

МИНИСТЕРСТВО НАУКИ И ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования
«Тольяттинский государственный университет»

Институт права

(наименование института полностью)

40.04.01 Юриспруденция

(код и наименование направления подготовки / специальности)

Правовое обеспечение предпринимательской деятельности

(направленность (профиль))

ВЫПУСКНАЯ КВАЛИФИКАЦИОННАЯ РАБОТА (МАГИСТЕРСКАЯ ДИССЕРТАЦИЯ)

на тему Условия реализации свободы заключения договоров в предпринимательских отношениях

Обучающийся

С.Ю. Вавилина

(Инициалы Фамилия)

(личная подпись)

Руководитель

к.ю.н., доцент О.Е. Репетева

(ученая степень, звание, И.О. Фамилия)

Тольятти 2022

Оглавление

| | |
|--|----|
| Введение | 3 |
| Глава 1 Договор как правовое средство формирования предпринимательских отношений | 9 |
| 1.1 Условия для заключения договора (оферта и акцепт)..... | 9 |
| 1.2 Вступление договора в силу | 17 |
| 1.3 Особый порядок заключения договора | 19 |
| Глава 2 Свобода договора в предпринимательском праве | 29 |
| 2.1 Формы принципа свободы договора | 29 |
| 2.2 Преддоговорная стадия для свободы договора..... | 33 |
| 2.3 Границы реализации свободы договора..... | 38 |
| Глава 3 Ценность договора в судебном процессе | 52 |
| 3.1 Договорная подсудность | 52 |
| 3.2 Недействительность и незаключенность договора | 56 |
| 3.3 Понятие и принципы исполнения договора..... | 61 |
| Заключение | 75 |
| Список используемой литературы и используемых источников | 77 |

Введение

Актуальность проблемы обусловлена тем, что институт договора, занимая особое место в предпринимательских отношениях, используется постоянно, а закрепленный в гражданском законодательстве принцип свободы договора является основополагающим принципом договорного права.

Конституция Российской Федерации признала экономическую свободу деятельности и раскрыла ее через содержание свободы использования своих способностей - это содержится в ст. 8 и ст. 34 Конституции РФ. Статья 421 Гражданского кодекса Российской Федерации конкретизировала а в качестве основных начал свободу договора.

Конституция и Гражданский кодекс Российской Федерации гарантируют свободу договора, но в условиях практики договорная свобода часто выступает в качестве злоупотреблений ею со стороны хозяйствующих субъектов. Это выступает весомым доводом в пользу проведения тщательных исследовательских мероприятий относительно вопроса реализации вышеуказанных свобод в условиях предпринимательской деятельности.

В регулировании имущественных отношений предпринимателей (коммерческих организаций, индивидуальных предпринимателей) важны нормы, являющиеся основой для заключения договора, так как именно они определяют условия его исполнения и ответственности за ненадлежащее исполнение.

Рыночная экономика предписывает свободу договорных отношений, в том числе и свободы заключения договоров. Несомненно, что безграничная свобода при заключении договоров может иметь негативные последствия для других субъектов, поэтому законодателем вводятся ограничения свободы договоров. К тому же, чрезмерное ограничение свободы заключения

договоров может отрицательно сказаться на осуществлении субъектами свободы заключения договоров в предпринимательских отношениях.

Новизна темы заключается в том, что впервые проведен комплексный основательный анализ всех форм принципа свободы договора, определены условия его реализации. В результате поиска устойчивого равновесия необходимого количества ограничений и негативного эффекта в предпринимательских отношениях, нами предложены дополнения в действующий Гражданский кодекс РФ, направленный на создание законодательной базы, основы противодействия злоупотреблениям принципом свободы договора субъектами предпринимательских отношений.

Объект исследования состоит из общественных отношений в области реализации свободы заключения договоров, как принципа гражданского права, в предпринимательских отношениях.

Предмет исследования – правовые нормы российского законодательства в области реализации свободы договора и его ограничения, а так же судебная практика.

Целью научно-исследовательской работы является определение условий реализации свободы заключения договоров в предпринимательских отношениях.

Задачи научно-исследовательской работы:

- исследование условий для заключения договора (оферта и акцепт);
- рассмотрение порядка вступления договора в силу;
- анализ особого порядок заключения договора;
- определение форм принципа свободы договора;
- исследование преддоговорной стадии для свободы договора;
- определение границ реализации свободы договора;
- определение договорной подсудности;
- анализ недействительности и незаключенности договора;
- определение понятия и принципов исполнения договора.

Связь данной работы с другими научно-исследовательскими работами. Здесь обобщаются труды многочисленных российских цивилистов, занимавшихся изучением договорных свобод (С.А. Денисов, Б.О. Звягинцева, А.В. Хевсаков, Е.А. Крашенинников, Ю.В. Байгушева, Н.Н. Тютерева и другие). Они стали основой для создания работы, задали ее тему, сохранили преемственность.

Оценка решаемой проблемы и актуальная оценка ее состояния в условиях современных реалий. Принцип свободы договора недостаточно исследован в области российской научной литературы. Некоторые авторы основательно занялись освящением этой проблемы научной точки зрения, но уже давно не наблюдалось проведения исследований относительно темы данной работы на уровне диссертаций среди ученых-цивилистов современности.

Теоретической основой исследования являются следующие источники:

- Денисов С.А. Некоторые общие вопросы о порядке заключения договора / С.А. Денисов // Актуальные проблемы гражданского права: сборник статей / [Под ред. М. И. Брагинского]. М.: Статут, 1998. 432 с.
- Эмрих Роман Анатольевич. Свобода договора как принцип философии права : дис. ... кандидата философских наук: 09.00.10 / Саратов. гос. акад. права. - Саратов, 2000. – 180 с.
- Jhering R. V. Culpa in contrahendo Oder Schadensersatz bei nichtigen Oder nicht zur Perfektion gelangten Vertragen // Jahrbucher fur die Dogmatik des heutigen romischen und deutschen Privatrechts (Jherings Jahrbucher), Bd. 4.1861. S. 1-112.

Обоснование необходимости проведения НИР. В связи с тем, что российское гражданское законодательство изменяется, меняется и практика в реализации принципа свободы договора в предпринимательских отношениях. Для изучения сути принципа свободы договора требуется его комплексный анализ. Стороны, вступая в договорные правоотношения,

сталкиваются с трудностями в решении вопроса ограничения свободы договора.

Гипотеза исследования состоит в предположении, что использование результатов рассмотрения теоретико-методических основ, изложенных в главе «договор как правовое средство формирования предпринимательских отношений», и выполненных в данной работе анализа и оценки показателей, характеризующих нормы гражданского законодательства и общественные отношения в сфере реализации свободы заключения договоров как принципа гражданского права, можно подготовить проект мер, которые позволяют достичь цели исследования - определение условий реализации свободы заключения договоров в предпринимательских отношениях.

Методологической основой исследования являются философские (общенаучные) и отдельные научные методы познания.

Для обеспечения решения конкретной научной проблемы (в данном случае речь идет об исследовании условий реализации свободы заключения договоров в предпринимательских отношениях) необходим философско-методологический анализ, который помогает определить новые пути исследования, применить методы, обеспечивающие их решения.

В исследовании также использовались отдельные научные методы, в частности, метод системно-структурного анализа, с помощью которого принцип свободы договора рассматривался как многоотраслевой институт права, анализировались структурные и содержательные особенности его отдельных элементов.

Формулирование выводов и предложений, содержащихся в работе, с учетом требований относительно определенности, непротиворечивости, последовательности и обоснованности суждений и исследования в пределах общетеоретических и гражданско-правовых конструкций с использованием понятийного аппарата соответствующих отраслей права сделано с помощью метода догматического (логического) анализа.

Использование метода сравнительного правоведения способствовало повышению теоретического уровня работы, выявлению некоторых общих закономерностей и специфических черт тех или иных правовых явлений, зарубежного опыта, что особенно важно при исследовании путей совершенствования реализации свободы заключения договоров в предпринимательских отношениях.

Проводя анализ данной работы, на защиту выносятся следующие результаты научной деятельности:

Рассматривая вопрос, который является принципом предпринимательского и гражданского права, можно отметить, что основной момент — это реализация свободы заключения договора.

Первым пунктом отмечается, в чем определяется свобода договора: добровольная возможность и сознательное волеизъявление в рамках преддоговорных отношений являются составляющей возникновения гражданско-правовых отношений. Именно они показывают субъекта, его волю, интересы и главенствующее звено этого - закон. Получение статуса юридического лица является важным и ключевым моментом в вопросе реализации свободы заключения договора.

Вторым пунктом выступает то, что преддоговорная стадия и стадия существования договорных отношений составляют реализацию свободы договора. На первоначальной стадии будет осуществляться свобода договора. Вхождение в договорные предпринимательские правоотношения состоят в свободе заключения договора. В данном случае, можно особо подчеркнуть определение правоспособности - приобретение государственной регистрации для создания индивидуального предпринимателя, юридического лица и достигнув стадии преддоговорной, то есть когда договор заключен, произойдет реализация.

Третьим пунктом выступают составляющие элементы свободы договора, а именно этапы:

- реализация принятия субъектом решения заключения договора состоит в свободе ее процедуры;
- выбирать контрагента свободно;
- свобода, как предложения, впоследствии реализованные на стадии заключения.

Четвертый пункт говорит нам о том, что в преддоговорных правоотношениях свобода выступает как возможность правоспособности в безграничном объеме. Свобода договора при его осуществлении не должна противоречить другим принципам.

Пятым пунктом выделяются пределы договорной свободы, а то есть публично правовые нормы в частноправовых сделках, которые введены федеральным законом и направляются на защиту стороны договора, которая является слабой, а так же на защиту иных лиц и защиту публичных интересов, которые влекут санкции.

Теоретическая и практическая значимость исследования. В работе сформулированы практические предложения, а также теоретические выводы, которые могут быть полезны для будущих научных исследований в сфере свободы заключения договора и в модернизации правового (законодательного) регулирования. Кроме того, эти исследования выгодны для учебного (образовательного) процесса.

Структура работы предопределяется поставленной целью и в связи с ней - задачами. Таким образом, данная магистерская диссертация состоит из введения, трех глав, заключения, списка используемых источников и используемой литературы. Главы разделены на параграфы, позволяющие акцентировать внимание на отдельных проблемах в рамках одного вопроса. В заключении делается общий вывод относительно работы.

Глава 1 Договор как правовое средство формирования предпринимательских отношений

1.1 Условия для заключения договора (оферта и акцепт)

Согласно положениям статьи 432 ГК РФ, договор считается заключенным, когда сторонами достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора в форме, предусмотренной законом или соглашением сторон для данного договора.

Процедура заключения договоров в предпринимательских отношениях схожа с процедурой заключения большинства стандартных договоров различных типов и ведется на протяжении нескольких этапов. В гражданском праве данные этапы принято называть офертой (предложение о заключении договора) и акцептом (подтверждение вышеуказанного предложения). Здесь важно отметить, что такие факторы, как место и время проведения мероприятий по непосредственному заключению договора напрямую зависят от особенностей выражения оферты и акцепта. Д.А. Турицын справедливо отмечает, что «российское законодательство прямо указывает на то, что договор считается заключенным после акцепта оферты, но при соблюдении формы сделки и достижения согласия по существенным условиям такой сделки» [51].

«Оферта традиционно определяется в законодательстве и правовой доктрине как предложение заключить договор, принятие которого влечет за собой заключение договора» [19].

По мнению Н.Ю. Круглова, «форма оферты может быть разной: письмо, телеграмма, факс и т. д. Офертой может служить и разработанный стороной, предлагающей заключить договор, проект такого договора. Лицо, сделавшее предложение заключить договор, в случае безоговорочного акцепта этого предложения его адресатом автоматически становится стороной в договорном обязательстве. Такое особое состояние связанности

своим собственным предложением наступает для лица, направившего оферту, с момента ее получения адресатом. С этого момента указанное лицо должно соизмерять свои действия с возможными юридическими последствиями, которые могут быть вызваны акцентом оферты» [6, с. 116].

Под офертой понимают лишь предложение на заключение договора, отвечающее всем актуальным правилам законодательства для заданного государства или имеющее место как судебный прецедент. Наиболее распространенными и классическими правилами содержания оферты считается наличие в ней основных условий и требований обозначенного договора, в ней обязательно должно присутствовать намерение оферента быть связанным ее условиями при акцепте. «Так, согласно ч. 1 ст. 14 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods), более известной в отечественной научной доктрине как Венская конвенция 1980 года, «предложение о заключении договора, адресованное одному или нескольким конкретным лицам, является офертой, если оно достаточно определено и выражает намерение оферента считать себя связанным в случае акцепта» [53].

Что является существенными условиями, указано в абз. 2 п. 1 ст. 432 ГК РФ:

- Условие о предмете договора. Это основная суть соглашения — непосредственно то, о чем стороны хотят договориться.
- Условия, заявленные законодательно существенными либо обязательными для указанного договора. Они прописываются в содержании регулирующих каждый конкретный договор правил и норм. Зачастую о наличии того или иного условия сообщается формулировкой, выражающей невозможность или недействительность данного договора без соблюдения указанного условия (это так называемые объективные существенные условия).

– Все иные условия, относительно которых также следует договориться, если так желает хотя бы одна из сторон.

Когда в предложении отсутствуют условия из первых двух пунктов, то даже в случае акцепта договор будет считаться незаключенным.

Второе требование — в оферте должно быть выражено намерение лица считать себя связанным своим предложением и готовность считать договор заключенным с тем, кто примет его (акцептует оферту).

Однако, законодательство и судебная практика некоторых государств нередко выдвигают еще одно требование, согласно которому оферта должна быть адресована конкретному лицу (или лицам), а не обращена к неопределенному кругу лиц. В противном случае предложение заключить договор будет считаться не офертой, а предложением делать оферты, что существенно влияет на определение момента заключения договора.

Эта проблема в правовой доктрине получила название «проблемы публичной оферты» и, как показывает практика, особенно актуальна для вопросов заключения договоров с помощью средств электронной связи. Наряду с теми договорами, которые заключаются путем обмена электронными сообщениями между заранее определенными контрагентами за их персонифицированные электронные адреса, в сфере электронной коммерции существует огромное количество договоров, заключаемых субъектами предпринимательской деятельности с любым лицом, обратившимся к ним. Для этого субъекты электронной коммерции размещают на страницах веб-сайтов объявления и рекламу своих товаров (работ, услуг), с которыми может ознакомиться неограниченный круг лиц. В связи с этим в правоприменительной практике неоднократно возникал вопрос о том, есть ли подобные объявления и реклама офертами.

В Российской Федерации вопрос отграничения публичной оферты от предложения делать оферты урегулирован в п. 1 ст. 437 ГК РФ: «Реклама и иные предложения, адресованные неопределенному кругу лиц, рассматриваются как приглашение делать оферты, если иное прямо не

указано в предложении» [30]. В то же время никто не мешает в рекламе указать, что она является офертой. П. 2 ст. 437 ГК РФ: «Содержащее все существенные условия договора предложение, из которого усматривается воля лица, делающего предложение, заключить договор на указанных в предложении условиях с любым, кто отзовется, признается офертой (публичная оферта)». Тем самым рекламодатель перестраховывается, указывая на исключительно рекламный характер объявления. Однако, если такого отказа от ответственности нет, и объявление содержит все основные условия контракта, это объявление уже является публичной офертой.

Другой важнейшей составляющей процесса заключения каждого договора выступает акцепт. По общепринятым нормам акцепт должен соответствовать следующим критериям: безусловности (не включать новые условия и не изменять уже предложенные) и полноте (соглашаться со всеми моментами договора, указанными в оферте).

Но помимо того, что в себе содержит акцепт, немаловажными также являются пути его выражения и форма. Это по большей части распространяется на страны, в которых придерживаются континентального типа права, где за соблюдением формальных требований договора особенно следят, а невыполнение данных условий способно выставить сделку недействительной.

«Акцепт должен прямо выражать согласие направившего его лица на заключение договора на предложенных в оферте условиях (абзац второй пункта 1 статьи 438 ГК РФ)» [30]. Ответ о согласии заключить договор на предложенных в оферте условиях, содержащий уточнение реквизитов сторон, исправление опечаток и т.п., следует рассматривать как акцепт.

