

## СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

УДК 347.42

### Понуждение к исполнению обязательства в натуре и взыскание убытков в англо-американском и континентальном праве

*Д. А. Торкин*

Тюменский государственный университет,  
Российская Федерация, 625003, Тюмень, ул. Володарского, 6

**Для цитирования:** Торкин, Дмитрий А. 2023. «Понуждение к исполнению обязательства в натуре и взыскание убытков в англо-американском и континентальном праве». *Вестник Санкт-Петербургского университета. Право* 2: 474–491. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2023.212>

В статье анализируются моральные и этические основы договорного права, влияющие на выбор между понуждением должника к исполнению обязательства в натуре или взысканием убытков в качестве приоритетного средства правовой защиты. Автор приходит к выводу о том, что становление договорного права зависит от последовательного разрешения трех дилемм: «деонтология или утилитаризм»; «волевая или объективная теории договора»; «принцип *pacta sunt servanda* или его отрицание». В зависимости от разрешения этих дилемм договорное право стремится либо к правовой теории защиты договорного интереса, характерной для континентального права, либо к экономической теории, характерной для англо-американского права. Экономическая теория отдает приоритет взысканию убытков, а правовая теория — понуждению должника к исполнению обязательства в натуре. Автор фокусирует внимание на причинах непопулярности понуждения должника к исполнению обязательства в натуре в США, особенностях применения понуждения должника как справедливого средства защиты при невозможности использования средств защиты общего права. Субсидиарный характер понуждения должника дополнительно раскрывается на примере использования критерия адекватности убытков, не получившего распространения в континентальном праве. Континентальное право определило баланс между понуждением должника к исполнению обязательства в натуре и взысканием убытков на базе экстраординарного процесса (*cognitio extraordinaria*), сформировавшегося в позднем римском праве, и результатах интеллектуализации римского права, выразившихся в появлении доктрины интереса (Ф. Моммзен), в рамках которой интерес кредитора в договорном обязательстве до нарушения обязательства замещается эквивалентным интересом по-

сле его нарушения. Реализация интереса по усмотрению кредитора может осуществляться либо взысканием убытков, либо понуждением должника к исполнению обязательства в натуре с предоставлением должнику дополнительного срока исполнения обязательства (Франция, Германия) или без его предоставления (Россия).

*Ключевые слова:* исполнение договора, убытки, деонтология, утилитаризм, понуждение должника, объективная теория договора.

## 1. Введение

Соотношение понуждения должника к исполнению обязательства в натуре и взыскания убытков влечет необходимость решения целого ряда фундаментальных проблем договорного права. Должен ли правопорядок отстаивать договор до конца или следовать принципу эффективности договорных отношений? Обязывать должника исполнять договор или дать ему возможность отступить? Создавать должнику стимулы к исполнению договора или обязать его компенсировать убытки и освободить от исполнения договора? Ответы на эти вопросы находятся в сферах права, экономики, этики и морали, под влиянием которых сформировались различные договорные теории и вытекающие из них подходы к соотношению понуждения должника и взыскания убытков в качестве средств правовой защиты кредитора.

## 2. Основное исследование

### 2.1. Три дилеммы договорного права

По справедливому замечанию Р. О. Халфиной, в континентальном буржуазном праве основным способом правовой защиты при неисполнении договора является принуждение к реальному исполнению. Лишь в случае невозможности принудить должника к реальному исполнению договора последнее заменяется денежной компенсацией. В английском же праве основным способом правовой защиты выступает принуждение должника к денежной компенсации за убытки, причиненные неисполнением договора. Лишь при особых условиях по усмотрению суда в каждом отдельном случае может быть применен принцип реального исполнения договора (Халфина 1959, 265–266). Аналогичные выводы отражены в работах других ученых (Белых 2017, 192–193; Брагинский, Витрянский 2005, 652; Цвайгерт, Кётц 2010, 482; Василевская 2018, 131).

Развивая мысль Р. О. Халфиной, отметим, что место понуждения должника к исполнению обязательства в натуре среди других средств защиты интереса кредитора в том или ином правопорядке зависит от решения трех последовательных дилемм: господства деонтологической этики или этики утилитаризма; господства волевой либо объективной теории договора; действия принципа  *Pacta sunt servanda* либо отсутствия его действия. Решив три перечисленные дилеммы, можно решить и четвертую — о приоритете понуждения должника к исполнению обязательства в натуре или возмещения убытков в качестве базового способа защиты договорного интереса в данном правопорядке. В зависимости от разрешения названных дилемм условно можно выделить две теории защиты интереса: правовую (Arbel 2015, 375–378) и экономическую (Arbel 2015, 371). Первая характерна для конти-

нентального права, вторая для англо-американского. Правовая теория не строится на экономических принципах и основана на юридической конструкции права кредитора на действие должника, позволяющей понуждать должника к исполнению обязательства в натуре в тех количественных и качественных параметрах, которые зафиксированы в договоре. Экономическая теория лишь отчасти привязана к количественным и качественным параметрам договора и исходит из того, что договор является не столько средством понуждения или некой ценностью в себе, сколько инструментом максимизации благосостояния лица, заключающего договор. Экономическая теория ранжирует желательность средства правовой защиты в зависимости от его способности максимизировать богатство лица. Рассмотрим более подробно три упомянутые дилеммы, склоняющие к выбору одной из двух теорий защиты интереса кредитора.

### 2.1.1. *Pacta sunt servanda*

Договорное право покоится на древнем религиозном принципе обязательности соблюдения договора. Может показаться неожиданным, но принцип *pacta sunt servanda* (лат. «договоры должны соблюдаться») не цитируется в Дигестах Юстиниана (Hyland 1994, 411) и отображается в них лишь косвенно, через вопрос Ульпиана: «Ибо что более соответствует человеческой честности, чем соблюдать то, о чем они (люди) договорились?» (D. 2.14.1) (Кофанов 2002, 257). Первое известное упоминание принципа *pacta sunt servanda* предположительно относится к работе средневекового канониста Хостиенсиса (Hyland 1994, 416): «*Caveat ergo sibi is qui consentit, quia pacta, quantumcunque etiam nuda, secundum veritatem evangelii sunt servanda*» (лат. «Если кто даст согласие, то должен проявлять осторожность, потому как *соглашения*, даже голые, согласно Евангелию, *должны соблюдаться*»). В данном случае имеются в виду Мф 5:37 («Но да будет слово ваше: да, да; нет, нет; а что сверх этого, то от лукавого») и Иак 5:12 («Прежде же всего, братия мои, не клянитесь ни небом, ни землею, и никакою другою клятвою, но да будет у вас: “да, да” и “нет, нет”, дабы вам не подпасть осуждению»).

Должника, нарушившего клятву исполнения договора, средневековые английские церковные суды официально признавали «грешником, нуждающимся в исправлении» (*sinner in need of correction*) (Parry 1959, 5–6). При этом принцип обязательности исполнения договора содержится не только в христианском каноническом праве, но и в Коране: «Это не относится к тем многобожникам, с которыми вы заключили договор и которые после этого ни в чем его не нарушили и никому не помогали против вас. Соблюдайте же договор с ними до истечения его срока. Воистину Аллах любит богобоязненных» (Сура 9 «Ат-Тауба», Аят 4). Основная мысль данного аята состоит в том, что Аллах побуждает к исполнению договора и любит богобоязненных, т. е. соблюдающих договор.

