

Догматическое и политико-правовое обоснование защиты позитивного интереса при взыскании убытков при нарушении договора

Макарова Радмила Владимировна, Санкт-Петербургский государственный университет (Санкт-Петербург, Российская Федерация)

соискатель на кафедре гражданского права юридического факультета; e-mail: radmila.b@ya.ru.

Аннотация

Автор вслед за Л. Фуллером и У. Пердью пытается найти философское, историческое и утилитарное обоснование позитивного интереса при взыскании убытков вследствие нарушенного договора и, используя компаративный и исторический методы научного анализа, приходит к следующим выводам. Модель позитивного интереса не является атрибутом исключительно договора, она атрибутирует защиту субъективного права требования. Нарушено право может быть не только стороной договора, но и делинквентом, при этом убытки обоснованно будут исчисляться по модели позитивного интереса (например, взыскание убытков, причиненных недобросовестной интервенцией в чужие договорные отношения). Такой взгляд ставит под сомнение практическую целесообразность рассматриваемого деления моделей взыскания убытков и подталкивает к тому, чтобы оценивать объект посягательства — имело ли место нарушение субъективного права.

Исторически трансформация деликта в договор в английском праве ознаменована возможностью взыскивать убытки по модели позитивного интереса. Произошло это параллельно с признанием правовым порядком доктрины встречного предоставления.

Функционально, если проводить параллель с отечественным правовым порядком, встречное предоставление в системе *common law* реализует идею возмездности, формы договора, сигнализирующей о наступлении юридически обязывающих отношений, а также достижения сторонами взаимной определенности отношений. Возмездность, требуемая форма и определенность, согласно выдвигаемой гипотезе, и есть тот политико-правовой набор, что в историческом контексте сигнализирует о наличии субъективного права и оправдывает разумность ожиданий кредитора, которая и открывает дверь для реализации модели позитивного интереса при взыскании убытков при нарушении договора.

Ключевые слова: договор, нарушение договора, убытки, позитивный интерес, субъективное право.

Dogmatic and Political-Legal Justification for the Protection of Positive Interest in the Recovery of Damages in Case of Breach of Contract

Radmila V. Makarova, Saint Petersburg University (Saint Petersburg, Russian Federation)

graduate student at Department of Civil Law of the Faculty of Law; e-mail: radmila.b@ya.ru.

Abstract

Following L. Fuller and W. Perdue, the author tries to find a philosophical, historical and utilitarian justification for a positive interest in recovering damages due to a breached contract and, using comparative and historical methods of scientific analysis, comes to the following conclusions. The model of positive interest is not an attribute of the contract only, it attributes the protection of the subjective right of claim. The violated right can be not only a party to the contract, but also a delinquent, while the losses will reasonably be calculated according to the model of positive interest (for example, recovery of losses caused by unfair intervention in other people's contractual relations). Such a view calls into question the practical expediency of the considered division of models for the recovery of damages, and encourages us to evaluate the object of the encroachment — whether there has been a violation of a subjective right.

Historically, the transformation of a tort into a contract in English law is marked by the ability to recover damages according to the positive interest model. This happened in parallel with the recognition by the legal order of the doctrine of counter provision.

Functionally, if we draw a parallel with the domestic legal order, the counter provision in the common law system implements the idea of compensation, the form of the contract, signaling the onset of legally binding relations, as well as the achievement by the parties of mutual certainty of relations. Compensation, the required form and certainty, according to the hypothesis put forward, are the political and legal set that in the historical context

signals the presence of a subjective right and justifies the reasonableness of the creditor's expectations, which opens the door for the implementation of the positive interest model in the recovery of damages in case of breach of contract.

Keywords: contract, breach of contract, losses, positive interest, subjective right.

Введение

Цель настоящей работы состоит в опровержении устоявшегося утверждения, воспринимающегося многими коллегами практически аксиоматично: «Убытки по модели позитивного интереса взыскиваются при нарушении договора, убытки по модели негативного интереса представляют собой ответственность за деликт»¹.

Наши сомнения в отношении указанной атрибуции необходимо ясно обозначить.

Во-первых, неверной представляется бескомпромиссная, не предполагающая промежуточных остановок дихотомизация договора и деликта применительно к решению вопроса о модели взыскания убытков. Она неверна как сугубо исторически, так и в контексте сегодняшнего дня, так как оставляет за бортом регулирование многих пограничных ситуаций. Либо подобное регулирование, исходя из двухполюсной ригидной системы, оказывается неубедительным.

Во-вторых, сомнительной кажется и сама корреляция между нарушением и моделью взыскания убытков, если ее понимать императивно, а также отказывать в праве на существование симбиотическим моделям взыскания убытков.

В-третьих, если принять предыдущие утверждения в качестве гипотез, возникает необходимость поиска некоего фундаментального идеологического или же философского обоснования позитивного интереса для понимания того, что же в действительности защищает правопорядок через модель позитивного интереса.

Исходя из вышесказанного, в настоящем исследовании нам предстоит ответить на следующие вопросы.

1. Каковы идеологические и философские обоснования позитивного интереса?

2. Какие явления исторически предопределили формирование модели позитивного интереса? Возможно ли через исторический анализ выявить исходные элементы, вызывающие к жизни модель позитивного интереса, с тем, чтобы использовать это знание для тонкой настройки регулирования пограничных ситуаций?

3. На защиту какого интереса встает правопорядок, предоставляя в распоряжение кредитора модель позитивного интереса.

4. Насколько актуальна сама категоризация моделей возмещения убытков, предложенная Фуллером и Пердью.

Любой политико-правовой вопрос не может быть качественно рассмотрен лишь с опорой на одну единственную линию аргументации, равно как ни одна линия аргументации не создается автором с чистого листа. Мне близка метафора Р. Дворкина о том, что любой судья подобен автору, который пишет главу в длинном романе. С одной стороны, каждый автор привносит что-то свое в повествование, с другой — он не может перечеркнуть всё предыдущее повествование и войти с ним в неразрешимое противоречие. Полагаю, данная метафора в полной мере применима и к исследователю.

Изучать обозначенную проблему мы будем с трех ракурсов: с философского ракурса, исторического и с политико-правового.

Опираясь в исследовании мы будем на материалы стран common law, проводя некоторые параллели с отечественным правопорядком. Этот методологический прием обусловлен не столько тонким нюансированием решений и глубиной проработки вопроса в странах общего права, сколько исследовательской целесообразностью. Ведь признавая тот факт, что в Англии не произошло полноценной рецепции римского права², мы вместе с тем не можем не заметить, что английское право в Средние века во многом повторило путь, проделанный римлянами за 1000 лет до этого³. Филогенез институтов частного права в английском праве — лучший объект для исследования, ввиду лучшей сохранности артефактов, несущих следы данного развития.

В исследовании помимо общенаучных методов был использован сравнительно-правовой метод в интерпретации функционализма, в тех фрагментах исследования, где проводятся параллели с российским правом.

При всей неоднозначности и противоречивости данного направления компаративистики⁴ представляется, что касательно сравнения института договора в российском и английском праве лишь функциональное соответствие

¹ В целом и закон придерживается такого подхода (п. 2 ст. 393 ГК РФ).

² Хотя некоторые ученые придерживаются точки зрения, что рецепция имела место. См., например: *Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 34; *Гарсия Гарридо М. Х.* Римское частное право: казусы, иски, институты. М., 2005. С. 137.

³ *Цвайгерт К., Кёртц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. М.: Международные отношения, 2000. С. 283.

⁴ *Michaels R.* The Functional Method of Comparative Law. *Oxford Handbook of Comparative Law.* Oxford, 2008. P. 339–382; *Дождев Д. В.* Сравнительное право: состояние и перспективы. Российский ежегодник сравнительного права. СПб., 2008. № 1. С. 7–28.

институтов разных правовых систем делает возможным и целесообразным их сравнение, функция определяет объект исследования в конечном счете и релевантность результатов исследования.

В настоящий момент не существует единой теоретической концепции данного метода, а под эгидой функционализма объединены различные, по сути, методологические подходы. В настоящем исследовании нами использовался методологический подход функционализм, представляющий собой одну из возможных интерпретаций функционализма⁵. Вторя Гордли и Эссеру, мы подразумеваем под функцией аристотелевскую *causa finalis* или цель, на достижение которой направлено функционирование правового института.

Функция, таким образом, является *tertium comparationis*, критерием сравнения и сравнимости правовых институтов. Именно идея функциональной эквивалентности — базовая идея современного сравнительного правоведения — позволяет успешно преодолеть эпистемологические различия системы общего и континентального права и перевести их в сравнимую плоскость. При этом подобный взгляд позволяет сравнивать правовые институты и теоретические концепты, принимая за *tertium comparationis* ту функцию, которую они выполняют.

1. Постановка проблемы Лоном Фуллером и Уильямом Пердью

Лон Фуллера и Уильям Пердью (L. L. Fuller и W. R. Perdue)⁶ впервые в англо-американском дискурсе поставили проблему обоснованности притязания модели позитивного интереса при взыскании убытков при расторжении договора на модель, действующую презумптивно. И им подобные притязания не показались убедительными и бесспорными.

Фуллер и Пердью приводят следующие мыслимые модели возмещения убытков:

1. Реституционные убытки — убытки из кондикции при ситуации, когда сторона, исполнив причитающееся с нее по договору, не получила встречное предоставление от контрагента. Убытки рассчитываются в этом случае исходя из стоимости исполненного.

2. Убытки, защищающие доверие, защищают так называемый негативный интерес, то есть в результате возмещения лицо должно оказаться в позиции, как если бы договора не было вовсе.

3. Убытки из ожидания соответствуют позитивному интересу. В результате возмещения сторона оказывается в том положении, в котором бы она находилась, если бы договор был исполнен надлежащим образом.

Однако при ближайшем рассмотрении оказывается, что кондикционные убытки также стоят на страже доверия и представляют собой частный случай убытков по модели негативного интереса.

Далее авторы задаются вопросом: в чем же обоснование модели позитивного интереса и почему данная модель действует по умолчанию? Действительно ли взыскание убытков должно защищать ожидания кредитора и в чем же политико-правовой смысл защиты ожидания?

Выдвигается следующая гипотеза. Позитивная модель выполняет функцию частной превенции, то есть психологически является сдерживающим фактором от нарушения договора.

Таким образом, создается впечатление, что позитивная модель призвана поддерживать экономическую и социальную стабильность в обществе.

Но в идеальной экономике, в лабораторных условиях интерес, рассчитанный из ожидания, не сильно отстоит от интереса из доверия. По сути ожидание — это материализовавшееся доверие. Интерес из ожидания — это своеобразный артефакт доверия, а его преимущество заключено в доказательственной простоте. И прямое тому подтверждение — принцип митигации.

Исторически защита кредитора, чьи права по договору были нарушены, также строилась на защите доверия — это видно по реальным контрактам и ранней форме иска *action of assumpsit*. Но в определенный момент даже в договорах, где фактор нарушенного доверия индуцирует судебную защиту, убытки начинают рассчитываться по модели защиты ожиданий. И объяснений этому, по мысли авторов, может быть два. Первое — модель ожиданий более определенная, убытки проще рассчитать; второе — модель позитивного интереса дисциплинирует должника, то есть реализует функцию превенции нарушения.

