвидацию конфликта в зародыше. Еще более очевидным примером являются возложения сделочных действий (*Erklärungsblikenheiten*; см. общий термин в сн. 22), эффективно ускоряющие информационный обмен, что особенно важно в коммерческом обороте, который должен ими изобиловать вплоть до признания обязанности отвечать на любые запросы под угрозой признания молчания за согласие, как это было известно некогда каноническому праву под названием максимы «молчание — знак согласия» (*qui tacit consentire videtur*) (ведь в конце концов, обязанность ответить не обязывает ответить утвердительно, речь идет лишь об издержках на корреспонденцию, которые вряд ли должны приниматься во внимание с учетом статуса лица)⁷⁶. Ввиду отсутствия какого-либо общего института

⁷⁵ Ср. сн. 33. В связи с этим формировались пределы свободы договора в современной Германии: *Wolf M. Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1970. S. 12 (работнику затруднительно без зарплаты тратить время на выговаривание условий, а работодателю просто заключить договор с другим, более сговорчивым работником), 56, 97–100, 158 usw. — Риторика неожиданным образом повторяет большевистскую, правда, в более мягком выражении. Ср.: «Мне трудно представить себе, какая может быть “личная свобода” у безработного, который ходит голодным и не находит применения своего труда» (*Сталин И. В. Беседа с председателем американского газетного объединения «Скриппс-Говард Ньюспейперс» господином Рой Говардом. 1 марта 1936 года. М.: Партиздат ВКП(б), 1936. С. 18*).

⁷⁶ Понятно, что механика возложений (ср. выше рассуждение об учете общественных интересов в регулировании частноправовых отношений) обеспечивает ускорение либо за счет того, что какие-то «дестабилизирующие ситуацию» права будут прекращены их неосуществлением в течение разумного срока (сн. 50) либо за счет признания сделок совершенными в отсутствие прямо выраженной на это воли лицом, на которого возложено действие (ср. BGHZ 1, 353: обстоятельства общения — среди прочего, различимая для адресата потребность оферента в скором ответе — могут сделать ответ обязательным, а молчание — акцептом; см. также BGH NJW 2008, 915). Сюда в целом относится появление такого широко обсуждавшегося в немецкой литературе института, как «подтверждающее письмо» (*Bestätigungsschreiben*), когда на адресата возлагается опровержение содержащихся в таком письме положений договора при условии, что направлению

«провокации реализации» субъективных прав (ср. сн. 59) его функции выполняет запрет противоречивого поведения, не снимая неопределенность относительно исхода развития отношения, а ставя позицию самого управомоченного лица как источник неопределенности в подвешенное положение (ср. сн. 5).

Вполне очевидно, что и в целом вред, объективно невозместимый в контексте целого общества, означает утрату ресурса для дальнейшего развития, потому что ресурсы пойдут на восстановление прежнего положения. Правильное стимулирование участников гражданско-правового общения к предупреждению вреда оказывается важным условием поступательного развития.

Из этого видна еще одна функция запрета противоречивого поведения: препятствование замедлению развития общественных отношений. Последнее может выразиться и на индивидуальном уровне, когда запрет стимулирует скорую реализацию прав, и на уровне всего общества, ресурсы которого не отвлекаются на поддержание существующей ситуации, постоянно ухудшающейся от того, что распределение негативных последствий поведения оказалось вне связи с самим поведением и допускает переложение одним лицом на других последствий собственных ошибок.

Проблемой данного направления применения запрета является то, что принятие решения само требует усилий. Промедление не всегда недобросовестно и необоснованно. Угрожая утратой выгодной правовой позиции, запрет противоречивого поведения торопит⁷⁷. Он может также повлиять и на решительность той формы, в которой будет осуществляться субъективное право, например право вернуть арендованное имущество⁷⁸.

Это значит, что если связанность прошлым, которая отличает применение запрета в условиях прежнего «объективизма», угрожает повторением прошлых ошибок, то ускорение общения — будущими ошибками, которые не удалось исключить из-за поспешности.

