
ПРИНЦИП СВОБОДЫ ДОГОВОРА В БРАЗИЛЬСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ РАЗВИТИЯ

Коста Лазота Лукас Агусто

Кафедра гражданского и трудового права
Российский университет дружбы народов
ул. Миклухо-Маклая, 6, Москва, Россия, 117198

В статье анализируется эволюция принципа свободы договора в бразильском договорном праве. Отмечается, что принцип свободы договора не абсолютный — он действует лишь *«prima facie»* в координации с другими принципами, прежде всего принципами социальной функции договора и объективной добросовестности. Рассматривается также состав элементов, составляющий концепцию современной парадигмы бразильского договорного права.

Ключевые слова: договорное право, принципы права, свобода договора, Бразилия.

Современная эпоха в частном праве — это, несомненно, эпоха триумфа договора. Действительно, договор представляет собой важнейшее средство формирования имущественных отношений в сфере экономического оборота. Принцип свободы договора всегда находился в центре договорного права. Впрочем, если до середины XX в. принцип считался абсолютным — *«pacta sunt servanda»*, то сегодня день он применяется в обрамлении ограничений, опирающихся на принцип социальной функции договора и принцип объективной добросовестности.

Настоящая статья нацелена на сжатый обзор состояния принципа свободы договора в бразильском правовом порядке. Автор акцентирует внимание на положениях Гражданского кодекса Бразилии 2002 г., считая их в части, относящейся к договорному праву, символом компромисса между свободой договариваться и обязанностью следовать социальным и этическим императивам.

Эволюцию договорной теории характеризуют три момента: либеральная, а также интервенционистская парадигмы и применение типовых договоров присоединения. Либеральная парадигма утвердилась в Бразилии не без влияния со стороны кодекса Наполеона, ее содержание характеризовало провозглашение суверенитета частной автономии, а ее действие продолжалось до 1930-х гг., т.е. до периода, когда возникли условия для замены ее *интервенционистской парадигмой*, порожденной распространением фактора государственного дирижизма на сферу договорных отношений, а равно фактором дирижизма в этой же сфере со стороны крупных компаний, начавших использование типовых договоров присоединения.

Эта парадигма сохраняла свое значение до социально бурных 1970–1980 гг., приведших к появлению современной парадигмы, оживляющей традиционные

ценности и накладывающей на субъекты права новые стандарты поведения, основанные на координации социальных императивов [20. С. 20].

Обращаясь к анализу современной парадигмы договорного права, один из немецких правоведов Людвиг Рейзер отказывается от следования традиционным подходам и утверждает, что самые глубокие перемены в теориях договора происходят под влиянием повышения значимости и ценности неюридических элементов в структуре договора. Это обстоятельство, по его мнению, требует учета правоведением идей и концепций, создаваемых в иных областях науки — экономике, социологии, психологии и др. [20. С. 66].

Поддерживая этот тезис, другой европейский исследователь, Ерик Жайме, приходит к заключению, что современное договорное право отражает результаты преодоления не допускающих исключений постулатов государственного монизма во взгляде на источники договорного права; он развивает теорию «диалогов источников права», призванную учитывать конкретную судебную практику, а также взаимодействие между субъектами глобального предпринимательства [12. С. 489].

Разграничение этих понятий имеет практическое значение. Оценка внеюридических концепций позволяет законодателю уклониться от формализма правовых предписаний и обратить внимание на принципы права как на надежные средства улучшения *толкования и применения* норм договорного права (1).

Посредством системы скоординированных правовых принципов современная цивилистика осознает, что возможно придать предписывающим нормам больше гибкости, позволяющей системе норм постоянно обновляться, достигая тем самым социальной эффективности права в целом [5. С. 23]. Следуя этой идее, Гражданский кодекс Бразилии 2002 г. воспринял два класса принципов — институциональные принципы и принципы формирования законодательства. Такого рода принципы, согласно теории Эмила Ласка, формируют так называемую «системную открытость законодательной методологии» [19. С. 38].