Каноническое право создало интересный контраст римскому праву, поскольку оно основано на общих принципах, а не на отдельных казусах и системе исков (Wallinga 2011, 4, 10). В римском праве контракты рассматривались отдельно, по каждому из них был свой отдельный иск или совокупность исков. Соглашение сторон, не подпадающее под один из контрактов, не считалось контрактом гражданского права и, как следствие, не подлежало принудительной защите че-

рез подачу иска. Каноническое право ввело принцип *pacta sunt servanda*, согласно которому заключение любых соглашений влечет возможность понуждения к исполнению содержащихся в нем обязательств.

### *2.1.2. Деонтология или утилитаризм*

Религиозные корни правила *pacta sunt servanda* (Wehberg 1959, 775–776) не оставляют сомнения в том, что оно является не просто юридическим правилом поведения, но и воплощением деонтологической этики (от др.-греч. δέον «должное»), утверждающей общие правила поведения. Договорный долг по аналогии с любым другим долгом в деонтологическом понимании (моральным, религиозным, воинским, нравственным) порождает для должника внутреннее переживание к действию по исполнению долга. Возможная невыгодность исполнения долга не имеет значения, поскольку в деонтологической этике действие важнее его последствий. Реализация принципа *pacta sunt servanda* в гражданском праве стоит выше личных интересов должника — договор в любом случае должен быть им исполнен. Таким образом, деонтологическая этика предполагает священность (*sanctity*) договорного долга и недопустимость оправдания нарушения договора или произвольного одностороннего расторжения договора.

Классический пример деонтологической этики, жестко отстаивающей принцип обязательности соблюдения договора, — категорический императив, который подтверждает не только юридическую, но и нравственную состоятельность лица, исполняющего договор (Kant 1785, 54–55). Нравственность требует исполнять обязательство, даже если другая сторона лишена возможности понуждения к его исполнению. По мнению Канта, этика переняла из закона принцип *pacta sunt servanda* и вытекающую из него обязанность исполнять долг (Kirchmann 1870, 19).

Вместе с тем в Англии и США мораль постепенно стала отделяться от права, а деонтологическая основа договорного права замещаться консеквенциализмом (*consequentialism*) и вытекающими из него идеями счастья и полезности. По мнению Дж. Бентама, поведение человека и государства должно подчиняться принципу полезности (*principle of utility*), измеряемой счастьем отдельного лица. Счастье каждого лица в совокупности образует счастье общества в целом (Bentham 1823, 1–5, 41, 117, 123). Так Бентам создал этику утилитаризма (*utilitarianism*). Его идеи развил Дж. Милль: «Учение, принимающее за основу мораль полезности или великий принцип счастья, исходит из того, что действия считаются правомерными или неправомерными пропорционально их способности даровать или отнимать счастье» (Mill 1863, 9–10).

Если переложить этику утилитаризма в договорные отношения, то исполнение обязательства морально, если это принесет счастье. Утилитаризм ослабляет принцип *pacta sunt servanda*, так как требует поиска баланса общего счастья сторон договора без предварительных непоколебимых условий. Дж. Милль оправдывает выгодное бездействие: «Никто не может быть законно принужден к определенному поведению или воздержанию от определенного поведения только потому, что кому-то от этого станет лучше, или кто-то станет счастливее, или так будет мудрее, или потому что кто-то прав (Mill 2001, 13). Личное благосостояние какого-либо лица, как физическое, так и моральное, не может быть достаточной причиной для принуждения другого лица» (Mill 2001, 8–9).

Утилитаризм поспособствовал тому, что американское право довольно быстро отказалось от массового использования такого способа защиты, как понуждение к исполнению обязательства в натуре, и поглотило его иском о взыскании убытков. Этические принципы европейского и общего права отразились в различном понимании компенсационной цели защиты права. Цель компенсации в общем праве — обеспечение эффективности договора и максимизация богатства. Цель компенсации в гражданском праве — исполнение договора (Schwartz 1979, 278).

### *2.1.3. Соглашение или совокупность обещаний*

На рубеже XVIII–XIX вв. в континентальной Европе и Англии развилась волевая теория договора (will theory of contracts), суть которой выражалась в признании договором соглашения двух и более лиц об установлении прав и обязанностей. Соглашение следует понимать как совпадение волей сторон (consensus ad idem), подлежащих уважению и правовой защите. Весомый вклад в развитие волевой теории договора внес французский ученый Р. Ж. Потье, который в 1764 г. творчески переосмыслил выражение Ульпиана «Соглашение — это совпадение желаний двух или нескольких лиц об одном и том же и их согласие» («Duorum vel plurium in idem placitum consensus», D. 2.14.1) (Кофанов 2002, 257) и вывел знакомое нам понятие договора как соглашения сторон об установлении, изменении и прекращении обязательств (Pothier 1768, 7). Волевая теория сохранила в себе моральные и этические начала обязательности исполнения договорного обязательства (Parry 1959, 17), пришедшие в виде принципа *pacta sunt servanda*.

В противоположность волевой теории, находясь под воздействием этики утилитаризма и свободы личности, американская теория договора не только стала разделять мораль и право, но и отказалась от идеи моральности договорного обязательства. Исполнение договорного обязательства является обязывающим для должника в той степени, в какой он сам считает себя обязанным, но с принятием рисков неисполнения договора. Последствия нарушения договора отражены в законе и не имеют отношения к морали. Кроме того, американская теория отказалась от раскрытия понятия договора через соглашение сторон, заменив его теорией обещания, при этом теория обещания варьируется и далеко не всегда признается разновидностью волевой теории (Barnett 1992, 1023).

Существуют две конкурирующие интерпретации теории обещания. Первая из них традиционно признает обещание обязывающим волевым актом (Fried 2012, 961–963) и в этом смысле мало чем отличается от континентального понимания договора как обязывающего соглашения. Вторая интерпретация отрицает обещание в качестве обязывающего волевого акта (Barnett 2012), гарантируя кредитору лишь ожидаемую им имущественную позицию (с помощью возмещения убытков), но не само исполнение обязательства в натуре. Возникновение второй интерпретации теории обещания восходит к научным взглядам О. Холмса, полагавшего, что в общем праве есть внутренняя установка освободить субъекта от чрезмерной теории (superfluous theory), согласно которой договор — это квалифицированное подчинение воли одного лица воле другого лица, т. е. своеобразное ограниченное рабство (limited slavery) (Holmes 1881, 300).

