

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

(наименование института полностью)

Кафедра

Гражданское право и процесс

(наименование)

40.04.01 Юриспруденция

(код и наименование направления подготовки)

Гражданское право и международное частное право

(направленность (профиль))

ВЫПУСКНАЯ КВАЛИФИКАЦИОННАЯ РАБОТА (МАГИСТЕРСКАЯ ДИССЕРТАЦИЯ)

на тему Свобода договора как принцип гражданского права

Обучающийся

В.В. Шумилин

(Инициалы Фамилия)

(личная подпись)

Научный
руководитель

кандидат юридических наук, доцент А.Н. Федорова

(ученая степень, звание, Инициалы Фамилия)

Тольятти 2023

Оглавление

Введение.....	3
Глава 1 Понятие и история становления принципа свободы договора.....	10
1.1 История становления договорного права и принципа свободы договора в правовых системах континентальной Европы и России ...	10
1.2 Однородность верховенства закона, общей свободы и экономической свободы в правовом государстве	23
1.3 Автономия воли субъектов частноправовых отношений и основные принципы предпринимательской деятельности	27
Глава 2 Принцип свободы договора в гражданском праве Российской Федерации и его содержание	35
2.1 Свобода заключения договора.....	35
2.2 Свобода выбора формы и вида договора.....	39
2.3 Свобода определения условий договора	45
Глава 3 Проблемные вопросы реализации принципа свободы договора	56
3.1 Императивные и диспозитивные нормы в договорном регулировании, ограничения свободы договора через оценочные понятия (концепции).....	56
3.2 Непоименованные и смешанные договоры.....	71
3.3 Публичный договор и договор присоединения	77
Заключение	86
Список используемой литературы и используемых источников.....	95

Введение

Рынок представляет собой совокупность самых разнообразных сделок, обеспечивающих глобальное производство и потребление товаров, услуг, капиталов. Договорное право по своей природе призвано регулировать стабильный и добросовестный оборот материальных и иных ценностей. Одной из свобод, гарантируемых государством, является свобода договора, провозглашенная Гражданским кодексом РФ. Помимо провозглашения свободы договора принципом всей отрасли гражданского права РФ, согласно Конституции нашей страны, договорная свобода является еще и неотъемлемым естественным правом человека и гражданина. Принцип свободы договора является основополагающим принципом гражданского права как в России, так и в зарубежных странах.

Несмотря на то, что в российской доктрине присутствует немалое количество работ, посвященных изучению гражданско-правового принципа свободы договора, проблемы с ним связанные не становятся менее актуальными вследствие того, что российское законодательство несовершенно и в судебной практике постоянно возникают противоречия.

В результате событий, произошедших в России в 90-х годах прошлого века, введение принципа свободы договора в российское правовое поле стало необходимостью. Изначально возникшая тенденция свободы договора ничем не ограниченной представляла опасное явление, так как отсутствие ограничений неотвратимо способствует нарушениям договорной дисциплины и ведет к злоупотреблению правом. В целях обеспечения стабильности гражданского оборота принцип свободы договора должен быть ограничен законодателем, однако ограничения должны быть адекватными, разумными и обоснованными, тотальные и бездумные ограничения договорной свободы неотвратимо усугубляют правовые и экономические проблемы.

Формирование стабильной рыночной экономики невозможно без правильной реализации в полной мере договорной свободы. В условиях формирования в нашей стране правового государства и гражданского общества вопрос опосредования свободы правом продолжает оставаться дискуссионным. Проведение комплексного исследования, посвященного изучению гражданско-правовой категории свободы договора, проводится не впервые, но является актуальным, конструктивным и не перестает претендовать на определенную степень новизны, так как позволяет еще раз по-новому, с немного другой точки зрения взглянуть на известное явление, позволяя более широко его понять и раскрыть в условиях изменяющегося мира. Анализ насущных вопросов, связанных с реализацией свободы договора в предпринимательских отношениях, ограничениями этой свободы, их систематизацией, пределами вмешательства государства в частноправовые отношения и поиском оптимальных решений по обеспечению баланса различных интересов, определил актуальность изучаемой темы.

Теоретической основой настоящего исследования являются труды ученых в области общей теории права, гражданского, предпринимательского, налогового, антимонопольного права и др., в частности: С.С. Алексеева, В.С. Белых, М.И. Брагинского, С.В. Братуся, Н.И. Клейн, В.В. Витрянского, Е.П. Губина, Ю.Л. Ершова, О.С. Иоффе, К.И. Забоева, А.Г. Карапетова, М.В. Кратенко, А.Я. Курбатова, В.В. Лазарева, В.В. Лаптева, П.Г. Лахно, В.С. Мартемьянова, Д.И. Мейера, В.П. Мозолина, С.А. Муромцева, О.М. Олейник, А.И. Савельева, Е.А. Суханова, А.Н. Танаги, Р.О. Халфиной, Г.Ф. Шершеневича, М.Ю. Щетинкиной, Б.И. Новицкого, И.А. Покровского, А.П. Сергеева, Д.С. Маркелова и др.