В соответствии с абзацем первым статьи 442 ГК РФ «договор считается заключенным, в том числе, когда своевременно направленный акцепт получен с опозданием, за исключением случаев, когда оферент немедленно после получения акцепта не заявит об обратном. Акцепт считается направленным своевременно, когда из сообщения, содержащего опоздавший

акцепт, видно, что оно было отправлено при таких обстоятельствах, что, если бы его пересылка была нормальной, оно было бы получено в пределах срока для акцепта» [30].

Вместе с тем, «если акцепт был направлен в пределах срока для акцепта, но с учетом выбранного способа доставки очевидно не мог быть получен оферентом до истечения указанного срока, оферент вправе немедленно сообщить другой стороне о принятии ее акцепта (абзац второй статьи 442 ГК РФ). В отсутствие такого подтверждения договор не является заключенным.

Оферент не лишен права немедленно подтвердить заключение договора и тогда, когда акцепт был направлен после истечения срока, установленного для акцепта» [30].

В настоящее время, рассматривая особенности заключения договоров в электронном виде, можно заметить, что желания акцептанта здесь выражаются довольно специфическим образом. Тут прослеживается прямая зависимость их выражения от порядка заключения договора. К примеру, когда заключение договора идет с помощью интернет-магазина – в данном случае любое лицо при обращении может в автоматическом формате подтвердить акцепт лишь посредством клика мышкой по соответствующему месту электронного документа либо переходом на определенную веб-страницу. На этой почве судебная практика государств, оперирующих общим правом получила массу прецедентов с электронными договорами такого рода. Это привело к созданию соответствующей классификации электронных договоров, где они различаются по способам выражения согласия при заключении сделки. Самым востребованным, который вполне уже можно назвать классическим, видом в данном вопросе является дихотомическое разделение договора, что подразумевает под собой выделение click-wrap и browsewrap-контрактов [Kim Nancy S.; Mootz; Moringiello]. Для первого вида характерно следующее: присоединившееся к содержанию договора лицо имеет возможность ознакомления с ним до выражения согласия с условиями

заданного договора. Согласиться же с ними можно с помощью клика по нужному изображению на экране (чаще всего потребуется поставить «галочку» в пункте «я соглашаюсь с условиями договора»).

Во втором варианте доступ к условиям договора осуществляется через ссылку на сайт, при этом переходить по размещенной ссылке для подтверждения своего согласия совсем не обязательно. Здесь от пользователя не происходит выражения согласия как такового – оно определяется лишь посредством обычной загрузки страницы сайта, очередного к ней обращения или же нахождения на этом участке сайта определенный временной период. В большинстве случаев договоры browse-wrap запрещают копирование без соответствующего разрешения от владельца сайта, сообщают информацию по поводу сбора и обработки личных данных клиентов указанного интерактивного ресурса и так далее.

Так, в ситуации с контрактами типа click-wrap у многих пользователей возникает логичный вопрос – какую законодательную базу под собой имеет выражение акцепта с помощью клика? Тут явно понятно, что такой способ не относится к устному согласию, не подходит в классификацию как письменный документ, рассылаемый к целям электронной торговли, и не молчаливое бездействие со стороны пользователя, ведь последний совершает соответствующие действия мышью, клавиатурой либо схожими устройствами. В итоге как последний вариант, клик можно выставить в качестве совершения акцептантом «конклюдентных действий», что предварительно обговорено в оферте (наподобие предоставления услуг, совершения оплаты, отгрузки товаров и так далее). Однако и здесь существует определенная проблема: дело в том, что такие действия должны быть направлены на выполнение условий будущего договора, указанных в оферте. Нажатие же клавиши (клик) вряд ли можно считать выполненным условием. Скорее, это действие, направленное на заключение договора, а не на его выполнение. Следовательно, невозможно однозначно отнести «клик» к конклюдентным действиям.

Здесь можно с уверенностью заявить, что данное обстоятельство выступает достаточным свидетельством явной непригодности действующих материально-правовых норм к условиям современной электронной торговли. Однако, внесение специальных изменений относительно выражения акцептов подобного рода и их новых форм в соответствующий раздел законодательной базы выступает нерациональным решением, по мнению большинства экспертов.

«Что касается browse-wrap-контрактов, то вопрос о допустимости формы выражения акцепта при их заключении еще более неоднозначным. В этом случае на странице содержится ссылка на определенный договор, однако для того, чтобы он был заключен, Интернет-пользователь не должен высказывать свое согласие на заключение договора определенным действием. Согласие с условиями такого договора в этом случае является не выраженным. При этом поведение Интернет-пользователя может быть приравнено к конклюдентным действиям (например, в случае, когда факт заключения договора зависит от перехода Интернет-пользователя на любую страницу с гиперссылкой)» [22].

«Однако такое положение дел представляется нам не совсем правильным. Browsewrap-контракты имеют право на существование и, как показывает практика, довольно распространенным инструментом в сфере электронной коммерции. Как правильно отмечается в судебной практике и в доктрине зарубежных стран, основной акцент при анализе таких контрактов следует делать не на форме выражения согласия на их заключение как таковом, а на способе сообщения акцептанта о наличии договора и о его содержании, способности акцептанта заметить и ознакомиться с этими условиями до того, как договор будет заключен, и т. д. Иначе говоря, основным моментом здесь выступает обязательное предупреждение пользователей интернета, выступающих в данном случае одной из сторон договора, о том, что они этой стороной являются и, соответственно, могут совершать действия, приводящие к заключению выше обговоренного

договора. Также немаловажным пунктом является подача этого предупреждения – оно должно быть достаточно заметным на странице» [21].

Схожий подход необходимо распространить как на территории с общим типом права, так и на территории с континентальным правом, ведь нет никаких оснований считать незаконными либо недействительными сделки с контрактами *browsewrap*.

Отсюда можно сделать логичный и конкретный вывод, что для заключения договоров любого другого вида требуется несколько этапов. В гражданском праве данные этапы принято называть офертой и акцептом. Оферта традиционно определяется в законодательстве и правовой доктрине как предложение заключить договор, принятие которого влечет за собой заключение договора. Как правило, основными требованиями к оферте является то, что оферта содержит существенные условия предстоящего договора, и то, что она выражает намерение оферента быть связанным ее условиями при акцепте. При этом важно различать публичную оферту и предложение делать оферты.

Процедура заключения договоров в предпринимательских отношениях схожа с процедурой заключения большинства стандартных договоров различных типов и ведется на протяжении нескольких этапов. В гражданском праве данные этапы принято называть офертой (предложение о заключении договора) и акцептом (подтверждение вышеуказанного предложения). Здесь важно отметить, что такие факторы как место и время проведения мероприятий по непосредственному заключению договора напрямую зависят от особенностей выражения оферты и акцепта.

Акцепт является принятием предложения-оферты. По общепринятым правилам, акцепту необходимо соблюдать два главных требования: его полноту (соглашаться со всеми указанными в оферте условиями) и безусловность (не иметь каких-либо новых условий или изменять уже предложенные). Здесь также важным, помимо самой сути акцепта, выступает способ и форма его подачи. К этому особенно щепетильно относятся на

территориях с континентальным правом, где на формальные условия смотрят также с особой внимательностью, ведь несоблюдение последних легко может привести к отмене сделки. Например, для электронных типов договоров сегодня стали весьма распространены довольно необычные способы выражения воли акцептанта, меняющиеся в зависимости от последовательности заключения договора.

Таким образом, на преддоговорной стадии реализуется принцип свободы заключения договора, так как именно на этой стадии стороны предпринимательских отношений обеспечивают осуществление собственных интересов и учитывают интересы контрагента.

1.2 Вступление договора в силу

Согласно п. 1 ст. 425 ГК РФ, «договор вступает в силу и становится обязательным для сторон с момента его заключения». Для консенсуальных договоров таким моментом является получение оферентом акцепта, для реальных договоров — передача имущества, а для некоторых сделок с недвижимым имуществом — их государственная регистрация (ст. 433 ГК РФ).

В определенных случаях допускается задействовать консенсуальную и реальную модели вместе. Например, для договора дарения (ст. 572 ГК РФ) можно заключать и со времени прихода к соглашению (здесь используется форма «обязуется передать»), и с факта уже непосредственной передачи (даритель «передает» объект дарения). Относительно договоров ссуды два типа заключения договоров также допускаются.

Считаем недостатком российского законодательства тот факт, что в гражданском кодексе России отсутствует конкретное указание на то, реален заданный договор либо консенсуален. Согласно стандартному правилу, консенсуальным признается договор, когда из его положения не вытекает необходимость передачи (презумпция консенсуальности). Например,

согласно договора хранения (п. 1 ст. 866 ГК РФ) хранитель обязуется хранить вещь, переданную ему поклажедателем. Договор является реальным.

В предпринимательской практике широко используется составление протоколов согласования разногласий при заключении договоров. «В таком случае договор считается заключённым при согласии стороны, получившей такой протокол, о своем согласии с ним (акцепт встречной оферты). Договор не будет заключён, если не будет достигнуто согласие хотя бы по одному спорному пункту.

Для отдельных договоров необходимо достижение согласия и регистрации на государственном уровне. При этом, согласно положений п. 3 ст. 433 ГК РФ, если условие государственной регистрации для договоров, где данная регистрация прописана, не соблюдено – для третьих лиц указанные договора заключёнными с законодательной силой считаться не могут. Вместе с тем, на подписавшие договор стороны распространяются все обязанности, этим договором обговоренные.

Рассматривая международную практику, можно отметить, что в Украине вопрос об определении момента заключения электронного договора не был урегулирован особым образом. Для электронных договоров действует то же правило, что и для любых других договоров, а именно: договор признается действующим с момента получения лицом, пославшим предложение заключить договор, ответа о принятии этого предложения (ч. 1 ст. 640 ГК Украины). В то же время Законом Украины «Об электронной коммерции» определены правила времени отправки и доставки электронных сообщений. Так, согласно ч. 2 ст. 16 этого Закона электронный документ (сообщение) считается полученным субъектом электронной коммерции в момент, когда такой документ (сообщение) получен информационно-телекоммуникационной системой субъекта, если иное не предусмотрено законом или договором.

Таким образом, можно сделать вывод, что договор вступает в силу и становится обязательным для сторон с момента его заключения. Для

консенсуальных договоров таким моментом является получение оферентом акцепта, для реальных договоров — передача имущества, а для некоторых сделок с недвижимым имуществом — их государственная регистрация. Для некоторых договоров допускается совмещение реальной и консенсуальной моделей. Стороны могут устанавливать срок вступления договора в силу позднее. Договора с условием государственной регистрации без ее наличия для третьих лиц заключенными не считаются, но стороны несут всю ответственность и имеют соответствующие права, прописанные по данным договорам.

Следует отметить, что в п. 1 ст. 425 ГК РФ говорится только о договорах, которые направлены только на возникновение обязательственного правоотношения, правила которой не распространяются на распорядительные договоры (цессия, прощение долга и др.), момент заключения которых, в силу принципа свободы договора, не всегда совпадает с моментом возникновения их правовых последствий.

1.3 Особый порядок заключения договора

В ГК РФ и других федеральных законах обговаривается необходимый порядок заключения различных типов договоров.

В соответствии со ст. 787 ГК РФ установлен особый порядок заключения договора фрахтования, а также форма указанного договора (на основании положений транспортных уставов и кодексов, а именно: на основании положений ВК РФ, КТМ РФ, КВВТ РФ. В них содержатся соответствующие правила относительно последовательности оферты, акцепта, их форм, способов отправки, сроках и так далее.

Нестандартная последовательность заключения договора присутствует при муниципальных и государственных сделках. Согласно ст. 528 ГК РФ, «проект государственного или муниципального контракта разрабатывается государственным или муниципальным заказчиком и направляется

поставщику (исполнителю). Сторона, получившая проект государственного или муниципального контракта, не позднее 30-дневного срока подписывает его и возвращает один экземпляр другой стороне, а при наличии разногласий по условиям государственного или муниципального контракта в этот же срок составляет протокол разногласий и направляет его вместе с подписанным контрактом другой стороне либо уведомляет ее об отказе от заключения государственного или муниципального контракта. Сторона, получившая государственный или муниципальный контракт с протоколом разногласий, должна в течение 30 дней рассмотреть разногласия, принять меры по их согласованию с другой стороной и известить другую сторону о принятии государственного или муниципального контракта в ее редакции либо об отклонении протокола разногласий. При отклонении протокола разногласий или истечении этого срока неурегулированные разногласия по государственному или муниципальному контракту, заключение которого является обязательным для одной из сторон, могут быть переданы другой стороной не позднее 30 дней на рассмотрение суда. В случае, когда государственный или муниципальный контракт заключается по результатам торгов на размещение заказа на поставку товаров для государственных или муниципальных нужд, государственный или муниципальный контракт должен быть заключен не позднее 20 дней со дня проведения торгов» [30].

Следовательно, восприятие договора на современном этапе означает акцент на способности договора регулировать общественные отношения путем установления прав и обязанностей его субъектам, расширением их правосубъектности и т.д. Как можно увидеть из определений, предоставленных учеными, в основном правовая конструкция неизменна, а ключевые отличия заключаются именно в определении характера действий сторон, направленных для достижения результата, формы и содержания. Однако, вместе с определенными преимуществами этих определений, к которым можно отнести указание взаимосогласованности и волеизъявления сторон, цели договора посредством возникновения, прекращения и

изменение гражданских прав и обязанностей, определенное форму гражданского договора, указанные позиции, по нашему мнению, недостаточно полно отражают сущность гражданско-правового договора, и в этом есть несколько объяснений:

Во-первых, сущность гражданско-правового договора как сделки заключается в установлении прав и обязанностей сторон на основании волеизъявления, которое уже произошло, а он есть выражение в определенной форме.

Во-вторых, нужно сказать об определении договора как «правомерного сделки...». По нашему мнению, в любом случае сделка может быть только правомерной, в противном случае сделки как таковой не существует.

В-третьих, считаем неправильным в наше время определять договор, как только письменный документ. Конечно, раньше договор мог быть заключен только в письменной форме, ведь форма применялась при доказывании и служила для заверения согласия, потому что такой договор заключался путем составления документа, его подписание и обмен между сторонами экземплярами договора и т.д., но сегодня договор может быть заключен в письменной, в устной и даже электронной форме.

Исходя из изложенного, учитывая особые условия настоящего, предлагаем предоставить дополненное определение понятия гражданско-правового договора. Да, гражданско-правовой договор – это соглашение двух либо более лиц ради создания, смены или прекращения определенных прав и обязанностей сторон, совершенное в определенной законом форме. Важно отметить, что при его заключении важным условием является волеизъявление сторон. Сам момент возникновения общей воли сторон – волевое предложение одного лица и встречное выявление воли другого лица, то есть достижение договоренности, которая есть основой договорных правоотношений.

Общеизвестно, что заключение договора состоит в двух стадиях.

Первая стадия (оферта) состоит в предъявлении предложения заключить договор.

Оферта определенным образом отражает свободу стороны, направленную на заключение договора с другим. Одним из признаков оферты является направленность, отражающая намерение лица рассматривать себя как заключившее указанный договор на конкретных обговоренных в нем условиях тогда, когда другой стороной предложение будет принято. Однако существуют случаи, когда оферта адресована неопределенному кругу лиц, в таком случае лицо желает заключить договор с «любым и каждым».

После того как акцептант принимает предложение без внесения каких-либо изменений к ней, оферент уже не имеет права изменить перечень предоставленных им условий.

Однако существуют случаи, когда принимающей стороной предложены оферту изменения условий договора, в таком случае эта сторона уже не выступает в роли акцептанта, а является стороной со встречной офертой.

«Договор заключен с момента получения лицом, направившим предложение заключить договор, предоставивший ответ о принятии такого предложения.

Однократность оферты означает, что она поглощается договором, что уложился. В момент заключения договора предложение его заключить снимается.

В противном случае, относительно одного и того же предмета может быть заключено не один договор, а большее, из которых реально возможно выполнить только один.

Ответ о том, что оферта принята, получена с опозданием, считается другой офертой» [2].