Правильное применение запрета предполагает все-таки, что решение принимается обдуманно, но без задержек. Поэтому запрет должен оставить неизбежными лишь те ошибки, которые будут совершены в любом случае, сколько бы времени ни заняло принятие решения. Запрет лишь приближает наступление последствий этих ошибок. Но в этом и состоит противостояние нового понимания запрета в сравнении с прежним вменением типичного поведения. Если допустить, что социальная практика «умнее» отдельных личностей, то корректировка поведения на основе понимания объективной добросовестности как «внешнего

письма предшествовали переговоры (*Diedrichsen U. Der "Vertragschluss" durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben // Juristische Schulung. 1966. Bd. 6. S. 129.* Характерно, что заключение договора автор связывает с обменом офертой и акцептом, поэтому закавычивает заключение договора в случае с подтверждающими письмами, начиная статью с критики теории фактических договорных отношений). См. по данным явлениям: *Hanau P. Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung. S. 224–227, 236–243; Вилинг Х. Й. Venire contra factum proprium... С. 32.*

⁷⁷ Знаменательно, что одно из ярких проявлений формализма — требование формы сделки — направлено прежде всего против поспешности в выражении воли. Формализм в целом привлекает особое внимание к моменту принятия решения, отчего он одинаково противостоит молчаливым сделкам и применению эстоппеля, где решающим фактором является не воля, а контекст поведения. Нетрудно связать формализм с игровым мышлением и индивидуалистическим пониманием частной автономии, где формализм обеспечивает свободу волеизъявления и исключает навязывание правовых последствий судом. Собственно, формализм — это не что иное, как заранее определенные правила.

⁷⁸ На это соображение обращают внимание немецкие суды: *Федоров Д. М. Эстоппель в арендных и иных длящихся отношениях. С. 72.*

мерила» позволяет не только связать людей ошибками прошлого, но и предупредить ошибки будущего.

Остается тогда ответить на вопрос, какие ошибки могут оказаться страшнее: которые уже были и которые люди пережили или которых еще не было.

В связи с этим хотелось бы завершить изложение тем, с чего настоящая статья начиналась: с оценки «сделочной теории», отстаивавшейся Х. Й. Вилингом. Практический смысл данной теории — в возможности «откатить» развитие событий под давлением запрета противоречивого поведения. Совершение сделки, как следует уже из основного требования к совершающему ее лицу — достижения определенного возраста (сделкоспособности), предполагает наличие определенной зрелости в принятии решений, а также участия в общении и понимания того, как будет восприниматься то или иное поведение. Опыт подсказывает человеку, чем обернется действие или бездействие в конкретной ситуации. Недостаток опыта означает ограниченную возможность принимать обдуманное решение. Поэтому сделочное поведение, вопреки попыткам основать его на автономии воли и отнестись к «патологиям», именно вменяется в силу признания лица достаточно готовым к тому, чтобы нести ответственность за совершение невыгодных сделок или неправильное общение. И все же невозможность принятия обдуманного решения в конкретной ситуации учитывается в некоторых институтах, в частности в институте оспаривания сделок как совершенных под влиянием заблуждения.

Для принятия «сделочной теории» нужно прежде всего отказаться от того, чтобы всякое противоречивое поведение толковалось как сделка. Ведь в этой его трактовке усматривается очевидная искусственность, и равным образом очевидно, что противоречивость должна определяться не так же, как определяется сделочный характер поведения, хотя ввиду BGHZ 91, 324 (сн. 27 и 76) такая квалификация стала намного проще. Основания для признания поведения противоречивым были показаны выше.

Следовательно, если речь не идет об ускорении общения, «откатывать» развитие событий оспариванием не имеет смысла, потому что тут просто не может быть ошибки (например, ситуация в BGHZ 87, 169: супруг дал согласие на оплодотворение жены чужим семенем, начав впоследствии требовать расторжения брака, признания ребенка внебрачным и т. д. со ссылкой на недействительность отказа от оспаривания того, что ребенок зачат в браке).