Нормативную правовую основу исследования составляют Конституция РФ, Гражданский кодекс РФ, иные федеральные законы, подзаконные нормативные акты, материалы судебной практики по их применению (в том

числе, Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, арбитражных судов округов, апелляционных арбитражных судов, арбитражных судов первой инстанции).

Объектом исследования являются общественные отношения, складывающиеся в процессе реализации принципа договорной свободы в предпринимательских отношениях.

Предметом исследования являются нормы гражданского законодательства, нормы иных нормативных правовых актов Российской Федерации, а также судебная практика и нормы иностранных нормативных правовых актов, регулирующих общественные отношения, складывающиеся в связи с реализацией принципа свободы договора.

Цель настоящей работы является изучение теоретических и практических вопросов в гражданском праве, составляющих правовую характеристику принципа свободы договора.

Для достижения указанной цели необходимо решить задачи:

- рассмотреть предпосылки возникновения концепции договорной свободы через историю развития договорного права;
- проанализировать содержание принципа свободы договора;
- изучить элементы, составляющие принцип договорной свободы;
- разработать логическую модель правовой категории «свобода договора», изучить ее поведение во взаимодействии с внешней средой методом имитационного моделирования;
- проанализировать существующие способы регулирования договорной свободы;
- исследовать особенности договорной свободы в Российской Федерации, выявить проблемные места, определить направления совершенствования.

Гипотеза: состоит в том, что, если мы определим в какой зависимости от договорной свободы находятся рынок и экономика, то сможем указать

направление и пределы государственного регулирования, через необходимую и достаточную степень опосредованных ограничений свободы договора, с целью эффективного развития общественных отношений, рынка и экономики.

Методологическую основу исследования составляют методы исследования как общенаучные, так и специальные: системный, исторический, диалектический, методы индукции и дедукции, анализа и синтеза, классификации, формально-логический, абстрагирования, сравнения, аналогии, моделирования.

Научная новизна исследования заключается в том, что в работе впервые для изучения динамического гражданско-правового принципа свободы договора применен метод имитационного моделирования, ранее неиспользованный в данной области знаний при исследованиях принципов гражданского права. Была разработана логическая имитационная модель правовой категории «свобода договора», проанализировано ее поведение во взаимодействии с общественными системами, выявлены причинно-следственные связи.

Теоретическая значимость работы заключается в том, что, приняв за основу разработанную имитационную модель правовой категории «свобода договора» можно в дальнейшем построить математическую модель на базе нечеткой логики и создать программные средства. Это позволит правоведам изучать проблемы и решать задачи анализа и прогнозирования воздействия права на экономику с применением современных компьютерных технологий в условиях любой неопределенности внешних факторов.

Практическая значимость исследования: представляется, что результаты исследования можно использовать в прогностических целях для предсказания эффективности нормативных правовых актов договорного права. Применение модели «свобода договора» к новым законодательным актам, связанным с договорной свободой, на стадии их подготовки, поможет

повысить качество законодательства, уменьшив количество неэффективных правовых норм.

На защиту выносятся содержащиеся элементы новизны основные положения:

1. Аргументируется вывод о том, что в правовом государстве верховенство закона должно обеспечивать экономическую свободу. Право, выступая политикой регулирования, должно создать правовую базу, в рамках которой субъекты смогут свободно координировать свою экономическую деятельность посредством договорного механизма, основанного на личной свободе и автономии воли. Свобода договора – это концепция, рожденная из закона автономии воли, из которого проистекает идея о том, что стороны вправе заключать или не заключать соглашение с лицом, определенным по своему выбору. При отсутствии в праве принципа свободы договора, диспозитивный метод регулирования был бы неосуществим, автономия воли субъектов превратилась бы в фикцию.

2. Доказывается, что принцип свободы договора – это комплексное понятие, которое состоит из множества правомочий: свободы самостоятельного ведения переговоров с целью достижения соглашения путем использования любых правомерных способов, свободы вступления в договорные отношения, свободы определения характера заключаемого договора, свободы определения условий договора, свободы сторон договора выбрать форму договора, свободы сторон в любое время своим соглашением изменить или расторгнуть договор, свободы выбрать способ обеспечения исполнения договора и др. Принцип свободы договора базируется на единстве трех основных составляющих: 1). свободы сторон в заключении договора; 2). свободы выбора формы и вида договора; 3). свободы в определении условий договора.

3. Анализ имитационной модели свободы договора подтверждает наличие непосредственной зависимости свободы договора от внешнего

воздействия со стороны политического режима государства и последующую иерархическую зависимость от свободы договора подчиненных ей общественных систем, рынка и экономики. Изначально, государство (законодатель), осуществляя правовое регулирование посредством законотворческой деятельности и правоприменительной практики целенаправленно воздействует на договорную свободу, определяя ее границы. Далее в зависимости от границ дозволенной договорной свободы формируется объем гражданско-правового договорного оборота в обществе, в соответствии с уровнем развития которого формируются рынок и экономика. Доказывается наличие обратного воздействия рынка (экономики) на законодателя, который вынужден реформировать договорное право в соответствии с результатами функционирования рынка и требованиями дальнейшего экономического развития. В результате обратного воздействия происходит эволюция права. Свобода договора в этой схеме является главной точкой приложения вектора государственного правового регулирования, от правильного воздействия на которую зависит эффективность государственного регулирования экономики правом.

