

ВВЕДЕНИЕ

Настоящая работа посвящена крайне интересной теме, которая до последнего времени редко становилась предметом серьезного научного изучения в нашей стране. В то время как в зарубежной науке XX в. проблематика договорной свободы и ее ограничений стягивала к себе основные интеллектуальные силы правоведов и экономистов, становясь чуть ли не центральным и наиболее дискуссионным вопросом гражданского права в принципе, отечественная наука до сих пор его практически не замечает. Данный феномен мог быть легко объяснен в условиях советской действительности. Свобода договора в те времена была идеологически чуждым элементом и противоречила всей логике построения командно-административной экономики. Но недостаточное внимание, уделяемое данной тематике в современной российской правовой науке, трудно объяснить.

Законодатели регулярно сталкиваются с вопросом о допустимости тех или иных ограничений договорной свободы, принимая законы в сфере регулирования банковской деятельности, торговли, энергоснабжения, потребительских отношений и многих других областях экономического оборота. При этом принимаемые законодателем решения не могут опереться на сколько-нибудь серьезные комплексные научные исследования в силу их отсутствия, что конечно же не способствует формированию адекватного правового регулирования договорного оборота.

Но еще чаще российским судам приходится разбирать сотни вопросов о допустимости ограничения свободы договоров при толковании тех или иных законодательных норм в качестве императивных или диспозитивных, определении допустимости заключения непоименованных договоров, снижении договорной неустойки, контроле справедливости договоров присоединения, оспаривании сделок, заключенных в предбанкротный период, либо просто при оценке действительности тех или иных формально законных, но явно несправедливых или недобросовестных договорных условий. Когда такие споры доходят до высших судов, те, принимая на себя ответственность, вынуждены осуществлять судебное правотворчество и устанавливать или снимать те или иные ограни-

чения договорной свободы. При этом судам крайне сложно найти опору в серьезных научных исследованиях о последствиях ограничения свободы договора, отыскать необходимый сравнительно-правовой материал и ознакомиться с общемировым опытом решения аналогичных вопросов. В результате далеко не всегда политико-правовая интуиция высших судов угадывает наиболее адекватные ответы. Зачастую проходит немало времени, прежде чем судебная практика путем многочисленных проб и ошибок нащупывает верные подходы к актуальным вопросам свободы договора.

Все это формирует спрос на комплексное исследование вопросов, связанных с реализацией участниками гражданского оборота договорной свободы и определением ее пределов. В рамках данного исследования авторы ставят себе целью рассмотреть многие из этих проблем вместе с российскими читателями и в ряде случаев предложить свое видение того, как они могут быть наиболее адекватно разрешены. Нисколько не претендуя на роль истины в последней инстанции и статус непререкаемых аксиом, сделанные в работе выводы могут послужить отправными точками для дальнейших научных дискуссий и способствовать развитию справедливого и экономически эффективного режима договорного права нашей страны.

Представленная на суд читателя книга состоит из двух равнообъемных томов. Первый том книги носит теоретический характер и посвящен историческому анализу принципа свободы договора в контексте общей истории экономики, экономических и этических учений и социальной трансформации западных обществ. Здесь также анализируются политико-правовые (утилитарно-экономические и этические) основания принципа свободы договора и его ограничений. В конце данного тома на самом общем уровне обсуждаются проблемы реализации принципа свободы договора в российском праве на современном этапе и их политико-правовые истоки.

С учетом сделанных в первом томе книги общих теоретических выводов во втором томе авторы анализируют наиболее актуальные проблемы реализации принципа свободы договора в российском и зарубежном праве: проблемы применения к заключенному договору императивных норм, заключения непоименованных и смешанных договоров, судебного контроля справедливости договорных условий (в рамках режимов кабальных сделок, договоров присоединения, потребительской защиты и т.п.), а также судебного блокирования сделок, ущемляющих интересы третьих лиц, публичные интересы и основы общественной нравственности. Здесь же обсуждаются зарубежный опыт решения соответствующих проблем, российская судебная практика и научная доктрина, а так-

же подробно аргументируется авторское видение дальнейших путей совершенствования российского законодательства и судебной практики.