Соответственно после предоставления предложения о заключении договора, оферент ждет определенную реакцию от контрагента, а именно

конкретную ответ. Ответом на оферту есть акцепт, который должен быть безусловным и полным.

Акцепт в той же мере выражает волю личности, как и предложение.

Акцептант имеет право отозвать сделанный им акцепт:

- до того, как оферент получит уведомление;
- вместе с этим уведомлением.

Некоторые условия при принятии предложения о заключении договора становятся существенными в силу характера выбранной договорной модели и обязательности нормы, а другие в силу признания контрагентами необходимости применения в договоре положения диспозитивной нормы, другие, в силу того, что стороны воспользовались возможностью предусмотреть в договоре другое, используя диспозитивные нормы поэтому, определение сторонами договора условий соотносится с законодательными нормами. Обязательность условий, предусмотренных нормами законодательства служат гарантией защиты прав и интересов стороны, что более слабой.

Таким образом, порядок заключения гражданского договора предусматривает общую последовательность стадий, через которые проходят стороны, согласовывая свободу и определяя гражданские права и обязанности. Именно информация в оферте является ключевой в договоре, ведь в оферте определяется какой именно договор планируют заключать стороны. К тому же, существенные условия, определенные в оферте, определяют правовую природу определенного договорного типа. С помощью этого лицо, которому направлена оферта, может сразу ответить или соглашается она, или нет на заключение такого вида договора вообще. Если же лицо, которому поступила оферта, все же намерено заключить такой договор, то дальнейшая ее деятельность будет направлена на получение такого результата.

Одним специфическим способом подтверждения согласия на заключение договора есть молчание, которое предусмотрено или нормами

гражданского законодательства или согласовывается самими сторонами. Однако, стороны такого договора определяют для себя сами, что означает молчание – наличие свободы или ее совпадение с тем значением, которое оговорено в законе или какое стороны должным образом договорились ему предоставить.

В случаях, если законодательством четко не определена форма заключение определенного вида договора договор может быть заключен в любой форме. Если стороны договора договорились заключить договор в определенной форме, он считается заключенным только с момента предоставления договора такой формы, хотя и законом для договоров данного вида такая форма не требуется.

На сегодняшний день, согласно принятым актуальным законодательством нормам, предусмотрено заключение договоров в устной, простой письменной, письменной форме с нотариальным удостоверением, а также, для некоторых категорий сделок предусмотрена обязательная государственная регистрация договорного правоотношения. Чучковская А.В. предоставляет определение письменной формы договора – это способ объективирования посредством письменности и условных знаков на разных носителях мнений, содержание которых определяется взаимными правами и обязанностями сторон [7]. В свою очередь, М.М. Великанова подчеркивает, что для того, чтобы считать те или иные документы письменной формой договора, в этих документах обязаны присутствовать все существенные условия такого договора и из них должно следовать, что стороны согласовали эти условия. Гражданским кодексом предусмотрено, что некоторые договоры обязательно должны совершаться в письменной форме, иначе договор будет ничтожен.

Заключать договора путем проведения торгов допускается не только на государственном и муниципальном уровне. Таким способом можно заключить любой договор, если иное не вытекает из его существа (ст. 447-449 ГК РФ).

Организатором торгов может выступать собственник вещи или обладатель иного имущественного права на нее. В качестве организатора торгов также может выступать специализированная организация или иное лицо, которые действуют на основании договора с собственником вещи или обладателем иного имущественного права на нее и выступают от их или от своего имени.

Авторы учебника «Гражданское право России» под общей редакцией А.Я. Рыженкова отмечают, что «торги проводятся в форме аукциона или конкурса. Форма торгов определяется собственником продаваемой вещи или обладателем реализуемого имущественного права, если иное не предусмотрено законом. Выигравшим торги на аукционе признается лицо, предложившее наиболее высокую цену, а по конкурсу — лицо, которое по заключению конкурсной комиссии, заранее назначенной организатором торгов, предложило лучшие условия. Аукцион и конкурс, в котором участвовал только один участник, признаются несостоявшимися» [10].

При этом, «аукционы и конкурсы могут быть открытыми и закрытыми. В открытом аукционе или открытом конкурсе может участвовать любое лицо. В закрытом аукционе и закрытом конкурсе участвуют только лица, специально приглашенные для этой цели. Участники торгов вносят задаток в размере, сроки и порядке, которые указаны в извещении о проведении торгов. Если торги не состоялись, задаток подлежит возврату. Задаток возвращается также лицам, которые участвовали в торгах, но не выиграли их. При заключении договора с лицом, выигравшим торги, сумма внесенного им задатка засчитывается в счет исполнения обязательств, но заключенному договору» [10].

«Лицо, выигравшее торги, и организатор торгов подписывают в день проведения аукциона или конкурса протокол о результатах торгов, который имеет силу договора. Лицо, выигравшее торги, при уклонении от подписания протокола утрачивает внесенный им задаток. Организатор торгов, уклонившийся от подписания протокола, обязан вернуть задаток в

двойном размере, а также возместить лицу, выигравшему торги, убытки, причиненные участием в торгах, в части, превышающей сумму задатка. Если предметом торгов было только право на заключение договора, такой договор должен быть подписан сторонами не позднее 20 дней или иного указанного в извещении срока после завершения торгов и оформления протокола. В случае уклонения одной из них от заключения договора другая сторона вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор, а также о возмещении убытков, причиненных уклонением от его заключения» [10].

Таким образом, действующее российское законодательство предусматривает особый порядок заключения для отдельных видов договоров. Например, в соответствии со ст. 787 ГК РФ установлен особый порядок заключения договора фрахтования, а также форма указанного договора. Особый порядок заключения предусмотрен в случаях с контрактами на муниципальном и государственном уровне.

Подводя итоги данной главы, отметим, что конструкция сделки по заключению договоров любых других видов включает в себя несколько этапов. В гражданском праве стандартной классификации эти этапы известны как оферта и акцепт. Оферта традиционно определяется в законодательстве и правовой доктрине как предложение заключить договор, после принятия которой он заключается. Как правило, основными требованиями к оферте является то, что в оферте должны быть прописаны все существенные условия указанного договора, и то, что она выражает намерение оферента быть связанным ее условиями при акцепте. При этом важно различать публичную оферту и предложение делать оферты. Акцепт является принятием предложения-оферты. «Согласно общему правилу, акцепт должен отвечать двум основным требованиям: быть полным (содержать согласие со всеми условиями договора, предложенными в оферте) и безусловным (не содержать новым условиям и не менять предложенных). При этом, кроме содержания акцепта, важна также форма и

способы его выражения, особенно в странах континентального права, в которых формальным требованиям уделяется особое внимание, а их несоблюдение время может повлечь недействительность сделки. Так, в практике заключения электронных договоров укоренились довольно специфические формы выражения воли акцептанта, которые варьируются в зависимости от того, в каком порядке заключается тот или иной договор» [52].

Договор вступает в силу и становится обязательным для сторон с момента его заключения. «Для консенсуальных договоров таким моментом является получение оферентом акцепта, для реальных договоров — передача имущества, а для некоторых сделок с недвижимым имуществом — их государственная регистрация» [15]. В случае с некоторыми договорами возможно использование как консенсуальной, так и реальной модели. Стороны вправе установить более поздний момент вступления договора в силу. «Отсутствие государственной регистрации договора, для которого необходима государственная регистрация, означает, что для третьих лиц этот договор не заключен. Вместе с тем, стороны договора несут по отношению друг к другу права и обязанности в соответствии с договором. При этом, механизм заключения электронных договоров имеет свою специфику, которая проявляется на всех стадиях их заключения (как оферты, так и акцепта). Как правило, в мировой практике, пытаюсь отыскать универсальный подход к регулированию вопросов заключения договоров такого рода, законодатель предлагается в первую очередь внести изменения в действующее законодательство. Однако такой подход оказывается не всегда оправданным, а отдельное регулирование этих вопросов - чрезмерным и противоречивым, хотя в некоторых случаях оно помогает более эффективно решить те или иные вопросы в практике правоприменения. Считаем, что при определении момента заключения договора вмешательство в существующие материально-правовые нормы договорного права, установленные законодательством стран СНГ, вряд ли уместно. Наоборот, эти нормы

должны оставаться неизменными (по крайней мере, на данном этапе развития уровня техники). В то же время допустимо и даже необходимо ввести на законодательном уровне правила определения момента отправки и доставки электронного сообщения. Это способствует правильному применению материально-правовой нормы к случаям заключения договоров с помощью электронных средств связи» [7].

Под офертой понимают лишь предложение на заключение договора, отвечающее всем актуальным правилам законодательства для заданного государства или имеющее место как судебный прецедент. Наиболее распространенными и классическими правилами содержания оферты считается наличие в ней основных условий и требований обозначенного договора, в ней обязательно должно присутствовать намерение оферента быть связанным ее условиями при акцепте.

Таким образом, действующее российское законодательство предусматривает особый, четко урегулированный порядок заключения для отдельных видов договоров, что не может не сказываться на свободе мнения участников предпринимательских отношений.

Глава 2 Свобода договора в предпринимательском праве

2.1 Формы принципа свободы договора

Принцип свободы признается основополагающим для развития имущественного оборота. Конституция РФ, Гражданский кодекс РФ и ряд других нормативных актов провозглашают свободу предпринимательской деятельности, в частности в договорной форме. В праве ряда зарубежных стран этот принцип рассматривается как одно из основных прав человека, а не только субъектов гражданских правоотношений.

Основные начала принципа свободы договора заложены в части 1 - 2 статьи 1 ГК РФ. Данный принцип конкретизируется в статье 421 ГК РФ: «Понуждение к заключению договора не допускается, за исключением случаев, когда обязанность заключить договор предусмотрена настоящим Кодексом, законом или добровольно принятым обязательством»

Понуждение к заключению договора с добровольно принятым обязательством будет в связи с принятием предварительного договора сторонами, у которых возникает не право, а обязанность заключить основной договор о передаче имущества (выполнении работ, услуг) на условиях, предусмотренных предварительным договором, например, купли - продажи квартиры.

С.А. Денисов отмечает следующие элементы:

- стороны могут заключить договор, в котором есть элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами (смешанные договоры);
- стороны могут вести переговоры с целью достижения соглашения любыми правовыми способами и без ограничений во времени, а также имеют право решать, продолжать им переговоры или нет;

– фактором свободы договора послужило существенное расширение сферы применения договора, включая вопросы интеллектуальной собственности, биржевой и банковской деятельности, ценных бумаг, страхования, использования залога и тому подобное;

– значительно расширился круг объектов, по поводу которых возможно заключение договора (недвижимость, имущественные права, информация и т.д.)» [3, с. 231-235].

«Такая трактовка содержания принципа свободы договора является достаточно широкой, однако, основные из приведенных положений закреплены законодателем. Так, А.С. Ситникова справедливо отмечает, что автономия воли и свобода договора проявляются в следующих моментах, закрепленных статьей 421 ГК РФ» [30]:

– «это право каждого человека самостоятельно вступать в соглашение либо нет, а также, как правило, без принуждения контрагента к заключению договора. Иначе говоря, стороны сами решают, необходимо ли им заключение договора, так как никто из них не обязан этого делать, за исключением случаев, когда это предусмотрено законом, либо добровольно принятым на себя обязательством» [10, с. 295];

– «это предоставление право сторонам договора широкого усмотрения при определении его условий, если иное не предусмотрено законом. Существенные условия договора должны быть согласованы сторонами соответствующего договора. Одним из таких условий является предмет, который отражается в его названии, например, договор купли - продажи, договор хранения и другие. Так же в договоре указываются, как правило, реквизиты, преамбула, срок договора, права и обязанности сторон, порядок расчетов сторон, ответственность, разрешение споров, заключительные положения,

юридические адреса и банковские реквизиты сторон, подписи и так далее» [10, с. 295];

– «это право на свободный выбор контрагента (одной из сторон договора в гражданско - правовых отношениях). Каждый человек может заключить договор на любой предмет обязательственных отношений. Например, при необходимости поставить в своем доме пластиковые окна договор подряда мы можем заключить с любой фирмой: «Окна плюс», «Тепло», «Окна в дом»» [10, с. 295];

– «это право на заключение договоров, предусмотренных так и не предусмотренных Гражданским кодексом. При этом необходимо учитывать два условия: если он не будет противоречить закону, а будет соответствовать общим началам и смыслу ГК РФ» [10, с. 295];

– «это право на свободный выбор вида договора, а также заключение смешанного договора (Согласно части 3 той же статьи «это договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами»). Особую проблему вызывают договоры, не предусмотренные Законом (Например, Договор инвестирования). Предполагается, что «при разрешении споров, вытекающих из таких договоров, суды будут исходить именно из принципа свободы договора и презумпции того, что стороны, выбрав заключение договора, не предусмотренного законом, не желали распространять на него правила о каком - то типичном договоре. Таким образом, их отношения должны регулироваться общими нормами о договорах, а суды не должны применять аналогию закона, которую следовало бы признать нарушением свободы договора (воли сторон на заключение договора, который не предусмотрен законом)» [10, с. 295];

– «дополнительными аспектами свободы договора являются такие положения ГК РФ: Статья 434 говорит о свободе сторон выбирать форму договора, Статья 450 говорит о свободе в любое время

осуществить свое право на изменение и расторжение договора, а глава 23 содержит нормы о праве выбирать способ обеспечения исполнения договора (например, залог, задаток, поручительство, удержание, банковская гарантия и обеспечительный платеж)» [10, с. 295].

Обобщая законодательство, можно выделить следующие принципы:

- Свобода заключать договор - возможность вступить в договорные отношения на основе внутреннего желания их возможного лица.
- Участники предпринимательских правоотношений могут свободно выбрать контрагента будущего договора. Принуждать к заключению нельзя.
- Равными отношения сторон будут после соглашения.
- Стороны сами определяют вид договора, в рамках которого они хотят урегулировать свои правоотношения.

Стороны имеют право заключить договор как предусмотренный, так и не предусмотренный законом. Это вызвано потребностями практики. Закон не может содержать исчерпывающего перечня договоров как актов свободного проявления воли и инициативы субъектов. Однако, необходимо, чтобы такой договор не противоречил закону, общим началам гражданского законодательства, требованиям разумности, справедливости и обычаям делового оборота.

Стороны также вправе заключить договор, содержащий элементы различных договоров, так называемый смешанный договор. В нем сочетаются элементы договоров различных типов, предусмотренных законодательством, и, вместе с тем, нельзя считать смешанным договор, объединяющий различные виды одного типа договора.

Стороны имеют право отклониться от этой нормы, учитывая иной порядок урегулирования своих отношений смешанным договором, то есть заменив положения акта гражданского законодательства собственной договоренностью.

Отношения субъектов по обязательствам регулируются в основном диспозитивными нормами, если иное не предусмотрено договором или самим законом. Свобода договора существует в рамках действующего в государстве правопорядка, в основе которого лежит позитивное право, как система действующего законодательства.

Таким образом, принцип свободы договора как на законодательном, так и на доктринальном уровне является фундаментальным в предпринимательских правоотношениях. В первую очередь, свобода договора заключается в свободном изъявлении воли сторон при вступлении в договорные отношения. Волеизъявления участников договора должно осуществляться свободно, без всякого давления со стороны контрагента или иных лиц и отвечать их внутренней воле. При этом, главные из указанных положений, закреплены законодателем.

Приведенные формы принципа свободы договора, необходимы участникам предпринимательских отношений для того, чтобы осуществлять свою конкурентоспособность и материальную независимость в современных экономических условиях.

2.2 Преддоговорная стадия для свободы договора

Заключение договора, как правило, не происходит в единый момент. В процессе заключения договора можно выделить две стадии:

- «преддоговорная стадия;
- договорная стадия (когда договоренность достигнута и договор заключен)» [12, с. 298].

«На преддоговорной стадии потенциальные контрагенты нередко составляют и подписывают разнообразные документы, которыми они пытаются урегулировать свои взаимоотношения на данной стадии (соглашения о намерениях, меморандумы о взаимопонимании и т.д.), для того чтобы преодолеть пробелы правового регулирования, создать

механизмы защиты своих интересов (в случаях, когда это возможно сделать)» [12, с. 298]. Все это актуализирует вопрос о преддоговорной ответственности, который также решается по-разному.