Если следовать первому объяснению, будем ли мы считать, что в случаях, когда модель негативного интереса дает также определенное решение, мы предпочтем модель защиты доверия или, как минимум, предоставим кредитору выбор моделей защиты.

Кроме того, зачастую возникает ситуация невозможности дифференциации убытков, рассчитанных по негативной и позитивной модели. В частности, подобные «серые зоны» можно наблюдать в следующих ситуациях:

1. Отказ от договора на стадии частичного исполнения — подрядчик взыскивает те расходы, что он понес, и прибыль, которую он намеревался получить. Например, были закуплены материалы, которые невозможно реализовать на рынке и использовать в других проектах. В этой ситуации подрядчик вправе взыскать стоимость материалов и часть упущенной выгоды, которая приходится на выполненную часть работ.

⁵ Michaels R. The Functional Method of Comparative Law. Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford, 2008. P. 339–382.

⁶ Fuller L. L., Perdue W. R. The Reliance Interest in Contract Damages. The Yale Law Journal, 1937. Vol. 46. No. 3. P. 373–420.

2. Убытки от нереализованной возможности заключить аналогичный договор с третьим лицом представляют собой элемент модели негативного интереса, но зачастую эти убытки сложно разграничить с упущенной выгодой в рамках модели позитивного интереса.

3. Ситуации, когда нарушение контракта не просто лишает прибыли, но вызывает прямой вред (например, от больной коровы гибнет все стадо).

Целесообразность рафинированной позитивной модели в данных ситуациях ставится авторами под сомнение, хотя, возможно, все эти примеры подталкивают и к тому, чтобы усомниться в предложенной системе моделей взыскания убытков.

Пытаясь обнаружить утилитарное предназначение позитивной модели, Фуллер и Пердью задаются вопросом, может ли ожидание кредитора или, другими словами, его позитивный интерес всегда определять максимально возможный предел взыскания убытков по договору. Иногда негативный интерес выше, чем позитивный: в этом случае есть ли основания его ограничивать размером убытков по позитивной модели, если убытки взыскиваются в связи с нарушением договора?

Существуют разные модели негативного интереса: убытки, которые непосредственно связаны со встречным предоставлением (расходы на исполнение), и убытки, напрямую не связанные, возникшие как последствия дефектности исполнения.

В ситуации несвязанности напрямую убытков со встречным предоставлением, ограничителем размера убытков должен выступать тест на предвидимость убытков, но никак не позитивный интерес⁷. Например, если из-за болезни одного проданного животного гибнет все стадо, рушится бизнес покупателя вследствие невыполнения им встречных обязательств перед контрагентами, размер взыскания никак не должен ограничиваться размером ожидания или позитивного интереса. Ограничение задается тестом на предвидимость данных убытков для разумного лица. Хотя и в этой ситуации, как мы уже отмечали, довольно сложно отделить доверие от ожидания, позитивный интерес от негативного интереса. С одной стороны, расходы, возникшие как негативные экстерналии ненадлежащего исполнения, вписываются в рамки негативной модели; с другой — если бы кредитор оказался в позиции надлежащего исполнения обязательства, подобных расходов бы не возникло.

Принципиально иная ситуация, когда понесенные пострадавшей стороной расходы на исполнение собственного обязательства (негативный интерес) превышают потенциальное встречное предоставление (позитивный интерес), ввиду ошибочного коммерческого расчета или изменившейся экономической ситуации. Может ли неисправность должника послужить основанием для возложения на него данных рисков путем взыскания убытков по модели негативного интереса. Фуллер и Пердью дают отрицательный ответ, говоря о том, что в этом случае позитивный интерес должен служить ограничителем ответственности.

Таким образом, авторы выдвигают тезис об ошибочности общей презумпции действия модели позитивного интереса при взыскании убытков при расторжении договора. Авторы не видят сильных политико-правовых аргументов для выдвигания подобной презумпции.

Многочисленная критика Фуллера и Пердью связана в первую очередь с обоснованностью и целесообразностью предлагаемой ими классификации моделей взыскания убытков, выдвигаются и доводы против приводимых суждений⁸.

Но как впоследствии утверждал сам Л. Фуллер, ценность статьи не столько и не только в популяризации модели взыскания убытков, исходя из защиты доверия, сколько в анализе, который разрушает дихотомию «договор — внедоговорная ситуация» и подсвечивает промежуточные проблемные ситуации с точки зрения применимой модели возмещения убытков⁹.

Мы в своем собственном поиске пойдем той же дорогой, что и Л. Фуллер и У. Пердью, и попытаемся обнаружить обоснование позитивной модели с философских, исторических и политико-правовых оснований. Нас так же, как и Л. Фуллера и У. Пердью, интересует регулирование промежуточных состояний.

2. Философские обоснования моделей взыскания убытков

В этой части работы мы рассмотрим философскую линию аргументации в решении проблемы политико-правового выбора приемлемой модели взыскания убытков при нарушении договора.

⁷ Данный вопрос был поставлен в деле *Hadley & Anor v Baxendale & Ors* [1854] EWHC J70, где суд и вывел критерий предвидимости как ограничителя размера взыскиваемых убытков.

⁸ *Craswell R. Against Fuller and Perdue*. U. Chi. L. Rev., 2000. Vol. 67; *Andrews N. Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies*. London: Sweet & Maxwell, 2017. P. 398.

⁹ "I consider the contribution made in my article on the reliance interest to lie, not in calling attention to the reliance interest itself, but in an analysis which breaks down the Contract-No-Contract dichotomy and substitutes an ascending scale of enforceability". Letter from L. L. Fuller to K. Llewellyn (Dee 8, 1939), quoted in R. S. Summers, R. A. Hillman. *Contract and Related Obligation: Theory, Doctrine, and Practice*. 1997. P. 41.

2.1. Контрактуализм

Контрактуализм — влиятельное направление политико-философской мысли, основные современные интерпретации которого предложены Т. М. Скэнлоном, Дж. Ролзом. Контрактуализм представляет собой методологический прием для поиска приемлемых политико-правовых решений, заключающийся в представлении воображаемого гипотетического соглашения разумных абстрактных личностей.

Основная идея версии контрактуализма Т. М. Скэнлона сводится к тому, что приемлемые принципы человеческого взаимодействия основаны на морально приемлемом соглашении. Морально приемлемо, в свою очередь, то, что не может быть обоснованно отвергнуто другими.

Согласно позиции Т. М. Скэнлона, который прямо полемизирует с Л. Фуллером и У. Пердью, моральный принцип, ограничивающий ответственность нарушителя возмещением убытков, основанных на доверии или негативном интересе, — это принцип, осознавая который как применимый разумный участник оборота мог бы отказаться акцептовать оферту, и поэтому данный принцип не является приемлемым¹⁰. Таким образом, согласно позиции Т. М. Скэнлона, морально приемлемым, а значит, и единственно обоснованным с точки зрения политики права является выбор позитивной модели взыскания убытков при расторжении договора.

Однако этот вывод не кажется бесспорным. Более того, он, как представляется, может быть подвергнут сомнениям посредством контрактуалистской методологии.

Пожалуй, наиболее влиятельной контрактуалистской теорией является теория, выдвинутая Дж. Ролзом, вдохновленным идеей «беспристрастного наблюдателя» А. Смита.

Дж. Ролз также определяет выбор справедливых и морально приемлемых правил через требование честности или непредвзятости. Такая честность достигается, по мысли Дж. Ролза, с помощью «занавеса неведения», когда люди не знают о своем социальном статусе, им неведомы их истинные частные интересы, все то, что их окружает в жизни. Таким образом, достигается так называемое исходное положение, пребывая в котором люди, по мысли Дж. Ролза, честны и беспристрастны. Находясь в «исходном положении» за «занавесом неведения» люди приходят к справедливому соглашению в отношении базовых принципов социального устройства. Набор этих принципов, по мнению Дж. Ролза, невариабельный.

Собственно, основных принципа два. Во-первых, каждый имеет право на равный набор базовых свобод. Во-вторых, неравенство возможно лишь при соблюдении двух условий: отступление от принципа равенства должно быть привязано к постам и должностям, доступ к которым открыт для всех, и указанное отступление от принципа равенства должно приносить наибольшее благо для наименее обеспеченных членов общества¹¹.

Попробуем применить методологию Ролза к поиску оптимальной модели возмещения убытков.

На первый взгляд, беспристрастный наблюдатель в исходном положении согласится с тем, что в случае прекращения договора ввиду его нарушения какой-либо стороной, сторона, непричастная к нарушению, получит то, что она ожидала получить в случае полной реализации изначальной программы договорных отношений. В случае же «обнуления» договорной связи, ретроактивного аннулирования ее правопорядком (то, что происходит в ситуации признания сделки недействительной) пострадавшая сторона получит тот размер компенсации, который вернет ее в первоначальную позицию.

Но другой в равной степени признаваемый абстрактным беспристрастным наблюдателем принцип заключается и в том, что аналогичные споры должны разрешаться одинаково (собственно, это базовый принцип), а детали опциональные, не влияющие на существенные характеристики спора, не должны влиять критическим образом на его разрешение. Например, покупатель, заключивший договор купли-продажи и впоследствии обнаруживший недостоверность заверений продавца относительно качества вещи, может как отказаться от договора, так и признать сделку недействительной вследствие обмана. Представляется, что возможность эффективно оспорить сделку подтверждает высокую значимость недостоверных заверений. При этом модели взыскания убытков, например, по действующему российскому законодательству будут различны¹²: позитивная модель при расторжении договора, и негативная — при эффективном оспаривании сделки. Подобное отступление от базового принципа представляется не вполне обоснованным.

В США суды довольно часто присуждают убытки, рассчитанные в рамках позитивной модели, в ситуациях деликтной ответственности за недостоверные заверения. Так, если продавец делает недостоверное заверение (representation) о качествах дома, покупатель может взыскать убытки в таком размере, чтобы оказаться в позиции, как если бы заверение соответствовало действительности¹³.

С другой стороны, как показывает судебная практика США, противопоставление позитивного и негативного интереса не всегда уместно. Как правило, в ситуациях, когда взыскивается негативный интерес, позитивный просто не

¹⁰ Scanlon T. M. Promises and Contracts. Cambridge. 2000.

¹¹ Ролз Дж. Теория справедливости. Новосибирск: изд-во НГУ, 1995.

¹² О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора : пост. Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 49. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». П. 34–37.

¹³ Например, Midwest Home Distributor, Inc v Domco Industries Ltd, 585 NW2d 735, 738–742 (Iowa 1998).

рассчитать, хотя и это правило работает не всегда¹⁴. Вместе с тем это справедливо для многих случаев эстоппеля. Зачастую убытки по негативной модели присуждаются в ситуации, когда их невозможно рассчитать по позитивной модели. Факт наличия либо отсутствия договора решающего значения не имеет¹⁵. В отечественных реалиях данный подход мог бы быть применим при взыскании убытков вследствие недействительной сделки в результате обмана продавца.

