

# В Е С Т Н И К ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

№ 5  
2025  
Том 25

## Редационный совет

Юрген БАЗЕДОВ

Беа ВЕРШРАЕГЕН

В.В. ВИТРЯНСКИЙ

Г.А. ГАДЖИЕВ

А.Г. ДОЛГОВ

В. ЕМ

И.С. ЗЫКИН

А.С. КОМАРОВ

Хельмут КОЦИОЛЬ

П.В. КРАШЕНИННИКОВ

А.А. МАКОВСКИЙ (председатель)

Л.Ю. МИХЕЕВА

Л.А. НОВОСЕЛОВА

Е.А. СУХАНОВ

В.В. ЧУБАРОВ

В.Ф. ЯКОВЛЕВ

## Главный редактор

Е.А. СУХАНОВ

## Зам. главного редактора

А.Е. ШЕРСТОБИТОВ

С.В. ТРЕТЬЯКОВ

## Ответственные редакторы

М.И. ЛУХМАНОВ

М.А. ПШЕНИЧНИКОВ

И.Р. АБДУЛЛИН

## Редакционная коллегия

Е.В. ВЕРШНИНИНА, А.В. ЕГОРОВ,

О.М. КОЗЫРЬ, А.Н. КУЧЕР,

А.А. МАКОВСКАЯ, Е.А. ПАВЛОВА,

С.В. САРБАШ, С.А. СИНИЦЫН,

Н.Б. ШЕРБАКОВ, Т.С. ЯЦЕНКО

ISSN 1992-2043

Отдел подписки: [mvgp@mvgp.org](mailto:mvgp@mvgp.org)

Журнал «Вестник гражданского права»  
выходит три раза в полугодие,  
зарегистрирован Федеральной службой  
по надзору за соблюдением законодательства  
в сфере массовых коммуникаций  
и охране культурного наследия.  
Пер. № ФС77-25484 от 14 августа 2006 г.

Учредители:

В. ЕМ, А.А. Маковский, Е.А. Суханов

Издатель: ООО «Издательский дом В. Ем»  
119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2.  
тел.: +7 (495) 649 18 06; [www.mvgp.org](http://www.mvgp.org)

Перепечатка материалов из журнала  
«Вестник гражданского права»  
допускается только с согласия Издателя.  
Ссылка на источник опубликования обязательна.

Издатель или Редакция не дают справок  
и консультаций и не вступают в переписку.  
Рукописи не возвращаются.

Учредитель, Издатель не несут ответственности  
за содержание рекламы и объявлений.

Журнал «Вестник гражданского права»  
включен в Перечень ведущих рецензируемых  
научных журналов и изданий, в которых  
должны быть опубликованы основные  
научные результаты диссертаций  
на соискание ученой степени  
доктора и кандидата юридических наук.



Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева  
при Президенте Российской Федерации

# CIVIL LAW

## REVIEW

**No. 5**

2025

Vol. 25

### Editorial Council

Jürgen BASEDOW

Bea VERSCHRAEGEN

V.V. VITRYANSKY

G.A. GADZHIEV

A.G. DOLGOV

V. EM

I.S. ZYKIN

A.S. KOMAROV

Helmut KOZIOL

P.V. KRASHENINNIKOV

A.L. MAKOVSKY (chairman)

L.Yu. MIKHEEVA

L.A. NOVOSELOVA

E.A. SUKHANOV

V.V. CHUBAROV

V.F. YAKOVLEV

### Editor-in-Chief

E.A. SUKHANOV

### Deputy Editors-in-Chief

A.E. SHERSTOBITOV

S.V. TRETYAKOV

### Managing and Executive Editors

M.I. LUKHMANOV

M.A. PSHENICHNIKOV

I.R. ABDULLIN

### Editorial Board

E.V. VERSHININA, A.V. EGOROV,

O.M. KOZYR, A.N. KUCHER,

A.A. MAKOVSKAYA, E.A. PAVLOVA,

S.V. SARBASH, S.A. SINITSYN,

N.B. SHCHERBAKOV, T.S. YATSENKO

ISSN 1992-2043

Subscription Dep.: [mvgp@mvgp.org](mailto:mvgp@mvgp.org)

### Founders:

V. Em, A.L. Makovsky, E.A. Sukhanov

The *Civil Law Review* Journal is being published three times in a half of the Year.

The *Civil Law Review* is registered by the Federal Service for supervision of legislation in mass communications and cultural heritage protection (Russia). Reg. No. FS77-25484 of August 14, 2006.

### Publisher:

LLC «V. Em Publishing House»

119454, Moscow, Lobachevskogo St., 92,

Bldg. 2.

Phone: +7 (495) 649 18 06; [www.mvvp.org](http://www.mvvp.org)

Reprint and republication of all the materials of the *Civil Law Review* Journal are allowed only with the consent of the Publisher. The appropriate reference to the source of publication is obligatory.

The Publisher and the Editor's office do not render information and consultations and do not enter into correspondence. Manuscripts are not being returned. The Founders and the Publisher are not responsible for the content of advertisements and announcements.

The *Civil Law Review* Journal is included into the official governmental List of leading peer-reviewed scientific periodicals (Russia).



Private Law Research Centre under the President  
of the Russian Federation named after S.S. Alexeev

# ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО (ГРАЖДАНСКОГО) ПРАВА

## О ЕДИНСТВЕ КОНЦЕПЦИИ ПРЕДДОГОВОРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПРИ ОПРЕДЕЛЕНИИ СТАНДАРТА ПОВЕДЕНИЯ СТОРОН НА ПРЕДДОГОВОРНОМ ЭТАПЕ (часть 1)



К.А. УСАЧЕВА,

кандидат юридических наук, магистр частного права, доцент кафедры гражданского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, доцент кафедры теории и истории частного права Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ

<https://doi.org/10.24031/1992-2043-2025-25-5-7-51>

*Чаще всего договор ассоциируется с уже состоявшимся консенсусом, но это не означает, что можно забыть о процессе, который к нему приводит. Хронологически первым этапом зачастую выступают переговоры, проведение которых, конечно, не является обязательным, но в значительной доле сложных контрактов, имеющих существенную экономическую ценность, они, как правило, присутствуют и ставят перед правопорядком сложные вопросы о характеристиках стандарта поведения сторон, устанавливающего должный баланс свободы и ответственности на преддоговорном этапе. В конечном счете во многом все они восходят к установлению того, каковы источники этого стандарта. Можно ли действительно, как нередко принято, говорить о едином концепте преддоговорной ответственности лишь при множественности его проявлений или же между этими проявлениями так много непримиримых, фундаментальных различий, что нельзя обнаружить ничего общего для построения универсального режима преддоговорной ответственности?*

*Ключевые слова: переговоры; преддоговорная ответственность; информационные обязанности; срыв переговоров; конфиденциальность; предварительные соглашения.*

ON THE UNITY OF THE CONCEPT  
OF PRE-CONTRACTUAL LIABILITY DUE  
TO THE DETERMINATION OF THE REQUIRED  
STANDARD OF CONDUCT OF THE PARTIES  
AT THE PRE-CONTRACTUAL STAGE  
(Part 1)



K.A. USACHEVA,

PhD in Law, M. iur. priv., Associate Professor, Department of Civil Law,  
Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University, Associate Professor,  
Russian Private Law School

*As a rule, a contract is identified with the consensus itself, but this does not mean that we can forget about the process by which it is formed. Its first stage is often negotiations, which are generally not considered mandatory, but in most complex contracts that play a significant economic role, they usually exist and give rise to difficult questions about the required standard of conduct of the parties, expressing the right balance of freedom and responsibility at the pre-contractual stage. In fact, all of them go back to the search for the sources of this standard. Is it possible, as is often suggested, to speak of a uniform concept of pre-contractual liability in the multiplicity of its expressions, or do the fundamental differences between them prevent the construction of a universal regime of pre-contractual liability?*

*Keywords: negotiations; pre-contractual liability; duty to disclose; confidentiality duty; failed negotiations; preliminary agreements.*

**ВВЕДЕНИЕ**

О какой правовой системе ни шла бы речь, несомненно, всюду<sup>1</sup> фундаментальной характеристикой договора является наличие соглашения. Оно может состояться мгновенно или практически мгновенно, т.е. без предварительного обсуждения, простым акцептом оферты. Для этого иногда даже не требуется произнесения слов, специальных встреч сторон друг с другом: покупатель про-

---

<sup>1</sup> Даже в странах общего права.