* * *

В завершение этого короткого введения авторы хотели бы выразить свою признательность В.В. Новикову, С.Б. Авдашевой, М.И. Одинцовой, Г.Г. Сапову и А.М. Ширвиндту за ценные замечания и комментарии, сделанные в процессе подготовки настоящей работы в отношении ее проекта и самой темы в целом.

РАЗДЕЛ I. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ

ГЛАВА 1. УТОЧНЕНИЕ ПРЕДМЕТА ИССЛЕДОВАНИЯ

§ 1. *Pacta sunt servanda*

Перед тем как непосредственно приступить к анализу интересующей нас проблематики, следует четко очертить предмет нашего исследования. В гражданском праве существует два важных принципа, которые хотя и тесно связаны, но с теоретической точки зрения не должны смешиваться. Первый принцип можно коротко обозначить знаменитой латинской максимой «*pacta sunt servanda*» (договор должен исполняться), второй — английской фразой «*freedom of contract*» (свобода договора). Оба отражают определенный подход общества и государства к сфере контрактных отношений участников экономического оборота, но делают акцент на разных аспектах.

Для начала остановимся на принципе обязательности контрактов. Адресаты этого императива — как сами участники сделок, которым предписывается исполнять взятые на себя обязательства во что бы то ни стало, так и органы правосудия, на которые возлагается функция придания принудительной силы заключенным контрактам.

Крайне интересный и глубоко изучаемый в последние годы вопрос теории договорного права зарубежных стран состоит в определении политико-правовых оснований принципа принудительной силы договорных обязательств.

Сложность этой проблемы в ее согласовании с общей установкой доминирующей в западных странах либеральной этики, отстаивающей максимальную свободу личности от принуждения. Идея личной свободы, как мы дальше покажем, является в современном западном мире фундаментальным принципом, презумпцией, преодоление которой требует специального и серьезного обоснования. Исходя из данной идеи может показаться, что на следующий день после проставления своей подписи под договором контрагент волен передумать и не исполнять то, что он пообещал. Соответственно судебное принуждение будет прямым насилием над свободой его личности.

Неудивительно, что ученые не могли не заметить проблему того, что все правопорядки в той или иной форме применяют принуждение к нарушителю контракта и ограничивают свободу его личности на основе принятых им договорных обязательств, в то время как политико-правовое обоснование данного ограничения личной свободы не было в полной мере отрефлектировано. Почему, собственно, суды должны наказывать контрагентов за поведение, являющееся проявлением личной свободы, но при этом нарушающее договорные обязательства, и санкционировать применение государственного принуждения?

На этот вопрос может быть дано и дается множество разных ответов.

1. Самый банальный ответ состоит в том, что такое принуждение в отношении должника этически оправданно его собственным на то волеизъявлением. Такая «волевая теория»¹ связывает принудительную силу контракта с тем, что должник однажды выразил свое согласие на принуждение, войдя в юридически действительный договор, т.е. осознанно и самостоятельно ограничив свою личную свободу². Соответственно применяемое к нему принуждение вполне этически допустимо, так как «освящено» его собственным волеизъявлением. При такой интерпретации автономия воли приобретает такую силу, что она сама себя ограничивает на будущее.

Такой взгляд, как бы заманчиво он ни выглядел, провоцирует некоторые сомнения в условиях, когда подавляющее большинство договорных обязательств возникает не потому, что на них согласился должник, а потому, что они предписаны диспозитивными и императивными нормами законодательства и судебного правотворчества³.

Кроме того, может вызвать сомнение тот факт, что правовые системы с древних времен вводили менее или более жестокие санкции за нарушение договорных обязательств, руководствуясь такой абстракцией, как идея о том, что возможность самоограничения своей свободы есть имманентное следствие принципа автономии воли. В это трудно поверить, особенно когда речь идет об античных и средневековых тираниях, в которых идея личной свободы и принцип автономии воли в целом

¹ В современной зарубежной доктрине решающая роль признается не за самой реальной волей, а волеизъявлением. См.: *Kötz H., Flessner A. European Contract Law. 1998. P. 7.*