В отличие от европейского подхода<sup>1</sup>, включая Англию<sup>2</sup>, где договор обретает обязательную силу для заключивших его лиц, американская теория считает договор координацией обещаний свободных и независимых лиц, поскольку в противном случае договор перерастает в подчинение и ограниченное рабство. Соответственно и понятие договора в американском праве раскрывается не через соглашение лиц (*agreement*), а через понятие обещания (*promise*) или совокупности обещаний (*set of promises*). В таком случае правовой эффект обязательства (обещания) состоит в том, что свободное лицо принимает на себя риск наступления или ненаступления события, по поводу которого им дано обещание (заверение). При этом понятие события, по поводу которого дано обещание, О. Холмс сознательно абстрагирует от должника и понимает его в максимально широком смысле: «от обязательства поставки хлопка до обязательства, что завтра будет дождь» (Holmes 1881, 299). Никакой разницы в юридических последствиях неисполнения обоих обязательств О. Холмс не видит. В качестве вывода он указал: «Единственным универсальным последствием обязательства является то, что закон обязывает должника уплатить убытки (*pay damages*), если обещанное событие не произошло. В любом случае должник защищен от внешнего вмешательства до момента наступления обязанности исполнить обязательство, и тем самым ему оставляется возможность расторгнуть договор, если он посчитает это нужным» (Holmes 1881, 301). В объективной договорной модели О. Холмса, оферта превращается в заверение или гарантию (*assurance*), а акцепт в коммуникацию (*communication*), которая находит логическое завершение во встречном исполнении (*consideration*). Заверение в объективной модели, в отличие от оферты в волевой модели, не превращает лицо, выдавшее заверение, в должника по исполнению обязательства в натуре.

Принцип *parca sunt servanda* не находит понимания в общем праве и выглядит в нем чуждым элементом (Nyland 1994, 429–430). Современное американское видение договора соответствует теории договора О. Холмса — это обещание (заверение) или совокупность обещаний, в случае нарушения которых закон предоставляет средство защиты, или, в отдельных случаях, исполнение которых закон рассматривает как обязанность<sup>3</sup>. Наложение договорной обязанности не преддрекает вопроса моральной обязанности. Нарушение договора не считается правонарушением (*tort*) и не учитывает вопроса вины ответчика при определении размера убытков или иных последствий договора, если только ответчик не нарушил законную обязанность, выходящую за рамки договора<sup>4</sup>. Поскольку в американском пра-

<sup>1</sup> Статья 1134 Французского гражданского кодекса (Французский гражданский кодекс. 1804. Дата обращения 20 марта, 2023. <http://oceanlaw.ru/wp-content/uploads/2018/02/Фр.Кодекс-123.pdf>); ст. 1372 Гражданского кодекса (ГК) Италии (Il Codice Civile Italiano. 1942. Дата обращения 20 марта, 2023. [http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter\\_Dictum/home.html](http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/home.html)); ст. 1091 ГК Испании (Código civil (aprobado por real decreto de 24 de julio de 1889). Дата обращения 20 марта, 2023. <https://wipolex.wipo.int/ru/text/221322>); § 241 Германского гражданского уложения (Гражданское уложение Германии (ГГУ). 1900. Дата обращения 20 марта, 2023. <http://oceanlaw.ru/wp-content/uploads/2018/02/1900-Гражданское-уложение-1.pdf>).

<sup>2</sup> *Paradine v. Jane* (1647) EWHC KB. Дата обращения 20 марта, 2023. [https://www.trans-lex.org/381700/\\_/paradine-v-jane%C2%A0%5B1647%5D-ewhc-kb-j5-82-er-897](https://www.trans-lex.org/381700/_/paradine-v-jane%C2%A0%5B1647%5D-ewhc-kb-j5-82-er-897).

<sup>3</sup> *Restatement (Second) of Contracts*, § 1. Дата обращения 20 марта, 2023. <https://instituteoflaw.com/Preview/Law101-1b/Restatement2ndContracts-DONOTPRINT-week1b.pdf>.

<sup>4</sup> *Clark-Fitzpatrick, Inc. v. Long Island R.R. Co.*, 70 N.Y. 2d 382, 388, 516 N.E. 2d 190 (1987). Дата обращения 20 марта, 2023. <https://casetext.com/case/clark-fitzpatrick-v-long-is>.

ве договор не образует соглашения и влечет лишь координацию обещаний (заверений) свободных и независимых друг от друга лиц, то в ситуации взаимных обещаний стороны вынуждены исполнять собственное обещание, полагаясь (in reliance) на обещание другой стороны. Если допустить, что стороны имеют не совокупность обещаний, а общее обязывающее соглашение, то тогда отпадает необходимость полагаться на обещание другой стороны, но это означало бы отказ от свободы личности и отказ от координации обещаний в пользу традиционного соглашения лиц и принципа *pacta sunt servanda*.

Под воздействием взглядов О. Холмса развилась доверительная теория договора (reliance theory) (Fuller, Perdue 1936; Atiyah 1978, 193–207), которая является альтернативой волевой теории (Paton 1946, 296). В рамках доверительной теории моральным базисом обязательности исполнения договора выступают действия лица, вызванные доверием обещанию должника (reliance), и уплаченное ему вознаграждение (Fried 1981, 4). Нарушение доверия кредитора и неотработка вознаграждения порождают особый вид ответственности (a special case of tort liability), а не просто долг из обещания.

В качестве промежуточного вывода отметим, что суть американской договорной теории можно выразить от первого лица следующим утверждением: «Я обещаю исполнить, но оставляю за собой право решать, буду я это делать или нет; но если вы, полагаясь на мое обещание, начали исполнение в мою пользу в соответствии со своим обещанием или понесли в этой связи какие-то расходы, то я, уважая ваше доверие, обязан компенсировать ваши убытки». Можно эту же мысль изложить иначе, и будет тоже верно: «Проявляя ответственность перед вами, как свободным лицом, оказавшим мне доверие, я обязан оплатить все ваши убытки, если мое обещание не сбудется, но, будучи таким же свободным, несмотря на данное мною вам обещание исполнить, я оставляю за собой право его не исполнять». Комментируемая договорная концепция предполагает полную свободу лица, несмотря на обещание исполнить, но есть в ней и уважение доверившемуся контрагенту, которое трансформируется в добровольную позитивную ответственность обещающего оплатить убытки контрагента, если обещание не сбудется.

## *2.2. Понуждение должника в англо-американском праве*

### *2.2.1. Причины непопулярности понуждения должника*

Причины непопулярности понуждения должника в США состоят не только в фундаментальном расхождении в понимании договора, но и в том, что в конкретных обстоятельствах понуждение либо недокомпенсирует интерес кредитора, либо, наоборот, наделяет его правом требовать исполнения в натуре без привязки к достижению цели компенсации, либо чрезмерно ограничивает право должника расторгнуть договор (Schwartz 1979, 274).

Считается, что понуждение должника недокомпенсирует интерес кредитора, но влечет меньшие транзакционные издержки. При этом взыскание убытков вместо понуждения должника предоставляет большую компенсацию, но увеличивает транзакционные издержки. Выгода от взыскания убытков с большими транзакционными издержками, как правило, оказывается выше, чем понуждение должника

с меньшими транзакционными издержками (Schwartz 1979, 278). Данное утверждение является небесспорным и подвергается критике (Ulen 1984, 401). Основная доля транзакционных издержек выпадает на переговоры до нарушения договора (pre-breach negotiation), где обсуждаются финансовые условия его изменения или расторжения, либо на административные издержки (administrative costs), связанные с понуждением должника к исполнению договора<sup>5</sup>.