сто забирает что-то на витрине продавца и уплачивает цену на кассе, пассажир просто садится в автобус после приложения проездного к валидатору и т.п. Такая модель, по всей видимости, сегодня относится к большинству повседневно заключаемых договоров с небольшой экономической ценностью или, например, к договорам присоединения, в которых одна сторона вынуждена придерживаться условий, разработанных другой<sup>1</sup>. Однако нередко достигнутое сторонами согласие является результатом диалога между ними на более раннем этапе (даже если потом и последует обмен офертой и акцептом<sup>2</sup>); более того, некоторые правопорядки в определенных случаях предписывают проведение переговоров<sup>3</sup>. Во многих важных ситуациях поэтому формирование соглашения не исключает предварительного обсуждения. Его осуществление основано на договорной свободе<sup>4</sup> и не требует облечения в какую-то определенную форму: обычно стороны обмениваются предложениями об элементах предполагаемого соглашения и, рассматривая условие за условием по мере того, как они ведут переговоры, постепенно приходят к консенсусу<sup>5</sup>. При этом они необязательно участвуют

- <sup>1</sup> В современном мире без предварительных переговоров заключается существенное число договоров. Наиболее крайним и механизированным случаем может показаться продажа через торговый автомат, где мы можем наблюдать такое «овеществление», что создается впечатление, что и договор заключен с самим автоматом. Не предполагают переговоров также покупка в магазине с фиксированными ценами или покупка железнодорожного билета по тарифу. Потребительские договоры часто являются предметом тщательного законодательного регулирования, которое предписывает или запрещает определенные положения или устанавливает правила оформления (например, разборчивые шрифты) для защиты слабой стороны, и т.д.
- <sup>2</sup> Постепенный процесс формирования договора в ходе переговоров не исключает анализ формирования консенсуса через обмен офертой и акцептом, но делает акцент скорее на подготовке сторон к будущему договору.
- <sup>3</sup> Например, американские и французские авторы нередко пишут о том, что существуют определенные обязательства по переговорам. В частности, преддоговорный период иногда навязывается правопорядком, чтобы дать сторонам (или одной из них) время на размышления или возможность работникам улучшить свои условия труда, не дожидаясь пересмотра существующих коллективных договоров. При этом обязательство вести переговоры, очевидно, не является обязательством по заключению соглашения.
- <sup>4</sup> Современная американская социология объясняет предваряющие соглашение переговоры при помощи теории игр; в последовательности предложений и контрпредложений будущих контрагентов присутствует своего рода игра, тонкий набор маневров, осознанных и неосознанных, для получения преимуществ или защиты от рисков. Континентальная волевая теория договора, строго говоря, тоже оставляет этот период за рамками своего внимания, но тем не менее нередко вносит нюансы в эту простую схему анализа поведения сторон, предполагая, что существует некий генезис добровольного акта от намерения до решения через обсуждение, и выходя, таким образом, за пределы только этого последнего момента – достижения консенсуса через оферту и акцепт (*Stoffel-Munck Ph., Malaurie Ph., Aynès L. Droit des obligations. 11<sup>e</sup> éd. Paris : LGDJ, 2020. P. 265 ss.*).
- <sup>5</sup> Переговоры могут начаться с простого разговора, за которым может последовать череда встреч и (или) почтовая или иная корреспонденция и т.д., и развиваться к более высокому уровню связывающих стороны обязательств (*Jauffret-Spinozi C. The Domain of Contract: French Report // Contract Law Today: Anglo-French Comparisons / Ed. by D. Harris, D. Tallon. Oxford: Oxford University Press, 1989. P. 129*) – такое их видение сегодня в целом поддержано континентальной пра-

лично<sup>1</sup> и могут проводить параллельные переговоры, не информируя друг друга. Заключение договора здесь становится не столько актом, сколько процессом: достижение консенсуса может быть отделено от фактического вступления в переговоры более или менее продолжительным периодом<sup>2</sup>. Несмотря на то что с правовой точки зрения переговоры относятся скорее к фактам (в отличие от оферты, которая имеет конкретное правовое содержание) и договорное право, замечающее лишь конечное совпадение оферты и акцепта, предоставляет высшую ценность финальному акту консенсуса, с которым договоренность считается состоявшейся, само вступление в переговоры тем не менее уже заставляет стороны вести себя определенным образом. Требуемый от них стандарт поведения может вытекать из соглашений, связывающих стороны установленными правилами (например, о том, что одна сторона будет должна предоставить определенную информацию, которую другая, получив, будет обязана не раскрывать; или о том, что сторона, получившая значительную информацию о деятельности компании, не должна будет конкурировать с ней). Если такого соглашения нет, во время преддоговорного обмена каждый из контрагентов вынужден задумываться о необходимости защиты своей договорной свободы заключать или не заключать договор и в то же время об обеспечении гарантий собственной позиции в отношении элементов уже согласованного договора. Осуществление одним из контрагентов свободы, приводящей к прекращению переговоров, может вступать в конфликт с интересами другого, лишив его ожидаемых от договора выгод, и приводить к тому, что уже понесенные им расходы или иные предпринятые шаги станут напрасными<sup>3</sup>. Обе стороны, таким образом, испытывают потребность как в гибкости – возможности сохранить до последнего момента свою способность завершить (заключением договора) или прервать перегово-

---

вой мыслью, различия внутри которой сводятся лишь к правовой квалификации стандарта, по нарастающей связывающего стороны (от деликтного к договорному или же от квазидоговорного к договорному). Подробнее см. далее.

- <sup>1</sup> Они могут дать полномочие на это третьим лицам, например, агент может договориться о продаже или аренде имущества собственника, в переговорах также могут участвовать работники контрагентов и проч.
- <sup>2</sup> Период переговоров отсчитывается от момента, в который стороны устанавливают контакт и начинают обмениваться соответствующей информацией для того, чтобы заключить договор. Конец переговоров – это момент заключения договора, выхода из переговоров всеми участниками либо одностороннего выхода.
- <sup>3</sup> Во-первых, сами переговоры также нередко требуют вложений и ресурсов (привлечение специалистов для оценки преследуемых сторонами целей или проведения расчетов, расходы на поездки, получение информации, юридической консультации или подготовку проектов договоров и проч.). Во-вторых, переговоры могут казаться настолько надежными, что одна из сторон может отклонить параллельные выгодные предложения от других потенциальных контрагентов, расторгнуть существующие договоры или заключить новые договоры с третьими лицами. Если переговоры срываются, эти договоренности становятся бесполезными, а расходы – напрасными (Kötz H. *European Contract Law*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2017).

ры, так и в правовой определенности. На этапе переговоров, конечно, возникает множество и других конфликтов, например, связанных с информационной асимметрией: в какой степени каждая из сторон может полагаться на свою свободу не информировать контрагента, способного самостоятельно получить необходимые для него сведения, и должна нести последствия собственной неинформированности? В какой степени стороны должны сохранять конфиденциальность полученной друг от друга информации? И так далее. В подобных случаях право вмешивается, чтобы гармонизировать эти противоречивые проблемы: переговорная этика обеспечивается применением механизмов ответственности, ограничивающих свободу<sup>1</sup>.