Позволить взыскать покупателю убытки с позитивным интересом возможно, лишь отказавшись от ложной атрибуции — убытки с позитивным интересом / нарушение договора.

При таком взгляде покупатель может взыскать в качестве убытков разницу в рыночной цене объекта — например, если рыночная цена объекта увеличилась с момента заключения недействительной сделки. Такое решение представляется оправданным в российских реалиях, при этом абстрактный расчет убытков основывается на рыночной цене, и отсутствие договора не препятствует осуществлению данного расчета.

Но провести классификацию за «заванесом неведения» весьма проблематично, так как применение модели расчета убытков очень сильно зависит от фактов дела.

Примером может послужить кейс *Hoffman v Red Owl Stores*¹⁶. В данном деле рассматривалась ситуация, в которой договора между сторонами не было, но было обещание одной стороны заключить в будущем договор, притом весьма расплывчатое, рассчитывая на которое истец действовал в ущерб себе¹⁷. Истец, рассчитывая на заключение в будущем договора франчайзинга, совершал траты, чтобы соответствовать требованиям потенциального франчайзера, который в определенный момент просто закрыл указанное направление деятельности.

Суд взыскал убытки, рассчитанные исходя из негативного интереса, мотивируя решение нарушением ответчиком своего обещания, на которое рассчитывала другая сторона в ущерб себе. Модель негативного интереса, реализованная судом, несколько усеченная, так как учитывает только понесенные траты, но не учитывает убытки от потери возможности заключить аналогичный договор. Рассчитать и учесть эти убытки довольно сложно, но если бы суду удалось это сделать, разница между позитивной и негативной моделью была бы нивелирована.

В доктрине так и не было выдвинуто удовлетворительного объяснения такого решения суда. Все предложенные теории весьма уязвимы с точки зрения догматики. В частности, выдвигалась теория нарушения ответчиком общей обязанности действовать добросовестно на стадии переговоров. Но спорным является как сам тезис о существовании такой обязанности в странах общего права, тем более когда речь идет о предпринимателях, так и факт недобросовестности со стороны ответчика в данном деле. Деликтная ответственность за ненамеренные недостоверные заверения на стадии заключения договора — привлекательное объяснение, но лишь на первый взгляд. Проблема обнаруживается в том, что большинство судов не признают данный вид деликта, исключения же возможны для ситуаций, когда ответчик обладает специальными знаниями в определенной области. Теория квазиконtrakта и неосновательного обогащения также несостоятельна, потому как неосновательного обогащения и не возникло¹⁸.

Данная категория дел наглядно демонстрирует невозможность выведения общего правила, используя модель гипотетического соглашения. По сути, контрактуалистская методология не дает решения проблемы выбора приемлемой модели возмещения.

Мы видим, что обе модели могут быть как выгодны, так и невыгодны для пострадавшей стороны. А полная и правильная реализация этих моделей зачастую приводит нас к результатам, которые не сильно отличаются друг от друга. Такой итог ставит вопрос о релевантности самой категоризации, предложенной Фуллером и Пердью и подхваченной многими право порядками.

2.2. Выбор модели с позиции дистрибутивной и корректирующей справедливости

Рассмотрение моделей с позиций дистрибутивной справедливости. Так, некоторые авторы оценивают средства правовой защиты в соответствии с их распределительным эффектом.

Как отмечалось ранее, мера ожидания дает лицу, не нарушившему, договор, ту прибыль, которую он получил бы от сделки, а не просто восстанавливает его положение до договора. Сопоставив данный факт с посылкой, которой придерживается ряд ученых, что рыночный механизм создает неравенство в распределении благ, поскольку блага имеют тенденцию доставаться в основном тем, кто уже и так могущественен или богат, можно прийти к выводу, что модель позитивного интереса лишь усиливает неравенство в распределении благ.

¹⁴ *Collins v Old Republic Title Co*, 1997 WL 457709 (D. Kan, 1997); *Marbucco Corp v Suffolk Construction Co*, 165 F3d, 103, 104–106 (1st Cir 1999).

¹⁵ *Craswell R.* Op. cit. *Walsler v Toyota Motor Sales*, 43 F3d 396 (8th Cir 1994); *Hoffman v Red Owl Stores, Inc*, 26 Wis 2d 683, 133 NW2d 267 (1965).

¹⁶ 133 N. w. 2d 267 (Wis. 1965). Стоит отметить, что подход, обозначенный в данном деле, дальнейшего распространения не получил.

¹⁷ Подробнее см.: *Whitford W. C. Macaulay S.* *Hoffman v. Red Owl Stores: The Rest of the Story*. 61 *Hastings L. J.* 801. 2009–2010. P. 802–854.

¹⁸ *Scott R. E.* *Hoffman v. Red Owl Stores and the Myth of Precontractual Reliance*. 2007. URL: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1511&context=faculty_scholarship (дата обращения: 19.02.2023).

Если принять данную точку зрения, то может показаться, что убытки по модели позитивного интереса способствуют тому, чтобы сильные мира сего получали свою прибыль гарантированно всегда¹⁹.

Однако данный вывод базируется на допущении, что ответчик — всегда более слабая сторона, но зачастую это как раз не так, и вообще непонятно, почему подобное допущение должно ложиться в основу рассуждений. Кроме того, такой подход может отражаться на цене благ. Так, сильная сторона, понимая, что не сможет рассчитывать на убытки по модели позитивного интереса при нарушении договора, будет закладывать данные риски в цену благ, что в свою очередь сильнее всего ударит по наименее защищенным участникам оборота²⁰.

Модель негативного интереса менее предсказуемая, и в этом отношении ее регулятивный эффект с позиций дистрибутивной справедливости на экономиста в целом скорее негативный. Хотя этот вывод и не бесспорен. Основное возрастание энтропии положения должника имеет место при наличии убытков, представляющих собой негативные экстерналии ненадлежащего исполнения. Но эти убытки, как справедливо заметили Фуллер и Пердю, находятся в так называемой серой зоне, когда разграничить позитивный и негативный интерес проблематично.

С другой стороны, в модели позитивного интереса энтропия возрастает при расчете упущенной выгоды, которая зачастую полностью соответствует убыткам от упущенной возможности заключить аналогичный договор в идеальной негативной модели возмещения.

Анализ рассматриваемых моделей с позиции общественного осуждения того или иного поведения хоть сколько-нибудь значимых выводов нам не даст, поскольку заведомо невозможно определить, какая модель будет наиболее обременительна для неисправного должника. Очевидно экспрессивны, например, штрафная неустойка или модель сверхкомпенсационной защиты в системе, предлагаемой А. Г. Карапетовым²¹.

Экспрессивная значимость или этический месседж, как негативной, так и позитивной модели взыскания убытков, не столь очевиден, экспрессивностью обладало бы правило, согласно которому сторона, не нарушавшая договор, получает возможность выбора модели возмещения²².

Таким образом, с позиции дистрибутивного эффекта ни одна из моделей не обладает бесспорным преимуществом.

Рассмотрение с позиций корректирующей справедливости. Ключевой предпосылкой в рассуждениях является то, как мы относимся к праву требования из обязательства. В экономике, основанной на кредите, а значит — на доверии, право требования приобретает самостоятельную имущественную ценность, становится трансферабельным и входит в состав активов его обладателя.

Сегодня очевидно, что реальный хозяйственный оборот представляет собой по большей части оборот прав требования, а не вещей. Поэтому, нарушая права требования, мы покушаемся на наличествующий актив пострадавшей стороны, а значит, взыскивая убытки, должника вернуть не то, чего никогда не было у пострадавшего, а напротив — восстановить его имущественную сферу.

В каких ситуациях рассматриваемые модели возмещения могут конкурировать. За исключением, вероятно, неких маргинальных ситуаций, все подобные ситуации можно разделить на две группы. Первая группа — это сценарии превышения расходов кредитора на собственное исполнение над доказанным позитивным интересом, вторая — негативные экстерналии ненадлежащего исполнения, повлекшие вред, превышающий заранее определенный позитивный интерес.

Если, анализируя данные сценарии, мы абстрагируемся от моделей, предложенных Л. Фуллером и У. Пердю, и посмотрим на ситуацию так, как предложили выше. Имущественное право требования — наличествующий актив кредитора, имеющий стоимостную оценку. Любое умаление данного актива влечет необходимость полной компенсации утраченной ценности актива.

При таком взгляде, рассматривая сценарии первой группы, мы уже задаемся вопросом не о применимой модели возмещения, а о способе определения стоимости нарушенного права требования. Таких способов может быть несколько. Первый — наша негативная модель, то есть расходы на исполнение, но в этой ситуации убытки, защищающие доверие, являются своего рода alter ego убытков, рассчитанных из позитивной модели, расходы на собственное исполнение — это минимум из того, что сторона рассчитывает получить. Второй способ — модель позитивная. Третий способ расчета убытков — независимая рыночная оценка права требования (в большинстве случаев этот способ будет приводить к результатам расчета по позитивной модели, но не всегда, например, если должник в предбанкротном состоянии и право требования к нему на рынке ничего не стоит).

При таком взгляде на проблему выбор модели определения стоимостной оценки нарушенного права зависит от оценки фактов и не может определяться абстрактно. Интересен вопрос, может ли правопорядок допустить вы-

¹⁹ *Pettit M. Jr.* Private Advantage and Public Power: Reexamining the Expectation and Reliance Interest in Contract Damages. *Hastings L J P.* 1987. No. 38 ("More often than not, it is the stronger actors in our society who seek to employ state power to enforce this privately negotiated extra advantage-in other words, the profits protected by expectation damages").

²⁰ *Kennedy D.* Distributive and Paternalistic Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power. *Maryland Law Review*, 1982. No. 41. P. 563, 609.

²¹ *Карапетов А. Г.* Экономический анализ права. М.: Статут, 2016. С. 317–329.

²² *Craswell R.* Op. cit.

бор негативной модели для лица, не нарушившего договор, когда расходы на исполнение превышают позитивный интерес. Фуллер и Пердью отвечают отрицательно на этот вопрос.

Но ответ этот не кажется очевидным. Например, если подрядчик взялся провести работы, но в процессе цены на материалы изменились. Подрядчик не поставил вопрос об изменении договора, исполнял свои обязательства надлежащим образом, тогда как заказчик свои исполнять не стал. В данном случае модель негативного интереса, или даже смешанная модель (расходы на исполнение и упущенная выгода), не выглядит абсурдно и, по крайней мере, должна обсуждаться.

Во второй группе возможных сценариев у нас возникают разные объекты посягательства: с одной стороны, умаляется право требования как имущественный актив, с другой — само ненадлежащее исполнение (или неисполнение) причиняет имущественный вред через повреждение иных активов кредитора. То есть если большое животное попадает в здоровое стадо и все стадо гибнет, то мы имеем, во-первых, нарушенное имущественное право стороны по договору, и это нарушение должно быть компенсировано, во-вторых, ненадлежащее исполнение становится инструментом причинения вреда.