4. Доказывается, что свобода договора должна ограничиваться государством в публичных интересах. Законодатель ограничивает договорную свободу императивными нормами в договорном праве в целях охраны наиболее значимых интересов общества и государства, соблюдения баланса прав, защиты законных интересов. Обосновывается, что свобода договора не должна вступать в противоречие с иными принципами, на которых строится правовое регулирование: добросовестность, недопустимость злоупотребления правом, недопустимость злоупотребления доминирующим положением на рынке, с нормами Конституции РФ и федеральными законами. Резюмируется, что стороны свободны в заключении любого вида договора (поименованного, непоименованного, смешанного), при единственном условии, что договором не нарушаются императивные

нормы закона и он не противоречит цели закона. Изучается механизм ограничений договорной свободы правовыми конструкциями публичного договора и договора присоединения для защиты более слабой стороны, когда между участниками гражданско-правового оборота отсутствует равенство, анализируются особенности правового регулирования данных видов договоров.

5. Аргументируется вывод о том, что ограничения договорной свободы не должны быть чрезмерными и препятствовать развитию предпринимательских отношений. Исходя из базовой концепции, что гражданскому праву присущ диспозитивный метод правового регулирования, отличающийся автономией воли и равенством субъектов, обосновывается необходимость установления презумпции диспозитивности всех норм гражданского права, кроме тех, в которых прямо предусмотрен запрет (их императивность). Опровержение презумпции диспозитивности норм допускается в случае необходимости защиты особо значимых охраняемых законом интересов и недопущения искажения существа законодательного регулирования.

Структурно данная работа состоит из:

- введения, содержащего анализ степени изученности темы и обосновывающего необходимость, важность и актуальность исследования;
- трех глав, первая глава посвящается описанию развития гражданского права и эволюции принципа свободы договора, вторая глава раскрывает содержание принципа через комплексное исследование его методом имитационного моделирования, третья глава посвящена подробному рассмотрению проблемных моментов и разработке предложений по совершенствованию регулирования договорной свободы в Российской Федерации;
- заключения;
- списка литературы.

Глава 1 Понятие и история становления принципа свободы договора

1.1 История становления договорного права и принципа свободы договора в правовых системах континентальной Европы и России

В европейской истории теории договоров постоянно предпринимались попытки обособить договорное право от общепринятых предпосылок, абстрагировать его от случайных обстоятельств, имеющих место быть в определенный момент развития общества. Такие попытки просматриваются и в христианской социальной доктрине (Фома Аквинский) и в системе рационального права эпохи Просвещения. Современные договорные положения содержат результаты правовой эволюции, содержат элементы самых разных эпох. Исторический процесс сформировал основу для постепенной систематизации договорного права. Взгляд на историю договорного права направлен на то, чтобы сделать сегодняшние договорные положения понятными нам.

Древнее римское право не имело «контрактной системы», предоставлялась правовая защита для различных инцидентов, которые классифицировали как «контракт». Можно выделить три основных типа. Первый: одностороннее обещание исполнения было обязательным через соблюдение формы «стипуляция» (*stipulatio*) – это устный контракт, устанавливающий обязательство. Второй: если кто-то получил вещь, которую он должен вернуть по прошествии определенного периода времени, обязательство вернуть ее имело юридическую силу. Договоры о депозите, ссуде в натуральной форме (*commodatum*) и о предоставлении залога (*pignus*) могут быть отнесены к этой категории. Сюда также прилагалась ссуда (*mutuum*) с той особенностью, что получатель получал право собственности на монеты или другие предметы, поэтому соответствующее обязательство по

возврату определялось их количеством. И третий тип – это стандартные транзакции с типовым содержанием. Поскольку они происходили ежедневно и были хорошо известны, то были признаны основой судебного процесса. Сделка, заключенная под «честное слово» была признана юридически обязательной: вы должны были придерживаться того, что было согласовано. Существовали типы стандартных сделок: покупка, совместная деятельность (*societas*), поручение (*mandatum*), найм или аренда (*locatio conductio*), а также договор на работу (включая транспорт). Каждый из перечисленных элементов римского договорного права имеет свою историю, они не являются результатом рациональной конструкции, согласно которой согласованная структурированная контрактная система была бы создана одним махом. Некоторые типы контрактов принадлежали древнеримскому гражданскому праву (*ius civile*), в то время как для других основой были естественное право (*ius natural*) или заимствованное право других народов (*ius gentium*) [17].