## 1. ОСНОВАНИЯ И ПРЕДЕЛЫ ПРЕДОГОВОРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ СТОРОН В ОТСУТСТВИЕ СПЕЦИАЛЬНО ПРИНЯТЫХ НА СЕБЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

### 1.1. Поведенческие стандарты на этапе переговоров: *pro et contra*

Итак, уже до заключения договора, по умолчанию, даже без составления какого-либо предварительного соглашения стороны могут быть связаны определенным стандартом поведения. Причины его введения долгое время вызывали разногласия. Вероятно, поэтому некоторые кодификации (например, российский ГК до 2015 г. или Французский гражданский кодекс (ФГК) до реформы 2016 г.<sup>2</sup>), а также акты по унификации договорного права (например, Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров (*United Nations Con-*

<sup>1</sup> Наблюдения приводятся по: *Babusiaux U. Liability for Negotiations // Commentaries on European Contract Laws / Ed. by N. Jansen, R. Zimmermann. Oxford: Oxford University Press, 2018. P. 364–365; Cabrillac R. Droit européen comparé des contrats. 2<sup>e</sup> éd. Paris : LGDJ, 2016. P. 42; Dissaux N. Contrat: formation // Encyclopédie juridique Dalloz. Répertoire de droit civil. Paris : Dalloz, 2017. Nos. 14 ss; Fabre-Magnan M. Les obligations. Paris : PUF, 2004. P. 205 ss., 214 ss.; Ghestin J., Loiseau G., Serinet Y.-M. La Formation du contrat. T. 1 : Le contrat – le consentement. Paris : LGDJ, 2013. P. 495 ss., 511 ss.; Montero E., Demoulin M. La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée // Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code de droit civil. Bruxelles : La Chartre, 2004. P. 82 ss.; Schmidt-Szalewski J. La période précontractuelle en droit français // Revue internationale de droit comparé. 1990. Vol. 42. N° 02. P. 545–547; Stoffel-Munck Ph., Malaurie Ph., Aynès L. Op. cit. P. 265 ss.; Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F. Droit civil ; les obligations. 12<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 2019. P. 272 ss., 265, 307 и мн. др.*

<sup>2</sup> Статья 1134 ФГК в старой редакции гласила: «договоры должны выполняться добросовестно» и была ограничена областью исполнения, но на самом деле представлялось очевидным, что стороны должны быть добросовестными и при заключении договора, поэтому это казалось ненужным указывать прямо. Практика отходила от первоначальной буквы ст. 1134 ФГК, и сегодня уже все стадии покрыты принципом добросовестности; после последней масштабной реформы французского договорного права это расширение было законодательно зафиксировано (ср. ст. 1104 ФГК в послереф. ред.) (*Aubert de Vincelles C. Le processus de conclusion du contrat // Pour une réforme du droit des contrats / Sous la dir. de F. Terré. Paris : Dalloz, 2009. P. 132–137; Fabre-Magnan M. Les obligations. P. 64; Latina M. Contrats (généralités) // Encyclopédie juridique Dalloz. Répertoire de droit civil. Paris : Dalloz, 2017. No. 153; Stoffel-Munck Ph., Malaurie Ph., Aynès L. Op. cit. P. 260; Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F. Op. cit. P. 272 ss. и др.).*

*vention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG*)) «сияли молчанием»<sup>1</sup> в его отношении.

С одной стороны, в качестве одного из главных аргументов «против» традиционно указывалось на порождаемую неопределенность: поскольку результаты переговоров не могут быть заранее известны, любая ответственность на этой стадии, по-видимому, противоречила бы принципу свободы договора, естественной антагонистической позиции сторон, каждая из которых действует на свой страх и риск, свободно выбирая контрагента, лучше всего подходящего для удовлетворения собственных потребностей, самостоятельно получая информацию, необходимую для принятия решений, и т.д. Понимание преддоговорного периода, на протяжении которого еще не возникло ни соглашения о переговорах, ни предварительного договора, ни конкретной оферты, лишь как явления фактической реальности, остающегося «вне права», способно вести к убеждению, что каждая сторона во время него должна иметь возможность отстаивать свои интересы без каких-либо ограничений<sup>2</sup>.

С другой стороны, почти всегда было столь же очевидно, что требуется защитить потерпевшего от предосудительного поведения контрагента даже на этапе переговоров. Понимание этого поразительным образом объединяет сторонников различных взглядов на методологию частного права. Для экономического анализа права (по крайней мере для некоторых его представителей) преддоговорная ответственность может стать эффективным средством предотвращения оппортунистического поведения. С этой точки зрения преддоговорная ответственность даже благоприятствует свободе договора – в той мере, в которой оппортунизм может вести к недостаточному усердию («недоинвестированию») со стороны контрагентов во время переговоров, что само по себе способно порождать менее эффективные договорные отношения. Однако любое расширение преддоговорной ответственности в то же время обязательно приводит к соответствующей потере договорной свободы, поскольку сторонам становится запрещено прерывать переговоры, которые выявили непреодолимые разногласия или оказались неэффективными, или на них накладываются иные ограничения<sup>3</sup>. Перенесение идеи системного доверия, например, из правовой социологии Н. Лумана на область преддоговорных отношений означает, что преддоговорная ответственность имеет отношение не толь-

---

<sup>1</sup> *Fauvarque-Cosson B. Negotiation and Renegotiation: A French Perspective // Reforming the French Law of Obligations / Ed. by J. Cartwright, St. Vogenauer, S. Whittaker. Oxford: Hart Publishing, 2009. P. 34 и др.*

<sup>2</sup> Этот универсальный аргумент, пожалуй, прежде всех прочих сегодня приводится в качестве опровержения наличия некоего общего поведенческого стандарта на этапе переговоров, но особенно часто он звучит в странах общего права. См.: *Fauvarque-Cosson B. Op. cit. P. 34; Babusiaux U. Op. cit. P. 363* и другие работы, подробнее указанные нами далее в отношении различных типов поведенческих обязанностей.

<sup>3</sup> См., в частности, из вторичных источников: *Babusiaux U. Op. cit. P. 363–364.*

ко к защите отдельных лиц – конкретных контрагентов, она способствует также общему функционированию правовой системы, в том числе самого договорного права<sup>1</sup>. Здесь же нужно вспомнить и о теориях О. Конта, Э. Дюркгейма, Л. Дюги, О. фон Гирке и др., акцентирующих внимание на социальном единстве и предлагающих достигать сплоченности, степень которой варьируется от полной, во многом механической солидарности, где личное просто поглощается коллективным, нередко ведя к всеобщему усреднению, одинаковости, до тех или иных форм кооперации между автономными субъектами, представляющими в обществе значительное разнообразие и оттого требующими терпимости друг к другу, где договор призван стать актом необходимого социального взаимодействия. Но именно требование *bona fides*, которое и в других случаях ограничивает договорную свободу, предлагает лучшую основу для введения преддоговорных стандартов поведения: «Свободно заключая договор, формируя его содержание, стороны должны быть ответственными за порочное осуществление своей свободы, маркируемое и воспрещаемое началом добросовестности. Следует ли в этом видеть какое-либо «нападение» на свободу? Разве это не, наоборот, необходимое следствие той самой свободы (и даже правовой определенности!), которая может процветать только в условиях лояльности?», – оправданно отмечает, например, Б. Фоварк-Коссон<sup>2</sup>. Стремление к экономической эффективности и акцент на понимании права как социальной системы, обеспечивающей уверенность в своих ожиданиях или социальную солидарность в тех или иных крайних ее выражениях, в данном конкретном моменте могут и не вступать в напряжение с началом доброй совести, но они не составляют основы, на которой вырастает договорное право, – свободы и ее пределов и неспособны адекватно отразить их взаимодействие<sup>3</sup>.