Тем не менее, когда запрет противоречивого поведения служит ускорению гражданско-правового общения, разумно допустить пересмотр развития событий, вызванного ускорением, а само поведение считать сопряженным с совершением сделки (т. е. результатом принятия обдуманного решения). Именно этому служит «сделочная теория». В сравнении с «нормативной» «сделочная теория» позволяет оспорить вменяемый управомоченному лицу отказ от права. Очевидно, что это нелепо в случае со смешанной виной. Но смешанная вина не ускоряет общения⁷⁹.

⁷⁹ По совпадению (или интуитивно — ввиду поддержки индивидуалистического правопонимания) Х. Й. Вилинг отказывался признавать здесь, как и в практике по исключениям из требований формы (сн. 61; ср. сн. 77), частный случай запрета противоречивого поведения: *Вилинг Х. Й. Venire contra factum proprium...* С. 28, 35–36. — Ср. с проблемой допустимости вменения прежнего поведения, отмеченной в сн. 50: очевидно, основания вменения в случае ускорения общения предпочтительно определять по нормам о сделках. О вменении сделочного поведения см. приложение к переводу: *Вилинг Х. Й. Venire contra factum proprium...* С. 41 и сл.

Здесь стоит отметить, что для запрета противоречивого поведения признаются безразличными как вина, так и сделкоспособность (BGHZ 204, 145; BGH NJW 2009, 1343: вина вытекает уже из порицания за злоупотребление правом), однако представляется, что данные обстоятельства яв-

Напротив, «теория сальдирования» ускоряет — и, как ни странно и на что указывалось ранее, в части распределения рисков она не работает в том случае, когда потерпевший не был способен вступать в такого рода сделку.

Следует признать тогда частным случаем запрета противоречивого поведения и институт давности, который был излишне формализован, но имеет целью спровоцировать реализацию субъективного права⁸⁰. Обременение обязанного лица обязанностью хранить доказательство утраты управомоченным лицом права уравновешивается бременем управомоченного лица осуществить свое право в разумных временных пределах. Этот взгляд также обеспечивает лицам, утрачивающим право, возможность отменить утрату. Истории права известны, например, привилегии, гарантированные малолетним и иным лицам, изымавшие их имущество из-под действия института приобретательной давности⁸¹. Исковая давность позволяет учесть указанную особенность через субъективный срок.

Однако это понимание явно противостоит индивидуалистическому пониманию частной автономии, которое требует формирования или совершенно иных институтов, или одноименных институтов — в совершенно ином виде, потому что основу этого подхода составляет как раз недопустимость вменения сделочного поведения (в Германии особенно много усилий для восприятия этого концептуального подхода приложил В. Флуме, см. сн. 52). Оно одновременно — случайно или нет — противостоит корпоративистскому пониманию, выразившемуся в «нормативной теории», которое просто не считается с собственными решениями участников гражданско-правового общения, а потому не признает оснований для пересмотра развития событий. Точнее, «пересмотр» осуществит суд по собственной инициативе, не признавая применимость запрета противоречивого поведения⁸². Очевидно, такая аргументация — когда на деле суд учитывает то, что учитывалось бы в рамках оспаривания молчаливого отказа от права, — просто скрывает истинные основания решения.

Нужно особенно подчеркнуть, что сделочная теория Х. Й. Вилинга сформирована с учетом института оспаривания сделки под влиянием заблуждения, как он действует в Германии, а не Австрии (сн. 27). Это означает одновременно отход от вменения типичного поведения (и связанного с ним различия извинительного и неизвинительного заблуждения) при более дифференцированном в сравнении с «нормативной теорией» подходе к определению последствий пересмотра развития событий и распределения негативных последствий. Если «нормативная теория» ограничивается признанием или отрицанием субъективного права и возлагает все негативные последствия строго на одну сторону, то сделочный характер допускает более мягкий вариант отмены юридических последствий — с возмещением отрицательных убытков.