Понуждение должника, влекущее ограничение его свободы на расторжение договора (с возмещением убытков) в ситуации очевидной невыгодности или невозможности исполнения договора, рассматривается как недостаток. Такое нередко происходит вследствие резкого изменения рыночной цены товара, отсутствия у должника доступа к квалифицированным работникам, сырью, капиталу и других аналогичных причин. Должник будет вынужден проводить переговоры с кредитором об изменении условий договора в сторону облегчения своего положения, на которых кредитор, скорее всего, потребует дополнительное денежное вознаграждение или иных выгод. Успех на таких переговорах не гарантирован. Сама по себе ситуация склоняет должника к совершению освободительного платежа (release payment) в пользу кредитора за изменение или расторжение договора (Kronman 1978, 367).

### *2.2.2. Понуждение должника как справедливое средство защиты*

Исторически разделение английского права на общее право (common law) и право справедливости (equity) было обусловлено тем, что прецедентная система общего права гарантировала стабильность правоприменения, но не всегда приводила к справедливому или эффективному разрешению спора. Процессуальные правила общего права ставили формальное соблюдение процесса выше цели достижения справедливости (Willis 1915, 120–121), что создало общественную потребность в альтернативной процессуальной форме защиты прав. Государство было вынуждено создать отдельный канцлерский суд (court of chancery), или суд справедливости (court of equity), который разрешал дела, не ссылаясь на прецеденты, а руководствовался принципом справедливости. Право справедливости дополняло и стабилизировало общее право. Вместе с тем в определенный момент суды права справедливости и общего права стали конкурировать друг с другом, в связи с чем была проведена правовая реформа, направленная на объединение права и ликвидацию конкуренции судов<sup>6</sup>. После проведения реформы суды справедливости были устранены, но правопорядок сохранил принцип дополнения правовых средств общего права новыми исками, которые когда-то практиковались судами справедливости. Такие факультативные средства защиты, которые неизвестны общему праву, принято называть справедливыми средствами защиты (equitable

<sup>5</sup> Marble Co. v. Ripley, 77 U.S. 339, 358–59 (1870). Дата обращения 20 марта, 2023. <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep077/usrep077339/usrep077339.pdf>; Northern Delaware Indus. Dev. Corp. v. E. W. Bliss Co., 245 A. 2d 431 (Del. Ch. 1968) Дата обращения 20 марта, 2023. <https://law.justia.com/cases/delaware/court-of-chancery/1968/245-a-2d-431-4.html>; Edelen v. Samuels, 126 Ky. 295, 306-07, 103 S. W. 360, 363 (1907) Дата обращения 20 марта, 2023. <https://calculators.law/caselaw/decisions/dKw8bbeE8k5l/edelen-v-samuels-co>.

<sup>6</sup> Supreme Court of Judicature Act, 1873. Дата обращения 20 марта, 2023. <https://www.lac.org.na/laws/GGbritish/Supreme%20Court%20of%20Judicature%20Act%201873-Pt%201a.pdf>.

remedies). К ним, в частности, относят понуждение должника к совершению определенного действия (specific performance), запрещение должнику совершения или продолжения совершения действия (injunction), отмена договора (rescission) и устранение ошибки (rectification).

Справедливые средства направлены на защиту справедливых прав (equitable rights). Справедливые права постепенно эволюционировали, и в их состав стали входить не только права на действия должника (rights in personam), но и абсолютные права на вещи (rights in rem), что позволяет использовать справедливые средства защиты (equitable remedies) против любого и каждого, в том числе стороны по договору, кроме случая возмездного добросовестного приобретения вещи третьим лицом (Huston 1915, 88–90). По этой причине требование о понуждении продавца передать оплаченную вещь не считается понуждением должника к исполнению обязательства, поскольку такая принудительная передача оплаченной вещи приравнивается к виндикационному иску (replevin), направленному на защиту права владения истца (Farnsworth 1970, 1150–1152).

Было бы неточно утверждать, что справедливые права англо-американского права сопоставимы с вещными правами, поскольку первые содержат в себе и права на действия должника, и права на саму вещь, что нехарактерно для вещных прав в гражданско-правовой традиции. Справедливые права появились не для упорядочения классификации прав, а в связи с необходимостью обеспечить защитой пострадавшее лицо там, где это трудно сделать с помощью средств общего права. В значительной степени современный образ справедливых прав связан с развитием специфической правовой конструкции траста, требующего сочетания в себе правомочий различной природы (Huston 1915, 89–90), однако справедливые средства защиты, направленные на защиту справедливых прав, используются в том числе и для понуждения должника к исполнению обязательства в натуре.

### *2.2.3. Условия удовлетворения требования о понуждении должника*

В США понуждение должника осуществляется исключительно по усмотрению суда и лишь в тех специфических случаях, когда такой способ защиты, по убеждению суда, представляется более эффективным средством защиты, чем взыскание убытков. Согласно § 2-716 Единообразного торгового кодекса (ЕТК)<sup>7</sup>, понуждение к исполнению обязательства может быть присуждено, если товары уникальны или имеются иные подходящие обстоятельства (proper circumstances). Например, сторона по договору получила оплату, но не передала титул на уникальный товар: земельный участок, объект недвижимости, фамильные драгоценности, патентные права, в некоторых случаях — результат работ (Kronman 1978, 355–357). Как правило, заключение замещающей сделки в таких ситуациях не защитит интереса покупателя по причине отсутствия аналогичного предложения на открытом рынке. Ввиду того, что взыскание убытков в виде разницы в цене между неисполненной и замещающей сделками объективно невозможно, понуждение должника к исполнению обязательства в натуре остается единственным доступным и эффективным средством защиты интереса кредитора.

<sup>7</sup> Uniform Commercial Code. 1978. Дата обращения 20 марта, 2023. <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-716>.

Например, в деле *Cumbest v. Harris*<sup>8</sup> суд пришел к выводу о том, что истцом (покупателем) представлены неопровергнутые показания об уникальности звукового оборудования, которое создавалось им на протяжении 15 лет и недоступно к приобретению на открытом рынке, в связи с чем применил справедливые средства защиты в виде понуждения ответчика передать товар. Наряду с уникальностью товара судом в деле могут быть установлены иные подходящие обстоятельства (*proper circumstances*), позволяющие понудить должника. Например, в деле *Sedmak v. Charlie's Chevrolet, Inc*<sup>9</sup> суд отнес к иным подходящим обстоятельствам то, что автомобиль данной лимитированной серии сложно купить на открытом рынке без осуществления несоразмерных расходов и значительных потерь времени, и удовлетворил иск о понуждении ответчика исполнить обязательство в натуре.