Необходимость сбалансировать свободу и ответственность на преддоговорной стадии при помощи общего предписания добросовестности сегодня прямо поддержана многими правопорядками (ср., в частности, текст ГК РФ после реформы 2015 г., текст ФГК после реформы 2016 г., текст Германского гражданского уложения (ГГУ) после реформы 2002 г. и др.). В равной мере и в европейском частном праве ограничение свободы договора преддоговорной ответственностью оправдано общим требованием *good faith* и *fair dealing*. Считается, что свобода составляет основу переговоров: никто не обязан принудительно вступать в переговоры, каждый может вести их так, как считает нужным, внося предложения, которые считает уместными, и каждый должен иметь возможность в любое время выйти из них, даже на продвинутой стадии, если проект договора не удовлетворяет одного из партнеров и если договор еще не заключен. Это соответствует классическому пониманию договора, в соответствии с которым никто не может быть

<sup>1</sup> Также приводится по: *Babusiaux U. Op. cit. P. 364.*

<sup>2</sup> *Fauvarque-Cosson B. Op. cit. P. 48.*

<sup>3</sup> Подробнее см.: *Усачева К.А. Основы договорного права. Ч. 1. М., 2025. С. 123–273.*

понужден к принятию на себя договорных обязательств, поддерживает свободную конкуренцию и здоровое функционирование рыночной экономики. Стороны могут проводить параллельные переговоры, сравнивать различные предложения, выбирать более подходящие из них и, соответственно, отклонять менее подходящие, но каждый участник переговоров тем не менее должен быть готов к ответственности, если его поведение является недобросовестным. Предписание *bona fides* требует раскрытия информации, предоставления другой стороне разумного периода времени для размышлений, необходимых в процессе достижения соглашения (что особенно актуально, например, в трудовом праве), соблюдения требуемого режима конфиденциальной информации, воздержания от внесения явно неакцептабельных предложений и тактики промедления, затягивания переговоров, когда принято решение о выходе из них или взаимодействии с другими лицами, а также иного недобросовестного срыва переговоров и т.д.<sup>1</sup>

## **1.2. Баланс свободы и ответственности при определении характеристик преддоговорной ответственности в традициях континентального и общего права**

Несмотря на то что не существует правовой системы, где формальная, негативная свобода господствовала бы безраздельно, и требование добросовестности в том или ином выражении встречается везде, оно, как мы выяснили<sup>2</sup>, все же имеет неодинаковую степень востребованности (причем даже возможность обращения к *good faith* и *fair dealing* через акты гармонизации и унификации договорного права не всегда позволяет преодолеть разногласия<sup>3</sup>), что прямо сказывается и на конструировании требуемого преддоговорного стандарта поведения сторон. Преддоговорная ответственность, предполагающая наложение на стороны обязанности вести переговоры добросовестно, по-прежнему остается областью права, в которой традиции континентального и общего права значительно расходятся.

<sup>1</sup> См., в частности: *Babusiaux U.* Op. cit. P. 364; *Brox H., Walker W.-D.* Allgemeiner Teil des BGB. 31. Aufl. München: C.H. Beck, 2006. S. 64; *Dissaux N.* Op. cit. Nos. 15 ss.; *Fauvarque-Cosson B.* Op. cit. P. 36; *Frost M.* „Vorvertragliche“ und „vertragliche“ Schutzpflichten. Berlin: Duncker & Humblot, 1981. S. 80 ff.; *Ghestin J., Loiseau G., Serinet Y.-M.* Op. cit. P. 513 ss.; *Montero E., Demoulin M.* Op. cit. P. 84 ss.; *Stoffel-Munck Ph., Malaurie Ph., Aynès L.* Op. cit. P. 260, 267–268; *Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F.* Op. cit. P. 272 ss. и другие работы, подробнее указанные нами далее в отношении различных типов поведенческих обязанностей.

<sup>2</sup> См. подробнее: *Усачева К.А.* Указ. соч. С. 222–273.

<sup>3</sup> Например, как мы уже видели, Директива Совета ЕС от 5 апреля 1993 г. № 93/13/ЕЭС «О несправедливых условиях в договорах с потребителями» уже вводила понятие добросовестности в качестве критерия для оценки содержания справедливости условий договора, сформулированных в стандартных формах. Однако в своем основополагающем решении *Director General of Fair Trading v. First National Bank* ([2001] 3 W.L.R. 1297) Палата лордов ясно дала понять, что английское право, даже в этой области, не готово принять континентальное понимание такого общего положения через частное право ЕС (*Ranieri F. Treu und Glauben* // [https://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Treu\\_und\\_Glauben#1.\\_Die\\_gemeinrechtlichen\\_Wurzeln](https://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Treu_und_Glauben#1._Die_gemeinrechtlichen_Wurzeln)).

Поскольку данное различие имеет не только глубокие исторические, но и философские корни, оно тем более заслуживает того, чтобы на нем остановиться.

История происхождения преддоговорной ответственности уже детально описана в литературе. Обычно она предваряется обращением к латинскому выражению «*culpa in contrahendo*», хотя оно не было знакомо классическому римскому праву. Это выражение было употреблено в средневековой «*Glossa Ordinaria*» к юстиниановскому «*Corpus iuris civilis*»<sup>1</sup>, однако честь его изобретения в основном приписывается Р. фон Иерингу<sup>2</sup>, который первым применил его к ситуациям

<sup>1</sup> D. 14.3.1: ...sed et plus possunt conveniri, si fuerint in culpa in contrahendo, si modo sint solvendo.

<sup>2</sup> Доктрина *culpa in contrahendo* восходит к известной статье Р. фон Иеринга, опубликованной в 1861 г. (*Jhering R. Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen // Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. 1861. Bd. 4. S. 1–112* (перевод работы на русский язык публиковался в журнале «Вестник гражданского права» в 2013 г.: *Иеринг Р. Culpa in contrahendo, или Возмещение убытков при недействительности или незаключенности договоров // Вестник гражданского права. 2013. № 3. С. 190–266*)). Его идеи были в существенной мере предопределены спецификой немецкого права. По мнению Иеринга, современное ему немецкое право страдало серьезными недостатками в своем стремлении к волевой теории и требованию консенсуса: любая описка, существенное заблуждение и проч., какими бы нераспознаваемыми для другой стороны они ни были, фатально влияли на действительность договора. В результате покупатель, например, который нечаянно заказал сто фунтов вместо предполагаемых десяти, не должен был возмещать продавцу расходы на транспортировку излишнего товара обратно продавцу. Преобладающее мнение, как он утверждал, не позволяло также и акцептанту полагаться на вступление договора в силу, даже если он отправил свой акцепт, поскольку могла наступить смерть оферента или отзыв оферты мог быть отправлен до того, как акцепт вступил в силу («в момент, когда он акцептует оферту, к нему уже может идти письмо, которое поставит его в известность об отзыве оферты, но достигнет оно его уже после того, как он начнет исполнять договор» – *Иеринг Р. Указ. соч. С. 250*: некоторые законодательства, пишет он в связи с этим, чтобы защитить акцептанта, просто лишили оферента права на отзыв, другие – предоставили возможность возместить убытки). Наконец, объективная невозможность, даже если она была известна обещавшему, влекла за собой недействительность договора. Эти и другие случаи убедили Иеринга систематически поднять вопрос о том, не должна ли виновная сторона нести ответственность перед своим контрагентом, претерпевшим потери, полагаясь на то, что договор состоится. Его ответ был утвердительным. Конечно, пострадавшая сторона не могла, по его мнению, компенсировать эквивалент своих ожиданий надлежащего исполнения договора (интерес покупателя в наличии у договора силы – *Aufrechterhaltung des Contracts*, интерес в его исполнении, «положительный интерес»). Но право, предположил он, едва ли может позволить себе отказать ей в возмещении вообще; оно должно предусмотреть восстановление *status quo* – компенсацию «отрицательного интереса» (интереса в незаключении договора – *Nichtabschluss des Contracts*), т.е. убытков, порожденных нарушением доверия к заключению несостоявшегося договора (ср.: «если продавец по причине существенной ошибки потребует назад от покупателя высланный ему товар, интерес в сохранении договора в силе будет состоять в любом случае в превышении ценности вещи над покупной ценой (если не в чем-то еще), интерес в незаключенности договора – в возмещении транспортных издержек»). В таком случае проявившему небрежность контрагенту остается винить только себя, когда он создает для другой стороны ложную видимость связывающего обязательства, – в этом смысл *culpa in contrahendo*. Хотя прочтение Иерингом действовавшего тогда права, в частности его интерпретация римских источников, и выдвинутое им обоснование *culpa* подверглись серьезной критике (ср., в частности: *Harke J.D. Rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse // Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241–432. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. S. 1541 ff.*), его основные идеи оказали сильное влияние на развитие многих систем континентального права. Приводится по: *Kessler F., Fine E. Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study // Harvard Law Review. 1964. Vol. 77. No. 3. P. 401–449; Иеринг Р. Указ. соч.*