² Наиболее ярко волевая теория договора была выражена в трудах немецких пандектистов и французских цивилистов второй половины XIX в. См.: *Kötz H., Flessner A. European Contract Law. 1998. P. 7, 8.* Близкую позицию занимают и некоторые современные зарубежные правоведы. Например, Вернер Флюм (Flume) видит основание обязательной силы контрактов в том, что они являются результатом самоопределения сторон и свободного установления прав и обязанностей. См.: *Flume W. Rechtsgeschäft. P. 7* (цит. по: *Beale H., Hartkamp A., Kötz H., Tallon D. Cases, Materials and Text on Contract Law. 2002. P. 116.*)

³ Критику «волевой теории» с этих позиций см.: *Barnett R.E. Consent Theory of Contract // 86 Columbia Law Review. 1986. P. 272–274.*

не котировались высоко или вовсе не признавались. Поэтому вряд ли идея принудительной силы договорных обязательств в историческом плане вытекала из идеи автономии воли. Соответственно волевая теория в ее чистом виде вряд ли убедительно объясняет, почему воля контрагента, выраженная при заключении договора, не признавалась и не признается правовыми системами преодолеваемой более поздним волеизъявлением того же контрагента, направленным на уклонение от исполнения договора¹.

Безусловно, волеизъявление сторон играет крайне важную роль в политико-правовом оправдании принуждения, но само по себе оно явно недостаточно для объяснения данного правового феномена.

2. Другой вариант обоснования принудительной силы контракта также строится на некоторой этической рефлексии, но делает акцент не на заранее выраженной воле лишиться себя свободы от принуждения, а на самом факте предоставления обещаний, в которые облакаются обязательства сторон (*теория обещания*). Такое объяснение дает ответ на вопрос: почему деавурированная в контракте воля контрагента не может быть дезавурирована в случае ее изменения? Ключ к ответу здесь лежит в области вопроса об этичности обмана и неверности слову. Если нарушать обещания с точки зрения господствующей в большинстве культур этики плохо и порицаемо само по себе, то кажется вполне естественным, что общество в лице государства соответствующим образом реагирует на такие нарушения и в отношении договорных обещаний.

Думается, что такое этическое обоснование принципа *раста sunt servanda* имплицитно подразумевалось в качестве основного в течение многих столетий. Так, Дж. Гордли связывает эту идею с аристотелевской этикой². В XIII в. данная теория была поддержана Фомой Аквинским, который в своем знаменитом сочинении «Сумма теологии» писал, что данное обещание есть закон для должника, а нарушение обещаний связывал с грехом клятвopеступления. Хотя он и признавал, что право может по тем или иным соображениям ограничивать судебную защи-

¹ На этот счет известный французский цивилист (Тегé) замечает: «Согласно доктрине автономии воли основной ответственности является воля... Должник обязан, так как захотел этого. Но как насчет того, что он остается обязанным даже тогда, когда его воля изменилась? ...Если воля действительно столь всеисильна, что мешает ей отменить состоявшееся волеизъявление? На это отвечают, что воли контрагентов совпали при заключении договора. Но такой ответ просто обходит суть проблемы. Почему акцент должен зацементировать в обязательствах свободные и ничем не ограниченные воли сторон? Как бы ни были созвучны воли сторон, взаимные желания сторон не могут быть самодостаточны. Они просто устанавливают программу, которая не была бы обязательна для сторон, если бы она не была подтверждена и санкционирована в момент заключения договора некой внешней по отношению к сторонам силой» (цит. по: *Beale H., Hartkamp A., Kotz H., Tallon D. Cases, Materials and Text on Contract Law*. 2002. P. 119).

² *Gordley J. The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. 1991. P. 10, 11.

ту некоторых обязательств, но из его работы очевидно вытекало, что по общему правилу право должно давать кредитору защиту на случай нарушения обещаний¹. Такое понимание идеи о принудительной силе обязательств было в итоге воспринято каноническим правом².

Позднее, в XVII в., эта теория получила поддержку в трудах представителей школы естественного права. Так, Томас Гоббс писал, что соблюдение договоров — это центральный закон естественного права и нарушение обязательств есть поправление справедливости³. Самуэль Пффендорф считал, что в силу естественного права человек должен «держаться слово» и поэтому — исполнять договорные обязательства⁴. Аналогичные взгляды высказывал и Гуго Гроций⁵. Иммануил Кант в своей работе «Метафизика нравов» в конце XVIII в. связывал требование соблюдения контрактов с категорическим императивом соблюдения данных обещаний⁶.