Статья поступила в редакцию: 24 сентября 2020 г.

ляются не основаниями вменения, а основаниями для освобождения от негативных последствий (ср. сн. 13). Так, BGHZ 34, 355, по сути, подводит смешанную вину под «сделочную теорию» (действительно, нет ли здесь молчаливого договора об ограничении ответственности?). Однако допустимо ли оспаривание в этом случае? Конкретно в указанном деле пассажир заблуждался в умении водителя управлять транспортным средством, из-за чего они попали в аварию. Полагаем, решение должно было быть обосновано логикой отношения (водитель обязался бесплатно подвести истца), и тогда исключение ответственности оказывается вне связи с данным заблуждением.

⁸⁰ *Salzmann A.* Die zivilrechtliche Verwirkung. S. 7.

⁸¹ На их существование в прошлом обращает внимание А. Моралес Морено: *Моралес Морено А. М.* Приобретение по давности владения // Вестник гражданского права. 2019. Т. 19, № 4. С. 249.

⁸² Так, некоторые авторы признают возможным временное пресечение, что противоречит признанию пресечения прекращением субъективного права. См. подробнее: *Roth H.* Kommentar zu § 242, Rn. 313. S. 195.

Venire contra factum proprium: From a binding past to a binding future

Translator alter

For citation: Translator alter. 2020. Venire contra factum proprium: From a binding past to a binding future. *Pravovedenie* 64 (2): 270–308. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2020.204> (In Russian)

Inadmissibility of controversial conduct (*venire contra factum proprium*) is a continental functional analog of common law estoppel. It is a special “pitfall” under the rubric for the application of the bona fide requirement when inadmissibility of conduct is derived from its controversial character in regard to previous conduct. The article exposes a lack of necessity in the prohibition under the regimes of early private law codifications of the Modern Age (France, Austria) which is why one may observe its prevalence primarily in Germany after the enactment of German Bürgerliches Gesetzbuch (Civil Code). The author thinks of its prevalence as a result of a drastic change in understanding the legal relationship induced by the restoration of corporate thinking in a renewed form as opposed to individualistic thinking associated with Roman law and the first draft of Bürgerliches Gesetzbuch. For the courts, the inadmissibility of controversial conduct became a convenient means to justify the restatement of rules formally binding for parties in cases where, as a result of the application of formal rules, the connection between the conduct of a party to a legal relationship and its negative outcome, which under said formal rules, totally fall into the other party’s burden. Due to this, the concept of a legal relationship, previously built as mere correlation of a subjective right to liability, is complicated by an element of burden — some of which would be imposed on the entitled party. This revealed the formal side of inadmissibility of controversial conduct, which made it possible to correct what shall be treated in terms of new thinking as a gap of regulation formed by individualistic thinking. In material terms, the inadmissibility of controversial conduct is limited in literature to cases when the previous conduct of a certain person has caused legitimate expectations from the counterparty and the current conduct contradicts these expectations. The author refutes this reduction since from the outset, the founding idea of the rule was to preserve the interrelation between conduct and adverse consequences lost in the formal application of the law. The contradiction of conduct, hence, shall be seen in using a formal legal position to prevent the adverse outcome of one’s own conduct. However, development of this court practice revealed another function of the rule, much more important in the author’s opinion, namely, the acceleration of civil communication governed by private law.

Keywords: bona fide requirement, inadmissibility of controversial conduct, burden, legal relationship, estoppel.