преддоговорной ответственности. Он полагал, что стороны должны вести переговоры добросовестно: сам факт вступления в переговоры о заключении договора устанавливает особые отношения доверия, поэтому если одна из сторон разрывает переговоры тогда, когда ее контрагент может обоснованно полагать, что договор будет заключен, то она допускает вину, которая может влечь за собой ответственность<sup>1</sup>. С XIX в. выражение «*culpa in contrahendo*» используется для охвата различных ситуаций, возникающих на преддоговорной стадии<sup>2</sup>. Изобре-

<sup>1</sup> Приводится по: *Cabrilac R. Op. cit. P. 45 ss.*

<sup>2</sup> Отсутствие в римском праве института преддоговорной ответственности было связано с тем, что римские юристы не рассуждали о формировании контрактов. Отправной точкой для их размышлений, по крайней мере, в договорах *solo consensu* являлось не выражение намерений каждым контрагентом, а их консенсус. Если воля одной или обеих сторон «не имела необходимого направления», контракт аннулировался без дальнейшего выяснения происхождения ошибки стороны. Но при купле-продаже тем не менее продавец нес ответственность за явные заявления или обещания об объекте (*dicta et promissa*); за обман в сокрытии дефектов объекта и за явные гарантии в стипуляции. Кроме того, со времен Адриана римские юристы позволяли покупателю подать *actio empti*, если продавец (положительно) знал о дефектах или отсутствии титула. Это расширение договорной ответственности стало результатом применения критерия добросовестности, пришедшего от купли-продажи. Деликтная ответственность была недоступна для таких случаев: *damnum iniuria datum* в *actio legis Aquiliae* не покрывал чистый экономический убыток, охватывая лишь «аквилево, т.е. явное, материальное причинение вреда внешним предметам», деликтная *actio de dolo malo* позволяла его компенсировать только там, где был *dolus*. Средневековые комментаторы юстиниановского свода расширили сферу действия *actio legis Aquiliae* и признали общую деликтную ответственность за вину (*culpa*), которая позволяла компенсировать любой вред, включая чистые экономические потери, что обеспечило основу для разработки ответственности на преддоговорной стадии. Тенденция допущения такой деликтной ответственности продолжилась в гуманистической школе, чьи представители пытались усилить защиту покупателя, признав ответственность за презюмируемую вину продавца. *Usus modernus pandectarum* унифицировал эти подходы, и доктрина естественного права (Г. Гроций) была первой, которая применила деликтную ответственность (*ex lege Aquilia*), если договор купли-продажи становился недействительным из-за ошибки покупателя, допущенной вследствие небрежности продавца. Ж. Дома и Р. Потье более абстрактно возлагали на контрагентов ответственность, если договор был недействительным по причине, связанной с неосторожностью (*imprudence*) одной из сторон. Тем не менее немецкая историческая школа права во главе с Ф.К. фон Савиньи выступала за более ограниченную сферу действия деликтной ответственности. Ее приверженцы бросили вызов средневековому и последующему расширению *lex Aquilia*, возвращаясь к конкретному списку защищаемых прав и интересов, таких как собственность, жизнь, свобода и здоровье. Мотивацией этого ограничительного взгляда была не только забота об исторической подлинности, т.е. чистота «обновления» классического римского права, но и аргументы правовой политики. Главные авторы исторической школы заявили, что широкое применение общей деликтной ответственности приведет к увеличению исков и станет препятствовать экономическому развитию. Данное утверждение даже привело к ограничительному толкованию существующих законов (наиболее важным из которых было *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*), которые предусматривали ответственность на преддоговорном этапе. Пандектистское сопротивление преддоговорной ответственности можно было объяснить, с другой стороны, также и новым подходом к формированию договора. Он был осмыслен Савиньи как соединение воли, что привело к спорам о преобладании воли или ее выражения. Поскольку сам Савиньи выступал за волю, возникал риск увеличения числа недействительных сделок всякий раз, когда воля была искажена, например, односторонней ошибкой. Основная забота Р. фон Иеринга сводилась к тому, чтобы обеспечить компенсацию понесенных потерь стороне, которая в подобных случаях полагалась на недействительный договор. По мнению пандектистов, договорная ответственность не возникала без требуемого действительного договора, тогда как деликтная

тение Р. фон Иеринга не только получило дальнейшее развитие в немецком праве (Ф. Леонхардом, Г. Штоллем, Кл.-В. Канарисом, Д. Медикусом и др.), но и широко обсуждалось в других странах континентальной Европы, где важные корректировки в него первоначально внесли итальянский судья Г. Фаджелла (1906 г.) и французский ученый Р. Салейль (1907 г.). Г. Фаджелла выделил три различных преддоговорных периода (*periodi precontrattuali*) и переосмыслил процесс формирования договора посредством оферты и акцепта, установив общий юридически значимый этап, что привело к расширению ответственности, поскольку сторона могла быть привлечена к ней вследствие внезапного прекращения переговоров даже до формального совершения оферты. Основой данной ответственности, по его мнению, выступал общий консенсус сторон, который автор квалифицировал как преддоговорный. Ответственность для него выстраивалась по аналогии, параллельно договорной, опираясь на начало доброй совести. Еще один значимый аспект был внесен в эту дискуссию Р. Салейлем, который оценил преддоговорную ответственность, напротив, уже как деликтную. Тот факт, что стороны вступили в переговоры, по его мнению, создавал ситуацию взаимной зависимости, и его

была недоступна для чистых экономических потерь. Также *actio de dolo malo* мог использоваться, только если сторона действовала намеренно, но не тогда, когда ошибка была вызвана небрежностью. Для Иеринга отсутствие всякой правовой защиты стороны, которая полагалась на действительность договора, противоречило справедливости и добросовестности: получалось, писал он, что «виновная сторона свободно уходит от ответственности – невиновная же становится жертвой чужой неосторожности». В качестве средства правовой защиты он предложил установить ответственность за виновное поведение во время переговоров, что было особенно актуально для случаев, когда договор теряет эффект вследствие ошибки. Эта ответственность была основана на фрагментах из «Дигест», в частности связанных с ответственностью, понесенной продавцом *res sacra*, – Д. 18.1.62.1; *Ulp. D. 11.7.8.1* («римское право, – писал он, – само по двум случаям: случаям продажи *rei extra commercium* и несуществующего наследства – прямо указывало на наличие обязанности возместить убытки»). Хотя продажа *res sacra* недействительна, эти тексты давали договорный иск (из купли) или *actio in factum*, подобный иску из купли, если покупатель не знал об особом характере объекта (ср.: «принадлежность к *res extra commercium* с необходимостью исключает возможность исполнения – но не возможность какой-либо иной договорной обязанности», поскольку «*act. empti*, выполняя функции требования о возмещении вреда при ничтожности договора, – явление, ни стоящее особняком, ни необъяснимое, но, напротив, если отрезать от ее странного внешнего вида, создает простое положение: заключение договора создает не одну обязанность исполнить его, но также – когда в этой части действие договора исключается по причине какого-либо правового недостатка – обязанность при определенных условиях возместить убытки»). Иеринг вывел правило, согласно которому все контрагенты должны избегать виновного – и умышленного (*dolus*), и небрежного (*culpa*) поведения в процессе заключения договора.