Подобный подход позволяет приблизиться и к обоснованию позитивного интереса в случае признания сделки недействительной по мотиву заключенности в результате обмана. Изначально у кредитора возникает полноценное имущественное право, которое впоследствии аннулирует суд (пусть и ретроактивно), но не по причине, что права не существовало, а потому, что ему никогда не суждено реализоваться. Право технически уничтожает суд, но причина кроется в обмане ответчика. Возложение на ответчика возмещения убытков по модели позитивного интереса кажется логичным. В противном случае тот, чей обман имел существенное значение, может оказаться в положении лучше, нежели лицо, чье нарушение, например неполное раскрытие информации о предмете договора, имело не столь сокрушительное значение для договора.

Это лишь одно из возможных объяснений. Важно понимать, что арсенал потенциально возможных способов защиты не раскрывает и исчерпывающим образом не описывает ни природу защищаемого права, ни защищаемый интерес²³. Модели, предложенные Л. Фуллером и У. Пердью, — это модели способов защиты. Они дают ответ на вопрос: как защищать? Но не отвечают на вопрос: что мы защищаем?

То есть признавая применимость того или иного средства защиты, мы не ставим точку в обосновании самого защищаемого интереса. Это, скорее, начало пути, чем финальный аккорд. Один из возможных вариантов ответа на вопрос о том, что же защищает правопорядок, санкционируя взыскание убытков за нарушение договора, — это озвученная выше идея о том, что правопорядок защищает имущественное право как наличествующий актив правообладателя.

3. Исторический контекст формирования модели позитивного интереса взыскания убытков при расторжении нарушенного договора

Цель настоящего раздела исследования — проследить генезис института договора, понять, в какой момент правопорядок позволил взыскивать убытки за нарушение договора по модели позитивного интереса, с какими историческими вехами развития этот поворот был связан, и адаптировать данные выводы к разрешению спорных ситуаций, в частности промежуточных остановок из начальной станции «деликт» в конечную станцию «договор».

3.1. Генезис простого договора в праве Англии

Институт неформального договора по английскому праву эволюционировал из соответствующего иска «о принятом на себя» (**action of assumpsit**), который в свою очередь получил развитие из деликтного иска «о правонарушении» (**action on trespass**)²⁴. Произошла данная трансформация в тот момент, когда жизнь обнаружила ситуации, при которых нарушенные права, очевидно, нуждались в защите, тогда как деликтный иск в его исконном виде не охватывал ситуацию нарушения прав, иск «о долге» также не мог быть заявлен, так как применялся для сугубо денежных требований, а иск «из договора за печатью» не мог быть применен ввиду отсутствия такового.

О. В. Холмс (O. W. Holmes, Jr.) приводит такой пример указанной выше ситуации. Кузнец поранил лошадь, когда подковывал ее. При этом ситуация не попадала под формулу деликтного иска о нарушении владения, потому как лошадь в момент правонарушения не находилась во владении собственника. Вместе с тем очевидно, что в данной ситуации неважно, держал ли собственник лошадь в узде либо оставил ее с кузнецом, и в том, и в другом случае собственник нуждался в правовой защите.

Во второй половине XIII в. при Эдуарде I было разрешено применять иски о правонарушении по аналогии к ситуациям, которые формально не подпадали под формулу данного иска, а по существу — к защите прав стороны по неформальному договору²⁵. Позднее указанный иск приобрел самостоятельную форму — иск «о принятом на себя» (**action of assumpsit**). Примером применения данного иска могут быть следующие ситуации: паромщик взялся

²³ Calabresi G., Melamed A. D. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. Harvard Law Review. 1972. Vol. 85. P. 1089–1128.

²⁴ Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract / Historical Introduction. Oxford, 2012. P. 5.

²⁵ Holmes O. W. The Common Law. University of Toronto Law School. Typographical Society, 2011. P. 243–245.

перевезти лошадь, но паром перевернулся и лошадь погибла²⁶, врач взялся лечить лошадь, но действовал, очевидно, небрежно, в результате чего лошадь погибла²⁷.

Стоит отметить, что примерно с 1400 г. фактором, сдерживающим развитие сферы действия иска о принятом на себя, а значит, и института неформального договора, являлось правило об отсутствии ответственности за бездействие в случае принятия на себя обязательства. Ответственность наступала лишь за неправомерное действие²⁸. Однако с течением времени исключения стали настолько многочисленными, что позволили переформулировать общее правило на прямо противоположное. Произошло это, по мнению А. В. Б. Симпсона (A. W. B. Simpson), в 1530 г.²⁹ Окончательно же идея обязательности простого консенсуального договора была закреплена в деле *Pickering v Thoroughgood*³⁰ в 1532 г.³¹

Для понимания генезиса института неформального договора необходимо разобраться в значении термина *assumpsit*. Сам термин, как и его французский эквивалент *empris*, имеет сходное значение с латинским *manucepit*, откуда происходит и римская манципация. Буквально данный термин переводится как «взять в руки». И хотя впоследствии *assumpsit* приобрел на практике фигуральное значение в смысле принятия на себя обязательства или ответственности, в практике английских судов встречается упоминание *assumpsit* в его буквальном значении. В данном случае ответственность возникает с момента получения контроля над вещью (например, *Coggs v Bernard* (1703)). Не получив своего развития в договорном праве, данный подход укоренился в деликтном праве. Например, отправляясь с чужими детьми на прогулку, я тем самым принимаю ответственность за их безопасность и при необходимости должна предпринять максимум усилий для их спасения³².

А. В. Б. Симпсон, анализируя смысл указанного термина, приходит к выводу о его нетождественности соглашению сторон, так как средневековые юристы для обозначения соглашения сторон использовали вполне определенную и недвусмысленную терминологию: *convencio*, *covenant*. *Assumpsit* же использовалось в следующих контекстах.

Во-первых, в прецедентах, начиная с XV в., *assumpsit* использовался в случаях, когда лицо принимало ответственность за наступление события, в том числе за чужое исполнение, а также и за свое исполнение, вне зависимости от своей вины и возможности влиять на факт наступления указанного события³³. Во-вторых, можно найти упоминания об *assumpsit*, когда ответчик становился ответственным за свои собственные действия вследствие данного обещания, но ответственность не была при этом столь строгой, как в первом случае, то есть фактор вины имел значение³⁴. Характерным примером в данном случае может послужить ранее упомянутое дело *The Marshal's Case (Waldon v Marshall)* (1370)³⁵.

Хотя и нельзя безусловно утверждать, что идея соглашения вообще чужда английскому праву³⁶, вместе с тем стоит отметить, что идея соглашения, соединения воли сторон в едином акте исторически не характерна для английского договорного права.

²⁶ *Bukton v Townsend* (1348). Данный прецедент более известен как *The Case of the Humber Ferryman*. Стоит отметить, что в данном деле еще не артикулируются идеи обязательства, обязанности, соглашения, обещания. Если переводить текст дословно, то речь идет о том, что «перевозчик принял кобылу для безопасной перевозки», но никак не «перевозчик принял обязательство перевезти кобылу» (см.: *Simpson A. W. B. A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit*. Oxford, 1996. P. 211).

²⁷ *Waldon v Marshall* (1370). В этом же деле уже подчеркивается идея обязательства, невыполнения обязанности (см.: *Holmes O. W. Op. cit.* P. 243–245; *Simpson A. W. B. Op. cit.* P. 211).

²⁸ Данное правило напоминает правило римского права: критерий ответственности по обязательствам *dare — factum debitoris* (должник отвечает за собственные действия, но не отвечает за упущения). См.: *Дождев Д. В.* Указ. соч. С. 448.

²⁹ *Simpson A. W. B. Op. cit.* P. 249–250.

³⁰ *Spelman J.* *The Reports of Sir John Spelman*. Selden Society, 1977.

³¹ *Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*. P. 5.

³² *Simpson A. W. B. Op. cit.* P. 216–218.

³³ Именно в этом смысле в XV в. понятие *assumpsit* использовалось для обозначения возложения обязанности посредством формального договора уплатить штраф в случае неисполнения обязанности третьим лицом, при этом ответственность носила строгий характер, фактор вины в расчет не принимался. Для неформального договора осознание возможности такой конструкции пришло позднее. В частности, С. Будылин данный момент отождествляет с делом *Stuart v Wilkins* (1778) 1 Doug. 18 со ссылкой на *Street T. A. (Street T. A. The Theory and Principles of Tort Law. 1999 [reprinted 1900 edition]. P. 389)*. См.: *Будылин С. Л.* Деликт или нарушение договора? Заверения и гарантии в России и за рубежом. Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2016. № 3. С. 96–133; № 4. С. 52–111. А. Симпсон считает, что закрепление невозможности исполнения в связи с вмешательством сил Бога произошло в деле *Laughter's Case* (1594), при этом уже в данном кейсе проводится дифференциация указанной позиции и ссылки ответчика на отсутствие вины, которая не являлась извинительной (см.: *Simpson A. W. B. Op. cit.* P. 526).

³⁴ В этой связи стоит упомянуть *the action for deceit* (иск из обмана), эволюция которого происходила параллельно *assumpsit* также из деликтного иска (*action on trespass*). Область применения в основном касалась недостоверных заверений о качестве, а также иных утверждений, являвшихся стимулом для вступления в договор и впоследствии оказавшихся ложными, как результат обмана контрагента. Исковая форма кристаллизовалась *Garrok v Heytesbery* (1387) и во многом предопределила развитие института заверений и гарантий.

³⁵ *Simpson A. W. B. Op. cit.* P. 216–217.

³⁶ Так в деле 1550 г. *Reniger v Fogossa* (1550) Plo 1, 17 содержится следующее рассуждение о природе договора: "*Agreementum is a word compounded of two words, viz of aggregatio and mentium, so that agreementum est aggregatio mentium in re aliqua facta vel facienda. And so by the contraction of two words, and by the short pronunciation of them they are made one word, viz agreementum, which is no other than a union, collection, copulation, and conjunction of two or more minds in anything done or to be done*". Что представляет собой выражение основной идеи волевой теории (договор выражается в соглашении, то есть в соединении воли), выраженной между тем задолго до рецепции английским правом естественно-правовых концепций (см.: *Swain W.* *The Law of Contract, 1670–1870*. Cambridge, 2015. P. 181).

Таким образом, исторически ключевым понятием для простого договора являлось обещание, невыполнение которого причинило имущественный вред лицу, рассчитывавшему на его исполнение.

То есть в самых ранних кейсах, когда суд вставал на защиту простого обещания, фактор доверия реципиента индуцировал такую защиту. При этом убытки в данных кейсах взыскивались изначально по модели негативного интереса, модель позитивного интереса начала пробивать себе дорогу постепенно, параллельно с признанием правопорядком обязательности принятого на себя обещания через доктрину встречного предоставления (*consideration*). Одно из первых судебных дел, в котором суд присудил убытки по модели позитивного интереса *Shepton v Dogge*³⁷. Ответчик пообещал истцу продать земельный участок за 110 фунтов, но продал его третьему лицу. В итоге суд взыскал убытки в размере 20 фунтов. Данный размер убытков имеет единственное разумное объяснение — суд взыскал абстрактные убытки, составляющие разницу в рыночной цене, тогда как 110 фунтов либо были возвращены, либо вовсе не выплачивались. Впоследствии таких кейсов становилось больше³⁸.