References

- Alekseev, Nikolay N. 2003. *Russian Nation and the State*. Moscow, Agraf Publ. (In Russian)
- Atiyah, Patrick S. 1979. *The Rise and Fall of the Freedom of Contract*. Oxford, New York, Oxford University Press.
- Bork, Reinhardt. 2015. Vorbemerkung zu § 145–156. *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: § 139–157*. Berlin, Sellier — de Gruyter.
- Brox, Hans. 1960. *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung*. Karlsruhe, C. F. Müller.
- Bydliński, Franz. 1967. *Privatautonomie und objective Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts*. Wien, New York, Springer-Verlag.
- Caemmerer, Ernst von. 1973. “Mortuus redhibetur” — Bemerkungen zu den Urteilen BGHZ 53, 144 und 57, 137. *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*: 621–642. München, C. H. Beck.
- Caemmerer, Ernst. 2010. Enrichment and inadmissible act (part two). *Vestnik grazhdanskogo prava* 10 (3): 283–284.
- Canaris, Claus-Wilhelm. 1971. *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*. München, C. H. Beck.

- Cardozo, Benjamin N. 2017. *The nature of judicial process*. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Coester-Waltjen, Dagmar. 1990. Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb des ABGB. *Archiv für civilistische Praxis* 190: 1–33.
- Coing, Helmut. 1957. *Staudingers J. von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Allgemeiner Teil*. 11. Aufl. Berlin, J. Schweitzer Verlag.
- Detle, Hans W. 1985. *Venire contra factum proprium nulli conceditur*. Berlin, Duncker & Humblot.
- Diedrichsen, Uwe. 1966. Der "Vertragschluss" durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben. *JuristischeSchulung* 6: 129–139.
- Eisenhardt, Ulrich. 1991. Die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts und die Überwindung des Abstraktionsprinzips. *JuristenZeitung* 46 (6): 271–277.
- Esser, Josef. 1955. [Rezension zu Schmidt R. Die Obliegenheiten. Karlsruhe: Verlag der Versicherungswirtschaft, 1953. 338 S.]. *Archiv für civilistische Praxis* 154: 49–52.
- Fedorov, Dmitriy V. 2016. Validity of an illegal agreement: the case of carrier's contractual liability in insurance. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiia Rossiiskoi Federatsii* 10: 120–128. (In Russian)
- Fedorov, Dmitriy V. 2020. Estoppel in lease and other continuing contract. *Zakon* 4: 65–78. (In Russian)
- Flume, Werner. 1962. Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten. *Archiv für civilistische Praxis* 161: 52–76.
- Flume, Werner. 1992. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. Bd. II. *Das Rechtsgeschäft*. 4. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York, London, Springer Verlag.
- Flume, Werner. 2002. Die Rückabwicklung nichtiger Kaufverträge nach Bereicherungsrecht — Zur Saldotheorie und ihren "Ausnahmen". *JuristenZeitung* 7: 321–325.
- Galin, Konstantin A., Zhuzhzhlov, Mikhail B. 2016. Uniform contractual clauses interpretation rules in Germany. *Svoboda dogovora*, ed. by M.A. Rozhkova: 246–352. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Gernhuber, Joachim. 1957. Formnichtigkeit und Treu und Glauben. *Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler*: 151–180. Karlsruhe, Verlag C. F. Müller.
- Gierke, Otto von. 1895. *Deutsches Privatrecht*. Bd. I. Leipzig, Duncker & Humblot.
- Grimm, David D. 1900. *The Fundamentals of Legal Act Theory in Modern German Doctrine of Pandect Law*. Vol. 1. St. Petersburg, Tipografiia M. M. Stasiulevicha Publ. (In Russian)
- Grüneberg, Christian. 2014. Kommentare zu § 242. *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch*. 73. Aufl. München, C. H. Beck.
- Gschntzer, Franz. 1952. Kommentar zu § 871–873 ABGB. *Klang. Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 4. 1. und 2. Lieferungen. Wien, Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei.
- Hanau, Peter. 1965. Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung. *Archiv für civilistische Praxis* 165: 220–284.
- Jansen, Nils. 2002. Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB. *Archiv für civilistische Praxis* 202: 517–554.
- Jhering, Rudolf. 2012. Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen. *Vestnik grazhdanskogo prava* 13 (3): 194–266. (In Russian)
- Karapetov, Artem G., Kosarev Alexander S. 2019. Standards of Proof: Analytical and Empirical Research. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiia Rossiiskoi Federatsii: prilozhenie* 5: 3–96. (In Russian)
- Kartsov, Alexej S., Rudokvas Anton D. 2008–2009. Julius Baron and His Contribution to the Pandect Law Scholarship. *Drevnee pravo. Ivs Antiqvm* 22 (2): 150–171; 23 (1): 96–109. (In Russian)
- Kramer, Ernst A. 2020. Das Prinzip der objektiven Zurechnung im Delikts- und Vertragsrecht. *Rus. ed. Vestnik grazhdanskogo prava* 20 (1): 241–262. (In Russian)
- Larenz, Karl, Wolf, Manfred. 2004. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 9. Aufl. München, C. H. Beck.
- Larenz, Karl. 1928. Die Teleologische Beziehung im Verhältnis von Haupt- und Nebenansprüchen. *Archiv für civilistische Praxis* 129: 67–81.
- Larenz, Karl. 1991. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. Aufl. Berlin, Heidelberg, Springer-Verlag.
- Laumen, Hans-Willi, Prütting, Hanns. (Hrsg.) 2019. *Handbuch der Beweislast*. Bd. 1–3. 4. Aufl. Carl Heymanns Verlag.