#### 2.2.4. Адекватность убытков

Решение вопроса о наличии подходящих обстоятельств и о том, должен ли суд взыскать убытки вместо понуждения должника, достигается с помощью критерия адекватности убытков (*adequacy of damages*). Факторами, влияющими на критерий адекватности убытков, являются сложность доказывания убытков с обоснованной определенностью (*reasonable certainty*); сложность нахождения замещающего исполнения; вероятность того, что решение о взыскании убытков не будет исполнено<sup>10</sup>. В конкретной ситуации, когда взыскание убытков не соответствует требованиям адекватности, суд вправе понудить должника к исполнению обязательства. Если суд установит что товар или результат работ можно получить от другого лица, то взыскиваются убытки (Kronman 1978, 358). Критерий адекватности выбора понуждения должника к исполнению обязательства в натуре оценивается в три этапа (Ludes, Gilbert 1953, 414). На первом этапе определяется возможность защиты интереса истца относительно всех возможных средств защиты, доступных общему праву или прямо предусмотренным договором. На этой стадии доказывается неадекватность и неспособность средств защиты, доступных общему праву или предусмотренных договором, в полной степени защитить интерес истца и тем самым способствовать достижению цели исчерпывающего правосудия (*complete justice*). Также на первом этапе проверяется, нет ли у ответчика встречных взаимосвязанных требований к истцу, основанных на общем праве, что может стать препятствием для удовлетворения первоначального требования, основанного на праве справедливости. На втором этапе адекватность понуждения должника оценивается относительно взыскания убытков как возможной полноценной альтернативы защиты интереса кредитора. Третий этап оценки адекватности возникает, если должник признан несостоятельным (Ludes, Gilbert 1953, 415–417).

<sup>8</sup> *Cumbest v. Harris*, 363 So. 2d 294 (1978). Дата обращения 20 марта, 2023. <https://law.justia.com/cases/mississippi/supreme-court/1978/50670-0.html>.

<sup>9</sup> *Sedmak v. Charlie's Chevrolet, Inc*, 622 S.W. 2d 694 (1981). Дата обращения 20 марта, 2023. <https://law.justia.com/cases/missouri/court-of-appeals/1981/41378-0.html>.

<sup>10</sup> Restatement (Second) of Contracts, § 360.

## 2.3. Понуждение должника в гражданском праве

### 2.3.1. Переход от взыскания убытков к понуждению должника

Римское право руководствовалось правилом компенсации, что способствовало сохранению мира между сторонами (Huston 1915, 39) и, безусловно, придавало разрешению частных споров облик цивилизованности. Возможности прямого возложения на ответчика обязанности передать вещь не предусматривалось (Fry 1884, 3). В классический период даже в делах об истребовании вещи допускалось только присуждение компенсации (Институции Гая, G. 4. 48) (Раснер 1888, 218). Косвенное понуждение должника к передаче вещи в формулярном процессе допускалось с помощью исков *actiones arbitrariae*, в которых истец просил о возврате вещи с оговоркой *nisi arbitrato tuo ea res restituetur*, предписывающей обвинить ответчика в том случае, если он добровольно после приказа судьи не возвратит вещь. Если ответчик возвратит вещь, он оправдывается; если не возвратит, то приговаривается к платежу — *aestimatio (quanti ea res est, condemna)*, исходя из оценки истца, которую он давал под клятвой (Покровский 1917, 108). Данный порядок не предусматривал прямого изъятия вещи по решению суда, создавая лишь стимулы для ответчика к передаче вещи под угрозой судебного принуждения к совершению платежа.

Вместе с тем многое поменялось в поздний период после отказа от формулярного процесса и перехода от *ordo iudiciorum privatorum* (обычный исковой порядок рассмотрения частных споров) к *cognitio extraordinaria* (экстраординарный процесс), когда должностное лицо получило возможность полностью контролировать весь процесс, сочетая в себе административные и судебные функции. Новый порядок предоставил истцу использовать различные способы защиты права: взыскивать убытки, присуждать должника к исполнению обязательства в натуре, осуществлять реституцию (*restitutio*), под которой понималось не только восстановление прежнего положения, но и принудительная передача вещи, признание права (Buckland 1911, 45–46). Таким образом, позднее римское право содержит гораздо более широкий набор средств правовой защиты, чем просто взыскание компенсации. По образу и подобию позднего римского права стал формироваться современный европейский правопорядок, где при наличии у кредитора выбора способа защиты акцент сделан на понуждении должника к исполнению обязательства в натуре (Huston 1915, 49).

Деонтологическая этика, принцип *recta sunt servanda* и волевая теория договора привели к тому, что континентальное гражданское право использует понуждение должника в качестве базового способа защиты, который может быть заменен на взыскание убытков, если понуждение исключено либо в силу фактических обстоятельств оно не способно защитить интерес истца. Этот подход соответствует научным взглядам Ф. Моммзена о том, что в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения позитивный интерес кредитора, являвшийся предметом первоначального обязательства должника, трансформируется в последующий предмет обязательства, занимая место первоначального, и образует для него эквивалент, будь то весь первоначальный предмет или только его часть (Mommesen 1855, 6–8).

Доктрину интереса Ф. Моммзена правильнее отнести к правовой (*right-based*), основывающейся на содержании договорного обязательства. Выделение первоначального

чального (до нарушения) и последующего (после нарушения) предметов обязательства, а также перетекание интереса из первого во второй (в виде эквивалента) выглядят логично, но в то же время предопределяют сложность использования взыскания убытков в качестве базового способа защиты права кредитора. Экономические последствия нарушения договора в этом случае ограничены содержанием обязательства, а не фактическими экономическими интересами кредитора, которые в реальности шире договора и включают в себя интересы, связанные с договором, но напрямую не входящие в его предмет.

### *2.3.2. Понуждение должника с предоставлением срока исполнения обязательства*

Согласно ст. 1142 Французского гражданского кодекса (ФГК), всякое обязательство сделать или не делать приводит к возмещению убытков в случае неисполнения со стороны должника. На первый взгляд может показаться, что указанная норма предусматривает общее правило о возмещении убытков вместо исполнения обязательства. Вместе с тем это не совсем так, поскольку в ст. 1142 ФГК подразумевает случаи, когда исполнение обязательства возможно только лично должником, и если оно не исполнено, то возникает ситуация объективной невозможности исполнения обязательства. В этом случае действует правило *nemo praesice cogi potest ad factum* («никого нельзя принудить к совершению действия»). Например, скульптор не может быть понужден к исполнению договорной обязанности сделать скульптуру. Но если действие может быть совершено судом или судебным исполнителем (например, передать титул, снести здание), то суд сделает это за счет должника (Huston 1915, 39). Например, согласно ст. 1143 ФГК, кредитор имеет право требовать уничтожения того, что было сделано в нарушение обязательства, и может взять на себя право уничтожить это за счет должника безотносительно возможности возникновения убытков. Согласно принципу *dies non interpellat pro homine*<sup>11</sup>, истечение срока договорного обязательства автоматически не переводит должника в состояние неисполнения договора и является основанием для направления уведомления о просрочке исполнения обязательства (ст. 1344 ФГК), выражающего намерение кредитора использовать одно из средств правовой защиты после истечения дополнительного срока исполнения обязательства.