Краткий обзор приводится по: *Babusiaux U. Op. cit. P. 349–352*. См. также: *Jhering R. Op. cit. S. 1–112* (перевод работы на русский язык см.: *Иеринг Р. Указ. соч.*); *Benedict J. Culpa in Contrahendo. Transformationen des Zivilrechts. Bd. I: Historisch-kritischer Teil: Entdeckungen – oder zur Geschichte der Vertrauenshaftung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018; Harke J.D. Op. cit. S. 1536 ff.; Looschelders D. Pre-Contractual Obligations and the Concept of Culpa in Contrahendo in German Law // The Formation of Contract: New Features and Developments in Contracting / Ed. by R. Schulze, M.P. Perales Viscasillas. Baden-Baden: Nomos, 2016. P. 29 etc.; Medicus D., Lorenz S. Schuldrecht I, Allgemeiner Teil. 14. Aufl. München: C.H. Beck, 2003. S. 59; Nicholas B. The Pre-Contractual Obligation to Disclose Information: English Report // Contract Law Today: Anglo-French Comparisons / Ed. by D. Harris, D. Tallon. Oxford: Oxford University Press, 1989. P. 167 etc.*

основной аргумент заключался в том, что, хотя переговоры должны рассматриваться как юридический факт (*fait juridique*), т.е. событие, которое может привести к правовым последствиям, они не составляют юридического акта (*acte juridique*), т.е. намеренного заявления сторон с целью создания правовых последствий. Поэтому, с одной стороны, стороны могли свободно прекратить переговоры, но с другой – неправомерность юридического факта могла влечь за собой ответственность. Как и Г. Фаджелла, Р. Салейль касался в основном срыва переговоров, противоречащего добросовестности: хотя он подчеркивал право сторон в любое время выйти из них, он утверждал, что в исключительных случаях такой выход может рассматриваться как нарушение, если оно соединено со злоупотреблением правом. Поэтому сторона, которая прерывает переговоры, может быть привлечена к ответственности, если обстоятельства срыва свидетельствуют о квалификации ее поведения как недобросовестного. В отличие от Г. Фаджелла Р. Салейль допускал ответственность только в тех случаях, когда уже была совершена оферта, и с этой точки зрения его концепция гармонично сочеталась с французским правом, позволявшим отозвать оферту до момента акцепта с компенсацией потерпевшему убытков<sup>1</sup>. В конечном счете теория *culpa in contrahendo* оказалась весьма успешной на континенте. Независимо от теоретической основы, согласие с требованием определенного стандарта поведения сторон в ходе переговоров прочно укоренилось в сознании большинства юристов – не только в доктрине и практике, но и в принятых кодификациях (ср., в частности, § 311(2) ГГУ, ст. 1112–1112-2 ФГК, ст. 1337 ГК Италии, ст. 227 ГК Португалии и др.). Наиболее широкого охвата доктрина *culpa in contrahendo* достигла в немецком праве, которое использует ее даже за пределами намерений Р. фон Иеринга – для любого вреда, который может возникнуть на преддоговорной стадии (распространяя ее, например, также на защиту сторонами физической целостности друг друга и личного имущества)<sup>2</sup>.

Общее право, в особенности английское, напротив, традиционно выступает за большую свободу в преддоговорных отношениях: считается, что если есть

<sup>1</sup> Приводится по: *Babusiaux U.* Op. cit. P. 349–352.

<sup>2</sup> Обзор подходов правопорядков континентального права приводится по: *Cabrillac R.* Op. cit. P. 45 ss.; *Dissaux N.* Op. cit. Nos. 15 ss.; *Ghestin J.* The Pre-Contractual Obligation to Disclose Information: French Report // *Contract Law Today: Anglo-French Comparisons* / Ed. by D. Harris, D. Tallon. Oxford: Oxford University Press, 1989. P. 151 etc.; *Kessler F., Fine E.* Op. cit. P. 407; *Kötz H.* Op. cit.; *MacQueen H.L.* Good Faith in the Scots Law of Contract: An Undisclosed Principle? // *Good Faith in Contract and Property* / Ed. by A.D.M. Forte. Oxford: Hart Publishing, 1999. P. 20 etc., 34 etc.; *Medicus D., Lorenz S.* Op. cit. S. 64; *Ranieri F.* Op. cit.; *Stoffel-Munck Ph., Malaurie Ph., Aynès L.* Op. cit. P. 260; *Harke J.D.* Op. cit. S. 1536 ff.; *Schulze R.* The Formation of Contract: New Features and Developments in Contracting // *The Formation of Contract: New Features and Developments in Contracting* / Ed. by R. Schulze, M.P. Perales Viscasillas. Baden-Baden: Nomos, 2016; *Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F.* Op. cit. P. 272 ss.; *Zoll F.* Culpa in Contrahendo in European Private Law – A Useful Concept? // *The Formation of Contract: New Features and Developments in Contracting* / Ed. by R. Schulze, M.P. Perales Viscasillas. Baden-Baden: Nomos, 2016. P. 41 etc. и другим работам, подробнее указанным нами далее в отношении различных типов поведенческих обязанностей.

«свобода договора», то значит, есть и «свобода от договора», как было показано в решении по делу *Walford v. Miles* (1992)<sup>1</sup>, отвергающем всякую роль добросовестности на этапе переговоров, поскольку признание такого принципа кажется «противоречащим враждебной позиции сторон, участвующих в переговорах», «невыполнимым на практике и несовместимым с самой сутью переговорного процесса»<sup>2</sup>. Обязанность вести переговоры добросовестно являлась бы слишком неопределенной, чтобы ее можно было обеспечить. В *Walford v. Miles* Палата лордов отметила, что суд не может субъективно решать, существует ли правильная причина для прекращения переговоров. Это позволяет каждой стороне свободно выбирать контрагента, лучше всего подходящего для удовлетворения собственных потребностей, используя возможность свободного выхода в качестве аргумента, стимулирующего к получению лучших условий от данного контрагента, и устраняя страх вступать в переговоры, испытываемый при неуверенности в беспрепятственном выходе из них. Алеаторная теория переговоров и концепция переговоров на расстоянии вытянутой руки исключают предписание вести переговоры добросовестно: при отсутствии обмана, введения в заблуждение, принуждения и проч. стороны, ведущие переговоры о заключении договора, не обязаны принимать во внимание интересы друг друга. Конечно, описанный принцип в английском праве со временем все больше смягчается, допуская, пусть и фрагментарное, проникновение *duty to negotiate with care*. Например, если требования *bona fides* ранее здесь признавались в весьма узком круге ситуаций, в частности в страховании как договоре *uberrima fides* или в фидуциарных отношениях с агентами, опекунами и проч., то теперь под влиянием европейского права также было введено обязательство по предоставлению информации в интересах потребителей<sup>3</sup>. Или если английское право традиционно казалось менее смелым в обращении к конструкции *promissory estoppel*, чем, к примеру, амери-

<sup>1</sup> В данном деле покупатель обещал предоставить подтверждающее письмо из своего банка, где говорилось бы, что у него есть необходимые средства, а продавец обязался не вступать в переговоры с другими. Несмотря на то что письмо банка было направлено продавцу, тот все же заключил договор с третьим лицом.

<sup>2</sup> Считалось, что каждая сторона переговоров имеет право преследовать свои собственные интересы, если избегает введения контрагента в заблуждение. Для продвижения своих интересов она должна иметь возможность, если считает это целесообразным, угрожать выйти из переговоров в надежде, что другая сторона может попытаться возобновить переговоры, предложив ей улучшенные условия. «A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of the negotiating parties», – пишет в упомянутом деле лорд Акнер, поэтому, пока ведутся переговоры, любая из сторон может отказаться от них в любое время и по любой причине. Не может быть никакой обязанности продолжать переговоры до тех пор, пока не появится «надлежащее основание» для выхода из них.

<sup>3</sup> См.: *Cabrillac R.* Op. cit. P. 52 ss.; *Giliker P.* Pre-Contractual Good Faith and the Common European Sales Law: A Compromise Too Far? // *European Review of Private Law.* 2013. Vol. 21. Iss. 1. P. 79–104 и другие работы, указанные далее в разделе об информационных обязанностях контрагентов в странах *common law*.