Правовая защита предоставлялась только для определенных типов дел, очевидным недостатком был факт, что для подачи иска требовался признанный тип жалобы и форма жалобы. Не было абстрактной возможности предъявления общего иска за «нарушение контракта», скорее, конкретные формы претензий представлялись для разных соглашений, а в некоторых случаях также по разным основаниям их исполнения. Но это не должно приводить к предположению, что римская контрактная система имела ограниченную широту вариантов форм примитивных сделок. Классические типы контрактов были дополнены в разнообразных других юридических формах. В частности, «пакты» (*pacta*), на самом деле необязательные «джентльменские соглашения», которые не были прямо обязательными сделками, но им были предоставлены юридические последствия, например, в качестве дополнительных соглашений или в качестве основы определенной защиты законных ожиданий. Другие конструкции «новация» (*novatio*),

«обещание» выполнения (действовало как гарантия), «делегация» (*delegatio*) (передача прав и обязанностей другому субъекту). Поскольку в этих сделках была одинаковая вербальная формальность, их резюмируют как устные контракты. Правовое движение было чрезвычайно изобретательным в обращении с имеющимися юридическими инструментами, доступными в то время, очень сложные конструкции можно было создать, комбинируя основные правовые инструменты. Например, с помощью оговорок договор купли-продажи, который изначально касался изъятия приобретенного товара в счет оплаты, можно было бы расширить, включив в него гарантию отсутствия дефектов [18].

В первые два с половиной века Римской империи мы видим процесс дальнейшего совершенствования договорного права. В особенности это касалось упомянутых согласованных договоров (покупка, простое партнерство, заказ и договор найма вещей или аренды *locatio conductio*). Этим сделкам была обещана правовая защита ввиду их элементарного характера. Покупка, например, была не чем иным, как соглашением о том, что покупатель может получить вещь по определенной цене.

Завершенный в 529 году проект кодификации Юстиниана преобразовал римский правовой фонд в систематическое целое. В ходе этого проекта были пересмотрены отдельные категории обязательных транзакций, а также установлена связь их друг с другом. В контрактной системе Юстиниановского кодекса «контракт» появляется как общий термин. Теперь он включает четыре подкатегории, которые в значительной степени равны, а именно: устные контракты, согласованные контракты, реальные контракты и буквальный контракт. Если истец мог представить свидетельство об условиях устного обмена обещаниями, которые теоретически продолжали составлять доказательство заключения соглашения, заключение контракта считалось доказанным. Презумпция была опровергнута, требовались доказательства. Покупка, (простое) общество, мандат и *locatio conductio*

признаются консенсуальными соглашениями. В качестве реальных контрактов окончательно признаются депозит, кредитование, ссуда и залог. Несмотря на группировку по категории контрактов, оставались отличия в зависимости от процесса их заключения и юридических последствий. Дигесты содержат подробные индивидуальные положения для каждого контракта. Это обилие индивидуальных правил стало основным источником, из которого через цепочку исторических опосредований питается свод правил специальной части современного договорного права [28].

Юстинианская кодификация, идея контракта и существование типов контрактов взаимозависимы: сущность контракта определяет его тип, а тип связан с договорными последствиями. В соответствии с названием контракта в дайджестах предоставляется обширный, легко применимый перечень вторичных норм. Типы контрактов понимаются как обычные объекты. Каждый тип контракта имеет разную природу и, следовательно, влечет за собой свой собственный набор юридических последствий [15].

Наука римского права стала базовой основой в правовых системах Европы. Вначале в различных сообществах римский закон стал применяться в разной степени наряду с другими правовыми национальными элементами. Остальные законы в течение столетий также были романизированы, опять же в разной степени и во временном сдвиге. Закон предков был записан с помощью терминов и дополнен и уточнен правилами, которые ученые-юристы разработали при работе со сводом законов Юстиниана.

Фактически принцип «свободы договора» нигде не провозглашен в римском праве. Правовые акты рассматривались тогда только для поиска «подходящего» к данному конкретному случаю содержания. Существовал ряд дополнительных ограничений, каждое из которых относилось к определенным типам контрактов и имело особую основу. Большинство этих ограничений относились к оговоркам, поскольку они характеризовались

свободой содержания и требованием, что «ничего предосудительного нельзя обещать» [36].

В римских источниках права имело место ограничение договорной свободы через запрещающие законы:

- *lex perfecta* – это закон, в котором указано, что известное действие запрещается, и все совершенное вопреки этому запрещению ничтожно;

- *lex minus quam perfecta* – запрещающая известное действие и не объявляющая запрещенное ничтожным, закон накладывает на совершителя действия наказание (штраф); таков был, например, закон, запрещавший проценты свыше известной меры, когда запрещенное соглашение оставалось в силе, но ростовщику угрожал, по жалобе должника, штраф в четверо против размера полученных им вопреки закону процентов;

- *lex imperfecta* – это закон без санкции, т. е. такой, который запрещает известное действие, но не объявляет ничтожным то действие, которое совершено вопреки запрещению [62].

Закон первой категории объявляет недействительность юридической сделки, законы третьей категории предоставлены претору для признания недействительной юридической транзакции, промежуточная категория разрешает бизнес, но влечет штраф за нарушение. Трактовка недействительности контракта была дополнена доктриной обхода закона, которая была разработана на основе римской идеи. Таким образом, римское право уже было знакомо с ограничениями свободы договора.