Как известно, доктрина преддоговорной ответственности (*culpa in contrahendo*) возникла в немецкой цивилистике во второй половине XIX в. Традиционно ее автором признается выдающийся немецкий правовед Рудольф фон Иеринг. Он считал, что на *culpa in contrahendo* может быть основано договорное притязания, с которым Р. Иеринг стремился связать последствия недействительности ничтожного договора. Автор утверждал, что «заключение контракта порождает не только обязанности по его выполнению, но также, если подобный результат исключен вследствие любого правового препятствия, при известных условиях и обязанность по возмещению вреда; выражение «никчемность» контракта обозначает ... только отсутствие такого результата, но не отсутствие всех последствий договора вообще» [23]. Также Р. Иеринг считал, что преддоговорная ответственность имеет договорный характер, несмотря на то, что юридически действительный договор так и не был заключен.

При этом, допуская договорной иск для возмещения вреда, причиненного при недействительности договора до его заключения, Иеринг создает парадокс договорной и одновременно с этим преддоговорной ответственности, преодоление которого является важным вопросом для всех исследователей ответственности за *culpa in contrahendo* в последующие годы.

Немецкий правовед в качестве основания преддоговорной ответственности указывает причинения вреда, а ее непременным условием - вину ответчика. Ответственность стороны по договору в этой концепции ограничивается «негативным интересом», то есть определяется убытками потерпевшей стороны, вызванными ее участием в переговорах и заключением недействительного договора.

Важно отметить, что созданная Р. Иеринга концепция *culpa in contrahendo* устанавливает ответственность за вину при заключении договора

(на момент акцептации оферты), но не во время переговоров, предшествующих заключению договора. Тем самым автор создает юридический факт особого вида, вызывает определенные правовые последствия, а именно - недействительный договор. Именно это дает добросовестному контрагенту право требовать возмещения убытков с помощью договорного иска.

Под офертой понимают лишь предложение на заключение договора, отвечающее всем актуальным правилам законодательства для заданного государства или имеющее место как судебный прецедент. Наиболее распространенными и классическими правилами содержания оферты считается наличие в ней основных условий и требований обозначенного договора, в ней обязательно должно присутствовать намерение оферента быть связанным ее условиями при акцепте.

Против идеи о договорном характере иска о возмещении вреда, причиненного заключением недействительного договора, выступал другой немецкий исследователь Фридрих Моммзен. Он настаивает на том, что «иск о возмещении вреда в данном случае является внедоговорным, а, следовательно, ответственность за вину, допущенную при заключении договора, возможна только при наличии умысла у одной из сторон.» [27].

Дальнейшее развитие концепция *culpa in contrahendo* получила в работах Ф. Леонгарда, который поставил вопрос о возможности ответственности за *culpa in contrahendo* в тех случаях, когда стороны заключают настоящий договор, несмотря на вину при его заключении, существенно расширив перечень случаев применения доктрины преддоговорной ответственности.

Итак, трудами немецких правоведов была заложена основа современного института преддоговорной ответственности, которая объединяет все случаи независимо не только от действительности договора, но и от внешнего факта его заключения. Переговоры получили самостоятельное юридическое значение и стали выступать самостоятельным

основанием возникновения прав и обязанностей у их участников, а значит - и основанием ответственности за нарушение преддоговорных обязанностей.

Однако, вопрос о характере природы преддоговорной ответственности продолжает оставаться дискуссионным.

«В рамках преддоговорной стадии и обсуждении сторонами условий договора потенциальные стороны договора реализуют собственные интересы с учетом интересов контрагента. С того момента, как договоренность между сторонами достигнута и договор заключен, свобода заключения договора является реализованной» [12, с. 298].

Таким образом, «право на заключение договора реализуется в частноправовых отношениях на преддоговорной стадии; в рамках каждой из стадий заключения договора реализуется один из элементов свободы заключения договора. На данной стадии в рамках фактического поведения потенциальные стороны договора обеспечивают реализацию собственных интересов и учет интересов контрагента (то есть, баланс интересов)» [12, с. 298].

Как мы уже отмечали ранее, «право сторон свободно вступать в правоотношения предусмотрено пунктом 1 статьи 421 ГК РФ, который устанавливает общее правило о том, что граждане и юридические лица свободны в заключении договора. Согласно данной норме, понуждение к заключению договора не допускается, приводя исключения из этого правила. Следовательно, стороны сами, независимо друг от друга и от государства вправе решать вопрос о вступлении между собой в договорные отношения, никто из них не обязан вступать в договор против своей воли» [29].

Договор в предпринимательских правоотношениях выступает актом, выражающим добровольное соглашение сторон действовать совместно в интересах обоюдной выгоды. Нет взаимного согласия - нет договора. Именно поэтому пункт 1 статьи 421 ГК РФ не допускает понуждения к заключению договора. «Единство внутренней воли и волеизъявления характерно для договора, поскольку несоответствие внутренней свободы и волеизъявления

означает, что настоящая свобода, истинное желание заключить соглашение отсутствуют. Такой договор не может охраняться законом. При этом различия между внутренней волей и волеизъявлением может возникнуть прежде всего в случае, когда договор заключается под влиянием насилия.» [4, с. 210].

Как мы уже отмечали выше, «лицо, которое заключает договор под влиянием насилия, фактически лишено возможности проявить собственную волю. Его воля заменяется волей насильника. В отличие от случаев заключения договоров под влиянием насилия, при применении угрозы пострадавший выражает свою волю, но поскольку это происходит под влиянием угрозы, то она не совпадает с настоящим его желанием. Угроза может быть основанием для признания сделки недействительной, когда обстоятельства, что имели место на момент заключения договора, свидетельствуют, что отказ участника договора от его заключения мог нанести ущерб его законным интересам. То есть угроза по содержанию должна быть серьезной, реальной, противоправной.» [8, с. 62].

«Заключение договора с недостатками воли имеет место и тогда, когда он заключается в связи с тем, что одна сторона умышленно вводит в заблуждение другую, сообщая ее о фактах, которые не соответствуют действительности. Обман имеет место и тогда, когда одна из сторон умалчивает обстоятельства, имеющие существенное значение для договора. Договор, заключаемый под влиянием обмана, может быть признан недействительным. Имеет место несоответствие внутренней воли волеизъявлению, если представитель одной стороны заключает договор, заведомо зная, что вредит интересам другой стороны.» [8, с. 62].

Таким образом, на преддоговорной стадии принцип свободы договора выражается в возможности сделать добровольное и осознанное волеизъявление в рамках преддоговорных отношений, направленное на возникновение гражданских правоотношений, правильно передающее

внутреннюю волю субъекта, обусловленную его охраняемыми правом интересами.

2.3 Границы реализации свободы договора

Уточнение природы свободы договора в связи с учением о преддоговорном правоотношении требует предварительного обзора некоторых подходов по общему пониманию содержания принципа. А. Покровский отмечал: «...с отрицательной стороны, принцип договорной свободы означает, что никто против его воли не обязан заключать договор. С положительной стороны принцип договорной свободы означает право частных лиц заключать договоры любого содержания» [30]. «Некоторые современные исследователи более широко описывают содержание свободы договора. Так, А.В. Луц считает, что помимо возможности выбора контрагента и определения содержания договора, свобода договора также представляет собой:

- свободное проявление воли лица на вступление в договорные отношения;
- свободу выбора сторонами формы контракта;
- право сторон заключать как договоры, предусмотренные законом, так и договоры, законом не предусмотренные, но не противоречащие ему;
- право сторон по своему соглашению изменять, разрывать или продолжать действие заключенного ими договора;
- определять способы обеспечения договорных обязательств;
- право устанавливать формы (меры) ответственности за нарушение договорных обязательств и т.д.» [10].

По нашему мнению, свободное проявление воли лица на вступление в договорные отношения предполагается с необходимостью в институте действительности сделки, когда среди условий действительности сделки

выделяется свободный характер волеизъявления участника сделки и соответствие такого волеизъявления внутренней воле [11].

Именно имманентность такого условия, как, например, и условия об объеме дееспособности потенциального контрагента, представляется, препятствует рассматривать ее как элемент принципа. Свободу выбора формы контракта, считаем, целесообразно отнести к свободе заключения контракта.

Взвешенной и основательной критике позицию Н.В. Кузнецовой подвергла И.А. Диковская, которая вполне правильно отметила нецелесообразность отнесения к элементам свободы договора юридического равенства; не подведомственности судам преддоговорных споров; диспозитивности норм, регулирующих договорные отношения; определение законодательством отдельных договорных условий оценочными понятиями [52].

Наши замечания в отношении позиции А.В. Луц остаются и в отношении мнения Н. В. Кузнецовой. Проблематичным, по нашему мнению, является отнесение к содержанию договора субъективных прав участников переговоров отвлечено от юридической значимости переговоров. Имеются в виду, например, право на ведение переговоров и право оферента отозвать оферту [54]. Наложение соответствующих особенностей действия свободы договора на реально существующие преддоговорные права и последующее их сплетение не усматриваются методологически правильными в контексте учения об автономных преддоговорных правоотношениях [19].

Конкретная модель преддоговорного правоотношения отражает те сущностные проявления свободы заключения контракта как структурного элемента свободы контракта, которые конкретизируют автономию субъектов конкретно на стадии переговоров. К тому же принцип как не переходит в качество субъективного права, так и не смешивается с элементами содержания преддоговорного правоотношения, но направляет его развитие, то есть функционирует именно как принцип. С учетом указанного более

обоснованным представляется узкое понимание содержания свободы договора. «Так, Е.О. Суханов называет аспектами проявления принципа свободы в заключении договора и отсутствие принуждения к вступлению в договорные отношения; свободу определения характера заключаемого договора; свободу определения условий договора» [7]. По нашему мнению, свобода определения условий договора и свобода определения характера договора исходят из свободы заключения договора, а точнее, являются ее элементами. И.А. Диковская указывает, что материальная свобода сторон договора заключается в их возможности вступать в договорные отношения (заключать договор), выбирать контрагента, определять содержание договора, изменять и прекращать его [52].

Не претендуя на формулирование перечня элементов свободы заключения договора, считаем аспектами (элементами) свободы договора:

- свободу выбора контрагента;
- свободу заключения контракта;
- свободу сторон изменять и прекращать договор. Кроме того, свободу ведения переговоров, в том числе предоставление возможностей сторонам при обмене офертой и акцептом, можно отнести ко второму элементу принципа [12].

Концепция свободы договора как субъективного права была предложена Ю.Л. Ершовым в диссертационном исследовании [13]. Обратимся к положениям работы ученого и попытаемся показать их противоречивость.

В частности, автор, рассматривая ст. 422 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) [14], констатирует наличие субъективного гражданского права – права субъектов гражданского права свободно заключать договоры [12,]. В то же время ст. 18 ГК РФ, в которой определяется содержание правоспособности граждан, побуждает автора к выводу о принадлежности возможности свободного заключения договора к составляющим правоспособности граждан РФ [13]. Очевидно, что

приведенные соображения противоречат друг другу. Даже если поддержать мнение ученых о правоспособности как о своеобразном субъективном праве, возникает проблема определения природы каждой из разветвленной системы возможностей, помещенных в содержание свободы договора. Е. Л. Ершов считает, что свобода сделок реализуется в рамках абсолютных правоотношений, а свобода договора имеет выраженный относительный характер [30]. Данное утверждение достаточно спорно, если исходить из понимания оферты, акцепта, отзыва оферты и отзыва акцепта как односторонних сделок в преддоговорном правоотношении между конкретными субъектами [22].

По мнению Ю. Л. Ершова, свобода сделок является одной из составляющих право совершение сделки на основе свободного волеизъявления. В то же время в каждом конкретном правочине, совершаемом субъектом, рассматриваемая свобода присутствует именно как субъективное право, и ей уже отвечают обязанности всех других лиц не препятствовать свободному волеизъявлению лица, что выражено в данной конкретной сделке [13].

Данный вывод автора является привлекательным, особенно если предполагать возможность трансформации конкретного вида правоспособности в субъективное право. Однако это превращение является скорее исключением из правила об отдельных механизмах функционирования элементов правоспособности и субъективных прав. Примечательно также следующее рассуждение ученого: «Если обратить внимание на процесс совершения правомочий, то становится совершенно невозможно установить конкретный момент, с которого можно было бы признать возникновение субъективного права свободного волеизъявления в сделке» [22]. Возникновение этой проблемы, по нашему мнению, свидетельствует о том, что имеет место именно правоспособность, а не субъективное право. Однако автор, развивая свое мнение, приходит к следующей спорной конклюдции о появлении соответствующего

субъективного права с момента возникновения субъекта права (рождение человека или государственной регистрации юридического лица) [53]. Как быть в таком случае, например, с юридической возможностью составить завещание, которое по общему правилу не может возникнуть у малолетнего или несовершеннолетнего лица? Если субъективное право на совершение сделки возникает с момента рождения личности, то право на завещание может совсем не возникнуть или момент его возникновения не будет совпадать с моментом возникновения субъективного права.

В этом же смысловом поле находится утверждение автора о возможности отнесения свободы договора к абсолютным правам неимущественного характера [54]. Как квалифицировать в таком понимании согласование сторонами условий договора в пределах преддоговорного правоотношения или расторжения договора в договорном обязательстве? Указанные действия субъектов характеризуются наличием относительной правовой связи. При этом, по существу, они остаются проявлениями принципа свободы договора. Кроме этого, как согласовать данное заключение ученого с предыдущей об относительном характере свободы договора [26]. Ю. Л. Ершов отмечает, что свобода договора как субъективное гражданское право достаточно своеобразна, так как имеет абстрактный характер [51]. Настойчивость автора в доказывании своей позиции, несомненно, заслуживает уважения, но не справедливо оставить без внимания признанное в доктрине убеждение об абстрактном характере правоспособности [14].

Спорным также является тезис Ю.Л. Ершова о том, что на стадии формирования условий договора происходит окончательное оформление будущего договорного правоотношения и завершается правоотношение, предшествовавшее ему и возникшее из права выразить свою волю путем совершения сделок, в том числе и договоров [12, с. 95-96]. Выходит, что субъективное право выступает как юридический факт. С этим согласиться тяжело. Преддоговорное правоотношение безоговорочно возникает на

основании юридических фактов, которыми являются не субъективные права, а юридические действия (например, преддоговорное организационное правоотношение возникает на основании вступления в переговоры в случае признания законодателем его юридико-фактического свойства или оферты одной стороны).

Необходимо подчеркнуть, что мы разделяем мнения ученых, фиксирующих наличие преддоговорного правоотношения без связи с преддоговорной ответственностью [26].

Кроме этого, компенсационное правоотношение, содержание которого является *culpa in contrahendo* – ответственность *suigeneris*, по нашему мнению, также является преддоговорным правоотношением [19]. Приведенные выше противоречия, вытекающие из признания свободы договора субъективным правом, устраняются, когда она рассматривается как принцип гражданского права и как характеристика правоспособности.

Так, по мнению А.В. Жевняк, свободу договора необходимо рассматривать как определенную характеристику отдельного элемента гражданской правоспособности – способности заключать договоры [54]. В целом соглашаясь с ученым, отметим следующее. Свобода договора, сохраняя качество абстрактной предпосылки правоотношения и выступая в этом смысле как проявление правоспособности, одновременно пронизывает преддоговорное и договорное автономное регулирование сторон и выступает как сложный по структуре принцип гражданского права. Признание свободы договора субъективным правом необоснованно нивелирует концепцию преддоговорного правоотношения и влечет за собой проблему количественного и качественного измерения правомочий, которые создавали бы структуру такого субъективного права.

Кроме значительного количества правомочий, направленность их функциональности расщепляется в преддоговорном и договорном правоотношениях соответственно. С учетом вышеупомянутого спорными также усматриваются соображения М.Ф. Казанцева, высказанные

цивилистом в одной из его работ [53]. Ссылаясь на С.С. Алексеева, ученый отмечает, что свобододоговорное регулирование по своей природе является общим разрешением.

Но в то же время указывается, что право на свободное договорное регулирование презюмируется, пока не будет найдено конкретное правовое положение, устанавливающее изъятие из этого общего права (разрешения) [10] (курсив наш – В. К.).