Конечно, важно понимать, что английское право в принципе и особенно на ранних этапах развития не склонно к догматике, английским судьям не свойственно желание найти для каждого правового феномена полку в пандектном шкафу. Но даже и выделение правового феномена требует известной степени абстракции и стремления к систематизации, к чему английские судьи в XV–XVII в. не стремились, по крайней мере явно. Они лишь разрешали споры от случая к случаю. Поэтому важно избегать категоричных выводов, между тем траекторию движения правовой мысли мы уловить можем.

Выводы

Нарушенное обещание при условии доверия адресата из состава, подразумевающего деликтную ответственность и возможности взыскать убытки по модели негативного интереса, в английском праве со временем трансформировалось в самостоятельный институт — договор, подразумевающий взыскание убытков по модели позитивного интереса. Произошло это одновременно или, правильнее сказать, параллельно с признанием правопорядком обязательности договора через доктрину встречного предоставления³⁹.

Чтобы ответить на вопрос, каким образом доктрина встречного предоставления связана с возможностью удовлетворения иска о взыскании убытков по модели позитивного интереса, необходимо разобраться в функционале встречного предоставления.

Пока лишь зафиксируем, что позитивный интерес отнюдь не является атрибутом нарушения обязанности, принятой на себя добровольно, между этими звеньями есть еще звенья в исторической цепи событий, приведших в конечном итоге к формированию модели позитивного интереса.

3.2. Доктрина встречного предоставления

Consideration или встречное предоставление — доктрина английского договорного права по сей день является предметом споров и жарких дискуссий.

На предмет происхождения доктрины встречного предоставления существуют две антагонистические точки зрения. Сторонники одной традиционно ассоциируют *consideration* с описанной выше каузой и предполагают, что английские судьи в XVI в.⁴⁰ заимствовали данную идею, модифицировав ее сообразно практическим нуждам. Стоит отметить, в начале XIX в. такая точка зрения была довольно распространена среди английских юристов. Так, следующие английские юристы связали *consideration* с каузой: Кент (Kent), Пауэлл (Powell), Тэйлор (Taylor), У. Стори (William Story), Комин (Comyn), Парсонс (Parsons), Смит (Smith)⁴¹. Вероятно, данные авторы вторили авторитетнейшему В. Блэкстоуну (W. Blackstone), связавшему *consideration* с цивилистической традицией и обозначившему данный институт английского права как мотив или причину договора (*motive*), сделав вместе с тем оговорку, что *consideration* есть мотив или причина обмена (*exchange*), подчеркивая тем самым, что английское право отвергает *causa donandi* как основание договора юридически обязывающего⁴².

Соотнесение каузы и *consideration* не кажется правильным и, главное, целесообразным Дж. Гордли. Согласно Дж. Гордли английская доктрина эволюционировала следующим образом. Первоначально, с момента становления доктрины в XVI в. и до XIX в., английские судьи даже не ставили задачи сформулировать некий общий концепт, вывести дефиницию. Перед судьями стояла вполне практическая задача: ограничить принудительное исполнение обещаний из неформального договора, принудительное исполнение которых обеспечивалось иском *assumpsit*,

³⁷ (1442) B & M 390.

³⁸ *Ibbetson D. J. A Historical Introduction to the Law of Obligations. Oxford, 2001. P. 129.*

³⁹ Впервые доктрина встречного предоставления была упомянута в деле *Joscelin v Shelton* (1557), по версии А. Симпсона: *Newman v Gylbert* (1549), см.: *Simpson A. W. B. Op. cit. P. 318–319.*

⁴⁰ Впервые доктрина встречного предоставления была упомянута в деле *Newman v Gylbert* (1549) по версии А. Симпсона: *Simpson A. W. B. Op. cit. P. 318–319.*

⁴¹ Ссылки на работы указанных авторов см.: *Gordley G. The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. Oxford: Oxford University Press, 2001. P. 139.*

⁴² *Blackstone W. Commentaries on the Laws of England. London, 1766. P. 242.*

а не объяснить причину обязательности обещаний, как в случае с каузой. То есть *consideration* являлось практическим инструментом, с помощью которого суды вставали на защиту тех обещаний, которые этого заслуживали, тогда как доктрина каузы изначально являлась в большей степени философским концептом, нежели утилитарным понятием⁴³. Попытки же дать определение встречному предоставлению были предприняты учеными гораздо позже, в конце XIX — начале XX в. на волне позитивистско-формалистических настроений. Основная задача таких дефиниций состояла в том, чтобы предложенная теория максимально обнимала все ранее разрешенные дела и не вступала в противоречие с имеющимися подходами, сформированными судами.

Подчас в угоду концептуализму суды были готовы изменить позиции, сформированные предшественниками по той причине, что они не укладывались в рамки идеи обмена. Примером может послужить ситуация с актом распоряжения имуществом по случаю заключения брака (*marriage settlements*), который в определенный момент перестал подлежать принудительному исполнению⁴⁴.

В поиске теоретического обоснования доктрины встречного предоставления нельзя обойти стороной и классическую работу Л. Фуллера «Встречное предоставление и форма»⁴⁵. В ней автор выдвигает теорию, согласно которой встречное предоставление играет двоякую роль: формальную и функциональную. При этом Л. Фуллер выделяет три основные функции встречного предоставления: доказательственную (встречное предоставление как доказательство существования юридически обязывающего договора), предупреждающую (помочь сторонам осознать, что вступили в юридически обязывающий договор), процедурную (посредством встречного предоставления обеспечивается процесс перехода соглашения сторон в стадию юридически обязывающего договора)⁴⁶.

Можно заключить, что встречное предоставление играет как сугубо процедурную роль, так и материальную. В материальном плане встречное предоставление воплощает идею возмездности, в процедурном — роль формы и определенности отношений.

Встречное предоставление стояло у ворот признания правопорядком ценности обещания как такового. Индикатором признания ценности обещания является защита обещания по модели позитивного интереса. Функции встречного предоставления важны для понимания того, способен ли современный правопорядок предложить по некоторым функциям суррогаты, а от иных возможно и отказаться.

Выводы

Функционально, если проводить параллель с отечественным правопорядком, встречное предоставление реализует идею возмездности, формы договора, сигнализирующей о наступлении юридически обязывающих отношений, а также достижения сторонами взаимной определенности отношений. Возмездность, требуемая форма и определенность, согласно нашей гипотезе, и есть тот политико-правовой набор, что в историческом контексте оправдывает разумность ожиданий кредитора, которая и открывает дверь для реализации модели позитивного интереса при взыскании убытков при нарушении договора. Отчасти эту гипотезу подтверждает развернувшаяся полемика в англо-американском дискурсе о возможности взыскания убытков по модели позитивного интереса в тех ситуациях, когда применима доктрина эстоппель.

Там, где мы констатируем разумность и обоснованность ожиданий кредитора, мы неизбежно видим полноценное имущественное право требования, которое имеет свою стоимостную оценку. Нарушено право может быть не только стороной договора, но и делинквентом, при этом убытки обоснованно будут исчисляться по модели позитивного интереса (например, взыскание убытков, причиненных недобросовестной интервенцией в чужие договорные отношения). Объяснение этому, как видно, не в классификации нарушения (деликт или нарушенный договор), а в объекте посягательства. Ведь право требования в условиях современного оборота является полноценным активом, входящим в имущественную массу обладателя, а никак не фантомным и сомнительным способом получить то, чем ты никогда не обладал.

Заключение

В заключение приведем основные выводы.

1. Реальный хозяйственный оборот представляет собой по большей части оборот прав требования, а не вещей. Поэтому ущемляя права требования, мы покушаемся на наличествующий актив пострадавшей стороны, а значит, взыскивая убытки по модели позитивного интереса, должны вернуть не то, чего никогда не было у пострадавшего, а напротив, восстановить его имущественное право. Следовательно, модель позитивного интереса не является атрибутом именно договора, она атрибутирует защиту права требования. Нарушено право может быть не только стороной договора, но и делинквентом, при этом убытки обоснованно будут исчисляться по модели позитивного

⁴³ Gordley G. Op. cit. P. 137–138; Dawson J. P., Harvey W. B. Cases on Contracts and Contract Remedies. New York, 1969. P. 166.

⁴⁴ Smith S. A. Reports on English law. The Enforceability of Promises in European Contract Law. Cambridge, 2001. P. 51.

⁴⁵ Fuller L. L. Consideration and Form. Columbia Law Review, 1941. Vol. 41. No. 5. P. 799–824.

⁴⁶ Fuller L. L. Op. cit.

интереса (например, взыскание убытков, причиненных недобросовестной интервенцией в чужие договорные отношения).

2. Теоретически допустимо конкурирование моделей возмещения убытков. Первый сценарий — это превышение доказанных расходов на исполнение над доказанным позитивным интересом, второй — негативные экстерналии ненадлежащего исполнения, повлекшие вред, превышающий заранее определенный позитивный интерес.

В первом сценарии правопорядок может предоставить выбор пострадавшей стороне вернуться в исходную позицию, если притязания по модели позитивного интереса оказываются менее выгодными или сложнее доказываемыми. Но в этой ситуации убытки, защищающие доверие, являются своего рода alter ego убытков из ожидания.

Во втором случае у нас возникают разные объекты посягательства: с одной стороны, умаляется право требования как имущественный актив, с другой — само исполнение (или неисполнение) причиняет имущественный вред.

Кроме того, правопорядок не должен создавать ситуации, когда нарушитель извлекает выгоду из своего упречного поведения, иногда это возможно только путем предоставления пострадавшему лицу права выбора модели защиты. Например, в ситуации признания сделки недействительной по причине недостоверных заверений продавца поведение продавца явно упречнее, чем в сценарии отказа от договора по той же причине.

3. В качестве идеологического фундамента для выбора решения правопорядком выдвинем идею о том, что либертарианской идеологии соответствует свобода возможности выбора модели взыскания убытков и идея общей превенции нарушения договора. Но подобный взгляд возможно примирить с идеей минимизации насилия, только если рассматривать нарушенное право в качестве наличествующего актива пострадавшей стороны.

4. Исторически нарушенное обещание при условии доверия адресата из состава, подразумевающего деликтную ответственности и возможности взыскать убытки по модели негативного интереса, со временем трансформировалось в самостоятельный институт — договор, подразумевающий взыскание убытков по модели позитивного интереса. Произошло это параллельно с признанием правопорядком доктрины встречного предоставления.