Позже запрет на ростовщичество стал единым для всего договорного права. В то время как римское право в основном оставляло определение цены на усмотрение интересов покупателя и продавца, в соответствии с имперским законом, под влиянием канонов на доктрину «справедливая цена» (*iustum pretium*) было введено специальное положение о крупном превышении: нарушенное соотношение цена/качество, без учета использования в чрезвычайных ситуациях, должно было сделать покупку оспоренной. По

мере того, как термин *рastum* переместился в центральный термин, юридический текст, связанный с термином *рaста*, стал общим выражением приоритета «императивного закона» над договорным соглашением: «публичное право не может быть изменено частными контрактами, то есть путем заключения пакта между частными лицами» [74].

В последние несколько десятилетий романистические исследования все чаще обращаются к практике римских договоров и подтверждают вывод о том, что в Римской империи – мировой империи своего времени – имело место процветающее и жизненно важное договорное право, опровергая идеи рудиментарного, архаично-простого порядка контрактов. В ретроспективе римская контрактная система кажется систематически более упорядоченной, менее сложной и жизненно важной в ее действительной роли в древней реальности жизни.

К девятнадцатому веку концепция контракта стала обсуждаться более широко философами, политологами, экономистами и социологами и стала важной темой для дискуссий. Контракт стал рассматриваться как ключ к богатству и счастью в обществе с формирующимся рынком. «Свобода договора» стала главной этической, политической, экономической и правовой целью. Утверждалось, что справедливость требует, чтобы каждый человек имел свободу свободно использовать свои естественные способности в сделках, обменах и обещаниях, если они не нарушали права других. Такие идеи не только считались похвальной целью сами по себе, но также рассматривались как ключ к экономическому успеху общества. Одним из наиболее важных аспектов этой дискуссии было то, что человек считался наиболее подходящим для того, чтобы знать, в чем заключаются его потребности, и ему должно быть разрешено заключать любые контракты на тех условиях, которые он считал подходящими [72].

Совершенствование рассматриваемого принципа тесно связаны с началом девятнадцатого века, когда появилась концепция шотландского

экономиста-финансиста Адама Смита «о невидимой руке рынка», которая получила особое распространение в Европе. Главная идея «невидимой руки» в том, что имеют место существование неких естественных законов, под воздействием которых происходит спонтанное движение естественных ресурсных потоков по направлению к рыночному равновесию, а рынок осуществляет своего рода регуляторную функцию, обеспечивая в том числе и важную обратную связь. В результате, требуемая эффективность экономики достигается без регулятивного участия государства [73].

Однако к концу девятнадцатого века становится очевидным, что абсолютная неограниченная свобода договоров может привести к отрицательным последствиям. Таким образом, наметилась всеобщая тенденция в направлении необходимости защищать «слабую сторону» договорных отношений и, следовательно, в некоторой части ограничивать свободу договора. И одновременно законодательство большинства стран не допускало никаких действий участников рынка, ограничивающих конкуренцию.

Смит выступал за минимальное регулирование экономики и, следовательно, контрактов со стороны государства. Тем не менее, он считал главной функцией закона «поддержание и обеспечение выполнения контрактов, заключенных добровольно согласными взрослыми людьми». Он подчеркивал, что обещания носят обязательный характер не из-за присущего им качества, а из-за ожиданий, которые они породили на рынке, и которые не должны быть разочарованы. Так, например, строитель может заключить контракт с владельцем железной дороги на строительство ряда домов для своих сотрудников недалеко от вокзала. Не имея возможности выполнить всю работу самостоятельно, строитель заключает трудовой договор с каменщиком и плотником. Они, в свою очередь, заключают контракты на покупку кирпича и древесины. Не имея возможности мгновенно снабдить плотника нужным им типом древесины, лесоматериалы заказывают у одного

из заготовщиков древесины в Шотландии. Очень скоро становится ясно, что каждый контракт является частью сети коммерческих отношений, которые полагаются друг на друга [76].

Роль судов в этой схеме вещей можно резюмировать, сославшись на слова сэра Джорджа Джессела: «...люди совершеннолетние и компетентные должны иметь максимальную свободу заключения контрактов, и их контракты, заключенные свободно и добровольно, должны считаться священными и должны выполняться судами. Это первостепенная государственная политика.» [75].

В начале девятнадцатого века широкое признание идеи ответственности, основанной на обещаниях, привело к появлению общей теории договорного права. Ученые и судьи начали использовать идею обещания и добровольного согласия в качестве основы договорного права, и договор больше не рассматривался просто как дополнение к праву собственности. Договорные отношения, возникшие в то время, примерно с 1800 года стали известны как «классическая» модель [77].

Первые российские исследования в области принципа свободы договора датируются XIX веком, когда появились основные труды российских цивилистов. В этот момент договорная свобода ассоциировалась прежде всего с вопросами действительности сделок – свободой выражения воли сторон сделки, а также отсутствием принуждения, обмана или насилия [41].

По мнению С.Н. Братуся российская цивилистика с момента зарождения принципа свободы договора не только признавала принцип договорной свободы, но и его главенствующее положение в данной области наряду с началом частной собственности [19].