Сложность в том, что С.С. Алексеев общие разрешения называл самостоятельными, особыми субстанционными правовыми явлениями, отличающимися от юридических норм и субъективных прав и обязанностей. Не отождествляемый ученый общие разрешения и с принципами права, поскольку первые, по мнению С.С. Алексеева, относятся не к фактическому содержанию, а непосредственно к регулятивной стороне права [10]. Избранный М.Ф. Казанцевым способ обоснования природы договорной свободы на основе учения С. Алексеева об общих разрешениях и запретах, по нашему мнению, предусматривает и другие противоречия, которые обостряют проблему объяснения.

В частности, М.Ф. Казанцев определяет принцип свободы договора как принцип договорного права (и в целом гражданского права), в силу которого субъекты гражданского права имеют возможность заключать какие-либо гражданско-правовые договоры, определять любые их условия, не противоречащие законодательству.

В свою очередь, свобода гражданско-правового договорного регулирования определяется как свобода (возможность) субъектов гражданского права осуществлять гражданско-правовое регулирование своих отношений в любых пределах, не противоречащих законодательству посредством гражданско-правовых договоров, заключаемых ими [24, с. 142]. Квалификация свободы договорного регулирования как общего права (разрешения) не согласуется с мнением М.Ф. Казанцева об абсолютной

идентичности свободы договора и свободы договорного регулирования как понятий по объему и содержанию [10].

Напомним, что по С.С. Алексееву общее разрешение не является ни субъективным правом, ни принципом права. Следовательно, способ обоснования природы свободы договора как общего разрешения требует дополнительной аргументации.

Свобода договора не является безграничной, ее ограничителем выступают императивные нормы, которые действуют даже против воли сторон, следовательно, исключают их автономию в решении того или иного вопроса.

Исключением из общего принципа свободы договора случаи, когда:

- «заключение договора является обязательным (публичный договор, основной договор, заключенный в исполнение предыдущего, договор с лицом, которое выиграло торги, договоры при выполнении оборонного, мобилизационного заказа и т.п.);
- заключение договора определенного типа может быть запрещено тем или иным субъектам, что следует, как правило, по природе деятельности, оформляется соответствующими договорами. Так, гарантом сделки о выдаче банковской гарантии может быть кредитная или страховая организация; финансовым агентом по договору финансирования может быть только специализированная организация; принимать взносы и заключать договор банковского вклада могут только банки; страхователями по договорам страхования могут быть только страховые организации. Заключение этих договоров другими субъектами влечет признание их недействительными;
- любая из сторон договора лишена возможности участвовать в формировании его условий (на основе типовых договоров, договора присоединения, предварительного договора, договора в пользу третьих лиц)» [10, с. 294].

Возможность исключений из принципа свободы договора вызвана потребностью субъектов предпринимательской деятельности защиты государством их интересов, преимущественно в тех сферах экономики, которые отнесены к естественным монополиям или в которых возможно нарушение границ осуществления гражданских прав лицами, занимающими на рынке доминирующее положение.

Общие ограничение прав субъектов гражданско - договорных отношений, касающиеся принципа свободы договора, предусмотрены статьей 10 ГК РФ: «Не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом)» [30].

«Исходя из положений вышеуказанной статьи, на практике свобода договора может быть использована лицами, действующими недобросовестно для умышленного причинения имущественного вреда физическим и юридическим лицам, а также для любых других целей, например, в целях неуплаты налогов.

Российское законодательство предусматривает три варианта, когда свобода договора ограничивается: когда закон предусматривает обязательное заключение договора (например, на электричество с гражданами), неравенство сторон, противоречие публичному порядку» [30].

Прочими вариантами ограничения свободы договора являются прежде всего нормы, закрепленные в статье 426 и 428 ГК РФ соответственно: «наличие обязанности заключить договор присоединения, который требует от всех заключающих его граждан присоединиться к предложенному договору в целом, а также наличие обязанности заключить публичный договор и права на обращения в суд для принудительного его заключения.» [30].

Свобода договора ограничена так же нормой, установленной ГК РФ как «преимущественное право на заключение договора различных субъектов (Участников общей собственности на покупку доли в праве общей собственности (ст. 250 ГК); Арендатора заключить договор аренды на новый срок (ст. 621 ГК); Нанимателя заключить договор найма жилого помещения на новый срок (ст. 684 ГК), а также аналогичное право заключения договора коммерческой концессии (ст. 1035 ГК)). Следовательно, обладатель такого преимущественного права в соответствии со статьей 446 ГК РФ имеет право на судебную защиту, поскольку контрагентом сделаны нарушения по заключению договора» [30].

В связи с этим, возникает проблема в ложном понимании сущности принципа свободы договора. Действующий ГК РФ предусматривает решение данной проблемы в статье 10, предусматривая то, что «не допускается использование гражданских прав, в том числе и в случае заключения договора, с целью причинить вред другому лицу, а также обходить закон с противоправной целью и иное заведомо недобросовестное осуществление таких прав» [30].

Однако, как справедливо отмечает А.С. Ситникова, «на практике данная норма теряет свою императивность, например, в ситуации, когда банк (как сторона кредитного договора) навязывает своему клиенту (ссудополучателю) несоразмерно большую неустойку (6%) за каждый день просрочки возврата кредита, а потом требует принудительного взыскания, ссылаясь на свободу договора. Так, Л.В. Губаева предлагает ввести дополнительную статью, содержанием которой будет являться понятие злоупотребления принципом свободы договора, а также последствия допущенного злоупотребления с обязательной ссылкой на статью 10 ГК РФ» [10, с. 299].

Таким образом, свобода договора не может быть безграничной, она существует в пределах действующих нормативных актов, обычаев делового

оборота, а действия сторон договора должны основываться на принципах разумности, добросовестности и справедливости.

В связи с вышеизложенным, имеется необходимость запрета заключения договора с намерениями одной или обеих сторон договорных отношений причинить вред другой стороне или действовать в обход настоящего Кодекса, то есть злоупотребление принципом свободы договора.

Так же было бы правильно закрепить законодательно положение, согласно которому: в случае, если злоупотребление принципом свободы договора одной стороной привело к причинению ущерба другой стороне, виновная сторона должна возместить причиненный ущерб пострадавшей стороне в полном размере.

Считаем также необходимым дополнить ч. 1 статьи 421 ГК РФ следующими словами: «Свобода договора является принципом гражданского права, который заключается в наличии воли каждого лица свободно вступать или не вступать в договорные отношения посредством заключения или не заключения договора, при обязательном соблюдении всех установленных законом требований по его составлению».

Необходимо подчеркнуть, что Пленум ВАС РФ принял постановление «О свободе договора и ее пределах» 14.03.2014 года, в нем устанавливается разъяснение норм, которые, в свою очередь, определяют права и обязанности сторон. Нормы, которые включают в себя прямой запрет на уклонение от закона вынуждены быть признаны, как императивные. Если такой запрет отсутствует то, нормы могут быть обязательными, но при условии, что эти нормы важны для защиты интересов.

Пункт 3 Постановления говорит об обязанности суда показать сущность правового регулирования данного договора, в защите особо важных законных интересов или устранения нарушения баланса интересов сторон, императивность этой нормы или необходимость ее применения. Определить границы их диспозитивности.

Попытка предотвратить императивное регулирование была предпринята этим постановлением. Вопрос эффективности покажет практика. Суды в практике часто обращают особое внимание на данное постановление, выделяя:

Право заказчика в одностороннем порядке отказаться от исполнения договора оказания услуг при оплате фактически понесенных исполнителем затрат, является ограниченной, при условии соблюдения пунктов 2 и 3 Постановления. Это отмечается в ст. 782 ГК РФ.

В постановлении, а именно п. 9 выделяет слабую сторону - это лицо, поставленное стороной по договору в положение, при котором трудно согласовать иное содержание условий договора. Суд установил, что истец не представил никаких доказательств, указывающих на то, что он каким-либо образом был поставлен в такое положение. На основании этого суд постановил, что истец не может считаться слабым местом по смыслу судебного решения и что пункт 3 Постановления не должен применяться.

Пункт 2 Постановления выделяет, что норма, определяющая права и обязанности сторон договора, является императивной, если она содержит явно смелые высказывания об условиях договора, которые отличаются от нормы, предусмотренной настоящим правилом. Статья 429 Гражданского кодекса РФ не содержит обязательного запрета на то, что в случае ненадлежащего исполнения обязательства по предварительному договору к стороне, нарушающей условия этого предварительного договора, могут быть применены меры гражданской ответственности. Любая сторона, которая нарушает условия, может нести меру ответственности. Суд, применив принцип свободы договора, устанавливает, что включение этого условия в предварительный договор возможно.

При реализации принципа свободы договора стороны вправе по своему усмотрению определять условия договора, если содержание любого из условий не предусмотрено законом или иными правовыми актами (статья 422 ГК РФ). В соответствии с правовой ситуацией, изложенной в пункте 5

Постановления, при оценке договора судом учитывается предмет договора, фактическое содержание прав и обязанностей сторон, распределение рисков и другое, а не наименование договора.

Тем самым, требования в частноправовом отношении, которые устанавливаются ФЗ и ссылаются на защиту сторон, являющиеся слабыми, а также на защиту общественных интересов и других лиц является ограничением свободы договора. Нарушение или несоблюдение этих требований влечет за собой гражданско-правовые последствия.[48]

Анализ практики ВАС по отношению применения ст. 10 Гражданского кодекса РФ, привел пример:

Между Закрытым акционерным обществом (санаторий, который выступает продавцом, а в ходе дела истцом) и Обществом с ограниченной ответственностью (который выступает в роли покупателя, а в деле ответчика) заключен договор купли-продажи зданий санатория. Через несколько дней после исполнения договора Общество с ограниченной ответственностью сдало в аренду одно из зданий санатория по цене, превышающей продажную цену этого здания по договору купли-продажи. После этого Закрытое акционерное общество обратилось в суд с требованием признать договор купли-продажи недействительным на основании статей 168, 170 ГК РФ (как фиктивные сделки). Как установил суд, эта сделка не была мнимой, поскольку здания были переданы продавцом по условному депонированию и, в свою очередь, оплачены покупателем.

Тем не менее, суд установил, что совокупность обстоятельств указывает на то, что это здание было необходимо для осуществления ЗАО (санаторий, продавец) своей законной деятельности. То есть заключение договора осуществляется с нарушением интересов ЗАО (санатория, продавца). Обстоятельства дела указывают на несправедливое поведение (злоупотребление правами) ООО (покупателя), в результате которого единственный исполнительный орган ЗАО (продавца) действовал явно в ущерб ЗАО, в результате чего ЗАО лишилось возможности использовать то,

что было необходимо для осуществления своих непосредственных обязанностей. Предпринимательская деятельность требует использования имущества. [43]

Из вышеперечисленного можно увидеть, что важным случаем недобросовестного поведения является злоупотребление правом при заключении договора.

Подводя итоги данной главы, следует отметить, что принцип свободы договора как на законодательном, так и на доктринальном уровне признается основополагающим в предпринимательских правоотношениях. Свобода договора заключается прежде всего в свободном изъявлении воли сторон при вступлении в договорные отношения. Волеизъявления участников договора должно осуществляться свободно, без всякого давления со стороны контрагента или иных лиц и отвечать их внутренней воле.

В процессе заключения договора можно выделить две стадии: преддоговорная стадия; договорная стадия (когда договоренность достигнута и договор заключен). На преддоговорной стадии принцип свободы договора проявляется в возможности сделать добровольное и осознанное волеизъявление в рамках преддоговорных отношений, направленное на возникновение гражданских правоотношений, должным образом отражающее внутреннюю волю субъекта, обусловленную его охраняемыми правом интересами.

Свобода договора не может быть безграничной, она существует в рамках действующих нормативных актов, обычаев делового оборота, а действия сторон договора должны основываться на принципах разумности, добросовестности и справедливости. Свобода договора ограничивается в случаях, когда закон предусматривает обязательное заключение договора (например, на электричество с гражданами), неравенства сторон, противоречия публичному порядку. При этом, свобода договора не должна приводить к злоупотреблению ею. В связи с этим нами предложены дополнения в ГК РФ вышеуказанного содержания.

Глава 3 Ценность договора в судебном процессе

3.1 Договорная подсудность

Современное гражданское процессуальное право владеет тенденцией убыстрения, упрощения и удешевления процесса, что подтверждается рядом последних нормативных изменений. Например, не так давно был исключен принцип непрерывности из гражданского процесса, отменена альтернатива меж исковым и приказным созданием и почти все другое. При всем этом часто подобные изменения подвергаются аргументированной критике в научных кругах. Изучение последних нормативных начинаний Верховного Суда России, изложенных в Постановлении Пленума Верховного суда России № 30 от 3 октября 2017 года, также владеет обозначенной направленностью. Например, предлагается составлять мотивированное решение только по делам, рассмотренным в порядке заочного производства и по некоторым категориям дел, список которых является закрытым, также по заявлению лиц, которые участвуют в деле; предложено прирастить стоимость заявления по делам облегченного производства, также совершенствуются примирительные процедуры и почти все другое.

В числе важных начинаний стоит отметить исключение договорной подсудности из гражданского процессуального права (ст. 32 ГПК России) и арбитражного процессуального права (ст. 37 АПК России). При всем этом остается договорная подсудность по делам с участием зарубежных лиц, которая была установлена, следовательно, ст. 404 ГПК России и ст. 249 АПК России. В соответствии сопроводительным письмом к данному проекту закона Верховный Суд России разъясняет надобность этого изменения последующими основаниями: 1) неравномерное распределение дел внутри определенной подсистемы судов; 2) споры о подсудности определенных дел; 3) безосновательное возрастание перегрузки на суды определенных субъектов Российской Федерации (г. Москва, Столичная область, г. Санкт-

Петербург). Сначала, обратимся к сведениям статистики. В соответствии сданным, содержащимся на интернет представительстве Судебного департамента при Верховном Суде России, в общегосударственные суды общей юрисдикции и мировым судьям по первой инстанции за 2015 год поступило 15 928 760, за 2016 – 17 839 527, за 2017 - 20 223 974 гражданских и административных дел. В итоге, перегрузка на суды непреклонно увеличивается из года в год.

В соответствии со сведениями статистики Управления Судебного департамента в Краснодарском крае мировым судьям за 2017 год поступило 226 223 гражданских и административных дел, в районные суды – 150 208 дел, всего – 376 431 дело. В г. Москве мировым судьям за 2017 год поступило 405991 гражданских и административных дел, в районные суды - 237983, всего 643 574 дела. При всем этом население Краснодарского края в 2017 году составляло 5570,9 тыс.ч., число организаций – 140 110, число бизнесменов и КФХ – 236 425, г. города Москва – 12380,7 тыс.ч., число организаций – 940 023, личных бизнесменов и КФХ – 286 080. Следовательно, если проводить расчет количества дел на одно физическое либо юр. лицо, то выходит, в Краснодарском крае приблизительно 0,063, а в г. Москве – 0,047 дела на одно зарегистрированное лицо на соответственной территории.

В итоге, если исходить из количества возможных участвующих тяжб в суде в гражданском процессе и количества поступивших дел за 2017 год, разумеется, что перегрузка в г. Москве незначительно меньше, при всем этом если принимать во внимание утверждения о перегрузке столичных судов, то можно прийти к выводу, что они не рассчитаны даже на зарегистрированное население и субъектов коммерческой работе на подсудной им территории. Если изучать арбитражное судопроизводство, то нужно принимать во внимание последующее. Согласно ситуации, на 2017 год в Арбитражный суд Московской области поступило 109 169 судебных исков, в Арбитражный суд Ростовской области – 39 987. Число ИП и КФХ, организаций в Ростовской

области 143 843 и 83 660, следовательно, в Подмосковье - 235 706 и 230 863. Как следует, на 1-го субъекта коммерческой работе в Ростовской области приходится приблизительно 0,176 дел, в Подмосковье - 0,23 дел.

«Отсюда получается, что, вправду, перегрузка на Арбитражный суд в Подмосковье больше. Следовательно, отталкиваясь от сведений статистики, исключение договорной подсудности конкретно из гражданского процесса ссылаясь на перегрузку судов определенных регионов не полностью нормально. Договорная подсудность является проявлением принципа диспозитивности, и, при этом, её исключение повлечет нарушение этого принципа в части предоставления возможности выбора компетентного суда по взаимной договоренности.