Необходимость направления должнику уведомления, устанавливающего дополнительный срок на исполнение обязательства, также предусмотрена ст. 3:103 кн. III Модельных правил Европейского частного права<sup>12</sup>. Основной смысл подачи уведомления состоит в сбалансировании интересов должника и кредитора. Кредитор через соблюдение процедуры уведомления получает четкое понимание момента, с которого у него возникает право требовать понуждения должника к исполнению обязательства в натуре, либо взыскания убытков вместо исполнения обязательства,

<sup>11</sup> Данное правило является противоположностью принципа *dies interpellat pro homine* («день требует так же, как человек»). Наступление срока приравнивается к требованию кредитора об исполнении обязательства. Вместе с тем в значении *dies non interpellat pro homine* указанный принцип приобретает обратное значение и понимается как «наступление срока не приравнивается к требованию кредитора об исполнении обязательства».

<sup>12</sup> Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. 2009. Дата обращения 20 марта, 2023. [https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009\\_02\\_DCFR\\_OutlineEdition.pdf](https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf).

либо сочетания требований о понуждении должника и взыскании убытков, если нарушение обязательства не имело существенный характер. В свою очередь, должник получает гарантию того, что в период дополнительного срока на исполнение обязательства, указанного в уведомлении, он не находится в просрочке (*in mora*), и кредитор не может отказаться от исполнения обязательства.

Система защиты интереса кредитора в Германском гражданском уложении (ГГУ) выстроена аналогичным образом. Если лицо обязано возместить ущерб, то оно восстанавливает положение, существовавшее до нарушения (абз. 1 § 249). При этом кредитор вправе предоставить срок на восстановление положения с предупреждением о том, что после истечения срока он отказывается от восстановления и требует выплаты соответствующей денежной суммы вместо восстановления прежнего состояния (§ 250). Право на возмещение убытков вместо исполнения обязательства в натуре возникает у кредитора после направления напоминания (*mahnung*) должнику, а также истечения установленного срока на исполнение обязательства (Громов 2016, 15, 37–38). Кредитор вправе выбрать различные комбинации защиты его права от понуждения к исполнению обязательства в натуре (§ 241) и уплаты процентов (§ 288, 290) до отказа от договора (§ 326) и взыскания убытков (§ 281, 283). Если суд принял решение о понуждении должника к исполнению обязательства в натуре, то исполнение судебного акта осуществляется в соответствии с процессуальным законодательством.

Гражданский процессуальный кодекс Германии<sup>13</sup> подробно описывает процедуры принудительной реализации требований о понуждении должника к передаче вещи, совершении им определенных действий или воздержании от них. Основной акцент в этих процедурах сделан на том, что осуществляется поиск возможностей исполнения решения суда помимо воли должника, что выражается в физическом изъятии вещи, регистрационных действиях, самостоятельных действиях кредитора по исполнению обязательства за счет должника (§ 883–898). Причем германский процессуальный порядок изъятия вещи очень похож на тот, что описан Ульпианом (D. 6. 1. 68) (Кофанов 2002, 181).

### *2.3.3. Понуждение должника без предоставления срока исполнения обязательства*

Российское гражданское законодательство придерживается модели, при которой кредитор вправе по своему выбору потребовать от должника исполнения обязательства в натуре, предъявить требование о возмещении убытков вместо исполнения обязательства (п. 1 ст. 308.3, п. 2 ст. 396, ст. 398 ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ<sup>14</sup>) либо исполнить обязательство самостоятельно за должника или с привлечением третьих лиц, но с возмещением убытков с должника (ст. 397 ГК РФ). Данная смысловая модель соотношения убытков и понуждения должника аналогична европейской и изначально утверждалась в качестве базовой на стадии принятия гражданского законодательства (Маковский 2010, 489–490).

<sup>13</sup> Zivilprozessordnung. 1982. Дата обращения 20 марта, 2023. <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo>.

<sup>14</sup> Здесь и далее все ссылки (если не указано иное) на российские нормативно-правовые акты приводятся по СПС «КонсультантПлюс». Дата обращения 20 марта, 2023. <https://www.consultant.ru>.

Отличие от европейского варианта состоит в том, что для определения момента просрочки российское гражданское законодательство не требует от кредитора обязательной предварительной подачи уведомления о необходимости исполнения обязательства в натуре и предоставления должнику дополнительного срока для исполнения обязательства. Тем самым должник должен сам отслеживать срок исполнения собственного обязательства, и момент вступления им в просрочку не привязан к срокам, указанным в уведомлении кредитора.

Уведомление о необходимости исполнения обязательства в натуре не следует смешивать с досудебной претензией. Цель уведомления кредитора о необходимости исполнения обязательства состоит в определении момента просрочки должника, предоставления ему последней возможности исполнить обязательство и продемонстрировать намерение кредитора перейти к защите права, в то время как досудебная претензия, предусмотренная процессуальными кодексами, не влечет аналогичных правовых последствий и имеет скорее процессуальное значение, чем материальное.

Соотношение требований о понуждении к исполнению обязательства в натуре и взыскании убытков построено таким образом, что кредитор вправе отказаться от принятия ненадлежащего исполнения обязательства (п. 2 ст. 405 ГК РФ) и вместо этого предъявить требование о взыскании убытков (п. 2 ст. 396, ст. 398 ГК РФ). При ненадлежащем исполнении обязательства кредитор вправе потребовать возмещения убытков, компенсирующего негативные последствия, возникшие вследствие просрочки должника. Если такое ненадлежащее исполнение должника не привело к утрате интереса кредитора к исполнению договора в целом, то кредитор вправе потребовать компенсации последствий ненадлежащего исполнения должника с сохранением требования об исполнении обязательства в натуре. Поэтому можно сказать, что российскому правопорядку известны убытки вместо исполнения обязательства, подразумевающие одновременный отказ кредитора от требования о понуждении к исполнению обязательства в натуре, и убытки вследствие просрочки или иных пороков исполнения, подразумевающие сохранение требования кредитора о понуждении к исполнению обязательства в натуре (п. 1 и 2 ст. 396 ГК РФ).

Устоявшейся классификации убытков в контексте ст. 396 ГК РФ до настоящего времени не сформировалось. А.Г. Карапетов предлагает использовать терминологию о делении на компенсаторные и мораторные убытки с добавлением восполнительных убытков, призванных в денежной форме восполнить кредитору ущерб, возникший в связи с принятием ненадлежащего исполнения (Карапетов 2006, 216–218). Факт просрочки должника наделяет кредитора правом решать, будет ли он отказываться от договора и взыскивать убытки вместо исполнения договора или требовать (или принимать) ненадлежащее исполнение должника с возмещением мораторных и восполнительных убытков.

### 3. Выводы

Выбор между понуждением должника или взысканием убытков в качестве приоритетного средства правовой защиты зависит от разрешения трех дилемм договорного права: деонтология или утилитаризм; волевая или объективная теории договора; принцип *pacta sunt servanda* или его отрицание. Разрешение этих дилемм

приведет либо к правовой теории защиты договорного интереса, характерной для континентального гражданского права, либо к экономической теории, характерной для англо-американского права. В практической плоскости различия теорий выражаются в том, что гражданское право исходит из приоритета требования о понуждении должника к исполнению обязательства в натуре над требованием о возмещении убытков, а англо-американское право, наоборот, отдает приоритет требованию о возмещении убытков над требованием о понуждении должника.