Исследованием данного принципа также занимался И.А. Покровский, который в своей работе назвал его «верховным началом» всего гражданского права, «одним из краеугольных камней всего современного гражданского

строю». Автором также была выработана теория отрицательного и положительного выражении принципа свободы договора. Отрицательный аспект заключается в том, что никто не обязан заключать договор против своей воли; положительный – в праве частных лиц заключать договоры абсолютно любого содержания. И.А. Покровским были освещены вопросы о неизбежности ограничения свободы договора, о пределах такого ограничения и о том, в каких терминах они могут быть выражены. Автор отмечал при этом, что у государства есть не только возможность, но даже и обязанность ограничивать, вводя в рамки, индивидуальную свободу, «приносить индивидуальные интересы в жертву общественным». Стоит заметить, что вышеуказанные проблемы не получили окончательного решения и на настоящий момент [39].

После Октябрьской революции 1917 года отношение законодателя к принципу свободы договора меняется, что связано прежде всего с новой для России политической и правовой системой. Очень точно позицию власти на тот момент может охарактеризовать высказывание В.И. Ленина о непризнании частной собственности: «...мы ничего частого не признаем, для нас все в области хозяйствования есть публично-правовое» [10].

Многие принципы потеряли свое значение, в частности, принцип свободы договора ассоциировался с «буржуазным гражданским правом» и «необходимой формой капиталистической эксплуатации и капиталистической конкуренции». Но тем не менее гражданские правоотношения продолжают существовать, а значит, существует и сам договор.

В период НЭПа признание получила теория «автономии воли» сторон. По мнению некоторых правоведов, того времени таких как, например, С.И. Аскназия и Б.С. Мартынова, обмен хозяйственными благами между субъектами гражданского оборота происходит как раз на договорных началах. Однако преобладающей позицией можно считать идею С.Н. Братуся

о том, что договорное начало уступит свое место плановому, что приведет к утрате заинтересованности предприятий в исполнении своих обязательств и к превращению договора в формальность. Даже имеющееся тогда договорное начало имело ограничения путем признания всех норм советского гражданского законодательства императивными. Таким образом, законодатель придерживался принципа «запрещено все, что прямо не разрешено», что, в свою очередь, противоречит тезису «буржуазного гражданского права»: «дозволено все, что не воспрещено» [8].

Комментируя Гражданский Кодекс данного периода истории Т.Е. Новицкая замечала, что законодатель предпринял попытки ограничения договорной свободы. В ст. 30 ГК РСФСР говорилось о признании сделки недействительной, если таковая направлена к явному ущербу для государства. Это позволяло государству вмешиваться в абсолютно любую сделку, заключенную между любым субъектом, также предпринимались попытки защитить слабую сторону договора. Так, например, в ст. 33 ГК РСФСР законодатель предусмотрел способы защиты слабой стороны путем признания недействительной явно невыгодной или заключенной под влиянием крайней нужды сделки [13].

В 30-е годы прошлого столетия развитие гражданского право можно было характеризовать как период, когда применение договоров существенно возросло, но только в рамках плановых заданий и с целью выполнения планов. В данный период времени академик А.В. Венедиктов впервые упоминает о договорной дисциплине своей в работе «Договорная дисциплина в промышленности», признавая договорную дисциплину одной из важнейших форм социалистической законности. Целью договорной дисциплины автор видит обеспечение реального выполнения хозяйственных договоров и плановых заданий [34].

После Великой Отечественной войны ситуация не изменилась кардинально. Договорное начало по-прежнему отступало перед плановым, но

в 50-е годы государственные арбитражи начали признавать отказы предприятий от исполнения плановых нарядов в том случае, если между сторонами не был заключен договор.

Коренные изменения произошли в 60-е годы, когда были изданы нормативные акты, позволявшие многим категориям покупателей при наличии уважительных причин отказываться от принятия наряда и от заключения договора, предусмотренного плановым актом, обязательным для обеих сторон. Таким образом, свобода контрагентов была значительно расширена, но тем не менее стороны находились еще в серьезной зависимости от плановых предписаний [38].

В 80-е годы договор называют важнейшим инструментом развития экономики. У хозяйствующих субъектов появляется свобода распоряжения так называемыми излишками, которыми являлись запасы продукции, произведенные сверх нормы [50].

Как отмечает Р.О. Халфина данный период был отмечен тем, что повышалась роль диспозитивных норм, также по мнению В.А. Ойгензихта возрастала и самостоятельность субъектов, но тем не менее присутствовали серьезные ограничения договорной свободы в том, что производить предприятиям и в каких количествах. Следует согласиться с обоснованностью высказывания З.И. Цыбуленко о том, что договоры между предприятиями того времени значительно отличаются от современных договоров прежде всего тем, что современные контрагенты стремятся к получению наибольшей прибыли, а договоры времен плановой экономики Советского Союза, именуемые хозяйственными, преследовали цель удовлетворить потребности всего общества [60].