5. Функционально, если проводить параллель с отечественным правопорядком, встречное предоставление реализует идею возмездности, формы договора, сигнализирующей о наступлении юридически обязывающих отношений, а также достижения сторонами взаимной определенности отношений. Возмездность, требуемая форма и определенность, согласно нашей гипотезе, и есть тот политико-правовой набор, что в историческом контексте оправдывает разумность ожиданий кредитора, которая и открывает дверь для реализации модели позитивного интереса при взыскании убытков при нарушении договора.

6. Сомнительной представляется и сама категоризация, предложенная Фуллером и Пердю. Она теряет всякий смысл при восприятии права требования в качестве актива пострадавшей стороны. Модель не отвечает на вопрос «Что мы защищаем?». Она скорее отвечает на вопрос «Как мы защищаем?». Отсутствует очевидная корреляция с идеологией. Применение моделей порождает множество «серых зон», когда модели невозможно разграничить.

Литература

1. *Бачинин В. А.* Метафизическая культурология права и юридические артефакты. Формирование дисциплинарного пространства культурологи: материалы научно-методической конференции, 16 января 2001. СПб.: Санкт-Петербургское философское общество, 2001. Вып. 11. С. 10–15. Серия: Symposium.
2. *Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. М.: Инфра-М, 1998. 624 с.
3. *Будылин С. Л.* Деликт или нарушение договора? Заверения и гарантии в России и за рубежом. Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2016. Ч. 1. № 3. С. 96–133. Ч. 2. № 4. С. 52–111.
4. *Будылин С. Л.* Исторические корни договорного права США. Международное публичное и частное право, 2009. № 4. С. 32–35.
5. *Гарсиа Гарридо М. Х.* Римское частное право: казусы, иски, институты. М.: Статут, 2005. 812 с.
6. *Гегель Г.* Философия права. URL: <https://e-libra.su/read/362194-filosofiya-prava.html> (дата обращения: 13.06.2021).
7. *Гроций Г. О.* Право войны и мира. М.: Ладомир, 1994. 868 с.
8. *Дворкин Р.* О правах всерьез. М., 2004. 392 с.
9. *Дождев Д. В.* Сравнительное право: состояние и перспективы. Российский ежегодник сравнительного права. СПб, 2008. № 1. С. 7–28.
10. *Дождев Д. В.* Удержание, законное владение и проблема приоритета. Юрист, 2014. № 19. С. 9–15.
11. *Иеринг Р.* Борьба за право. М., 1907. 64 с.
12. *Иеринг Р.* Дух римского права на различных ступенях его развития. Ч. 1. СПб., 1875. 321 с.
13. *Иеринг Р.* Интерес и право. Приложения: 1. Пассивные действия прав; 2. Цель в праве: пер. с нем. Ярославль, 1880. 300 с.
14. *Иеринг Р.* Цель в праве. СПб.: Издание Н. В. Муравьева, 1881. Т. 1. 412 с.
15. *Иоффе О. С.* Обязательственное право. М.: Юрид. лит., 1975. 880 с.
16. *Калабреззи Г.* Будущее права и экономики: очерки о реформе и размышления. М.: Изд-во Института Гайдара, 2016.

17. *Кант И.* Собрание сочинений: в 8 т. Издательство «Чоро», 1994. Т. 6. 612 с.
18. *Карапетов А. Г.* Экономический анализ права. М.: Статут, 2016.
19. *Карапетов А. Г.* Политика и догматика гражданского права [Электронный ресурс]: исторический очерк. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».
20. *Кирпичев А. Е.* Неклассические теории договора (договор-обещание, дискретные, реляционные и сетевые договоры) в контексте новой редакции ГК «России» [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».
21. *Лебедев А. В.* Аристотель. Новая философская энциклопедия [Ин-т философии РАН, Нац. обществ.-науч. фонд]. 2-е изд., испр. и доп. М.: Мысль, 2010. Т. 1. 744 с.
22. *Макарова Р. В.* Определение договора как обещания в англо-американском правовом дискурсе. Международный научно-исследовательский журнал, 2017. № 6. С. 65–66.
23. *Макарова Р. В.* К проблеме соотношения взаимности, возмездности и английского встречного предоставления (consideration). Ленинградский юридический журнал, 2018. № 1 (51). С. 108–118.
24. *Маковская А. А.* Реформа договорного права во Франции. Новые положения Гражданского кодекса Франции. Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2016. № 8. С. 76–101.
25. *Маркс К., Энгельс Ф.* Экономическо-философские рукописи 1844 года. Соч. Т. маркс42.
26. *Милль Дж. С.* О свободе. URL: [http://www.civisbook.ru/files/File/Mill.O svobode.pdf](http://www.civisbook.ru/files/File/Mill.O%20svobode.pdf) (дата обращения: 13.06.2021).
27. *Познер Р. А.* Экономический анализ права. СПб, 2004. Т. 1. 522 с.
28. *Полдников Д. Ю.* Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII вв. М., 2013.
29. *Ролз Дж.* Теория справедливости. Новосибирск: изд-во НГУ, 1995. 523 с.
30. *Ротбард М.* Власть и рынок: государство и экономика. Челябинск: Социум, 2003.
31. *Сен А.* Идея справедливости. М.: Издательство Института Гайдара, 2016. 518 с.
32. *Халфина Р. О.* Договор в английском гражданском праве. М.: Издательство Академии наук СССР, 1959. 319 с.
33. *Харт Г. Л. А.* Понятие права. СПб, 2007. 300 с.
34. *Цвайгерт К., Кертц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. М.: Международные отношения, 2000. 480 с.
35. *Anson W.* Principles of the Law of Contract / Ed. by Corbin. 1919. 678 p.
36. *Anson W.* Principles of the law of contract. Chicago, 1880. 567 p.
37. *Anson's law of contract Edition / Ed. by J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright.* 29th ed. Oxford University Press, 2010. 849 p.
38. *Atiyah P. S.* An Introduction to The Law of Contract. Clarendon Press, 1961. 246 p.
39. *Atiyah P. S.* Consideration in Contracts: A Fundamental Restatement. Canberra, 1971. 61 p.
40. *Atiyah P. S.* Essays in Contract. Clarendon Press, 1990. 396 p.
41. *Atiyah P. S.* Promises, Morals and the Law. Oxford : Oxford University Press, 1981. 226 p.
42. *Atiyah P. S.* The Rise and Fall of Freedom of Contract. Oxford : Clarendon Press, 1979. 792 p.
43. *Andrews N.* Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies. London : Sweet & Maxwell, 2017.
44. *Barnett R. E.* Contract is Not Promise; Contract is Consent. Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper. P. 11–29.
45. *Becker M. E.* Promissory Estoppel Damages. Hofstra Law Review. 1987. № 16.
46. *Bix B.* Theories of Contract Law and Enforcing Promissory Morality: Comments on Charles Fried. Suffolk University Law Review. 2012. No. 3. P. 719–734.
47. *Blackstone W.* Commentaries on the Laws of England. London, 1766. Vol. 1. 702 p.
48. *Buckland W. W.* Roman Law and common law a comparison in outline. Cambridge University Press, 1965. 439 p.
49. *Burrows A.* A Restatement of the English law of contract. Oxford, 2016. 320 p.
50. *Burrows A.* Understanding the law of obligations essays on contract, tort and restitution. Hart Publishing Oxford, 1998. 248 p.
51. *Calabresi G., Melamed A. D.* Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. Harvard Law Review. 1972. Vol. 85. P. 1089–1128.
52. *Charman M.* Contract Law. Fourth edition. Willan Publishing, 2007. 340 p.
53. *Chitty on Contracts.* 32nd ed. Vol.1. General Principles Sweet& Maxwell, 2016. 2561 p.
54. *Collins H.* The Law of Contract. 3rd ed. Butterworths, 1997. 408 p.
55. *Cooter R., Ulen T.* Law & Economics. Pearson Education, 2008. 555 p.
56. *Craswell R.* Against Fuller and Perdue. U. Chi. L. Rev. Vol. 67. 2000. Iss. 1. P. 99–161.
57. *Dawson J. P., Harvey W. B.* Cases on Contracts and Contract Remedies. New York, 1969.
58. *Epstein R. A.* Defense of the Contract at Will. U. CHI. L. Rev. 1984. No. 51. P. 947–953.
59. *Feinman J. M* The Last Promissory Estoppel Article. Fordham L. Rev. 1992. No. 61.
60. *Fried C.* Contract As Promise: a Theory of Contractual Obligation. Oxford University press, 2015. 200 p.
61. *Fuller L. L.* Consideration and Form. Columbia Law Review. 1941. Vol. 41. No. 5. P. 799–824.
62. *Fuller L. L.* The Reliance Interest in Contract Damages. Yale Law Journal. 1937. No. 2. P. 373–420.

63. Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract / Historical Introduction. Oxford, 2012.
64. *Friedmann W. G.* Some Reflections on Status and Freedom. Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound 236 / Ed. by Ralph A. Newman. 1962.
65. *Gilbert M.* Three Dogmas about Promising. Promises and Agreements. Philosophical Essays. Oxford Press, 2011. 409 p.
66. *Gilbert M.* Walking Together: A Paradigmatic Social Phenomenon. Midwest Studies in Philosophy. 1990. No. 1. P. 1–14.
67. *Gilmore G.* The Death of Contract. The Ohio State University Press, 1995. 182 p.
68. *Goetz C. J., Scott R. E.* Principles of Relational Contracts. Virginia Law Review. 1981. Vol. 67. No. 7. P. 1089–1150.
69. *Gordley J.* Enforcing Promises'. California Law Review. 1995. No. 83. P. 547–614.
70. *Gordley J.* Mistake in Contract Formation. The American Journal of Comparative Law. 2004. No. 52. P. 433–468.
71. *Gordley J.* The Enforceability of Promises in European Contract Law. Cambridge University Press, 2004. 478 p.
72. *Gordley G.* The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. Oxford: Oxford University Press, 2001. 272 p.
73. *Hillman R. A.* The Richness Of Contract Law An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law. Springer Science+Business Media. B.V, 1997. 279 p.
74. *Holmes E.* Is There Life After Gilmore's Death of Contract-Inductions from a Study of Commercial Good Faith in First-Party Insurance Contracts. L. Rev. 1980. P. 330–350.
75. *Holmes O. W.* The Common Law. University of Toronto Law School. Typographical Society, 2011. 381 p.
76. *Hunt A.* The Theory of Critical Legal Studies. Oxford Journal of Legal Studies. 1986. Vol. 6. No. 1. P. 1–45.
77. *Ibbetson D. J.* A historical introduction to the law of obligations. Oxford: Oxford University Press, 2001. 352 p.
78. *Jenks E.* The History of the Doctrine of Consideration in English Law. Cambridge: Cambridge University Press, 1892. 225 p.
79. *Jhering R.* In the Heaven for Legal Concepts: A Fantasy. Temple Law Quarterly. 1985. No. 58. P. 799–842.
80. *Kennedy D.* Distributive and Paternalistic Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power. Maryland Law Review. 1982. No. 41.
81. *Kennedy D.* Form and Substance in Private Law Adjudication. Harv L Rev 1685. 1976. No. 89. P. 1713–1722.
82. *Kronman A. T.* Paternalism and the Law of Contracts. The Yale Law Journal 1983. No. 5. P. 763–798.
83. Landmark Cases in the Law of Contract / Ed. by Ch. Mitchell and P. Mitchell. Oxford, 2008. 373 p.
84. *Langdell C. C.* Selection of Cases on the Law of Contracts. Boston: Little Brown & Co, 1871. 1022 p.
85. *Macneil I.* Contracts: Adjustments of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law. Nw. U. L. Rev. Vol. 72. 1978. No. 6. P. 854–901.
86. *McKendrick E.* Contract Law Text, Cases and Materials. 5 ed. Oxford University Press, 2012. 1053 p.
87. *Michaels R.* The Functional Method of Comparative Law. Oxford Handbook of Comparative Law / Ed. by M. Riemann, R. Zimmermann. Oxford, 2008. P. 339–382.
88. *Murray J. E.* Contract Theories and the Rise of Neoformalism. Fordham L. Rev. 2002. No. 71. P. 869–913.
89. *Murray Jr., Murray T.* Corbin on Contracts Desk Edition. Matthew Bender, 2017. 1885 p.
90. *Owens D.* The Problem with Promising. Promises and Agreements: Philosophical Essays. Oxford Press, 2011. P. 52–63.
91. *Pettit M. Jr.* Private Advantage and Public Power: Reexamining the Expectation and Reliance Interest in Contract Damages. Hastings L J P. 1987. No. 38.
92. *Pollock F.* Principles of Contract at law and in equity. 1st American ed. Robert Clarke & Co, 1881. 718 p.
93. *Scanlon T. M.* Promises and Contracts / Ed by Peter Benson. Philosophy and Contract Law. Cambridge, 2000. (Manuscript on file with U Chi L Rev).
94. *Sandel M.* Justice: What's the right thing to do? New York, 2009. 320 p.
95. *Sen A.* Well-being, Agency and Freedom. The Dewey Lectures. 1984. J. of Philosophy. 1985. No. 4. P. 169–221.
96. *Sheinman H.* Introduction. Promises and Agreements : Philosophical Essays. Oxford Press, 2011. P. 3–58.
97. *Simpson A. W. B.* A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit. Clarendon Press Oxford, 1996. 646 p.
98. *Smith S.* A Reports on English law / Ed. by J. Gordley. The Enforceability of Promises in European Contract Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. 478 p.
99. *Spelman J.* The Reports of Sir John Spelman. Vol. 1 & 2. Selden Society, 1977. 238 p.
100. *Treitel G.* The Law of Contract. 13th ed. 2011. 1212 p.
101. *Verkerke J. H.* Contract Doctrine, Theory & Practice. CALI eLangdell Press, 2012. Vol. 1. 155 p.
102. *Vitek W.* Promising. Philadelphia: Temple University Press, 1993. 270 p.
103. *Waddams S.* Principle in Contract Law: the Doctrine of Consideration. Exploring Contract Law / Ed. by J. Neyers, R. Bronaugh, S. Pitel. Oxford, 2009. P. 61–75.
104. *Whitford W. C., Macaulay S., Hoffman V.* Red Owl Stores: The Rest of the Story. Hastings L. J. 2009–2010. Vol. 61. P. 802–854.
105. *Zimmermann R.* The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition. The rustica press (pty) ltd, ndabeni, cape. 1992. 1142 p.

106. *Zumbansen P.* Introduction: Private Ordering in a Globalizing World: Still Searching for the Basics of Contract. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007. Vol. 14. No. 2. P. 181–190.
107. *Allen H.* Promises. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [Электронный ресурс] / Ed. by N. Z Edward. Spring Edition, 2014. URL: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/promises> (дата обращения: 13.06.2021).
108. *Hume D. A.* A Treatise on Human Nature [Электронный ресурс] / Ed. by L. A. Selby-Bigge. Oxford : Clarendon Press. URL: http://www.gutenberg.org/files/4705/4705-h/4705-h.htm#link2H_4_0092 (дата обращения: 13.06.2021).
109. *Lorenzen E. G.* Causa and Consideration in the Law of Contracts (1919) [Электронный ресурс]. Faculty Scholarship Series. Paper 4560. URL: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4560 (дата обращения: 13.06.2021).
110. *Scott R. E.* Hoffman v. Red Owl Stores and the Myth of Precontractual Reliance [Электронный ресурс]. Essay in a symposium on “Commercial Calamities”. *Ohio State L. J.* 1, 2007. No. 68. URL: <http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/contract-economic-organization/files/working-papers/Hoffman%203.0%20final.pdf> (дата обращения: 13.06.2021).

References

1. Bachinin, V. A. Metaphysical culturology of law and legal artifacts. Formation of a disciplinary space for culturologists: Proceedings of the scientific and methodological conference, January 16, 2001 [Metafizicheskaja kul'turologija prava i juridicheskie artefakty. Formirovanie disciplinarnogo prostranstva kul'turologi : Materialy nauchno-metodicheskoi konferencii, 16 janvarja 2001]. St. Petersburg: St. Petersburg Philosophical Society [Sankt-Peterburgskoe filosofskoe obshhestvo], 2001. No. 11. P. 10–15. Symposium Series.
2. Berman, G. J. Western tradition of law: the era of formation [Zapadnaja tradicija prava: jepoha formirovanija]. M.: Infra-M, 1998. 624 p.
3. Budylin, S. L. Tort or breach of contract? Representations and warranties in Russia and abroad [Delikt ili narushenie dogovora? Zaverenija i garantii v Rossii i za rubezhom.]. *The Herald of Economic Justice of the Russian Federation* [Vestnik jekonomicheskogo pravosudija Rossijskoj Federacii]. 2016. Part 1. No. 3. P. 96–133; Part 2. No. 4. P. 52–111.
4. Budylin, S. L. Historical roots of US contract law [Istoricheskie korni dogovornogo prava SShA]. *International Public and Private Law* [Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe parvo]. 2009. No. 4. P. 32–35.
5. Garcia Garrido, M. H. Roman private law: Incidents, claims, institutions [Rimskoe chastnoe pravo: Kazusy, iski, instituty]. M. : Statut, 2005. 812 p.
6. Hegel, G. Philosophy of law [Filosofija prava]. URL: <https://e-libra.su/read/362194-filosofiya-prava.html> (дата обращения: 01.02.2023).
7. Grotius, G. O. The right of war and peace [Pravo vojny i mira]. M.: Ladomir, 1994. 868 p.
8. Dvorkin, R. Seriously about rights [O pravah vs'er'ez]. M., 2004. 392 p.
9. Dozhdev, D. V. Comparative law: state and prospects [Srvnitel'noe pravo: sostojanie i perspektivy]. *Russian Yearbook of Comparative Law* [Rossijskij ezhegodnik sravnitel'nogo prava]. St. Petersburg, 2008. No. 1. P. 7–28.
10. Dozhdev, D. V. Retention, legal possession and the problem of priority [Uderzhanie, zakonnoe vladenie i problema prioriteta]. *Lawyer* [Jurist]. 2014. No. 19. P. 9–15.
11. Ihering, R. Struggle for the right [Bor'ba za parvo]. M., 1907. 64 p.
12. Ihering, R. The spirit of Roman law at various stages of its development [Duh rimskogo prava na razlichnyh stupenjah ego razvitiya]. Part 1. St. Petersburg, 1875. 321 p.
13. Ihering, R. Interest and law. Applications: 1. Passive actions of rights. 2. Purpose in law: lane. with him [Interes i pravo. Prilozhenija: 1. Passivnye dejstvija prav. 2. Cel' v prave: per. s nem]. Yaroslavl, 1880. 300 p.
14. Ihering, R. Purpose in law [Cel' v prave]. St. Petersburg: Edition of N. V. Muravyov, 1881. V. 1. 412 p.
15. Ioffe, O. S. Obligation law [Objazatel'stvennoe parvo]. M.: Yurid. lit., 1975. 880 p.
16. Calabresi, G. The future of law and economics: essays on reform and reflections [Budushhee prava i jekonomiki: ocherki o reforme i razmyshlenija]. M.: Publishing House of the Gaidar Institute, 2016.
17. Kant, I. Collected works in eight volumes [Sobranie sochinenij v vos'mi tomah]. Choro Publishing House [Izdatel'stvo Choro], 1994. Vol. 6. 612 p.
18. Karapetov, A. G. Economic analysis of law [Jekonomicheskij analiz prava]. M.: Statut, 2016.
19. Karapetov, A. G. Politics and dogma of civil law [Politika i dogmatika grazhdanskogo prava] [Electronic resource]: historical essay. Access from ATP “ConsultantPlus”. (Access date: 01.02.2023.)
20. Kirpichev, A. E. Non-classical theories of the contract (contract-promise, discrete, relational and network contracts) in the context of the new edition of the Civil Code of Russia [Neklassicheskie teorii dogovora (dogovor-obeshhanie, diskretnye, reljacionnye i setevye dogovory) v kontekste novoj redakcii GK Rossii] [Electronic resource]. Access from ATP “Consultant Plus”. (Access date: 01.02.2023.)
21. Lebedev, A. V. Aristotle. *New Philosophical Encyclopedia* [Aristotel'. Novaja filosofskaja jenciklopedija]. [Inst. of Philosophy RAS, Nat. social-scientific Fund]. 2nd ed., rev. and additional M.: Thought, 2010. Vol. 1. 744 p.

