

Введение

Двадцатое столетие прошло под знаком последовательного наступления публичного регулирования на принципы свободного предпринимательства и частного взаимодействия участников гражданского оборота. Вера в способность рынка к саморегулированию ослабла в результате обнаружения естественной тенденции к монополизации; социальная психология и экономическая теория доказали, что индивид не всегда может принять решение ответственно и разумно и что такие отклонения от рациональности нередко носят системный характер¹. Социальная несправедливость, выраженная в неравномерном, дисбалансированном распределении благ в обществе, стала проблемой в свободной рыночной экономике, которая «не гарантирует, что все члены общества будут иметь возможность воспользоваться... [рыночной экономикой] в равной мере»^{2*}. Все эти факторы заставили государство переоценить свою роль и начать разработку механизмов публичного регулирования, направленных на разрешение проблем, которые неизбежно несет в себе свободный рынок.

В современный период развития права произошла смена парадигмы: закон более не воспринимается как «наружная оболочка, под которой кроется беспрепятственно изменяющаяся масса договорных правил»³ или норма, получившая свое органичное развитие в ходе естественного эволюционного процесса, норма, которую нужно «открыть»: теперь закон — это продукт интеллектуальной деятельности

¹ В теории права в конце XX столетия, прошедшего в целом под знаком постмодернистской критики, произошло «[п]ризнание ограниченности человеческого разума, который не в состоянии охватить — описать, объяснить и предсказать — внешний мир и человека в нем...» (Честнов И.Л. Постклассическая теория права. СПб., 2012. С. 101).

² Kessler F. Contracts of Adhesion — Some Thoughts about Freedom of Contract // Columbia Law Review. Vol. 43. No. 5 (Jul., 1943). P. 640.

* Во всех приводимых в настоящей работе цитатах сохранены орфография и пунктуация первоисточников.

³ Мэйл Г. Древнее право. Его связь с историей общества и его отношение к новейшим идеям. М., 2012. С. 239.

законодателя¹, выражение его мнения относительно того, по каким стандартам должно жить общество². В XX в. появляются принципиально новые отрасли законодательства (антимонопольное, трудовое, законодательство о социальном обеспечении и др.), которые так или иначе обнаруживают свое вмешательство в сферы свободной координации участников оборота. Фактическая область применения свободы воли стремительно сокращается, поскольку в сферах, изначально отведенных для частной инициативы, устанавливаются более узкие границы для ее применения.

В данной тенденции принципиальный интерес для цивилистического исследования представляет эволюция собственно гражданско-правовых институтов, т.е. рассмотрение вопроса, каким образом частноправовые механизмы способны ответить на вызовы нового времени. В гражданском праве наиболее явно процессы социализации проявились в отношении к свободе воли в договорных отношениях как возможности независимых сторон творить «персональный» («индивидуальный») закон³.

Особую актуальность выбранная тема для исследования также приобретает в связи с реформой гражданского законодательства в сфере регулирования обязательств, основные этапы которой уже

¹ Так, Б. Леони называет этот процесс «тихой революцией», которая выражена в «растущем значении законодательства почти во всех правовых системах» (*Леони Б. Свобода и закон. М., 2008. С. 20*). Подобное мнение, что закон есть «нечто, имеющее отношение к разуму», направленное на «общее благо», установление которого есть «прерогатива или всего общества, или того общественного деятеля, который заботится обо всем обществе», высказывалось еще Фомой Аквинским. См.: *Аквинский Фома. Сумма теологии. Ч. I—II. Вопросы 90—114. Киев, 2010. С. 4, 8. См. также: Гредескул Н.А. К учению об осуществлении права: интеллектуальный процесс, требующийся для осуществления права. Харьков, 1900. С. 6.*

² Достаточно метко данный процесс описал в начале XX в. известный теоретик права Роско Паунд: «Правовые системы имеют периоды [своего развития], в которых система распадается до состояния технических формальностей, при которых научная юриспруденция становится механической юриспруденцией... Концепции приобретают устойчивый характер. Исходные предпосылки более не подвергаются анализу. Все вопросы становятся простым следствием таких концепций. Право становится корпусом правил» (*Pound R. Liberty of Contract // The Yale Law Journal. Vol. 18. No. 7 (May, 1909). P. 462*). Данные наблюдения автора предваряют его анализ отношения судов к принципу свободы договора под давлением социального законодательства (прежде всего трудового), набравшего свой вес в данный период. В так называемую эру *Локнера*, когда суды последовательно придерживались принципа свободы договора и отвергали законы, защищающие права работников, Р. Паунд критиковал американские суды за их догматизм и предрекал светлое будущее для трудового права.