Принципы формирования законодательства не входят в состав позитивного права, но могут оказывать влияние на деятельность законодателя в процессе создания и адаптации правовых актов и норм в направлении придания правопорядку спаянности и связности, предписываемых императивами конституции. Нормативность принципов права наделяет их практической ценностью в качестве основы для формирования законодательства, поскольку именно они выступают критерием для толкования и корректировки закона в случае его расхождения с конституцией. Основные принципы, закрепляемые кодексом 2002 г., — это *этичность, социальность и применимость* [16. С. 22–24].

В свою очередь, институциональные принципы отражают существо содержания, социальную направленность и главные отраслевые особенности правового регулирования. Они являются основными началами институтов гражданского права — семья, собственность, обязательства договора и др. В отличие от принципов формирования законодательства они составляют позитивное право для того, чтобы регулировать деятельность правоприменителя (особенно судебной власти). Самые значительные принципы договорного права — это *частная*

автономия, социальная функция договора, объективная добросовестность и равновесие договорных обязательств [5. С. 16, 34].

Принцип частной автономии вытекает из права личности на самоопределение. Такое право исключает вмешательство в планы и поступки человека, и ему корреспондирует связывающая всех прочих лиц обязанность не ограничивать автономные действия человека. Существенное значение имеет то обстоятельство, что ограничение автономии, если оно происходит, должно специально обосновываться другими принципами, поскольку действует лишь *«prima facie»*. Именно в этом аспекте идея свободы договора подвергается глубокому преобразованию [3]. Это преобразование вызвано взаимодействием между прямым притоком частной автономии в пределы договорного права и теорией *социальной права*. Правовой социализм — это действительный разрыв с парадигмой либерального индивидуализма, отражаемого кодификациями XIX–XX вв., что подтверждается исследователями, проводившими социологический анализ функции институтов гражданского права.

Современная парадигма вкладывает в понятие договора больше, чем просто сопоставление двух волевых актов (оферта и акцепт), она видит в нем также специфическую форму социальных отношений, которые поддерживают процесс движения товаров и услуг в экономическом обороте и которые характеризуются неволевыми рыночными элементами [18. С. 5–7].

Таким образом, традиционная концепция свободы договора, которая абстрагируется от конкретной среды с ее социальными, экономическими и культурными условиями, уступает место теории правового социализма, основанного на концепциях *органической солидарности* и *кооперативной этики*, которые защищают *коммутативную* и *распределительную справедливость* ради достижения экономической демократии [18. С. 2–3]. Отчетливые проявления влияния идей теории правового социализма обнаруживаются в ст. 421 и ст. 422 кодекса 2002 г. (2), не случайно называемых двумя краеугольными камнями герменевтики договорного права Бразилии [16. С. 40].

Положения ст. 421 дали Жудит Мартинс повод заявить о том, что социальная функция договора — это *способ соблюдения свободы договора* в двух плоскостях: *интерсубъектной* (между сторонами), и *трансубъектной*, в которой вытекающие из договора права и обязанности могут быть распространены на третьих лиц независимо от того, определены они в договоре или нет [11. С. 42].

Принудительный элемент ограничения свободы договора проявляется координацией между принципами социальной функции и объективной добросовестности, в рамках *теории злоупотребления правом*, находящей свою основу в ст. 187 (3).

Теория злоупотребления правом, развиваемая бразильским правоведением, берет свое начало в Германии и исходит из посыла о *недопустимом занятии некоторых правовых позиций*, встречающихся в некоторых типичных случаях: *«venire contra factum proprium»* — запрещение высказываться в противоречие своему собственному слову или поступку; *«suppressio* и *surrectio»* — неисполнение субъективного права в промежуток времени проявления недобросовест-

ности; «*tu quoque*» — указание на то, что оппонент сам действует вопреки аргументу (содержит в себе указание на следование двойным стандартам, не относящееся, однако, к сути вопроса) [13].

Применение теории злоупотребления правом вызвало действительный поворот в бразильской цивилистике, и прежде всего в области гражданской ответственности. Кодекс 2002 г. установил структурное разделение между гражданским правонарушением и обязанностью возместить ущерб (4). Суть такого подхода состоит в том, что совершение гражданских правонарушений (действий, противоречащих принципам права) рассматривается без смешения с обязанностями по возмещению ущерба.