Такое же концептуальное замечание содержится и в Заключении Комитета Гос.Думы по муниципальному строительству и законодательству по обозначенной выше законодательной инициативе Верховного Суда Россия. При всем этом Комитет также ссылается на нормы интернационального права. Например, согласно ст. 21 Конвенции о законодательной поддержке и законодательных отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г.» [51]. «Суды Договаривающихся Сторон могут изучать дела и в остальных вариантах, если имеется письменное соглашение сторон о передаче спора этим судам. При всем этом необыкновенная компетенция, которая вытекает из пункта 3 статьи 20 и остальных требований, которые были установлены частями II - V реального раздела, также из внутреннего законодательства соответственной Договаривающейся Стороны, не быть может изменена соглашением сторон.

При наличии соглашения о передаче спора суд по заявлению ответчика прекращает создание по делу». Такое же положение содержится в ч. 2 ст. 4 Соглашение государств СНГ от 20.03.1992 «О порядке разрешения споров, которые связаны с воплощением хозяйственной работе». Данные межгосударственные соглашения утверждены Россией и, при этом являются частью её законодательной системы. Отмена договорной подсудности будет

противоречить данным правилам. На обозначенный проект закона также были представлены замечания Кабинета министров России, с которыми нельзя не согласиться.

«В соответствии с позицией Кабинета министров России исключение договорной подсудности представляется безосновательным, также ограничивает право вольного пожелания участвующих гражданских правоотношений и не соответствует принципу диспозитивности в гражданском процессе. При всем этом понижение перегрузки на одни суды тянет повышение перегрузки на остальные суды, другими словами не оказывает влияние на нагрузку судебной системы в целом. Вправду, от перераспределения дел возрастет занятость остальных судов, и трудность возрастающей судебной перегрузки в целом остается неразрешенной.

Кроме того, стоит отметить, что договорная подсудность удачно работает в зарубежных государствах, но в некоторых странах она действует с определенными ограничениями. К примеру, Французский гражданский процессуальный кодекс предусматривает возможность изменения территориальной подсудности только в спорах, в которых стороны владеют статусом предпринимателей. Аналогично Германское процессуальное уложение допускает договорную подсудность с некими ограничениями. Швейцарский гражданский процессуальный кодекс свободно допускает заключение сторонами соглашения о подсудности (ст. 17)» [54].

Следовательно, полное устранение возможности поменять территориальную подсудность в гражданском процессе РФ, не будет согласовываться с передовыми мировыми тенденциями. По нашему суждению, решение трудности огромной судебной перегрузки не должно производиться возможностью ограничения прав людей. Представляется закономерным расширение штата в судах, которые обладают большей занятостью. Безусловно, в этом случае может появиться вопрос выделения финансовых средств этого введения.

Для окончания данного вопроса, по нашему мнению, необходимо

повышение судебных сборов вплоть до финансового объема, изначально выступающего значительным предупреждением для недобросовестных заявителей перед обращением в суд. Такой способ поможет в решении нескольких проблемных вопросов с учетом действующей судебной системы: снижении судебной нагрузки и восполнении издержек на судопроизводство. К тому же, за рубежом стоимость услуг суда значительно выше, что выступает отличным примером и стимулом для данной практики.

3.2 Недействительность и незаключенность договора

В теории гражданского права повлек большие споры вопрос о правовой природе недействительных и незаключенных договоров. Сначала напомним, что договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. «Достижение соглашения по существенным условиям является одним из условий того, что договор порождает правовые последствия. Соответственно, недостижение такого соглашения влечет незаключенность договора. В ряде случаев это прямо указывается в законах. Подход законодателя к определению круга существенных условий договора аренды в разные времена был неодинаков. В ГК РСФСР 1964 года не было перечня условий договора аренды, признаваемых существенными в силу закона. Но во всех случаях в договоре, безусловно, необходимо было определять предмет аренды» [30]. «Иной подход к определению условий, которые должны отражаться в договоре, находим в Основах законодательства об аренде.

Пункт 2 ст. 7 Основ устанавливал: «В договоре аренды предусматриваются: состав и стоимость передаваемого в аренду имущества, размер арендной платы, сроки аренды, распределение обязанностей сторон по полному восстановлению и ремонту арендованного имущества, обязанность арендодателя предоставить арендатору имущество в состоянии,

соответствующем условиям договора, обязанность арендатора пользоваться имуществом в соответствии с условиями договора, вносить 87 арендную плату и возвратить имущество после прекращения договора арендодателю в состоянии, обусловленном договором». В п. 3 той же статьи перечислены условия, которые могут включаться в договор, в том числе устанавливающие обязанность арендодателя осуществлять материально-техническое обеспечение объекта, сданного в аренду, оказывать содействие развитию производства и т.д., то есть те, которые могли иметь значение для договоров аренды предприятий. Сопоставление формулировок п.п. 2 и 3 ст. 7 Основ позволяет сделать вывод, что условия, перечисленные в п. 2, отнесены данным актом к обязательным. Однако вряд ли было бы правильно рассматривать все их как существенные в силу закона, при отсутствии хотя бы одного из которых договор считался бы незаключенным» [10].

Из сказанного следует, что существенными условиями договора аренды во время действия указанных Основ необходимо учитывать те, в которых определяется содержание обсуждаемого договора, основываясь на его главных принципах: объекте аренды, сроке и размере арендной платы. «Некоторая нечеткость в правовом регулировании и при таком подходе, естественно, сохранялась. Прочие условия, перечисленные в п. 2 ст. 7 Основ законодательства об аренде, могли определяться в договоре по усмотрению сторон и становились существенными, если стороны находили нужным отразить их в этом документе, - но не в силу закона» [11]. «В действующем ГК РФ при общей тенденции к усилению роли договора иногда допускаются отступления от этого принципа, в частности при определении существенных условий договора аренды.

Требования Кодекса сведены к минимуму: существенным в силу закона является лишь условие о предмете (объекте) аренды. Для отдельных видов аренды предусмотрены дополнительные условия, отнесенные к существенным, например, размер арендной платы по договорам аренды зданий и сооружений. Существенными в силу закона те или иные условия

признаются не потому, что их считают важными лица, применяющие закон, а исключительно потому, что они отнесены к этой категории самим законом. Попытку исправить сложившееся положение с квалификацией существенных условий договора аренды путем отсылки к диспозитивным нормам, касающимся способов определения сроков аренды и арендной платы, нельзя признать удачной» [11].

«Круг существенных (обязательных) условий договора определяется в законе императивными нормами, причем, как правило, с оговоркой, что отсутствие хотя бы одного из них непосредственно в договоре влечет признание его незаключенным. Практический интерес обсуждаемого вопроса заключается в определении правовых последствий, возникающих в связи с признанием договора аренды незаключенным. В именно, важно понять: возможно ли применение к данным отношениям норм, предусмотренных для недействительных сделок, либо незаключенность сделки влечет иные последствия» [53].

Сделка как юридический факт обладает определенным составом. Дефектность одного из его элементов ведет к признанию сделки недействительной, а если один из элементов отсутствует, то отсутствует и сама сделка как юридический факт, отсюда оценивать на предмет действительности нечего и такая сделка является несостоявшейся (незаключенной).

Общим последствием признания договора аренды незаключенным является то, что к такому договору не могут применяться способы защиты, применяемые в обычных договорных отношениях:

- нельзя понудить к исполнению договора, признанного незаключенным, поскольку такой договор не порождает прав и обязанностей сторон;
- незаключенный договор не может быть изменен или расторгнут, потому что изменить или расторгнуть можно только заключенный договор;

- по признанному незаключенным договору, как не порождающему соответствующих прав и обязанностей, нельзя требовать взыскания договорных пеней, штрафов, неустоек в случае его ненадлежащего исполнения;
- по признанному незаключенным договору нельзя требовать взыскания убытков, связанных с отказом от исполнения (ненадлежащим исполнением) другой стороной такого договора;
- в отношении незаключенных договоров не могут применяться такие способы защиты гражданского права, как признание сделки недействительной и применение последствий ее недействительности, потому что недействительным может быть признан только заключенный договор.

Аргументируется деление сделок на незаключенные и недействительные следующим:

- правовая природа незаключенности и недействительности неодинакова;
- в отношении несостоявшихся сделок законодатель применяет особую терминологию, разграничение незаключенных и недействительных сделок направлено на более точное и дифференцированное регулирование;
- при применении к незаключенным сделкам норм о недействительных сделках возникают сложности в выборе сроков давности (по нормам о неосновательном обогащении применяется общий срок исковой давности - три года, а по нормам о недействительности сделок - один год (оспоримые) и 10 лет (ничтожные));
- различием процессуально-правовой природы, выраженной в невозможности применения последствий незаключенности по инициативе суда. «С точки зрения правового смысла, незаключенные сделки могут считаться ничтожными, как изначально юридически

безразличные действия (статья 166 ГК РФ). Указанные действия имеют внешние признаки сделки, но законодатель признает их не существующими. Данное последствие наступает в связи с несоответствием сделки требованиям, установленным в законе.

Незаключенная сделка имеет все отличительные и общие признаки недействительных (ничтожных) сделок:

- несоответствие существенным принадлежностям, установленным законодательством;

- правовое бессилие, невозможность связать стороны какими-либо обязательствами и повлечь желательные последствия. Поэтому правовая природа недействительных и незаконных сделок одинакова, незаконные сделки могут быть включены в группу недействительных (ничтожных) сделок, последствия которых не связаны с карательными (конфискационными) последствиями. Представляется не соответствующим смыслу закона рассматривать незаконность договора как «иное последствие нарушения закона», о котором говорится в статье 168 ГК РФ. Если правовая природа правоотношений едина, то едиными должны быть и правовые последствия. Поэтому логичное решение рассматриваемого вопроса видится в применении правового механизма, регулирующего недействительные сделки, что дополнительно подтверждает вывод о правильности применения одинаковых последствий для незаконных и недействительных (ничтожных) сделок при отсутствии специальных указаний в законе относительно незаконных сделок»[52]. Судебная практика по данному вопросу противоречива.

«Так, некоторые суды применяют последствия недействительности сделки к незаконным сделкам» [52], «другие исходят из недопустимости применения последствий недействительности к незаконным сделкам ввиду несовместимости природы незаконности и недействительности»

[54]. «Но большинство судов все же склоняется к тому, что несостоявшиеся сделки являются самостоятельной категорией гражданского права» [51]. «Такой же вывод следует из Определения ВАС РФ от 04.02.2009 №114/09 Незаклученная сделка, как и ничтожная сделка, не порождает никаких правовых последствий в том смысле, что не имеет места тот правовой эффект, на достижение которого она была направлена. Незаклученные и недействительные (ничтожные) сделки при определенных условиях порождают отрицательные последствия в виде обязанности вернуть полученное (в случае начала исполнения таких сделок)» [19].

Полагаем, что, признавая незаклученные и недействительные сделки самостоятельными правовыми институтами, следует констатировать, что последствия, которые они влекут для сторон, идентичны.

Вместе с тем, данное положение необходимо применять только в защиту добросовестной стороны, которая осуществляет свои права и обязанности, не допуская извлечения преимуществ из своего недобросовестного поведения. Злоупотребление свободой заключения договора в предпринимательских отношениях, свидетельствующее о недобросовестном поведении, создает отсутствие правового значения заявления о недействительности сделки и о применении последствий недействительного договора.

3.3 Понятие и принципы исполнения договора

Любые обязательства исполняются согласно определенным требованиям, которые принято называть принципами исполнения. Основным таким принципом выступает надлежащее исполнение указанных в договоре обязательств. Этот принцип раскрывается в ст. 309 ГК РФ, в которой указано, что обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований - в

соответствии с условиями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

Общие правила, закрепленные в ст. 396 ГК РФ, считаются действующими, если не имеется особых правил:

- при ненадлежащем исполнении уплата неустойки и возмещение убытков не освобождают должника от исполнения обязательства в натуре;
- при неисполнении обязательств, наоборот, возмещение убытков и уплата неустойки освобождают должника от исполнения обязательств [11].

Принцип недопустимости одностороннего отказа от исполнения обязательства закреплен в ст. 310 ГК РФ, в которой говорится: односторонний отказ от исполнения и одностороннее изменение его условий не допускаются, но существуют и исключения, предусмотренные законом, например, п. 1 ст. 523 ГК РФ односторонний отказ от исполнения договора поставки или его одностороннее изменение допускаются в случае существенного нарушения договора одной из сторон. Согласно п. 4 ст. 523 ГК РФ данный договор считается расторгнутым или измененным с момента получения одной стороной уведомления другой стороной об одностороннем отказе от исполнения договора полностью или частично [51].

После кризисов конца XX века в экономической и социальной сферах, в гражданском законодательстве России с 2008 года начались существенные перемены. В абз. 1 п. 6 гл. 1 Концепции развития гражданского законодательства РФ (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.20091) отмечается: «Развитие экономики и становление гражданского общества требуют использовать все возможные меры и средства гражданского законодательства, чтобы обеспечить добросовестное и надлежащее осуществление гражданских прав и исполнение гражданских обязанностей». «Разработка законодателем изменений была направлена,

в частности, на повышение роли морально-нравственных начал, включая добросовестность, в регулировании гражданского оборота. Причина осуществления инициативы — отсутствие на тот момент в Гражданском кодексе РФ (далее — ГК РФ) указания на добросовестность как на «общий принцип гражданского права» в условиях недостаточности «для эффективного правового регулирования» ссылок в ГК РФ «на добросовестность поведения субъектов отдельных правоотношений» (абз. 2 п. 1.1 гл. 2 упомянутой Концепции). Цель — обеспечение принципом добросовестности «правильного» права, «чтобы буква закона, позитивная норма в конкретной ситуации соответствовала духу закона». В результате завершившейся в 2012 г. законотворческой работы с 1 марта 2013 г. за добросовестностью закреплён статус принципа (точнее, основного начала гражданского законодательства)» [52].

Модальность ее эффективной работы в процессе исполнения обязательств была отлажена в 2015 году. Из-за того, что исполнение обязательств имеет основательное влияние на формирование экономики страны, исследование значения и сути добросовестности выступает весьма актуальным вопросом на сегодня. Рассматривая терминологию исследования, стоит особо обратить внимание на следующее: принципы права являются основной системной идеей, неким главным уровнем императивов относительно всех элементов данной системы.

Под презумпцией понимается предположение, признаваемое как истина при отсутствии доказательств того, что оно ложное. Презумпцию всегда можно опровергнуть — в этом заключается ее основное отличие от правового принципа, неопровержимого изначально. Правовой категорией принято считать одно из главенствующих определений в юридическом праве, которое помогает понимать и изучать все аспекты правовой деятельности в общем. Оценочная категория или требование имеет конкретное законодательное закрепление, вытекает из обычаев либо созданных соглашений, и в итоге так определяется должное поведение объектов

задействованных правовых отношений в том или ином роде. Само понятие «добросовестности» как категории преодолело тяжелый путь до принципа, выражение которого состоит и, соответственно, в формате презумпции добросовестности задействованных в правовых отношениях сторон.

По мнению С.В. Сарбаша, «требование добросовестности, изначально зародившись в области исполнения обязательств. В настоящее время общий принцип добросовестности применяется в том числе в ходе исполнения обязательств. Нормотворческая и доктринальная работа предшествовала достижению такого результата. В научном сообществе отсутствует единство мнений о целесообразности использования морально-нравственных начал, включая добросовестность, в регулировании гражданского оборота. Авторы можно разделить на две группы: первые предлагают следовать юридическому подходу, вторые настаивают на важности соблюдения морально-нравственных правил. Противники добавления добросовестности в гражданско-правовое регулирование опасаются его размывания, которое, по их оценкам, приведет к судебным ошибкам и усложнит взаимодействие сторон» [52].

В дореволюционное время И.А. Покровский утверждал, что не являющееся положительной тенденцией формирование «каучуковых норм», в частности понятий «добрые нравы» и «добрая совесть», открывает «неограниченные возможности для осуществления “конкретной справедливости”, для “взвешивания интересов” и других тому подобных опытов социального воздействия при посредстве свободного судебного усмотрения».