И континентальной, и англо-американской системам хорошо известны оба способа защиты права, но распределение ролей между ними на основную и вспомогательную осуществлено по-разному. Общее право выработало системный подход к пониманию взыскания убытков как главного средства защиты интереса кредитора с исчерпывающей классификацией убытков, методиками их идентификации, формулами, стандартами доказывания, методиками верификации доказательств и анализом экономической эффективности правовой защиты. Понуждение должника допускается в качестве экстраординарной меры защиты интереса кредитора по праву справедливости, когда цель эффективного правосудия не может быть достигнута средствами общего права.

В гражданском праве понуждение должника к исполнению обязательства в натуре формально является базовым способом защиты, а взыскание убытков альтернативным, но это не мешает реализации права кредитора взыскивать убытки вместо понуждения к исполнению обязательства в натуре. Понуждение должника к исполнению обязательства в натуре позволяет кредитору избежать проблемы доказывания убытков и защищает должника от риска взыскания с него непропорциональных компенсаций. При этом кредитор, предъявив требование о понуждении должника, сохраняет за собой право заявить дополняющее требование о взыскании убытков.

## Библиография

- Белых, Владимир С. 2017. *Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование*. М.: Проспект.
- Брагинский, Михаил И., Василий В. Витрянский. 2005. *Договорное право*. Кн. 1: *Общие положения*. 2-е изд. М.: Статут.
- Василевская, Людмила Ю. 2018. «Возмещение убытков и потерь в российском и зарубежном праве: общее и особенное в правовой регламентации». *Реформа обязательственного права России: проблемы и перспективы*. Отв. ред. Елена Е. Богданова, 118–158. М.: Проспект.
- Громов, Андрей А. 2016. «Переход от исполнения обязательства в натуре к возмещению убытков: российское и германское регулирование». *Вестник гражданского права* 1: 7–46.
- Карпетов, Артем Г. 2006. «Соотношение требования о взыскании убытков с иными средствами защиты прав кредитора». *Убытки и практика их возмещения*. Отв. ред. Марина А. Рожкова, 202–277. М.: Статут.
- Кофанов, Леонид Л., ред. 2002. *Дигесты Юстиниана*. В 8 т., т. 1. М.: Статут.
- Маковский, Александр Л. 2010. *О кодификации гражданского права (1922–2006)*. М.: Статут.
- Покровский, Иосиф А. 1917. *История римского права*. 3-е изд., испр. и доп. Пг.: Изд. Юридического книжного склада «Право».
- Расснер, Д., пер. 1888. *Институции Гая*. Ч. 4. СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича.
- Халфина, Раиса О. 1959. *Договор в английском гражданском праве*. М.: Издательство Академии наук СССР.

- Цвайгерт, Конрад, Хайн Кётц. 2010. *Сравнительное частное право*. М.: Международные отношения.
- Arbel, Yonathan A. 2015. "Contract remedies in action: Specific performance". *West Virginia Law Review* 118 (1): 369–410.
- Atiyah, Patrick S. 1978. "Contracts, promises and the law of obligations". *Law Quarterly Review* 94: 193–223.
- Barnett, Randy E. 1992. "Some problems with contract as promise". *Cornell Law Review* 77: 1022–1033.
- Barnett, Randy E. 2012. "Contract is not promise; Contract is consent". *Suffolk University Law Review* XLV (3): 647–665.
- Bentham, Jeremy. 1823. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Vol. 1. London: Printed for W. Pickering.
- Buckland, William W. 1911. *Equity in Roman Law*. London: University of London.
- Farnsworth, Edward A. 1970. "Legal remedies for breach of contract". *Columbia Law Review* 70: 1145–1216.
- Fried, Charles A. 1981. *Contract as promise: A theory of contractual obligation*. Cambridge: Harvard University Press.
- Fried, Charles A. 2012. "Contract as promise thirty years on". *Suffolk University Law Review* 45 (3): 961–978.
- Fry, Edward. 1884. *A treatise on the specific performance of contracts*. New York: Albany, N. Y., W. C. Little.
- Fuller, Lon L., William R. Perdue. 1936. "The reliance interest in contract damages". *Yale Law Journal* 1 (46): 52–96.
- Holmes, Oliver W. Jr. 1881. *The common law*. London: Macmillan & Co. London.
- Huston, Charles A. 1915. *The enforcement of decrees in equity*. Cambridge: Harvard University Press.
- Hyland, Richard. 1994. "Pacta sunt servanda: A meditation". *Virginia Journal of International Law* 34 (2): 405–433.
- Kant, Immanuel. 1785. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Riga: J. F. Hartknoch.
- Kirchmann, Julius H. 1870. *Immanuel Kant's Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. Die Metaphysik der Sitten. Erster Theil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. Berlin: L. Heimann.
- Kronman, Anthony T. 1978. "Specific performance". *University of Chicago Law Review* 45 (2): 351–382.
- Ludes, Francis J., Harold J. Gilbert. 1953. "Corpus juris secundum". *A complete restatement of the entire American Law as developed by all reported cases*. Vol. LXXXI, 403–817. Brooklyn, New York: American Law Book Co.
- Mill, John S. 1863. *Utilitarianism*. London: Parker, Son, and Bourn, West Strand.
- Mill, John S. 2001. *On liberty*. 1859. Kitchener: Batoche Books.
- Mommsen, Friedrich. 1855. *Beiträge zum Obligationenrecht. 2, Zur Lehre von dem Interesse*. Braunschweig: Schwetschke,
- Parry, David H. 1959. *The sanctity of contracts in English law*. London: Stevens & Sons Ltd.
- Paton, George W. 1946. *A textbook of jurisprudence*. London: Oxford University Press.
- Pothier, Robert J. 1768. *Traité des obligations selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur. T. 1*. Paris: Debure l'aîné; Orléans: J. Rouzeau-Montaut.
- Schwartz, Alan. 1979. "The case for specific performance". *The Yale Law Journal* 89 (2): 271–307.
- Ulen, Thomas S. 1984. "The efficiency of specific performance: Toward a unified theory of contract remedies". *Michigan Law Review* 83 (2): 341–401.
- Wallinga, Tammo. 2011. "The common history of European legal scholarship". *Erasmus Law Review* 4 (1): 3–20.
- Wehberg, Hans. 1959. "Pacta sunt servanda". *The American Journal of International Law* 53 (4): 775–786.
- Willis, Hugh E. 1915. "Anomalous growth of the common law — The Anglo-American quest for justice". *California Law Review* 3 (2): 103–121.

Статья поступила в редакцию 5 мая 2021 г.;  
рекомендована к печати 16 января 2023 г.