- Looshelders, Dirk. 1999. *Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*. Tübingen, Mohr Siebeck.
- Looshelders, Dirk. 2016. Unmöglichkeit und Schadenersatz statt Leistung. Rus. ed. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiia Rossiiskoi Federatsii* 11: 168–207. (In Russian)
- Morales Moreno, Antonio M. 2019. Usucapio. *Vestnik grazhdanskogo prava* 19 (4): 244–278. (In Russian)
- Mühl, Otto. 1956. Treu und Glauben im Sachenrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*: 1657–1662.
- Novitskaya, Anna A. 2014. The System of the Types of Contracts and Civil Procedure Ways of Integration of Atypical Dealings into It. *Aquum ius*, ed. by Andrei M. Shirvindt: 102–120. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Novitskiy, Ivan B. 2006. Good faith Principle in the Draft Project of the Law of Obligations. *Vestnik grazhdanskogo prava* 6 (1): 124–181. (In Russian)
- Olzen, Dirk. Looshelders, Dirk. 2009. Kommentar zu § 242 BGB. *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: § 241–243 (Treu und Glaube)*. Berlin, Sellier — de Gruyter.
- Popov, Boris V. 1905. *Laying Burden of Proof among the Parties to a Civil Dispute*. Kharkov, Silberberg i synov'ia Publ. (In Russian)
- Puder, Markus G., Rudokvas, Anton D. 2019. How Trust-Like is Russia's Fiduciary Management? Answers from Louisiana. *Louisiana Law Review* 79 (4): 1072–1102.
- Reinhardt, Rudolf. 1957. Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge. *Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler*: 115–138. Karlsruhe, Verlag C. F. Müller.
- Riezler, Erwin. 1912. *Venire contra factum proprium: Studien im römischen, englischen und deutschen Civilrecht*. Leipzig, Duncker & Humblot.
- Rosenberg, Leon. 1965. *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozessordnung*. 5. Aufl. Berlin, München, C. H. Beck.
- Roth, Herbert. 2006. Kommentar zu § 242. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 1. 5. Aufl. München, C. H. Beck.
- Rudokvas, Anton D. 2011. *Controversial Issues in the Theory of Acquisitive Prescription*. Moscow, Zakon Publ. (In Russian)
- Rudokvas, Anton D. 2016. Infringement of Duties of Information: Pre-Contractual Liability, Representations, Warranties and Indemnities. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiia Rossiiskoi Federatsii* 11: 57–79. (In Russian)
- Rudokvas, Anton D. 2017. Some Problems of the Application of the Article 431.2 of the Civil Code of the Russian Federation due to the Principle of Good Faith. *Vestnik grazhdanskogo prava* 17 (2): 31–47. (In Russian)
- Rudokvas, Anton D. (ed.). 2017. *Ownership and Owner's Private Law Remedies*. St. Petersburg, St. Petersburg University Press. (In Russian)
- Salmin, Dmitriy N. 2014. Surviving enrichment as a limit to claim in unjustified enrichment. *Vestnik grazhdanskogo prava* 14 (3): 27–60. (In Russian)
- Salmin, Dmitriy N. 2018. Revisiting the Conditions for Limiting the Unjust Enrichment Obligation to the Amount of Monetary Enrichment. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiia Rossiiskoi Federatsii* 6: 124–175. (In Russian)
- Salzmann, Andreas. 2015. *Die zivilrechtliche Verwirkung*. München, C. H. Beck.
- Savigny, Friedrich C. von. 1840–1841. *System des heutigen Römischen Rechts*. Bd. 1–5. Berlin, Bei Veit und Comp.
- Schlossmann, Siegmund. 1976. *Der Vertrag*. Leipzig, Breitkopf und Härtel.
- Schmidt, Reimer. 1953. *Die Obliegenheiten*. Karlsruhe, Verlag der Versicherungswirtschaft.
- Schmidt-Rimpler, Walter. 1941. Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts. *Archiv für civilistische Praxis* 147: 130–197.
- Schmidt-Rimpler, Walter. 2016. Zum Problem der Geschäftsgrundlage. Rus. ed. *Vestnik grazhdanskogo prava* 16 (5): 212–247. (In Russian)
- Schmitt, Carl. 2009. *Gesetz und Urteil*. München, C. H. Beck.
- Shirvindt, Andrey M. 2015. Reference to invalidity of the legal act as abuse of rights. Invention of the courts enshrined in the law. *Arbitrazhnaia praktika* 7: 24–41. (In Russian)
- Singer, Reinhardt. 1993. *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens*. München, C. H. Beck.