канское и австралийское право (и до сих пор считается, что *promissory estoppel* здесь может лишь защищать, но не служить основанием требований<sup>1</sup>; *Combe v. Combe*), то в последние годы все чаще встречаются научные дискуссии о расширении его роли от «щита» до «меча». Английские суды имеют потенциал для использования и нескольких частных механизмов для смягчения решения по делу *Walford v. Miles*, отвечая на конкретные трудности в отдельных случаях без формирования обобщенной концепции преддоговорной ответственности, – прежде всего, *misrepresentation*<sup>2</sup>. Тем не менее общее право не признает существования особых отношений на преддоговорном этапе, а правовые средства защиты для ситуаций, охватываемых *culpa in contrahendo* в континентальном праве, в основном выходят за рамки договорного права и не составляют единой концепции, подчиняясь конкретным требованиям об отдельных типах деликтов или *law of restitution*. В некоторых случаях возможен возврат выгод, полученных в результате неудачных переговоров. Обращение к деликтному праву в силу отсутствия общей обязанности действовать в интересах контрагента требует констатации конкретных нарушений для наступления ответственности – ложного заявления, а не просто умолчания о значимых для другой стороны обстоятельствах, просьбы начать исполнение в ожидании договора и проч. Английское право, наверное, могло бы найти место и для более универсального механизма, например, как проявления *duty of care* в *tort of negligence*, однако до сих пор суды отказывались идти этим путем (прежде всего именно потому, что в сознании английских юристов доказать существование *duty of care* на стадии переговоров крайне затруднительно), предполагая возможность получения стороной, претерпевшей потери в ходе переговоров, компенсации, главным образом на основании *tort of deceit* (где истец должен доказать, что ответчик осознанно и намеренно обманул его, побуждая положиться на искаженное представление, и что истец понес убытки, полагаясь на него)<sup>3</sup>. Отчасти схожие тенденции наблюдаются и в

<sup>1</sup> *Promissory estoppel* используется для защиты стороны, которая полагалась на обещание, не подкрепленное необходимыми формальностями (прежде всего *consideration*), чтобы не допустить несправедливости, когда сторона, давшая обещание, теперь отказывается от него, но не позволяет в то же время ей самой инициировать судебный процесс и требовать, например, исполнения этого обещания.

<sup>2</sup> Под ним понимается некое ложное заявление о фактах, относящихся к прошлому или настоящему, которое предопределило поведение контрагента. О его расширительном толковании см. подробнее далее.

<sup>3</sup> *Cartwright J. Negotiation and Renegotiation: An English Perspective // Reforming the French Law of Obligations / Ed. by J. Cartwright, St. Vogenauer, S. Whittaker. Oxford: Hart Publishing, 2009. P. 56.* В сравнительно-правовых исследованиях часто обращается внимание на то, что английский *tort of negligence* мог бы претендовать на роль механизма, способного восполнить отсутствие модели генерального деликта, но потребность в нем не находит здесь общей поддержки. Небрежность действительно проще доказать, чем, в частности, намерение, требуемое *tort of deceit*, но для *tort of negligence* необходимо констатировать наличие обязанности проявлять заботу в отношении истца (*duty of care*), нарушение которой и позволяет компенсировать причиненный ответчиком вред.

шотландском праве, где добросовестность играет некоторую роль, и это скорее выражено посредством конкретных правил, чем широких общих утверждений о принципе, а последствия тоже не так далеки, как на континенте, что довольно типично для смешанной системы<sup>1</sup>. В американском праве добросовестное ведение переговоров также напрямую не регулируется ни Единым коммерческим кодексом (§ 1-203 *Uniform Commercial Code, UCC*), ни вторым Сводом договорного права (§ 205 *The Restatement (Second) of the Law of Contracts*). Обе «кодификации» касаются только добросовестного исполнения, причем налагаемый на исполнение стандарт, как утверждается, не следует переносить на стадию заключения. Но Ф. Кесслер и Э. Файн<sup>2</sup> уже более чем полвека назад подчеркивали, что отсутствие обобщенной концепции *culpa in contrahendo* не означает, что требования *good faith* и *fair dealing* полностью неизвестны американскому праву: в частности, отдельные правила, затрагивающие предварительные переговоры (*preliminary negotiations*), безотзывные оферты на определенный срок (*firm offers*), ошибку, введение в заблуждение (*mistake, misrepresentation*), а также доктрины небрежности, эстоппеля (используемого интенсивнее, чем в английском праве<sup>3</sup>) и подразумеваемого договора, среди прочего, выполняли многие функции континентальной доктрины *culpa in contrahendo*<sup>4</sup>, хотя универсальной доктрины преддоговорной ответственности не сформировалось и здесь<sup>5</sup>.

В переговорах одна сторона редко берет на себя ответственность за другую (в ходе переговоров не возникает обязанности проявлять осмотрительность, стороны ведут переговоры как бы на расстоянии «вытянутой руки»; каждая из них должна полагаться на собственные суждения, запрашивать необходимые консультации третьих лиц и проч.); стороны в первую очередь заботятся о своих собственных интересах, а не об интересах друг друга) или обладает настолько превосходными знаниями и навыками, что другая может обоснованно на нее положиться. Лишь в редких случаях такие отношения можно будет классифицировать как «особые». Это предполагает ограниченную роль, например, для небрежного *misrepresentation*. Помимо того, что английские суды неохотно соглашались подрывать основополагающую для понимания договора философию свободы, следует отметить также традиционную враждебность английского деликтного права к искам о возмещении чисто экономического вреда: в иерархии интересов, защищаемых деликтным правом, чисто экономический ущерб считается значительно менее приоритетным, чем вред, причиненный здоровью и имуществу (*Giliker P. A Role for Tort in Pre-Contractual Negotiations? An Examination of English, French, and Canadian Law // International and Comparative Law Quarterly*. 2003. Vol. 52. No. 4. P. 974 etc.; *Chitty on Contracts*. Vol. 1: *General Principles*. 31<sup>st</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, 2012. P. 111 etc., 115: «нельзя сказать, что английские суды проявляют какое-либо желание разработать общий принцип ответственности за *culpa in contrahendo*, равно как и признавать общий принцип преддоговорной добросовестности, с которым такая ответственность была бы тесно связана»).

<sup>1</sup> *MacQueen H.L.* Op. cit.

<sup>2</sup> *Kessler F., Fine E.* Op. cit.

<sup>3</sup> Ср., в частности: *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.*

<sup>4</sup> *Kessler F., Fine E.* Op. cit. P. 419 etc.

<sup>5</sup> Обзор подходов право порядков общего права приводится по: *Babusiaux U.* Op. cit. P. 355–356; *Cabrillac R.* Op. cit. P. 35, 36, 40 ss.; *Cartwright J.* Op. cit. P. 50 etc.; *Chitty on Contracts*. Vol. 1: *General Principles*. P. 32 etc., 574 etc.; *Fauvarque-Cosson B.* Op. cit. P. 36, 41; *Furmston M., Tolhurst G.*

Таким образом, если континентальное право дает больше контроля, общее, кажется, выступает скорее за широкую формальную свободу в преддоговорных отношениях<sup>1</sup>: в отличие от большинства стран континентального права *common law* противостоит обобщенной концепции *culpa in contrahendo*. Породив определенное количество частных концепций, применимых на этапе переговоров, пусть и имеющих некоторый потенциал, оно, очевидно, до сих пор не только не знает остаточной категории «*culpa in contrahendo*», но и принципиально не приемлет стоящей за ней философии. Вероятно, поэтому использование ее в европейском частном праве и на уровне всеобщей гармонизации и унификации договорного права вызывало существенные затруднения.

Принципы УНИДРУА (ст. 2.1.15 *Principles of International Commercial Contracts, PICC*) стали первым текстом, в котором говорилось об обязанности добросовестно вести переговоры на международном уровне для коммерческих контрактов (по меньшей мере – в том числе, по большей – именно) потому, что данный акт относится к так называемому *soft law*, в отличие, например, от Венской конвенции (CISG), отчего скептицизм большинства стран общего права, которые выступали против, не возобладали. PICC повлияли на Принципы европейского договорного права (ст. 2:301 *Principles of European Contract Law, PECL*), Принципы действующего договорного права ЕС (ст. 2:101-2:103 *Acquis Principles, ACQP*), Модельные правила европейского частного права (ст. II.-3:301 и сл. *Draft Common Frame of Reference, DCFR*), *Principes contractuels communs* (ст. 2:101 PCC). Все эти тексты провозглашают, что стороны свободны выйти из переговоров, но в большинстве из них при этом говорится об обязанности вести переговоры добросовестно в соответствии с честной деловой практикой. Все они согласны, что срыв переговоров, противоречащий двум этим ориентирам (*good faith* и *fair dealing*), влечет необходимость компенсировать потери, понесенные другой стороной<sup>2</sup>. Это наблюдение дает некоторую надежду на сближение традиций континентального и общего права, но самой по себе ее, очевидно, недостаточно. Поскольку описанное различие взглядов на соотношение свободы и ответственности является одним из самых ярких примеров, иллюстрирующих противоре-

---

Contract Formation: Law and Practice. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2016. P. 392 etc.; Kessler F., Fine E. Op. cit. P. 408, 419 etc.; MacQueen H.L. Op. cit. P. 20 etc., 34 etc.; Kötz H. Op. cit.; Ranieri F. Op. cit. и другим работам, подробнее указанным нами далее в отношении различных типов поведенческих обязанностей.