У этой теории обещания могут иметься определенные вариации в отношении источника соответствующего этического принципа. Так, например, одни считали, что истоки самого принципа соблюдения данных обещаний носят априорный характер (Аквинуат, Кант). В то же время некоторые другие мыслители (например, Дэвид Юм) отвергали идею об априорном и «естественном» происхождении этики соблюдения обещаний и считали, что данный этический принцип носит конвенциональный характер и вытекает из осознания истинной, преимущественно эгоистической природы человека и необходимости противодействия этим ее проявлениям в целях общественной пользы⁷.

Принятие теории обещания в разные исторические периоды имело реальное практическое значение. Чем большую роль в оправдании идеи обязательности контрактов имели соображения верности слову и неэтичности нарушения обещаний, тем жестче и последовательнее право карало за нарушение обязательств, тем более эффективный набор средств защиты право вручало кредитору и тем сильнее оно ограничивало свободу должника.

¹ *Thomas Aquinat. Summa Theologica. II-II. Q. 88, Art. 3, 10* (текст доступен в Интернете на сайте: www.gutenberg.org).

² *Mehren A. Von. The French Civil Code and Contract: a Comparative Analysis of Formation and Form // 15 Louisiana Law Review. 1954–1955. P. 702.*

³ *Гоббс Т. Левиафан. М., 2001. С. 99.*

⁴ *Puffendorf S. Of the Law of Nature and Nations. Book III. 1729. P. 243* (доступно в Интернете на сайте: www.archive.org).

⁵ *Grotius H. On the Law of War and Peace. 2004. P. 95 ff.*

⁶ *Кант И. Метафизика нравов. В двух частях // Кант И. Сочинения в шести томах. Т. 4. Ч. 2. М., 1965. С. 126–127.*

⁷ *Юм Д. Трактат о человеческой природе // Юм Д. Сочинения. В 2 т. Т. 1. М., 1965. С. 670–681.*

Особенно важное значение данная этическая подоплека принципа обязательности договорных обещаний имела в романо-германском праве. Широкое распространение в праве континентально-европейских стран договорных неустоек, направленных на принуждение должника к исполнению договора, и доступность иска о прямом принуждении к исполнению обязательств в натуре увязаны во многом именно с этой идеологией¹. Не остается эта теория без сторонников и среди юристов стран общего права².

Но данная теория не дает ответы на множество вопросов. Так, например, остается не вполне ясным, почему именно этот вариант неэтичного поведения требует столь затратного для налогоплательщиков карательного аппарата. Почему право защищает лишь некоторые обещания, да еще и зачастую обличенные в определенную форму?³ Почему право многих стран все больше ослабляет давление на должника, нарушающего обещание, отказывается от применения к нему уголовных санкций, а в Англии и США право традиционно сводило основное последствие нарушения обещания к уплате денежной компенсации?⁴ И как объяснить, что в современных условиях наличия обширного договорного права огромное число обязательств вытекает не столько из взаимных обещаний контрагентов, сколько из применения императивного правового регулирования, вытекающего из кодексов и судебного правотворчества?⁵

Но самое главное возражение против обоснования принципа принудительной силы контрактов исключительно через идею неэтичности нарушения обещаний состоит в том, что современная деловая мораль далеко не всегда считает нарушение договорных обязательств чем-то априори аморальным, сохраняя такую характеристику в основном за отдельными особенно вопиющими случаями контрактного оппортунизма⁶. В литературе справедливо отмечается, что в реальности значительное

¹ *Синявская М.С.* Нарушение договорного обязательства и его правовые последствия: основные тенденции в свете сравнительно-правового анализа: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 7.

² См., напр.: *Fried C.* Contract As Promise: a Theory of Contractual Obligation. 1981. Обзор теорий, выводивших идею принудительной силы контрактных обязательств исключительно из идеи автономии воли, применительно к англо-американскому праву дает Мелвин Айзенберг. См.: *Eisenberg M.A.* The Theory of Contracts // The Theory of Contract Law. New Essays. 2001. P. 223–235.