³ *Канторович Я.А. Основные идеи гражданского права. М., 2009. С. 118.*

завершены. Сегодня можно с уверенностью сказать, что основным идеологическим вопросом данной реформы стал вопрос о пределах свободы договора в договорных правоотношениях. В этой связи настоящее исследование направлено на рассмотрение теоретических проблем свободы договора, а также (в более широком контексте) свободы воли в договорном праве как подотрасли гражданского права, регулирующей обмен материальными благами между субъектами гражданского оборота.

Как и в любом цивилистическом исследовании, в данной работе рассмотрение поставленных вопросов начинается с краткого обзора основных теоретико-правовых и философских категорий, на которые опирается все исследование. В этой связи *гл. 1* настоящей работы посвящена основным подходам к определению свободы воли, природы диспозитивной нормы договорного права, а также ее значения для соблюдения баланса интересов сторон договора. В *§ 1 гл. 1* мы в очередной раз обращаемся к основному философскому вопросу, связанному с понятием свободы воли, — к вопросу о детерминизме индивидуальной воли и ее соотношении с социальными обстоятельствами. Среди рассматриваемых философских теорий автономии воли особо выделяется точка зрения немецкого философа И. Канта, концепция которого оказала значительное влияние на теоретико-правовое понимание автономии воли и сумела предложить разрешение антиномии свободы воли и причинности. Свой вклад в изучение сущности свободы воли и ее пределов внесла также социальная философия, видное место в которой занимают работы Дж.С. Милля. Данным автором был подробно рассмотрен вопрос об оправдании публичного вмешательства в сферу личной свободы, однако не было предложено исчерпывающее обоснование всех форм ограничения свободы воли, которые находит приемлемым современное законодательство (например, ограничение патерналистского характера).

Понятие свободы воли развивается в исследованиях современных теоретиков и философов права, особое место среди которых занимают воззрения Г. Франкфурта и Дж. Дворкина, предложивших так называемую иерархическую теорию автономии воли. Согласно их представлениям решение индивида должно защищаться правом лишь в том случае, если такое решение соответствует «глубинной» автономии воли, т.е. разделяемым им ценностям. Данная теория, как и теория И. Канта, предлагает разрешение антиномии свободы и причинности, а также разрабатывает ценные аргументы в пользу разграничения понятий свободы выбора и свободы воли, на которое также указывают

отечественные авторы¹. Однако данный подход остается при этом уязвимым для критики с разных позиций, в частности за широкое толкование понятия «глубинной» автономии.

В § 2 гл. 1 предлагается классификация видов публичного вмешательства в сферу частной координации. В связи с этим рассматривается разрабатываемое в зарубежной доктрине понятие *патерналистского вмешательства* в праве, которое также привлекло внимание современных российских исследователей. В этом параграфе подробно освещаются основные зарубежные труды, посвященные проблеме патернализма в праве, и, в частности, работы Дж. Файнберга, который одним из первых в зарубежной доктрине предпринял попытку систематизировать представления о мерах патерналистского вмешательства и предложил обоснование такого вмешательства в договорном праве, основываясь на соотношении понятий свободы выбора и личного блага лица.

Несмотря на безусловную теоретическую ценность данной категории, мы отмечаем, что предложенные Дж. Файнбергом критерии «страдают» неопределенностью и не всегда оказываются «пригодными» для формулирования норм правового регулирования как способа универсального регулирования типовых ситуаций.