Хозяйственный договор по мнению некоторых правоведов, в частности, М.К. Сулейменова, не может быть признан договором в принципе, поскольку последний предполагает свободное волеизъявление сторон, а при наличии хоть какой-то субординации ни о каком свободном волеизъявлении

речи быть не может [41].

Тем не менее А.Ю. Кабалкиным выделялось два вида хозяйственных договоров: плановые договоры, где усмотрение сторон сведено фактически к нулю и договоры, заключаемые по усмотрению хозяйствующих субъектов, обязательственные отношения в таких договорах устанавливались исключительно сторонами, а регулирование происходило не с помощью норм о плановых договорах, а общими нормами гражданского законодательства [7].

Несмотря на кажущуюся свободу, на практике свободы договора в полном объеме не существовало. Фактов, подтверждающих данную позицию несколько. Во-первых, заключение договоров о совместной деятельности между предприятиями все еще было невозможным, поскольку они не могли преследовать одну цель. Во-вторых, как уже упоминалось выше, предприятие по-прежнему не имело собственного экономического интереса. В-третьих, граждане на данный момент могли совершать только сделки бытового характера [20].

Полноценными участниками гражданского оборота граждане стали только в начале 90-ых годов прошлого столетия с принятием Основ гражданского законодательства. Принцип свободы договора был закреплен только в Гражданском кодексе РФ 1994 года.

На протяжении многих столетий экономической доктриной был выработан постулат, согласно которому, как отмечает А.Ю. Лисицкая, именно экономическая свобода позволяет эффективно координировать взаимодействие людей по поводу производства, распределения, обмена и потребления материальных благ [30].

Договорное регулирование в рыночных условиях есть самостоятельное правовое средство, ставящее своей целью организовать связи субъектов хозяйственной деятельности. По мнению Н.Л. Бондаренко цель принципа свободы договора заключается в том, чтобы стимулировать договорную

активность субъектов посредством дозволения им действовать так, как им наиболее выгодно, определять условия и судьбу заключаемых ими сделок. Как нельзя лучше подтвердил данную теорию, бывший Председатель Высшего Арбитражного Суда РФ, А.А. Иванов, высказав мнение о том, что «наиболее высокая степень свободы» оправдана только в так называемом предпринимательском договоре. Трудно не согласиться так же с позицией М.Ю. Щетинкиной, согласно которой, «принцип свободы договора представляет собой возможность, установленную гражданским правом, субъектов гражданских правоотношений реализовывать правомочия, заложенные в принципах и нормах гражданского права по своему усмотрению и в своем интересе, и вместе с тем предусматривать в договоре права и обязанности, которые были предусмотрены законом, но в то же время не противоречат гражданскому праву» [5].

В доктрине принято считать, что свобода договора берет свое начало с тех пор, когда появился и сам договор. Основным его элементом является согласование воли всех его сторон. При этом стороны должны обладать свободой для того, чтобы выразить свою действительную волю. В римском частном праве воля лица должна в договоре быть выражена свободно и сознательно без какого-либо давления со стороны, в частности, без обмана, принуждения или насилия. В Дигестах Юстиниана говорилось о том, что при продажах и покупках каких-либо товаров стороны не должны иметь разногласий по поводу самой покупки, цены или чего-либо еще, что касается договора, в противном случае сделка считалась несовершенной. Расторгнуть договор можно было только по согласию сторон, но в то же время, если стороны согласовали все условия, приняли их, то и отступление от договора было недопустимо [36].

Как отмечает А.А. Волос в римском праве уже существовали основные проявления принципа свободы договора, но четкого выражения принцип не имел в связи с казуальностью норм того периода [9]. Эпоха нового времени

была ознаменована идеей отказа от вмешательства государства в экономику, тем не менее вкушая плоды негативных последствий свободы договора ничем не ограниченной, в дальнейшем появились идеи ограничения свободы договора.

Принцип свободы договора был присущ Российскому праву. Однако его воплощение в нормативные правовые акты зависело не только от уровня развития права на данный период времени, но и от культурных, социально-политических, а в первую очередь от экономических факторов. Идеи свободы договора в советское время не были достаточно актуальными, что связано с отказом от частной собственности и введением плановой системы хозяйствования. Закрепление принципа свобода договора в законодательстве России – результат долгого развития договорных отношений. Это есть необходимость, вызванная тем, что гражданское право России достигло того уровня, когда принцип свободы договора потребовал нормативного закрепления.

1.2 Однородность верховенства закона, общей свободы и экономической свободы в правовом государстве

В общем понимании свобода означает отсутствие ограничений. Никто не должен подчиняться воле и принуждению других людей. Свобода не является признаком «атомарных» индивидов, а относится к отношениям, которые люди имеют друг с другом, это касается разграничения индивидуальных прав, чтобы свобода не ставила под угрозу аналогичные свободы других [2].

Верховенство закона в правовом государстве подразумевает приверженность государства четким законам. Верховенство закона – это не просто правовая безопасность, поскольку закон также может быть связан и с принципами, которые угрожают свободе, так как использование

государственной монопольной власти может быть связано с деспотизмом. Там, где закон подвергается деспотизму, индивидуальные права находятся в опасности. Подразумевается «либеральное» верховенство закона, главной целью которого является защита индивидуальных гражданских свобод [39].