В советский период «само понятие добросовестности не отвергалось, но под добросовестным поведением понималось надлежащее исполнение гражданско-правовых обязательств и других обязанностей». Некоторые авторы рассуждали о сущности добросовестности (зачастую выделяя ограничения для ее применения).

Например, М.М. Агарков полагал, что «начало доброй совести означает борьбу с прямым или косвенным обманом, с использованием чужого заблуждения или непонимания», не распространяясь на осуществление права, ввиду возникновения вопроса «о доверии участников гражданских правоотношений друг к другу... тогда, когда надо установить смысл тех или иных волеизъявлений, истолковать или восполнить какой-либо договор». На современном этапе А.Л. Маковский сомневается в целесообразности внедрения принципа добросовестности, допуская возможность рассмотрения этого вопроса «как части большой проблемы судейского усмотрения, проблемы оценочных категорий». Автор констатировал, что «сегодня, когда принцип добросовестности так или иначе, в праве или в законе, чаще всего в законе, фигурирует в правопорядках практически всех стран с развитой рыночной экономикой, такой подход кажется более чем странным».

И.В. Цветков подчеркивает, что «наиболее опасной [среди новых положений обязательственного права] с точки зрения рисков является норма-принцип о добросовестности участников гражданских правоотношений», которая «создала немало проблем российским компаниям». Причина — субъективная оценка судом добросовестности сторон на основании установленных обстоятельств дела.

Данный подход можно рассматривать в качестве дискуссионного, ведь судьи не занимаются анализом оценочных категорий, что не говорит в пользу вынесения ими верных относительно правового аспекта вопроса и справедливости решений. «Однако не следует исключать и вероятность вреда от широкого судейского усмотрения. Возможные ошибки и недочеты нижестоящих судов могут быть скорректированы более опытными судьями из вышестоящих инстанций, а обобщаемые результаты их работы могут способствовать формированию единообразного подхода к правоприменению и укреплению правовой определенности. Сторонники усиления добросовестности настаивают на обоснованности ее продвижения. В дореволюционный период И.Б. Новицкий полагал, что договоры должны

быть изъясняемы на основании не одного буквального их смысла, но и намерений лиц, их заключающих, в соответствии с требованиями доброй совести и обычаями гражданского оборота» [52].

Л.И. Петражицкий отмечал, что в сфере действия обязательственного права «особая система норм о bona fides облегчает сбыт и приобретение объектов, устраняя на стороне спроса сомнения относительно юридического успеха сделок». В советское время В.П. Грибанов исходил из того, что принцип добросовестности (при осуществлении гражданских прав) заключается в строгом соблюдении «правил социалистического общежития и моральных принципов общества, строящего коммунизм».

С начала 1990-х годов число авторов, поддерживающих повышение роли добросовестности в регулировании гражданского оборота, возросло. По мнению Е.В. Вавилина, «конструктивным шагом представляется введение в гражданское законодательство принципа добросовестности в качестве одного из наиболее общих и важных начал», что «соответствует развитым зарубежным правовым порядкам». М. Хесселинк отмечает, что в праве иностранных государств добросовестность часто рассматривается как высшая норма договорного права, или обязательственного права, или даже всего частного права. Р. Циммерманн и С. Уиттейкер, изучив подходы к добросовестности в европейских правовых порядках, определили примерный список ее универсальных проявлений в ходе исполнения обязательств: — нечестность — это недобросовестность; — лицо должно держать данное слово; — сторона не должна ухудшать положение контрагента в результате своего поведения (неразумно или без какого-либо законного интереса); — стороны должны быть освобождены от абсурдных последствий, которые вытекают из соглашения; — умышленное (и неумышленное по праву некоторых зарубежных государств) нарушение договора, представляющее собой проявление недобросовестности, влечет юридические последствия.

«С учетом обоснованной обеспокоенности исследователей по поводу внедрения морально-нравственных начал в регулирование гражданского

оборота позиция авторов, положительно оценивающих действия законодателя по усилению принципа добросовестности, по нашему мнению, более убедительна» [52]. Данный принцип выступает ограничителем эгоистичности для всех участников сделки при попытке получить максимальную выгоду, уравнивает интересы должников и кредиторов, действует как стабилизатор в условиях общественного оборота. В формировании добросовестности оказал положительное влияние подп. «а» п. 1 Указа Президента РФ от 18.07.2008 № 1108 «О совершенствовании ГК РФ», где обозначилась необходимость последующего прогресса в области принципов гражданского права, которые отвечали бы сложившимся нормам современного развития рынка.

Основываясь на данном указе, создавалась та самая Концепция развития гражданских законов России. Одной из мер, направленных на укрепление нравственных начал гражданско-правового регулирования, стало «введение в гражданское законодательство принципа добросовестности в качестве одного из наиболее общих и важных принципов гражданского права» согласно абз. 2 п. 6 гл. 1 Концепции. Способы изменения и контроля принципа добросовестности в современных законах России были отрегулированы в Федеральном законе от 30.12.2012 № 302-ФЗ «О внесении изменений в гл. 1, 2, 3 и 4 части первой ГК РФ». Он вступил в силу 1 марта 2013 г. согласно п. 3 ст. 1 ГК РФ – с этого момента все участники соответствующего гражданского оборота должны быть добросовестными «при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей».

Если до 1 марта 2013 г. «были актуальны слова И.А. Покровского: “современное гражданское право, как бы говорит человеку: если тебе позволено быть в известных пределах эгоистом, то это не значит, что ты можешь быть злым”, то нормативным закреплением принципа добросовестности гражданское право к этому послыло добавило: “ты должен быть добрым”». И.Б. Новицкий понимал принцип добросовестности «как

известное внешнее мерило, которое принимается во внимание законом, судом, применяющим закон, и которое рекомендуется членам гражданского оборота в их взаимных сношениях друг с другом», выступает в качестве параллельной или подсобной нормы, призываемой к действию законом (в объективном значении), а также как «определенное сознание того или иного лица, как неведение некоторых обстоятельств, с наличием которого закон считает возможным связать те или иные юридические последствия» (в субъективном значении).

Так, добросовестность можно рассматривать в объективном ключе — верное поведение в тех случаях, когда правовая сторона вопроса не имеет под собой конкретной определенности, то есть как созданный, проверенный и закрепленный в обществе и подтвержденный на судебном, законодательном либо традиционном уровне эталон поведенческой чести в процессе выполнения своих обязательств. Но данное понятие можно расценить и в плане субъекта — «уважительное незнание о том или ином обстоятельстве, наступление которого влекут те или иные юридически значимые последствия» (Голубцов 2016, 178), где это извинительное незнание («не знал и не должен был знать»). До вступления в силу перечисленных изменений в ГК РФ упоминание добросовестности можно было найти в 18 статьях, а в новом законодательном формате эти понятия стали встречаться уже гораздо чаще — их содержит уже 43 статьи.

«В некоторых положениях ГК РФ прослеживается прямая взаимосвязь между наступлением определенных последствий для участников гражданских правоотношений и их добросовестным или недобросовестным поведением. Следствием недобросовестного поведения стороны может стать отсутствие установленного законом или договором результата либо наступление не соответствующих договору или закону последствий, значительно отличающихся от итогов, которых ожидал контрагент. Действующий недобросовестно должник злоупотребляет отношениями

личного доверия и тем самым нарушает обязательство, что влечет для него негативные последствия, вытекающие из неправомерного поведения» [52].

Тем не менее, «за неправомерность в смысле недобросовестности не следует наказание, а применяются иные, более гибкие санкции, как-то: блокировка возникновения прав и обязанностей (ст. 157 ГК РФ), передача вещи в собственность (ст. 220, 302 ГК РФ), возмещение доходов (ст. 303 ГК РФ), возмещение вреда (ст. 1103 ГК РФ), изъятие материального носителя исключительных прав (ст. 1252 ГК РФ), реституция и т.п.» (Волков 2013, 49).

Вступившим в силу 1 июня 2015 г. Федеральным законом от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую ГК РФ» в п. 3 ст. 307 ГК РФ были намечены модальности эффективного раскрытия принципа добросовестности в области отношений обязательств и установлены критерии поведенческих оценок участников соответствующего оборота при создании, реализации обязательств и в моменты, когда они уже прекращены — учет интересов на законном уровне и участниками задействованных правовых отношений; — взаимное содействие сторон участников договора; — выдача участниками нужной информации. Так раскрывается полная суть принципа добросовестности в праве с помощью писания в гражданский кодекс России ориентиров в общем понятии.

По причине широкого многообразия ситуаций с необходимостью добросовестного поведения, указать их все в законодательной базе возможности не имеется. Это указывает на целесообразность формулировки лишь общих требований для подобного поведения, прилагаемых к каждым отношениям с задействованием обязательств.

Наличие критериев нужно хотя бы для формальности, столь свойственной правовому порядку и позитивистскому уклону в области задействования права. Критерии позволяют оценивать работу и соблюдение заданных правил, имеющих в своей основе нравственность и мораль. Соглашаясь с опасениями относительно возможности перерастания судейского мнения в произвол, В.В. Витрянский считает, что решить данную

проблему можно с помощью создания одинаковой судебной практики, основанной на использовании добросовестности в регулировке всевозможных ситуаций гражданского права.

Чтобы суды не обращались к абстрактным, общечеловеческим понятиям, решение судьи не может рассматриваться как абсолютное и, кроме уже имеющихся законодательных способов его контроля, оно должно быть ограничено разъяснениями Верховного Суда РФ (далее — ВС РФ) согласно ст. 126 Конституции РФ и подп. 1 п. 7 ст. 2 Федерального конституционного закона от 05.02.2014 № 3-ФКЗ «О Верховном Суде РФ» (после упразднения Высшего Арбитражного Суда РФ (далее — ВАС РФ) в 2014 г.). Усмотрение судьи, задевшее в заданных нормах, должно служить для устранения «пустых мест» в актуальном законодательстве, и все это ради обеспечения максимально надежной защиты интересов и прав всех, кто участвует в данном гражданском процессе, а также для получения правовым институтом должного результата.

В Постановлении Президиума ВАС РФ от 11.09.2012 № 3378/12 предусматривается, что предоставление судебной защиты «субъекту, который долгое время совершал противоправные действия относительно неопределенного круга лиц, чем повлек нарушение их прав... и осознававшему противоправную суть своего поступка», «не соответствует принципам добросовестного ведения деятельности участниками гражданского оборота и баланса публичных и частных интересов». С такой формулировкой суды не смогли прийти к единому мнению и дать единообразное понимание добросовестности. Необходимые разъяснения провели Пленумом ВС РФ в абз. 3 п. 1 Постановления от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой ГК РФ», который, помимо уточнения общей презумпции добросовестности, подчеркнул: «Оценивая действия сторон как добросовестные или недобросовестные, стоит исходить из поведения, которое ожидается от участника гражданского оборота, учитывая интересы и права другой

стороны, помогающего ей, включая и получение нужной информации». Требуется судебное рассмотрение поведения сторон с точки зрения обычного лица на принципах добросовестности, целью которого выступает эффективная реализация права и исполнение своих обязанностей.

Научная литература располагает несколькими способами реализации экономичного исполнения обязательств. Во времена СССР экономичность для исполнения в рамках рыночной экономики была взята за принцип (Толстой 1973, 198–200). Здесь отказываются от указанного «принципа» в гражданском кодексе России. Стоит еще упомянуть подход, описывающий охват принципом добросовестности требование такого вида исполнения обязательств.

В СССР экономичное исполнение было в статусе принципа. В абз. 2 ст. 168 ГК РСФСР 1964 г. обговаривались обязанности каждой из сторон, исполнять которые следовало должным, наиболее экономичным в условиях ведения актуального хозяйства способом. Это же требование относилось еще и к транспортным законам, где нужно было обязательно сокращать дальность и издержки в процессе перевозки грузов, не допускать нерациональное в данной области использование ресурсов.

Законодательно не был закреплен в части первой ГК РФ 1994 г. принцип экономичности как общий, но он выступал механизмом регулирования для исполнения подрядных обязательств (ст. 710, 713 ГК РФ). По мнению А.А. Волоса, «требование экономичности является фундаментальным правилом института исполнения обязательств, должно распространяться на все обязательственное право» (Волос 2015, 170). Такая система требований схожа с современным типом экономического развития, учитывая направленность на соблюдение интересов и прав сторон договора. Это легко заметить в отечественном законодательстве, которое открыто и направленно развивает принцип добросовестности, что четко видно в области права обязательств. Здесь экономичность выступает в роли проявления того самого принципа добросовестности, нормой регуляции

правовых злоупотреблений и общих стандартов. Ведь неэкономичное исполнение требований, включающее издержки без обоснований, вполне можно рассматривать как недобросовестное поведение, иногда в подобных ситуациях находят и правовые злоупотребления. (Волос 2015, 168–169). К примеру, когда поставщик использует право выбора транспорта (абз. 2 п. 1 ст. 510 ГК РФ) для осуществления доставки товаров покупателю, несущему транспортные расходы, откровенно нерациональным в данной ситуации транспортом (например, самолетом вместо автомобильной доставки), такое поведение поставщика с уверенностью можно классифицировать как правовое злоупотребление.

Пленум ВАС РФ в п. 9 Постановления от 22.10.1997 № 18 «О некоторых вопросах, связанных с применением положений ГК РФ о договоре поставки» изучил транспортный вопрос в плане расходной части. В результате им было установлено, что такие расходы должны быть распределены между участниками договора именно так, как в нем прописано. Если же подобных уточнений в договоре не имеется, толкование их идет уже в судебном порядке, где учитываются все особенности взаимоотношений указанных в договоре сторон. При подтверждении выбора должником неэкономичного варианта осуществления доставки при наличии выбрать лучший в этом плане вариант, на последнего накладываются последствия столь невыгодного выбора. В.С. Толстой указывал, что «экономичность для исполнителя в общеправовых гражданских вопросах выражается в форме проведения работ с минимальными затратами, когда стоимость заранее не задана; в доставке груза самым дешевым транспортом, когда транспортные расходы записываются на получателя; в снижении убытков по максимуму, когда по регрессу они перекладываются на другое лицо, и тому подобное».

Участники договора могут требовать экономичного исполнения согласно ст. 5 ГК РФ и с учетом абз. 1 п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I

части первой ГК РФ». Раз каких-либо универсальных норм в плане четкого определения экономичности относительно исполнения не имеется, описанные А.А. Волосом критерии из этой категории имеют большой интерес: минимальные затраты финансов и материалов; быстрота, если временные рамки обговорены не были; эффективное организация процесса; отсутствие необязательных согласований в процессе документооборота и прочее намеренное затягивание исполнения обязательств.

Экономичность исполнения в форме требования напрямую не выражается в актах нового *lex mercatoria*. Однако ее можно увидеть в форме требования к совершению торговых операции, где необходимо ведение честной деловой практики: п. «с» ст. 5.1.2 (подразумеваемые обязательства) Принципов УНИДРУА, ст. 1:201, Принципов ЕДП, ст. I.1.1, Принципов TransLex. Отсюда следует, что это требование можно в итоге вывести из актов нового *lex mercatoria*.

Экономичность в качестве требования, свойственному праву обязательств, приписывает обязательствам необходимость исполняться лучшим в плане целесообразности и рациональности образом. Должнику нужно использовать относительно предмета обязательств лучшие для кредитора в плане эффективности и выгоды условия. Благодаря соблюдению данного требования цели договоров достигаются по максимуму и с минимумом издержек. Здесь логичным будет выделение в отдельную норму главы 22 «Исполнение обязательств» гражданского кодекса России в качестве стимулирования должников на исполнение их лучшим вариантом в плане экономичности, чтобы еще более усилить защиту кредиторских интересов.

Соблюдая принцип добросовестности в процессе исполнения обязательств, участники договора осуществляют общий ее принцип и показывают наглядно наиболее распространенный случай работы этого принципа. Благодаря его применению обязательства исполняются надлежащим образом, согласно условиям договора. Как таковых критериев

для оценки эффективности работы вышеуказанного принципа в законодательстве и судебной практике нет. Здесь можно указать определенные требования:

- честное ведение дел, предполагающее обоюдное соблюдение интересов сторон договора и отсутствие направленных на его несоблюдение действий;
- сотрудничество участников сделки, проведение координационных мероприятий для ее эффективного осуществления;
- экономичное исполнение, минимизирование расходов без потери качества. Соблюдая перечень указанных требований, можно лучше понять цель и задачи принципа добросовестности и повысить степень усмотрения судей. Вполне логично утвердить в гл. 22 «Исполнение обязательств» ГК РФ экономичное исполнение обязательств в качестве требования и добавить сюда скорректированную форму пункта 3 ст. 307 ГК РФ, где говорится о сотрудничестве участников договора.