Понятие патернализма вносит вклад в исследование проблемы публичного вмешательства в сферу частной автономии и позволяет классифицировать виды такого вмешательства по критерию интереса, в защиту которых осуществляется такое вмешательство. Основываясь на данном критерии, можно выделить два типа ограничения свободы воли: 1) в защиту интересов третьих лиц и 2) в защиту интересов индивида, претерпевающего ограничения. На интерес как единственно верный критерий для классификации видов публичного вмешательства указывал еще Л.С. Таль², и в этом смысле современные разработки проблемы патернализма развивают и дополняют мысль российского ученого.

В гл. 1 § 3 посвящен понятию свободы воли и его толкованию, предлагаемому современными правовыми теориями, активно пользующимися достижениями иных социальных наук. В этой связи представляет научный интерес подход к изучению права с точки зрения поведенческой экономики, развиваемый американским исследователем К. Санстиным, который обращается к разработкам социальной психологии, позволяющим ему с новых мировоззренческих позиций исследовать процесс понимания рационального поведения индивида — одну из ос-

¹ См., например: *Ойгензихт В.А.* Воля и волеизъявление. Душанбе, 1983. С. 64–67.

² *Таль Л.С.* Трудовой договор: цивилистическое исследование. М., 2006. С. 433.

новых презумпций гражданского права. Такой подход, при котором особое внимание уделяется генезису и контексту принимаемого решения индивида, заставляет К. Санстина скептически воспринять индивидуальный выбор, сделанный в условиях недостаточной информации, под влиянием социальных норм или иных ограничений. Если имеют место указанные ограничения, К. Санстин видит основания усомниться в том, что выбор лица был истинно свободным, даже несмотря на то, что сам индивид будет воспринимать свое решение как свободное. В этих случаях, полагает автор, имеются основания для патерналистского вмешательства с целью «исправления» воли индивида для защиты его личных интересов.

Современные исследования дают основания полагать, что разновидностью вмешательства в свободное решение индивидов является применение диспозитивной (разрешительной) нормы, которая может создать так называемый *эффект владения* и поставить одну из сторон договора в привилегированное положение. Данное понимание значения диспозитивного регулирования выводит на новый этап развития научную дискуссию¹ о сущности и правовом характере дозволительного регулирования.

Глава 2 настоящей работы посвящена реализации свободы воли на этапе вступления в договорное правоотношение, т.е. свободе договора. В § 1 *гл. 2* излагается традиционное доктринальное понимание свободы договора. На основе категории гражданской правоспособности и правосубъектности понятие свободы договора раскрывается как индивидуальная свобода добровольно и независимо принять решение об участии в относительно гражданском правоотношении и определить условия такого будущего правоотношения. С использованием аргументации, примененной М.М. Агарковым при толковании статического и динамического понимания правоспособности, в данном параграфе формулируется понятие свободы договора как статической формы реализации свободы воли.

В § 2 *гл. 2* рассматривается вопрос о соотношении свободы договора и исполнения договорного обязательства. Исполнение договора, которое по общему правилу должно быть свободным и добровольным, является реализацией свободы воли (гражданской правоспособности) конкретного субъекта гражданского права на этапе *исполнения* определенного договора, т.е. динамической формой реализации свободы воли в договорном правоотношении (по аналогии с динамическим понима-

¹ Гредескул Н.А. Указ. соч. С. 52 и сл.

нием правоспособности, предложенным М.М. Агарковым). Обе формы реализации свободы воли — статическая и динамическая характеризуют добровольный характер реализации гражданской правоспособности как на этапе заключения договора (свобода от принуждения к заключению договора), так и на этапе исполнения договорного обязательства (по общему правилу — добровольное исполнение договора). Добровольный и осознанный характер реализации гражданской правоспособности (осуществление прав и обязанностей) делает возможным вывод о том, что случайное и бессознательное, хотя бы и должное, исполнение обязанности перед кредитором не должно признаваться правопорядком. Отмечается, что поскольку целью договорного обязательства является получение встречного предоставления¹, договорное отношение является неестественным, временным состоянием лица, в которое такое лицо вступает ради достижения экономической цели. Соответственно как только поставленная цель будет достигнута, лицо возвращается в первоначальное естественное состояние личной свободы.