22. Makarova, R. V. Definition of a contract as a promise in the Anglo-American legal discourse [Opredelenie dogovora kak obeshhanija v anglo-amerikanskom pravovom diskurse]. *International research journal [Mezhdunarodnyj nauchno-issledovatel'skij zhurnal]*. 2017. No. 6. P. 65–66.
23. Makarova, R. V. On the problem of the relationship of reciprocity, compensation and English consideration (consideration) [K probleme sootnoshenija vzaimnosti, vozmezdnosti i anglijskogo vstrechnogo predostavljenija (consideration)]. *Leningrad legal journal [Leningradskij juridicheskij zhurnal]*. 2018. No. 1 (51). P. 108–118.
24. Makovskaya, A. A. Reform of contract law in France. New provisions of the French Civil Code [Reforma dogovornogo prava vo Francii. Novye polozhenija Grazhdanskogo kodeksa Francii]. *The Herald of Economic Justice of the Russian Federation [Vestnik jekonomicheskogo pravosudija Rossijskoj Federacii]*. 2016. No. 8. P. 76–101.
25. Marx, K., Engels, F. Economic and philosophical manuscripts of 1844 [Jekonomicheskoe-filosofskie rukopisi 1844 goda]. Op. T. marx42.
26. Mill, J. S. About freedom [O svobode] [Electronic resource]. URL: http://www.civisbook.ru/files/File/Mill.O_svobode.pdf.
27. Pozner, R. A. Economic analysis of law [Jekonomicheskij analiz prava]. St. Petersburg, 2004. T. 1. 522 p.
28. Poldnikov, D. Yu. Institute of the contract in the legal science of Western Europe XI–XVIII centuries [Institut dogovora v pravovoj nauke Zapadnoj Evropy XI–XVIII vv.]. M., 2013.
29. Rawls, J. Theory of justice [Teorija spravedlivosti]. Novosibirsk: publishing house of NSU, 1995. 523 p.
30. Rothbard, M. Power and market: State and economy [Vlast' i ryнок: Gosudarstvo i jekonomika]. Chelyabinsk: Sotsium, 2003.
31. Sen, A. The idea of justice [Ideja spravedlivosti]. M.: Gaidar Institute Publishing House, 2016. 518 p.
32. Khalfina, R. O. Contract in English civil law [Dogovor v anglijskom grazhdanskom prave]. M.: Publishing House of the Academy of Sciences of the USSR, 1959. 319 p.
33. Hart, G. L. A. The concept of law [Ponjatie prava]. St. Petersburg, 2007. 300 p.
34. Zweigert, K., Kötz, H. Introduction to comparative law in the field of private law: in 2 vols [Vvedenie v sravnitel'noe pravovedenie v sfere chastnogo prava: v 2 t.]. M.: International relations, 2000. 480 p.
35. Anson, W. Principles of the Law of Contract / Ed. by Corbin. 1919. 678 p.
36. Anson, W. Principles of the law of contract. Chicago, 1880. 567 p.
37. Anson's law of contract Edition / Ed. by J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright. 29th ed. Oxford University Press, 2010. 849 p.
38. Atiyah, P. S. An Introduction to The Law of Contract. Clarendon Press, 1961. 246 p.
39. Atiyah, P. S. Consideration in Contracts: A Fundamental Restatement. Canberra, 1971. 61 p.
40. Atiyah, P. S. Essays in Contract. Clarendon Press, 1990. 396 p.
41. Atiyah, P. S. Promises, Morals and the Law. Oxford: Oxford University Press, 1981. 226 p.
42. Atiyah, P. S. The Rise and Fall of Freedom of Contract. Oxford: Clarendon Press, 1979. 792 p.
43. Andrews, N. Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies. London : Sweet & Maxwell, 2017.
44. Barnett, R. E. Contract is Not Promise; Contract is Consent. *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*. P. 11–29.
45. Becker, M. E. Promissory Estoppel Damages. *Hofstra Law Review*. 1987. No. 16.
46. Bix, B. Theories of Contract Law and Enforcing Promissory Morality: Comments on Charles Fried. *Suffolk University Law Review*. 2012. No. 3. P. 719–734.
47. Blackstone, W. Commentaries on the Laws of England. London, 1766. Vol. 1. 702 p.
48. Buckland, W. W. Roman Law and common law a comparison in outline. Cambridge University Press, 1965. 439 p.
49. Burrows, A. A Restatement of the English law of contract. Oxford, 2016. 320 p.
50. Burrows, A. Understanding the law of obligations essays on contract, tort and restitution. Hart Publishing Oxford, 1998. 248 p.
51. Calabresi, G., Melamed A. D. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*. 1972. Vol. 85. P. 1089–1128.
52. Charman, M. Contract Law. Fourth edition. Willan Publishing, 2007. 340 p.
53. Chitty on Contracts. 32nd ed. Vol. 1. General Principles Sweet& Maxwell, 2016. 2561 p.
54. Collins, H. The Law of Contract. 3rd ed. Butterworths, 1997. 408 p.
55. Cooter, R., Ulen T. Law & economics. Pearson Education, 2008. 555 p.
56. Craswell, R. Against Fuller and Perdue. *U. Chi. L. Rev.* Vol. 67. 2000. Iss. 1. P. 99–161.
57. Dawson, J. P., Harvey W. B. Cases on Contracts and Contract Remedies. New York, 1969.
58. Epstein, R. A. Defense of the Contract at Will. *U. Chi. L. Rev.* 1984. No. 51. P. 947–953.
59. Feinman, J. M. The Last Promissory Estoppel Article. *Fordham L. Rev.* 1992. No. 61.
60. Fried, C. Contract As Promise: a Theory of Contractual Obligation. Oxford University press, 2015. 200 p.
61. Fuller, L. L. Consideration and Form. *Columbia Law Review*. 1941. Vol. 41. No. 5. P. 799–824.
62. Fuller, L. L. The Reliance Interest in Contract Damages. *Yale Law Journal*. 1937. No. 2. P. 373–420.

63. Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract / Historical Introduction. Oxford, 2012.
64. Friedmann, W. G. Some Reflections on Status and Freedom. Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound 236 / Ed. by Ralph A. Newman. 1962.
65. Gilbert, M. Three Dogmas about Promising. Promises and Agreements. Philosophical Essays. Oxford Press, 2011. 409 p.
66. Gilbert, M. Walking Together: A Paradigmatic Social Phenomenon. Midwest Studies in Philosophy. 1990. No. 1. P. 1–14.
67. Gilmore, G. The Death of Contract. The Ohio State University Press, 1995. 182 p.
68. Goetz, C. J., Scott, R. E. Principles of Relational Contracts. Virginia Law Review. 1981. Vol. 67. No. 7. P. 1089–1150.
69. Gordley, J. Enforcing Promises'. California Law Review. 1995. No. 83. P. 547–614.
70. Gordley, J. Mistake in Contract Formation. The American Journal of Comparative Law. 2004. No. 52. P. 433–468.
71. Gordley, J. The Enforceability of Promises in European Contract Law. Cambridge University Press, 2004. 478 p.
72. Gordley, G. The philosophical origins of modern contract doctrine. Oxford: Oxford University Press, 2001. 272 p.
73. Hillman, R. A. The Richness Of Contract Law An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law. Springer Science+Business Media. B.V, 1997. 279 p.
74. Holmes, E. Is There Life After Gilmore's Death of Contract-Inductions from a Study of Commercial Good Faith in First-Party Insurance Contracts. L. Rev. 1980 P. 330–350.
75. Holmes, O. W. The Common Law. University of Toronto Law School. Typographical Society, 2011. 381 p.
76. Hunt, A. The Theory of Critical Legal Studies. Oxford Journal of Legal Studies. 1986. Vol. 6. No. 1. P. 1–45.
77. Ibbetson, D. J. A historical introduction to the law of obligations. Oxford: Oxford University Press, 2001. 352 p.
78. Jenks, E. The History of the Doctrine of Consideration in English Law. Cambridge: Cambridge University Press, 1892. 225 p.
79. Jhering, R. In the Heaven for Legal Concepts: A Fantasy. Temple Law Quarterly. 1985. No. 58. P. 799–842.
80. Kennedy, D. Distributive and Paternalistic Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power. Maryland Law Review. 1982. No. 1.
81. Kennedy, D. Form and Substance in Private Law Adjudication. Harv L Rev 1685. 1976. No. 89. P. 1713–1722.
82. Kronman, A. T. Paternalism and the Law of Contracts. The Yale Law Journal 1983. No. 5. P. 763–798.
83. Landmark Cases in the Law of Contract / Ed. by Ch. Mitchell and P. Mitchell. Oxford, 2008. 373 p.
84. Langdell, C. C. Selection of Cases on the Law of Contracts. Boston: Little Brown & Co, 1871. 1022 p.
85. Macneil, I. Contracts: Adjustments of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law. Nw. U. L. Rev. Vol. 72. 1978. No. 6. P. 854–901.
86. McKendrick, E. Contract Law Text, Cases and Materials. 5 ed. Oxford University Press, 2012. 1053 p.
87. Michaels, R. The Functional Method of Comparative Law. Oxford Handbook of Comparative Law / Ed. by M. Riemann, R. Zimmermann. Oxford, 2008. P. 339–382.
88. Murray, J. E. Contract Theories and the Rise of Neoformalism. Fordham L. Rev. 2002. No. 71. P. 869–913.
89. Murray, Jr., Murray, T. Corbin on Contracts Desk Edition. Matthew Bender, 2017. 1885 p.
90. Owens, D. The Problem with Promising. Promises and Agreements: Philosophical Essays. Oxford Press, 2011. P. 52–63.
91. Pettit, M. Jr. Private Advantage and Public Power: Reexamining the Expectation and Reliance Interest in Contract Damages. Hastings L J P. 1987. No. 38.
92. Pollock, F. Principles of Contract at law and in equity. 1st American ed. Robert Clarke & Co, 1881. 718 p.
93. Scanlon, T. M. Promises and Contracts/ Ed by Peter Benson. Philosophy and Contract Law. Cambridge, 2000. (manuscript on file with U Chi L Rev).
94. Sandel, M. Justice: What's the right thing to do? New York, 2009. 320 p.
95. Sen, A. Well-being, Agency and Freedom. The Dewey Lectures. 1984. J. of Philosophy. 1985. No. 4. P. 169–221.
96. Sheinman, H. Introduction. Promises and Agreements: Philosophical Essays. Oxford Press, 2011. P. 3–58.
97. Simpson, A. W. B. A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit. Clarendon Press Oxford, 1996. 646 p.
98. Smith, S. A Reports on English law / Ed. by J. Gordley. The Enforceability of Promises in European Contract Law. Cambridge : Cambridge University Press, 2001. 478 p.
99. Spelman, J. The Reports of Sir John Spelman. Vol. 1 & 2. Selden Society, 1977. 238 p.
100. Treitel, G. The Law of Contract. 13th ed. 2011. 1212 p.
101. Verkerke, J. H. Contract Doctrine, Theory & Practice. CALI eLangdell Press, 2012. Vol. 1. 155 p.
102. Vitek, W. Promising. Philadelphia : Temple University Press, 1993. 270 p.
103. Waddams, S. Principle in Contract Law: the Doctrine of Consideration. Exploring Contract Law / Ed. by J. Neyers, R. Bronaugh, S. Pitel. Oxford, 2009. P. 61–75.
104. Whitford, W. C., Macaulay S., Hoffman V. Red Owl Stores: The Rest of the Story. Hastings L. J. 2009–2010. Vol. 61. P. 802–854.
105. Zimmermann, R. The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition. The rustica press (pty) ltd, ndabeni, cape. 1992. 1142 p.

106. Zumbansen, P. Introduction: Private Ordering in a Globalizing World: Still Searching for the Basics of Contract. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007. Vol. 14. No. 2. P. 181–190.
107. Allen, H. Promises. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [Электронный ресурс] / Ed. by N. Z Edward. Spring Edition, 2014. URL: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/promises>
108. Hume, D. A. A Treatise on Human Nature [Электронный ресурс] / Ed. by L. A. Selby-Bigge. Oxford: Clarendon Press. URL: http://www.gutenberg.org/files/4705/4705-h/4705-h.htm#link2H_4_0092
109. Lorenzen, E. G. Causa and Consideration in the Law of Contracts (1919) [Электронный ресурс]. Faculty Scholarship Series. Paper 4560. URL: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4560
110. Scott, R. E. Hoffman v. Red Owl Stores and the Myth of Precontractual Reliance [Электронный ресурс]. Essay in a symposium on «Commercial Calamities». *Ohio State L. J.* 1, 2007. No. 68. URL: <http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/contract-economic-organization/files/working-papers/Hoffman%203.0%20final.pdf>