В этом есть резон, ведь на практике встречаются случаи, когда обязанность возместить ущерб возникает и без совершения незаконного действия. По существу, положения кодекса потребовали углубленного изучения теории злоупотребления правом, поскольку регулирование гражданской ответственности приобрело предметную автономию внутри кодекса [17. С. 118].

Кроме того, в области процессуального права в Бразилии поднимается вопрос о диссоциации между незаконными актами и актами причинения ущерба в случаях запрета «*tutelas inibitórias*», обнаруживающий сходство с английским правом, где существует понятие «*quia timet injunction*», состоящее в том, чтобы дать возможность истцу пресечь угрозу причинения вреда и нарушения его прав в будущем [14. С. 509–535].

Отметим также, что объективная добросовестность, вместе с принципом социальной функции договора, ограничивает пределы современного понятия свободы договора. Роль принципа объективной добросовестности в бразильском правопорядке исходит из применения судебной практикой и доктриной концепции «*culpa in contrahendo*» [5. С. 4].

Субъективное понимание добросовестности известно бразильской цивилистике достаточно давно, — с момента вступления в силу торгового кодекса 1850 г. Однако объективная (этическая) концепция добросовестности созрела лишь в последние 30 лет, по мере развития доктрины «*culpa in contrahendo*».

Когда речь идет о субъективной добросовестности, уместнее использовать более простое и ясное понятие: незнание и знание (о неправомочности поведения субъекта), т.е. это состояние субъектов, осознающих свое поведение согласно с моральными нормами. Объективная, или этическая, концепция добросовестности, высоко ценит этику и ее атрибуты — лояльность, честность, справедливость. Добросовестный субъект общественных отношений представляет собой честного и способного отвечать по своим обязательствам участника [6. С. 155–156].

Жудит Мартинс утверждает, что согласно ст. 422 главная цель принципа добросовестности — это защита *доверия* в деловых отношениях посредством установления норм, содержащих общие положения, для того, чтобы дать судебной практике инструменты ограничения свободы договора на основе лояльного поведения субъектов права.

Таким образом, кодекс 2002 г., в отличие от предыдущего кодекса 1916 г., имеет в качестве самой высокой цели не защиту своеволия индивидуумов, а концентрирует внимание на правильной *модели поведения индивидуумов*, т.е. на взаимном доверии сторон на всех этапах договорных отношений [10. С. 439].

В договорном праве заслуживает внимания концепция «*сложности обязательства*», сформулированная цивилистом Карлом Ларенцом [8]. Бразильский сторонник этой концепции, Коуто, предлагал определить обязательство как сложный правовой акт, элементы которого разъединены во времени, но телеологически взаимосвязаны [4]. Действительно, обязательство является относительным правоотношением, в котором должник обязан совершить для кредитора определенные действия или в силу закона воздержаться от их совершения, а кредитор вправе требовать от должника исполнения его обязанности. Телеологический элемент обязательства (экономические, социальные, моральные и идеальные интересы сторон) разграничивают внутреннее содержание обязательств.

С этой точки зрения два типовых договора могут иметь разные последствия, в зависимости от характеристик объекта и сторон договора. Сложность обязательств определяется совокупностью составляющих его телеологических элементов вместе с главным объектом договора, который устанавливает отношение сотрудничества на основе принципов социальной функции договора и объективной добросовестности [9. С. 218–219].

Таким образом, закономерен вывод о том, что принципы права в силу их общего содержания не могут непосредственно регулировать общественные отношения, они не устанавливают конкретное правило поведения. Но именно принципы права являются основой для формулирования других правовых норм, действующих в тех или иных ситуациях [2. С. 10].

Принцип свободы договора является основополагающим для развития гражданского оборота. Хотя диспозитивность норм договорного права означает возможность участников регулируемых отношений самостоятельно формулировать правила своего поведения, координация принципов частной автономии, социальной функции договора и объективной добросовестности обеспечивает более четкое понимание принципа свободы договора, формируя так называемую *современную парадигму бразильского договорного права* [9. С. 222].