Таким образом, правопорядок стремится защитить добровольность реализации гражданской правоспособности как на этапе заключения договора (недопустимость неправомерного принуждения к заключению договора), так и на этапе исполнения договорного обязательства (недопустимость неправомерного принуждения к исполнению обязательства). Данное обстоятельство позволяет сделать вывод о том, что ограничение свободы воли в договорных правоотношениях может проявляться в ограничении возможностей реализации свободы воли как на этапе вступления в договорное отношение (статическая форма), так и на этапе исполнения договора (динамическая форма). К последнему типу ограничений можно отнести меры защиты нарушенного права, которые призваны служить превенцией одностороннего отказа от исполнения договора. В этой связи особое значение приобретает институт присуждения к исполнению обязанности в натуре. Данная мера защиты является формой прямого вмешательства в личную свободу лица и в этом смысле является проявлением ограничения свободы воли в договорных правоотношениях. На эту особенность обращали внимание в свое время и отечественные цивилисты², и представители зарубежной доктрины³.

¹ См., например: *Новицкий И.Б.* Реальное исполнение обязательств // Труды научной сессии ВИЮН. 1–6 июля 1946 г. С. 145.

² См., например: *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. Т. I–III. М., 2004 // СПС «Гарант».

³ *Kronman A. T.* Paternalism and the Law of Contracts // *The Yale Law Journal*. Vol. 92. Num. 5. April 1983. P. 778–779.

Указанное выше понимание свободы воли как имеющей статическую и динамическую формы позволяет определить свободу воли в договорных отношениях как возможность сторон добровольно ограничить свою личную свободу посредством принятия на себя обязательства и со временем избавиться от принятого ограничения. Отмечается при этом, что понимание одностороннего отказа от договора как проявление свободы воли не противоречит этическому взгляду на нарушение договора. В последнем случае с отсылкой к современным исследованиям в области поведенческой экономики отмечается, что ввиду компенсаторного характера гражданско-правовой ответственности этическое понимание исполнения обязательства не должно иметь решающего значения.

В § 3 гл. 2 рассматриваются общие вопросы ограничения свободы договора. В данном параграфе дается обзор развития общественной и, в частности, экономической мысли в XIX–XX вв., оказавшей влияние на установление пределов свободы договора в гражданском праве. Несмотря на значительный интерес к данному институту в отечественной доктрине, демонстрируемый в последние годы, российская наука еще не предложила конкретные позитивные основания и не установила пределы публичного вмешательства в сферу частной координации. Решение данной теоретической проблемы, как отмечал, в частности, С.С. Алексеев¹, защитит сферу частной координации от необоснованного публичного вмешательства. В результате рассмотрения различных доктринальных точек зрения на природу и классификацию публичного вмешательства в сферу личной свободы в договорных отношениях формулируется вывод о том, что любая классификация будет неизбежно сталкиваться с проблемой выработки конкретных критериев в силу динамичности понятия публичного интереса. Данный вывод следует в том числе из истории изучения смежного вопроса — о границах между частным и публичным правом. В качестве иллюстрации изменения политики в отношении понятия свободы договора подробно рассматривается судебная практика Верховного суда США по данному вопросу в первой половине XX в. Данный опыт демонстрирует эволюцию взглядов суда на свободу договора как конституционное право гражданина под воздействием социально-политических факторов и изменения политики публичной власти в данной сфере.

Глава 3 настоящей работы посвящена вопросам ограничения свободы воли на этапе исполнения договора, а также сравнительному

¹ Алексеев С.С. Тайна и сила права. Наука права: новые подходы и идеи. Право в жизни и судьбе людей. М., 2009. С. 31.

анализу подходов англосаксонской и континентальной моделей договоров к вопросам исполнения договора и отказа от его исполнения.