³ Этот аргумент приводит, в частности, Патрик Атия. См.: *Atiyah P.S.* Promises, Morals and Law. 2003. P. 22.

⁴ *Atiyah P.S.* Promises, Morals and Law. 2003. P. 139.

⁵ *Ibid.* P. 141, 142.

⁶ Понятие оппортунизма, популяризованное знаменитым американским экономистом Оливером Уильямсоном, обычно применяются для обозначения случаев использования участниками оборота вероломных и недобросовестных методов для достиже-

число случаев нарушения обязательств воспринимается в рамках конвенциональной морали вполне толерантно¹. Так, например, просрочка компании в оплате, вызванная финансовыми сложностями, вряд ли будет сейчас восприниматься как некое нарушение этического императива и вызывать какие-то угрызания совести у самого должника или моральное порицание со стороны окружающих. При этом в таких случаях право не перестает применять принуждение в отношении должника (взыскивать долг), ограничивая лишь некоторые формы принуждения (например, взыскание неустойки или убытков), да и то только в крайне редких случаях (например, форс-мажор).

Соответственно эта теория обесования принудительной силы контрактных обязательств хотя и является в историческом плане достаточно правдоподобной, но вряд ли может дать исчерпывающее объяснение реальному применению принципа *acta sunt servanda* в современных условиях и стать исключительным советчиком правотворцам и правоприменителям при решении вопросов об ограничениях его действия.

3. Иногда в зарубежном праве выдвигаются те или иные варианты «*деликтной теории*»², которая считает соблюдение договора своего рода воздержанием от совершения деликта, а нарушение договорного обязательства — простым деликтом, влекущим необходимость компенсировать те потери, которые кредитор понес, полагаясь на заключенный контракт. Так, знаменитый американский судья Оливер Уэнделл Холмс в частной переписке замечал, что заключение договора в общем и це-

ния своих экономических целей. См.: *Уильямсон О.* Экономические институты капитализма. СПб., 1996. С. 97.

¹ *Macneil I.* The Many Futures of Contract // 47 Southern California Law Review. 1974. P. 691, 729.

² См., напр.: *Gilmour G.* The Death of Contract. 1995. P. 1. Близко к данной теории подошел знаменитый английский теоретик договорного права Патрик Атийя, который видел политико-правовое основание принципа принудительной силы договорных обязательств либо в том, что должник уже получил имущественное предоставление от кредитора и отказ в защите требования кредитора, таким образом, будет способствовать неосновательному обогащению (*benefit-based contractual liability*), либо в том, что кредитор понес в ожидании исполнения некие убытки, компенсация которых должна поставить его в то положение, в котором он находился бы, не будь договор вовсе заключен (*reliance-based liability*). Соответственно «голые» ожидания, вытекающие из консенсуального договора и не подкрепленные фактическим осуществлением кредитором своего исполнения или понесенными им в ожидании возложенного на должника исполнения убытками, правом, на взгляд Атийи, защищаться не должны. В некотором смысле договорное право, следуя идее Атийи, растворяется в деликтном праве и регулировании неосновательного обогащения. Подробнее см.: *Atiyah P.S.* Essays on Contract. 2001. P. 58. Этот взгляд получил ранее некоторое отражение в, пожалуй, самой знаменитой статье по американскому договорному праву, написанной в 1930-е гг. Лоном Фуллером и Уильямом Пердью (*Fuller L.L., Perdue W.R., Jr.* The Reliance Interest in Contract Damages // 46 Yale Law Journal. 1936–1937. P. 52 ff.; *Fuller L.L., Perdue W.R., Jr.* The Reliance Interest in Contract Damages: 2 // 46 Yale Law Journal. 1936–1937. P. 419).

лом есть то же самое, что и совершение деликта, за исключением лишь того, что в первом случае ответственность поставлена под отлагательное условие нарушения договора¹.

Эта теория предполагает, что обещания контрагентов дают этические основания для принуждения, так как создают у другой стороны веру в то, что исполнение произойдет, и провоцируют ее нести те или иные расходы в преддверии получения исполнения. В таких условиях, если бы договорные обязательства не имели судебной защиты, право бы легитимировало причинение кредитору вреда (неоправданных расходов, совершенных в ожидании исполнения должником своего обязательства). Поэтому именно необходимость устранения этого вреда и видится некоторым в качестве основного резона для судебной защиты договорных обязательств.