- Sprau, Hartwig. 2014. Kommentar zu § 818 BGB. *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch*. 73. Aufl. München, C. H. Beck.
- Stalin, Josef V. 1936. *Conversation with the President of the American Newspaper Union "Scripps-Howard Newspapers" Mr. Roy Howard. 1 March 1936*. Moscow, Partizdat VKP(b) Publ. (In Russian)
- Tegtmeyer, Werner. 1936. Der Geltungsbereich des Verwirkungsgedankens. *Archiv für civilistische Praxis* 142: 203–232.
- Tuzov, Daniil O. 2020. The Inadmissibility of "venire contra factum proprium" in connection with the Rule of Irrelevance of a Declaration of Invalidity: Legal Maxim or Principle? *Zakon* 5: 47–64. (In Russian)
- Vishnevskiy, Alexander A. 2000. *Banking Law of England*. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Weber, Ralph. 1992. Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen. *Archiv für civilistische Praxis* 192: 516–567.
- Wieling, Hans J. [Rezension zu Dette H.W. *Venire contra factum proprium nulli conceditur*. Berlin, Duncker & Humblot, 1985]. *Archiv für civilistische Praxis* 187: 95–102.
- Wieling, Hans J. 2020. *Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst*. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiiia Rossiiskoi Federatsii* 5: 20–40. (In Russian)
- Wolf, Manfred. 1970. *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*. Tübingen, Mohr Siebeck.
- Zhuzhzhlov, Mikhail B. 2013. R. von Jhering's theory of precontractual liability: Impact on modern times and perspectives of future use. *Vestnik grazhdanskogo prava* 13 (3): 267–311. (In Russian)

Received: September 24, 2020

Accepted: January 12, 2021