Ключевой принцип регулирования договорных отношений в предпринимательской деятельности – принцип свободы договора, находится в неразрывной связи с принципами исполнения договора и понятием добросовестность.

Заключение

В результате научно-исследовательской работы был рассмотрен гражданско-правовой принцип свободы договора в предпринимательском праве, его реализация на преддоговорной стадии, очерчены границы его реализации.

При анализе закреплённого в законе права участников предпринимательских отношений обладания независимой волей на заключение договоров, был сделан вывод, что необходимо комплексное изучение принципа свободы заключения договоров, без его ограничения только правовым содержанием. Помимо рассмотрения различных оснований возникновения свободы договора, необходимо учитывать основания его ограничения.

Для реализации свободы заключения договоров в предпринимательских отношениях обязательными являются такие условия, как: воля, равенство, мораль, разумность, правовые ограничители. При этом принцип добросовестности выступает самостоятельной преградой для неограниченной свободы при заключении договора.

Принцип свободы договора существует на всех стадиях договора и является его обязательным составляющим. Стороны предпринимательских правоотношений имеют возможность самостоятельно определять потребность в заключении договора, выбирать вид договора, вносить на согласование условия, максимально отвечающие их интересам. Однако, свобода договора не абсолютна, и для соблюдения баланса интересов участников предпринимательских отношений должны быть установлены ограничения.

В целях совершенствования действующего законодательства предложены дополнения в Гражданский кодекс Российской Федерации. В частности, предложено дополнить ГК РФ Статьей 421-1 «Границы реализации свободы договора» следующего содержания:

«Границы реализации свободы договора.

– Запрещается заключать договор, когда хотя бы у одной стороны присутствует намерение в причинении вреда, либо в договоре запланированы действия, которые противоречат настоящему Кодексу (злоупотребление принципом свободы).

– Когда вышеуказанное злоупотребление одной стороной привело к причинению ущерба другой стороне, виновная сторона должна возместить причиненный ущерб пострадавшей стороне в полном размере» [35].

Считаю также необходимым следующее дополнение части 1 статьи 421 ГК РФ: «Принципом гражданского права выступает свобода договора. Данный принцип состоит в наличии воли каждого лица свободно вступить или не вступить в договорные отношения путем заключения или не заключения договора, при обязательном соблюдении всех установленных законом требований по его составлению» [10].

Указанное уточнение необходимо для определения автономного принципа свободы договора в его неразрывной связи с другими правовыми основами. Являясь важнейшим принципом договорного права, свобода договора должна быть ограничена федеральным законодательством с целью защиты прав экономически слабых сторон предпринимательских отношений.

Список используемой литературы и используемых источников

1. Алексеев С.С. Философия права / С.С. Алексеев. – М. : Издательство НОРМА, 1998. – 336 с.
2. Анненков К.Н. Система русского гражданского права. В 6 т. Т. 4: Отдельные обязательства / К.Н. Анненков. – СПб.: Типография, 1904. – 649 с.
3. Антонова Н.А. Непоименованные и смешанные договоры в гражданском праве / Н.А. Антонова, Н.О. Шемшур // Международный научный журнал Инновационная наука. – 2017. – №3. – С. 95-97.
4. Ахмедов А.Я. Квалификация смешанных и непоименованных договоров / А.Я. Ахмедов // Вестник СГЮА. – 2018. – №3. – С. 141-143.
5. Батурина А.А. Смешанный договор: сравнительно-правовое исследование / А.А. Батурина // Вопросы международного права и сравнительного правоведения. Сибирский юридический вестник. – 2018. – №3. – С. 97-103.
6. Берлин И. Две концепции свободы / И. Берлин // Современный либерализм. – 1998. – С. 19 – 43.
7. Брагинский М.И. Договорное право. Книга первая: Общие положения: 2-е изд., испр, и доп. / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. – М.: Статут, 2000. – 532 с.
8. Вавилин Е.В. Механизмы осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей: дис... докт.юрид.наук : 12.00.03 / Вавилин Евгений Валерьевич. – Москва, 2009. – 425 с.
9. Витрянский В.В. Новые типы гражданско-правовых договоров / В.В. Витрянский // Закон. – 1995. – № 6. – С.93.
10. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ (с изм. и доп. от 03.07.2019 г.) // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 5. – Ст. 410; Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. URL:

<http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения 06.11.2022).

11. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (с изм. и доп. от 16.12.2019 г.) // Собрание законодательства РФ. – 1994. – № 32. – Ст. 3301; Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения 06.11.2022).

12. Гражданское право. В 4 т. Т. 1: Общая часть / Отв. Ред. Е.А. Суханов. 3-е изд., перераб, и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 720 с.

13. Гражданское право: Учебник: в 3 т. Том 1: 6-е изд., перераб, и доп. / под ред. Сергеева А. П., Толстого Ю. К. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – 776 с.

14. Груздев В.В. Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву / В.В. Груздев. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – 253 с.

15. Даньшина Н.А. Связь гражданского права и договорного права / Н.А. Даньшина // Учёные записки Орловского государственного университета. – 2018. – №2(65). – С. 208 – 210.

16. Денисов С.А. Преимущественное право на заключение договора как институт, устанавливающий пределы свободы заключения договора / С.А. Денисов // Законодательство. – 1997. – № 2. – С. 34 – 39.

17. Евстигнеев Э.А. Императивные и диспозитивные нормы в договорном праве: дис. ... канд.юрид.наук : 12.00.03 / Евстигнеев Эдуард Александрович. – Москва, 2016. – 227 с.

18. Ершов Ю.Л. Принцип свободы договора и его реализация в гражданском праве Российской Федерации: дис. ...канд.юрид.наук : 12.00.03 / Ершов Юрий Львович. – Екатеринбург, 2001. – 170 с.

19. Закон РФ «О защите прав потребителей» от 07.02.1992 № 2300-1 (с изм. и доп. от 18.07.2019) // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. – 1992. – № 15. – Ст. 767; Официальный интернет-портал правовой

информации [Электронный ресурс]. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения 06.11.2022).

20. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127 «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации» (п. 9) // Вестник ВАС РФ. 2009. № 2

21. Казанцев М.Ф. Понимание гражданско-правового договора: традиционные взгляды и новые подходы / М.Ф. Казанцев // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской Академии наук. Екатеринбург: УрО РАН. – 2002. – №3. – С. 257-282.

22. Кант И. Критика чистого разума / Пер. Н. Лосского сверен и отредактирован Ц.Г. Арзаканяном и М.И. Иткиным, примеч. Ц.Г. Арзаканяна. – М.: Мысль, 1994. – 591 с.

23. Кант И. Сочинения. В 8-ми томах. Т.3 / Под общей редакцией проф. А.В. Гулыги. – М.: ЧОРО, 1994. – 742 с.

24. Кант И. Сочинения. В 8-ми томах. Т.6 / Под общей редакцией проф. А.В. Гулыги. – М.: ЧОРО, 1994. – 616 с.

25. Карапетов А.Г. Contra proferentem как метод толкования договора / А.Г. Карапетов // Вестник ВАС РФ. – 2013. – №7. – С. 6-35.

26. Карапетов А.Г. Свобода договора и её пределы. В двух томах. Том второй: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве: монография / А.Г. Карапетов, А.И. Савельев. – М.: Статут, 2012. – 453 с.

27. Карапетов А.Г. Свобода договора и её пределы. В двух томах. Том первый: Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и её ограничений: монография / А.Г. Карапетов, А.И. Савельев. – М.: Статут, 2012. – 452 с.

28. Козлова М.Ю. Проблема свободы договора и антимонопольное законодательство Российской Федерации: дис. ... канд.юрид.наук : 12.00.03 / Козлова Марина Юрьевна. – Волгоград, 2002. – 199 с.

29. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая: учебно-практический комментарий (постатейный) / под ред. А.П. Сергеева. 2-е изд., перераб, и доп. – М.: Проспект, 2019. – 1280 с.

30. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 г.) (с учётом поправок, внесённых Федеральными конституционными законами о поправках к Конституции Российской Федерации от 30 декабря 2008 г. № 6-ФКЗ, от 30 декабря 2008 г. № 7-ФКЗ, от 05 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ. – 2014. – № 31. – Ст. 4398; Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения 06.11.2022).

31. Кратенко М.В. Злоупотребление свободой договора: постановка проблемы / М.В. Кратенко // Известия высших учебных заведений. Правоведение. – 2020. – № 1. – С. 190-206.

32. Лопатин А.Е. Свобода договора и её пределы / А.Е. Лопатин // Закон и власть. – 2017. – №3. – С. 12-15.

33. Мазин А.Л. Экономическая свобода, ее проявления и роль на рынке труда / А.Л. Мазин // Экономика труда. – 2019. – Том 6. № 1. – С. 23-38.

34. Малинова И.П. Философия права и юридическая герменевтика: монография / И.П. Малинова. – М.: Юр.Норма, НИЦ ИНФРА-М, 2018. – 176 с.

35. Маркс К. Сочинения. Т.13 / К. Маркс, Ф. Энгельс. – М.: Государственное издательство политической литературы, 1959. – 771 с.

36. Маркс К. Сочинения. Т.18 / К. Маркс, Ф. Энгельс. – М.: Государственное издательство политической литературы, 1961. – 807 с.

37. Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права / И.Б. Новицкий // Вестник гражданского права. – 2006. – № 1. – С. 124-181.

38. Огородов Д.В. Смешанный договор и вопросы теории

правового регулирования / Д.В. Огородов, М.Ю. Чельшев // Законодательство и экономика. – 2007. – №3. – С. 49-55.

39. Осаке К. Свобода договора в англо-американском праве: понятие, сущность ограничения / К. Осаке // Журнал российского права. – 2006. – № 7. – С. 131-141.

40. Пиголкин А. С. Теория государства и права: учебник для академического бакалавриата / А.С. Пиголкин, А.Н. Головистикова, Ю.А. Дмитриев: под редакцией А. С. Пиголкина, Ю. А. Дмитриева. 4-е изд., переруб. и доп. – М. : Изд-во Райт, 2019. – 516 с.

41. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. 8-е изд. / И.А. Покровский. – М.: Статут, 2020. – 351 с.

42. Полетаева А. Свобода договора: ВАС РФ объясняет / А. Полетаева // Юридический справочник руководителя. – 2014. – №6. – С. 58-71.

43. Постановление Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах» от 14.03.2014 // Картоотека арбитражных дел Высшего арбитражного суда [Электронный ресурс]. URL: www.arbitr.ru (дата обращения 06.11.2022)

44. Рейтинг стран мира по уровню экономической свободы. Гуманитарная энциклопедия: Исследования // Центр гуманитарных технологий, 2006–2020(последняя редакция: 08.02.2020). [Электронный ресурс]. URL: <https://gtmarket.ru/ratings/index-of-economic-freedom/index-of-economic-freedom-info>. (дата обращения 06.11.2022.).

45. Росляков А.В. Реализация принципа свободы договора в условиях естественной монополии / А.В. Росляков // Закон. – 2017. – № 4. – С. 68-76.

46. Рязанова Е. Свобода договора: экономические и догматические принципы ограничения // Экономика и жизнь: электрон. журн. №34/9650. [Электронный ресурс]. URL: <https://www.eg-online.ru/article/322967>. (дата обращения 06.11.2022.).

47. Сади́ков О.Н. Императивные и диспозитивные нормы в гражданском праве / О.Н. Сади́ков // Юридический мир. – 2001. – №7. – С. 4-9.

48. Славецкий Д.В. Принцип защиты слабой стороны гражданско-правового договора: дис... канд.юрид.наук : 12.00.03 / Славецкий Дмитрий Вальерьевич. – Самара, 2004. – 204 с.

49. Смит А. Исследование о причинах богатства народов / А. Смит. – М.: Соцэкгиз, 1962. – 688 с.

50. Томтосов А.А. Новые подходы к защите слабой стороны договора / А.А. Томтосов // Свобода договора: Сборник статей (отв. ред. М.А. Рожкова). М., 2016. – С. 371–372.

51. Федеральный закон РФ «О естественных монополиях» от 17.08.1995 № 147-ФЗ (с изм. и доп. от 29.07. 2017 г.) // Собрание законодательства РФ. – 1995. – № 34. – Ст. 3426; Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения 06.11.2022).

52. Федеральный закон РФ «О защите конкуренции» от 26.07. 2006 № 135-ФЗ (с изм. и доп. от 01.04. 2020 г.) // Собрание законодательства РФ. – 2006. № 31. – Ст. 3434 (часть 1); Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения 06.11.2022).

53. Федеральный закон РФ «О потребительском кредите (займе)» от 21.12.2013 № 353-ФЗ (с изм. и доп. от 03.04.2020 г.) // Собрание законодательства РФ. – 2013. – № 51. – Ст. 6637; Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения 20.05.2020).

54. Федеральный закон РФ «Об инвестиционной деятельности в 79 Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» от 25.02.1999 № 39-ФЗ (с изм. и доп. от 02.08.2019 г.) // Собрание законодательства РФ. – 1999. – № 9. – Ст. 1096; Официальный интернет-

портал правовой информации [Электронный ресурс]. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения 06.11.2022).

55. Честнов И.Л. Пост классическая теория права: монография / И.Л. Честнов. – СПб.: ИД «Алеф-Пресс», 2018. – 650 с.

56. Шабанов А. Договор присоединения: как слабой стороне избавиться от навязанных условий // Экономика и жизнь: электрон. журн. №36/9752. [Электронный ресурс]. URL: <https://www.eg-online.ru/article/380146/>. (дата обращения 06.11.2022.).

57. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) / Вступительная статья Е.А. Суханов. – М.: СПАРК, 1995. – 556 с.

58. André Compt-Sponville Dictionnaire philosophique / пер. с фр. Е. В. Головиной. М.: Этерна: Палимсест, 2012. – 750 с.

59. Jane Winn & Jens Haubold (2002). Electronic Promises: Contract Law Reform and E-Commerce in a Comparative Perspective. EUR. L. REV., ISSUE 27 (5), 56.

60. Jhering R. V. Culpa in contrahendo Oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Vertragen // Jahrbucher fur die Dogmatik des heutigen romischen und deutschen Privatrechts (Jherings Jahrbucher), Bd. 4.1861. S. 1-112.

61. Kim, Nancy S. (2015). Wrap Contracting and the Online Environment: Causes and Cures. California Western School of Law Research Paper, issue 15-08. [Электронный ресурс]. URL: <https://ssrn.com/abstract=2650132>

62. Mootz, Francis Joseph (2008). After the Battle of the Forms: Commercial Contracting in the Electronic Age. A Journal of Law and Policy for the Information Society, issue 4, 271. [Электронный ресурс]. URL: <https://ssrn.com/abstract=981288>. (дата обращения 06.11.2022)

63. Moringiello, Juliet M. and Reynolds, William L. (2010). Electronic Contracting Cases 20092010. Business Lawyer, issue 66. [Электронный ресурс]. URL: <http://ssrn.com/abstract=1628688>. (дата обращения 06.11.2022)

64. Phang, Andrew (2005). The Frontiers of Contract Law - Contract Formation and Mistake in Cyberspace - The Singapore Experience. Singapore Academy of Law Journal, issue 17, 361. URL: <https://ssrn.com/abstract=843125>

65. Rawls, Amelia (2009). Contract Formation in an Internet Age. Columbia Science and Technology Law Review, issue 10. [Электронный ресурс]. URL: <https://ssrn.com/abstract=1818330> (дата обращения 06.11.2022)

66. Sasso L. (2016). Certain comparative notes on electronic contract formation. Pravo vysshey .shkoly i ekonomiki - The Law. The journal of the Higher School of Economy, issue 17 (1), 204-229.

67. Specht v. Netscape Communications Corp. [2002] 306 F. 3d 17.