При таком подходе если нарушение договора причиняет вред и только в той мере, в какой оно причиняет вред, право дает кредитору право на применение судебного принуждения в отношении должника. Личная свобода простирается ровно до той границы, за которой она начинает причинять вред другим согражданам. Отсюда вытекает идея о том, что основная реакция судов на нарушение контракта должна состоять во взыскании с должника компенсации реального ущерба.

Соответственно идея о том, что нарушение договора должно влечь компенсацию упущенной выгоды и ставить кредитора в то положение, в котором он находился бы, будь договор надлежащим образом исполнен, ставится сторонниками такой теории контракта под сомнение. В рамках деликтной теории для взыскания упущенной выгоды просто отсутствуют достаточные политико-правовые основания.

Данная теория, независимо от ее нормативных проявлений, в дескриптивном плане конечно же далека от истины и не объясняет, например, случаи, когда континентально-европейское и даже в некоторых случаях общее право дает кредитору возможность истребовать исполнение обязательства в натуре без какой-либо оценки наличия вреда от неисполнения договора. Кроме того, данная теория оказывается вовсе бессильной объяснить тот факт, что право практически всех стран мира путем взыскания убытков стремится поставить кредитора в то положение, в котором он находился бы, будь договор исполнен, и допускает взыскание упущенной выгоды.

4. Может быть выделена еще и «*кондиционная теория*», согласно которой основное значение имеют не сама сделка и обещания должника, а то, что одна из сторон на основании договора получает некое экономическое удовлетворение, а другая в случае неисполнения своего

¹ Цитируется из частной переписки О.У. Холмса по кн.: *Atiyah P.S. Essays on Contract*. 2001. P. 58.

встречного обещания получит неосновательное обогащение, на ликвидацию которого право и должно нацеливаться. Соответственно в этой парадигме контракт до его исполнения одной из сторон мало что значит, а исковую защиту получает только та сторона, которая уже исполнила свои обязательства.

Такой подход находит свое частичное проявление в римском праве, где в процессе утверждения концепции непоименованного в позитивном праве договора такие договоры порождали имеющее признаваемое судом обязательство должника только после того, как кредитор осуществил свое предоставление, а также в выросшей из римского права доктрине реальных сделок. Кроме того, такой взгляд может в некоторой степени объяснить классический подход судов общего права к присуждению к исполнению в натуре. Этот подход позволяет взыскать денежный долг, заставив должника исполнить свое обязательство, когда кредитор уже осуществил свое неденежное предоставление. Но происходит это не потому, что погашение денежного долга есть некий категорический императив, а потому, что в данной ситуации взыскание долга есть самый удобный способ избежать ситуации неосновательного обогащения. Ведь требование возврата предоставленного в случае передачи имущества процессуально реализовать затруднительно, а в случае с услугами и работами и просто невозможно. В тех случаях, когда первым исполнил договор плательщик, то если он не получает товары, работы и услуги, договорное право будет считать оптимальным вариантом устранения неосновательного обогащения отказ от договора и возврат уплаченных денег, стараясь не допускать присуждение к исполнению неденежного обязательства в натуре, кроме тех случаев, когда истребование реального исполнения как минимум с не меньшими сложностями, чем возврат денег, восстанавливает эквивалентность (например, истребование акций путем их реоформления в реестре акционеров).

Но и данная теория не способна объяснить, почему право повсеместно допускает взыскание убытков за нарушение договора, даже если ни одна из сторон не осуществила свое исполнение. Не дает она и ответ на вопрос о том, почему право европейских стран часто не видит ничего дурного в возможности заставить покупателя вносить предоплату.

5. Выдвигалась и *«теория защиты ожиданий»*, согласно которой смысл принципа обязательности и принудительной силы контрактов состоит в моральной необходимости защищать возникшие на основе воспринятого обещания должника ожидания (expectations) кредитора. Согласно данной теории все, что создает контракт, — это защищенные правом ожидания сторон и обязанность нежелающего исполнять договор должника поставить кредитора в то положение, в котором он оказался