В § 1 гл. 3 рассматривается концепция одностороннего отказа от договора в классической теории общего права в сравнении с континентальной моделью регулирования. В силу особенностей исторического развития договорного права в Англии, истоки которых усматриваются в судебной реформе Генриха II, присуждение к исполнению обязательства в натуре по сей день не является основной мерой защиты нарушенного договорного права и применяется в особых случаях, когда причиненный вред не может быть компенсирован путем возмещения убытков. Подробное изучение исторических английских прецедентов по данному вопросу позволяет установить основные аргументы, которыми руководствовались суды, признавая право должника на отказ от исполнения договора при условии возмещения убытков кредитора. В частности, одним из судов Англии в XVII в. было принято знаковое решение, в котором судья Э. Кук отметил, что *принуждение должника к натуральному исполнению искажило бы его изначальную волю, поскольку при вступлении в договор должник исходил из того, что, заключив договор, он сможет отказаться от его исполнения при условии должного возмещения убытков кредитора.*

Таким образом, рассмотренная модель договорного отношения, признающая право должника отказаться от исполнения обязательства при определенных условиях, представляет собой радикальный взгляд на свободу личности должника в договорном праве.

Если сравнивать данный подход с континентальной моделью, основанной на принципе «*pacta sunt servanda*» (принцип реального исполнения обязательства), то становится очевидно, что континентальная модель изначально представляла собой ограничение свободы воли в договорных правоотношениях в части ограничения свободы воли в динамической форме (т.е. свободы отказаться от исполнения обязательства). Современные исследования, посвященные исполнению договора, при этом достаточно критически оценивают значение принципа реального исполнения обязательства, поскольку возмещение убытков имеет все большее практическое значение для сторон договора, нежели присуждение к исполнению обязанности в натуре. Возрастание роли возмещения убытков в рыночной экономике по сравнению с принудительным исполнением обязательства отмечалось также и в советской доктрине¹. Данная особенность объяснялась

¹ См., например: *Каравайкин А.А. Исполнение договоров. М., 1934. С. 19 и сл.*

ролью в рыночном обороте денег — всеобщего эквивалента и соответственно «суррогата исполнения» договора. Современная российская практика также показывает, что возмещение убытков является более востребованной мерой защиты нарушенного права, а это приводит к выводу о том, что реальное исполнение обязательства как принцип гражданского права утрачивает свое значение и приобретает декларативный характер.

В *гл. 3 § 2* посвящен развитию описанной выше модели договора в англосаксонской правовой семье. Как отмечается в правовой доктрине США, практика присуждения к исполнению обязанности в натуре претерпела заметные изменения в XX в. и данная мера защиты перестала носить исключительный характер¹. Эта особенность стала проявлением общей тенденции в договорном праве США в прошлом веке — активного судебного вмешательства в процесс разрешения споров по договору и снижения формализма в толковании и применении договора. В результате, как отмечают американские исследователи, расширяются пределы договорной ответственности, при которой нарушитель несет ответственность едва ли не за все неблагоприятные последствия нарушения своего договорного обязательства. Такое положение существенно отличается от классической договорной модели США, сложившейся в конце XIX в., при которой договорная ответственность носила ограниченный характер, а кредитору не был доступен такой широкий перечень средств защиты нарушенного права, какой предоставляется в современной практике. Данная характеристика договорного права, как указывал Г. Гилмор, сближает договорное право с деликтным правом, в котором в максимальной степени проявился принцип полного возмещения вреда.

Описанный выше тезис о сближении договорной и деликтной ответственности опирается на различия между договорными и деликтными отношениями, изучение которых представляет особый интерес для анализа проблем свободы воли в договорных правоотношениях. В этой связи в настоящем исследовании подробно рассматривается социально-экономическая природа двух видов правоотношений. Указывается, что важнейшим конститутивным признаком, отличающим договорное отношение от деликтного, является неравенство субъектов, которое проявляется в том, что при совершении деликта потерпевший имеет значительно меньше возможностей при разумных издержках предотвратить или уменьшить причиненный вред. Данное обстоятельство

¹ *Gilmore G. The Death of Contract. Columbus, 1995. P. 16 and fol.*

ство имеет различные последствия при формулировании норм гражданского права о договорной ответственности, которые должны быть направлены в том числе на стимулирование сторон договора проявлять осмотрительность при заключении договора и оценке соответствующих рисков. Среди таких норм особое место занимают правила о предвидимости негативных последствий, которые в различных зарубежных правовых порядках проявляются в вопросах регулирования возмещаемых убытков и признании права на иск из нарушения договора.