<sup>1</sup> Разница традиций подчеркивается достаточно выражено в обеих традициях практически единогласно (см., в частности: Giliker P. Pre-Contractual Good Faith and the Common European Sales Law: A Compromise Too Far? P. 79–104; Babusiaux U. Op. cit.; Kessler F., Fine E. Op. cit.; Farnsworth E.A. Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations // Columbia Law Review. 1987. Vol. 87. P. 217–294 и все остальные указанные нами ранее и далее тексты).

<sup>2</sup> Наблюдение приводится по: Aubert de Vincelles C. Op. cit. P. 132–137; Babusiaux U. Op. cit. P. 349, 356 etc., 360 etc.; Cabrillac R. Op. cit. P. 49 ss.; Furmston M., Tolhurst G. Op. cit. P. 392 etc.; Giliker P. Pre-Contractual Good Faith and the Common European Sales Law: A Compromise Too Far? P. 79–104 и др.

ание индивидуализма и солидарности, создающее впечатление глубокого раскола между представленными сегодня философиями договора<sup>1</sup>, даже наличие одинаковой для всех возможности обращения к началу добросовестности через акты гармонизации и унификации договорного права не способно его полностью преодолеть. Данная возможность может просто оставаться невостребованной. Адекватная реализация стандарта *bona fides* во многом, если не во всем, повторимся, в конечном счете зависит от готовности самого общества – от того, какое место в иерархии его ценностей занимают личность и ее полноценная, зрелая свобода. Поэтому чем ближе общее право будет продвигаться к волевой теории<sup>2</sup>, только и способной выразить искомый баланс свободы и ответственности<sup>3</sup>, тем интенсивнее оно станет встраивать добросовестность в систему значимых для него элементов, отводя ей не просто формальную роль механического, аксиологически бесцветного корректора строгости норм (позволяющего преодолевать ригидность, излишнюю формализацию права, адаптировать его к конкретным отношениям), а скорее подразумеваемого нормативного фона, на котором существуют все прямо сформулированные точечные правила и институты, как раз и являющегося главным источником данной коррекции в силу того, что он задает пределы свободы<sup>4</sup>. При этом и аргументы о порождаемой общими принципами правовой неопределенности, которыми так гордо защищается общее право, тогда, как ни парадоксально, смогут начать утрачивать прежний вес, поскольку очевидно, что перманентный риск того, что в условиях «правового вакуума», рожденного отсутствием целостного принципа добросовестности, в отдельном слу-

<sup>1</sup> Kessler F., Fine E. Op. cit. P. 407; Cartwright J. Op. cit. P. 61 и мн. др.

<sup>2</sup> Напомним, что волевая теория оказалась воспринята правопорядками крайне неравномерно: если на континенте она традиционно занимает сильные позиции, в общем праве ее первенство, напротив, традиционно (пусть и с некоторыми поражениями) вытеснялось скорее меновой.

<sup>3</sup> Напомним, что добросовестность имеет смысл только при волевой теории договора. Лишь она касается поведения, лишь для нее значимы свободная личность и ее ответственность, требующие раскрытия в *bona fides* того самого неписаного поведенческого стандарта, по умолчанию ожидаемого от участников. Перемещение акцента на нечто типичное, усредненное, фактически сложившееся в социальных моделях договорного права игнорирует данную ценность воли, связанного с ней баланса свободы и ответственности и влечет утрату правом, призванным ограничивать должное от недолжного, своей нормативной функции. Также и в меновой теории договора поведенческий стандарт не находится в фокусе внимания: для нее имеет значение лишь соблюдение экономической эквивалентности в отношениях. Объединение этих двух идей рождает начало социального равенства, и такое нагромождение ошибок влечет дальнейшие перекосы: там, где должна была бы обсуждаться добросовестность, обсуждается равенство, причем называется это свободой, хотя на самом деле это принудительное давление социума. В теориях, опирающихся начала договорного права на соображения экономической эффективности, о добросовестности тем более не может идти речи. Нет о ней упоминаний и у тех, кто в принципе отказался от концептуализма: ведь недолжное познается только при наличии должного – нельзя преступить поведенческий запрет или нарушить поведенческое предписание, если ничего не сказано о недопустимости или предписанности правила.

<sup>4</sup> Именно потому, что право вдохновлено ею, она способна его восполнять, уточнять и проч.

чае будет принято решение в пользу солидарности там, где стороны полагали приоритет формальной свободы, дестабилизирует явно не меньше, а возможно, и значительно сильнее, чем наличие пусть и абстрактного, каучукового, но прямо выраженного общего ориентира<sup>1</sup>.

Российскому праву среди описанных выше направлений традиционно ближе скорее первое, наделяющее начало *bona fides* системообразующим значением. После реформы 2015 г. это прямо подчеркивает не только ст. 1, 10 и др., но и п. 3 ст. 307 ГК РФ в отношении преддоговорного этапа, а также предельно подробная ст. 434.1 ГК РФ.

Данное направление, конечно, и далее следует поддерживать.

Но достаточно ли самой по себе ссылки на добросовестность для построения единой концепции *culpa in contrahendo*? Ведь с таким же успехом можно было бы объединить в самостоятельную доктрину, например, информационные обязанности, напрямую не согласованные сторонами, и возражение о неисполнении (*exceptio non adimpleti contractus*) или предписание недискриминации в публичных договорах и механизмы, реагирующие на непредвиденно изменившиеся обстоятельства, а также любые иные правила, институционализации которых мы обязаны обращением к началу *bona fides*. Лишь прояснение того, что непосредственно входит в требуемый стандарт поведения на преддоговорной стадии, чем вызваны эти правила и каковы их особенности, позволяет более детально уяснить его характеристики и, как следствие, ответить на вопрос о том, требуется ли для его составляющих гетерогенный или же однородный правовой режим, оправдывающий построение общего института преддоговорной ответственности.

### 1.3. Способность *bona fides* обеспечить единство института преддоговорной ответственности

На преддоговорной стадии добросовестное поведение сторон связывается с различными аспектами: с предоставлением другой стороне разумного периода времени для размышлений, необходимых в процессе достижения соглашения (что особенно актуально, например, в трудовом праве), с раскрытием необходимой информации, с соблюдением требуемого режима конфиденциальной

<sup>1</sup> Ср.: «Нам в Англии трудно принять общую концепцию добросовестности», – писал еще совсем недавно, практически на заре XXI в., Р. Гуд: «Предсказуемость юридического результата дела, – продолжает он, – важнее абсолютной справедливости. <...> Последнее, чего мы хотим, – это отпугивать бизнес расплывчатыми концепциями справедливости, которые делают судебные решения непредсказуемыми, и, если это означает, что исход споров иногда оказывается тяжелым для одной из сторон, мы считаем это приемлемой ценой, которую следует заплатить в интересах большинства деловых тяжущихся сторон» (Goode R.M. The Concept of “Good Faith” in English Law. Rome: Centre for Comparative and Foreign Law Studies, 1992 (приводится по: Ranieri F. Op. cit.)). Однако сложно спорить, что любая абстрактная норма, пусть не детально, но все же в какой-то мере точнее формирует требуемые поведенческие стандарты, чем ее отсутствие, а значит, в какой-то мере уже направляет ожидания и не заставляет дожидаться стадии судебного контроля, чтобы убедиться в их обоснованности.