ПРИМЕЧАНИЯ

- 1) Понимание проблематики принципов права закрепило себя в разных аспектах и масштабах с второй половины XX вв. работах заметных правоведов, особенно в области философии права и конституционного права. Среди них Везио Кризафулли и Норберто Боббио в Италии, Жеан Буланжер во Франции, Юсеф Эссер и Роберт Алекси в Германии, Роналд Дворкин в США, В.С. Нерсесянц в России и Пауло Бонавидес в Бразилии.
- 2) Статья 421. Свобода договора осуществляется в рамках социальной функции договора. «Ст. 422. Стороны договора обязаны соблюдать при заключении и исполнении договора принципы справедливости и добросовестности». (*Перев. автора.*)

- 3) Статья 187. Владелец субъективных прав совершает противоправные действия, если они явно выходят за их пределы, установленные экономической или социальной функциями, а также добросовестностью и нравственностью. (Перев. автора.)
- 4) См. титул IX — О гражданской ответственности, ст. 927–965.

REFERENCES

- [1] Graždanskiy kodeks Brazili (Zakon № 10.406 ot 10 yanvarya 2002 g.).
- [2] Sidorkin A. S. Printsipy prava: ponyatie i rol' v pravovom regulyirovanii // Vestnik RYuDN. — 2009. — № 4. *Amaral Neto F. S.* A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional // BFDC. — 1989. — V. II.
- [3] Couto C. A obrigação como processo. — São Paulo: Bushatsky, 1976.
- [4] Delgado M. G. Os princípios na estrutura do Direito. — Brasília: Revista TST. — V. 75. — 2009.
- [5] Falavigna M. C. Os princípios gerais do Direito e os standards jurídicos no Código Civil. Tese de doutorado, USP. — São Paulo, 2007.
- [6] Fritz K. N. Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. — Curitiba: Juruá, 2009.
- [7] Larenz K. Lehrbuch des Schuldrechts: allgemeiner Teil. 1. Band. — München: Beck, 1982.
- [8] Martins R.M. Análise Paradigmática do Direito das Obrigações: Boa-fé, Deveres Laterais e Violações Positivas do Contrato // Revista da EMERJ. — 2008. — V. 11. — N. 44.
- [9] Martins-Costa J. A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional. — São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- [10] Martins-Costa J. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos // Revista de Direito FGV. — 2005. — V. 1. — N. 1.
- [11] Mayer F.M. Os sistemas de common-law e de civil-law na determinação do perfil atual dos contratos. Influências recíprocas ou dominação? // Revista Verba Juris. — 2006. — Ano 5. — N. 5.
- [12] Menezes C.A. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. Revista da Ordem dos Advogados, ano 65, v.II, 2005.
- [13] Murphy J. Rethinking Injunctions in Tort Law // Oxford Journal of Legal Studies. — 2007. — V. 27. — No 3.
- [14] Negreiros T. Teoria do contrato: novos paradigmas. — Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- [15] Reale M. Exposição de Motivos do Projeto de Código Civil. Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, Brasília, 2005.
- [16] Timm L.B. As origens do contrato no novo Código Civil: Introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contratual // The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies. — 2003. — Vol. 3. — No 1.
- [17] Velloso A.P. Mutações paradigmáticas da codificação: do Código Civil de 1916 ao Código Civil de 2002. — Porto Alegre: Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 2004.
- [18] Xavier J.T. A nova dimensão dos contratos no caminho da Pós-modernidade. Tese de Doutorado. UFRGS. — Porto Alegre, 2006.

THE PRESENT STAGE OF DEVELOPMENT OF FREEDOM OF CONTRACT IN THE BRAZILIAN LAW OF CONTRACTS

Costa Lasota Lucas Augusto

The Department of Civil and Labor Law
Peoples' Friendship University of Russia
6, Miklukho-Maklaya st., Moscow, Russia, 117198

The paper analyzes the evolution of the principle of freedom of contract in the Brazilian Contract Law. Freedom of contract is not absolute, but only *prima facie* in coordination with the other principles, especially the social function of the contract and the good faith. We also consider the composition of the elements that compound the modern paradigm for the Brazilian Contract Law.

Key words: law of contracts, principles of law, freedom of contract, Brazil.