Контактная информация:

Торкин Дмитрий Александрович — канд. юрид. наук; dtorkin@yandex.ru

## Specific performance and damages in Anglo-American and continental law

D. A. Torkin

Tyumen State University,  
6, ul. Volodarskogo, Tyumen, 625003, Russian Federation

**For citation:** Torkin, Dmitrii A. 2023. "Specific performance and damages in Anglo-American and continental law". *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 2: 474–491.  
<https://doi.org/10.21638/spbu14.2023.212> (In Russian)

The article deals with moral and ethical factors of contract law influencing the choice between specific performance and damages as the main remedy. Development of the law of contracts depends on decision of three dilemmas: "deontology or utilitarianism"; "will theory or objective theory"; "pacta sunt servanda principle or its denial". In the course of protection of the contractual interest the law of contracts tends to right-based or economic theory depending on decision of the dilemmas mentioned. The economic theory gives priority to claim for damages whereas the right-based theory to specific performance. The article reveals reasons why specific performance is not popular in the USA as well as examines specific performance as an equitable remedy. The subsidiary role of specific performance to damages is additionally disclosed with regard to the adequacy of damages criterion which has not yet been followed in continental law. The continental legal system determined balance between specific performance and damages on the basis of Roman legal procedure (*cognitio extraordinaria*), in operation during the post-classical period as well as the results of Roman law intellectualization represented by the doctrine of interest (F. Mommsen) whereby the creditor's interest replaced by its equivalent after breach of contract. The aggrieved party is entitled to choose between damages or specific performance with a preliminary letter of formal notice (France, Germany) or without it (Russia).

*Keywords:* pacta sunt servanda, damages, deontology, utilitarianism, equitable remedies, objective theory.

## References

- Arbel, Yonathan A. 2015. "Contract Remedies in Action: Specific Performance". *West Virginia Law Review* 118 (1): 369–410.
- Atiyah, Patrick. S. 1978. "Promises and the Law of Obligations". *Law Quarterly Review* 94: 193–223.
- Barnett, Randy E. 1992. "Some Problems with Contract as Promise". *Cornell Law Review* 77: 647–665.
- Barnett, Randy E. 2012. "Contract Is Not Promise; Contract Is Consent". *Suffolk University Law Review* XLV (3): 647–665.
- Belykh, Vladimir S. 2017. *Contract Law in England: a comparative legal study*. Moscow, Prospekt Publ. (In Russian)
- Bentham, Jeremy. 1823. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Vol. 1. London, Printed for W. Pickering.
- Braginskii, Mikhail I., Vasilii V. Vitrianskii. 2005. *Contract law*. Book 1: *General Provisions*. 2<sup>nd</sup> ed. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Buckland, William W. 1911. *Equity in Roman Law*. London, University of London.
- Farnsworth, Edward A. 1970. "Legal remedies for breach of contract". *Columbia Law Review* 70: 1145–1216.
- Fried, Charles A. 1981. *Contract as promise: A theory of contractual obligation*. Cambridge, Harvard University Press.
- Fried, Charles A. 2012. "Contract as promise thirty years on". *Suffolk University Law Review* 45 (3): 961–978.
- Fry, Edward. 1884. *A treatise on the specific performance of contracts*. New York, Albany, N. Y., W. C. Little.
- Fuller, Lon L., William R. Perdue. 1936. "The reliance interest in contract damages". *Yale Law Journal* 1 (46): 52–96.

- Gromov, Andrei A. 2016. "The transformation from the claim for specific performance to the claim for damages: The Russian and German regulations". *Vestnik grazhdanskogo prava* 1: 7–46. (In Russian)
- Holmes, Oliver W. Jr. 1881. *The common law*. London, Macmillan & Co. London.
- Huston, Charles A. 1915. *The enforcement of decrees in equity*. Cambridge, Harvard University Press.
- Hyland, Richard. 1994. "Pacta sunt servanda: A meditation". *Virginia Journal of International Law* 34 (2): 405–433.
- Kant, Immanuel. 1785. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Riga, J. F. Hartknoch.
- Karapetov, Artem G. 2006. "Damages claims compared with other remedies available to the creditor". *Ubytki i praktika ikh vozmeshcheniia*. Ed. by Marina A. Rozhkova, 202–277. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Kirchmann, Julius H. 1870. *Immanuel Kant's Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. Die Metaphysik der Sitten. Erster Theil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. Berlin, L. Heimann.
- Khalfina, Raisa O. 1959. *Contract in English civil law*. Moscow, Akademiia nauk SSSR Publ. (In Russian)
- Kofanov, Leonid L., ed. 2002. *Digests of Justinian*. Rus. ed. In 8 vols, vol. 1. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Kronman, Anthony T. 1978. "Specific performance". *University of Chicago Law Review* 45 (2): 351–382.
- Ludes, Francis J., Harold J. Gilbert. 1953. "Corpus Juris Secundum". *A complete restatement of the entire American Law as developed by all reported cases*. Vol. LXXXI, 403–817. Brooklyn, New York, American Law Book Co.
- Makovskii, Aleksandr L. 2010. On *codification of civil law*. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Mommsen, Friedrich. 1855. *Beiträge zum Obligationenrecht. 2, Zur Lehre von dem Interesse*. Braunschweig: Schwetschke,
- Mill, John S. 1863. *Utilitarianism*. London, Parker, Son, and Bourn, West Strand.
- Mill, John S. 2001. *On liberty*. 1859. Kitchener, Batoche Books.
- Parry, David H. 1959. *The sanctity of contracts in English law*. London, Stevens & Sons Limited.
- Paton, George W. 1946. *A textbook of jurisprudence*. London, Oxford University Press.
- Pokrovskii, Iosif A. 1917. *The history of Roman Law*. 3<sup>rd</sup> ed., rev. and enl. Petrograd, Izdanie Iuridicheskogo knizhnogo sklada "Pravo" Publ. (In Russian)
- Pothier, Robert J. 1768. *Traité des obligations selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur. T. 1*. Paris, Debure l'aîné; Orléans, J. Rouzeau-Montaut.
- Rassner, D., transl. 1888. *The Institutes of Gaius*. Part IV. St. Petersburg, M. M. Stasiulevich Publ. (In Russian)
- Schwartz, Alan. 1979. "The case for specific performance". *The Yale Law Journal* 89 (2): 271–307.
- Ulen, Thomas S. 1984. "The efficiency of specific performance: Toward a unified theory of contract remedies". *Michigan Law Review* 83 (2): 341–401.
- Vasilevskaia, Liudmila Iu. 2018. "Compensation of damages and losses in Russian and foreign law: Similar and peculiar in legal regulation". *Reforma obiazatel'stvennogo prava Rossii: problemy i perspektivy*. Ed. by Elena E. Bogdanova, 118–158. Moscow, Prospekt Publ. (In Russian)
- Wallinga, Tammo. 2011. "The common history of European legal scholarship". *Erasmus Law Review* 4 (1): 3–20.
- Wehberg, Hans. 1959. "Pacta sunt servanda". *The American Journal of International Law* 53 (4): 775–786.
- Willis, Hugh E. 1915. "Anomalous growth of the common law — The Anglo-American quest for justice". *California Law Review* 3 (2): 103–121.
- Zweigert, Konrad, Hein Kotz. 2010. *Comparative private law*. Rus. ed. Moscow, Mezhdunarodnye otnosheniia Publ. (In Russian)

Received: May 5, 2021  
Accepted: January 16, 2023

#### Author's information:

Dmitrii A. Torkin — PhD in Law; dtorkin@yandex.ru