Принцип предвидимости убытков закреплен в англосаксонском праве и законодательстве стран романской ветви континентальной правовой семьи (например, во французском праве). В соответствии с данным принципом возмещению подлежат лишь те причиненные убытки, которые были предвидены или могли быть разумно предвидены нарушителем. В работе особое внимание уделено истории указанного принципа в англосаксонской правовой семье: исторически данное правило развивалось в направлении отступления от фактического предвидения в пользу вменения предвидения убытков причинителю вреда. Отмечается, что если принцип предвидимости убытков открывает дополнительные возможности для договорного регулирования спорных ситуаций (поскольку предоставляет сторонам договора возможность предусмотреть в договоре конкретные обстоятельства, наступление которых может повлиять на расчет убытков), то вменение предвидения убытков такой функции не выполняет. Кроме того, вменение предвидения причиненных убытков, которое, по сути, предлагается некоторыми современными авторами¹ в контексте реформы российского гражданского законодательства, окажется малопродуктивным в решении актуальной проблемы недокомпенсации убытков в судебных спорах.

Как следует из обобщений судебной практики и американских доктринальных источников, вменение предвидения убытков, которое используется в современной практике США, опирается на высокий и редко выполняемый стандарт «разумного лица» как стандарт поведения нарушителя. Применение аналогичного стандарта в российской практике может привести к тому, что доказать отсутствие предвидения или возможности предвидения убытков будет невозможно, а это чревато перекомпенсацией убытков. В отсутствие данных правил о предвидимости убытков, неизвестных законодательству Германии и России на сегодняшний день, российская практика будет по-прежнему опираться

¹ *Капанетов А.Г.* Средства защиты прав кредитора в свете реформы гражданского законодательства // Вестник гражданского права. 2009. № 4 // СПС «КонсультантПлюс».

на понятия субъективной стороны и причинной связи при разрешении споров о нарушении договора и расчете причиненных убытков.

Если в указанных выше примерах предвидимость наступления негативных последствий (убытков) служила укреплению начал диспозитивности, так как открывала для сторон договора дополнительные возможности для договорного регулирования, то в иных институтах договорного права предвидение негативных последствий может быть использовано для ограничения свободы воли стороны договора. В этой связи рассматривается германский институт «договора с охранительным эффектом», который представляет собой пример отступления от принципа относительности договорного правоотношения за счет предоставления права из нарушения договора третьему лицу. Такое право признается судами за лицом, которое изначально не было предусмотрено договором, но которое в силу особых взаимоотношений с одной из сторон договора, о чем было известно другой стороне¹, и некоторых «пробелов» в деликтном праве Германии наделяется правом требования из нарушения договора.

Принцип относительности договора является проявлением принципа свободы воли, поскольку лицо, принимающее на себя обязательство, принимает добровольное решение ограничить личную свободу конкретным обязательством, право по которому предоставляется конкретному лицу. Предоставление впоследствии такого права при разрешении спора другому, прямо не предусмотренному заранее лицу при игнорировании воли должника с целью добиться более справедливого разрешения спора является проявлением социализации договорного права. В современной российской судебной практике встречаются такие примеры отступления от принципа относительности договора, которые не свидетельствуют на данный момент о появлении нового института, подобного «договору с охранительным эффектом». Отмечается, что поскольку появление данного института в Германии произошло в немалой степени ввиду отсутствия конструкции генерального деликта в немецком праве, рецепция данного института в российской практике является излишней.

Отмечается также, что отступление от принципа относительности договорного правоотношения проявляется и тогда, когда право на иск против стороны договора признается за третьим лицом напрямую законом. Наиболее типичными примерами являются потребительские отношения (ст. 1095 Гражданского кодекса Российской Федерации,

¹ Цвайгерт К., Кётец Х. Сравнительное частное право. В 2 т. Т. 2. М., 2010. С. 463.