Экономическая свобода относится к рыночной экономике – это не что иное, как область свободы, которая относится к экономической сфере.

Верховенство закона, свобода, и экономическая свобода – это не три разные, отдельные и не связанные между собой вещи. Они тесно переплетены и зависят друг от друга. Таким образом, свобода – это скобки, которые скрепляют все вместе. Любое действие является по-настоящему законным только тогда, когда оно не является результатом принуждения и силы. Это относится и к экономическим сделкам отдельных лиц, они допустимы, до тех пор, пока они не наносят ущерба личности или имуществу других лиц [4].

Следующей предпосылкой мы обязаны Джону Локку, английскому философу: «Индивид является собственником самого себя». Это означает, что все, что люди свободно приобретают без принуждения, силы или угрозы, является их собственной собственностью и это вряд ли может быть отнято у них без применения силы. Право на собственность узаконено принципом первой покупки и законного труда. Поэтому задача верховенства закона заключается в защите таких прав на собственность [71].

Права собственности делают возможным свободный обмен, покупку, кредитование, дарение, инвестирование и другие экономические отношения между гражданами. Таким образом, право на собственность является одним из важнейших факторов двух основных компонентов, которые скрепляют свободный социальный порядок – правовое государство и рыночную экономику. Помимо личной защиты от насильственных посягательств в личных делах, право на собственность позволяет гражданам нести индивидуальную ответственность за экономические аспекты своей жизни в

форме участия в рыночной экономике, которая без такого права на собственность не могла бы функционировать.

Каждый человек обладает знаниями, которые находятся в его уникальном распоряжении. У каждого человека есть множество потребностей, о которых знает только он. Все постоянно меняется во времени и пространстве. Его деловые отношения и экономические взаимоотношения с другими людьми должны быть скоординированы. Все экономисты-плановики ошибочно полагали, что с такими процессами лучше всего справится одна или несколько централизованных государственных бюрократий. На самом деле именно так функционирует рынок. В его рамках люди могут лучше использовать свои знания и ресурсы, чем через центральный орган власти. Таким образом, рынок работает по «принципу открытий» (Фридрих Август фон Хайек) для оптимального использования труда, капитала и ресурсов. В этом отношении рыночная экономика непобедима. Однако это происходит только в том случае, когда отдельные люди могут действительно внести свой вклад в этот процесс своим трудом, своим капиталом и своими ресурсами. Это, опять же, они могут сделать только тогда, когда они действительно контролируют их, когда они свободны в своем выборе.

Если индивид защищен как от деспотизма, так и от принуждения, тогда возникают условия, когда отдельные лица могут свободно торговать. Как пишет Локк в своем «письме о терпимости»: «Гражданскими интересами я называю жизнь, свободу, здоровье и праздность тела, и владение внешними вещами, такими как деньги, земли, дома, мебель и тому подобное». Согласно данному подходу, личные и экономические свободы в конечном счете неразрывно переплетены. Наряду с личной и экономической свободой, на индивидах лежит печать общества, которая определяет сферу права над индивидами. Таким образом, принцип свободного сотрудничества перемещается в центр [68].

В условиях верховенства закона договорное право, то есть свобода договоров, играет центральную роль. Принцип свободы договора, несомненно, автоматически связан с экономической системой. Наряду с рыночной экономикой, экономическая система делает возможной свободную самоорганизацию в форме кооперации. Для обоих правовое государство может создать рамки свободы в форме прав граждан, а также частного и общественного права [30].

Верховенство закона должно защищать права отдельных лиц в их отношениях друг с другом. Это должно гарантировать им развитие и возможности для торговли, которые они могут реализовать сами без принуждения. Поэтому верховенство закона должно функционировать осторожно и ненавязчиво. Таким образом, верховенство права в экономическом контексте является политикой регулирования. Право должно создать правовую базу, в рамках которой отдельные лица могут свободно координировать свою экономическую деятельность посредством ценового механизма [57].

Неправовое государство будет усиливать политику процессов, которая навязывает или манипулирует конкретными требованиями к отдельным лицам на рынке (например, искусственная монополизация или субсидирование определенных продуктов).

Экономическая свобода требует, чтобы правительства воздерживались от многих видов бюрократической деятельности: необходимо воздерживаться от действий, которые препятствуют личному выбору, добровольному обмену и свободе выбора, конкуренции на рынках труда и товаров. Экономическая свобода уменьшается, когда налоги, государственные расходы и регулирование заменяются личным выбором, добровольным обменом и рыночной координацией. Действия, ограничивающие доступ к профессиям и предпринимательской деятельности, также сдерживают экономическую свободу.

1.3 Автономия воли субъектов частноправовых отношений и основные принципы предпринимательской деятельности

Воля обозначает способность индивидуума свободно определять свои действия и выполнять их. Воля – это то, что реализуется лично и устанавливается преднамеренным исполнением факта. Разве мы обычно не говорим: «Я делаю то, что хочу» или «Никто не может заставить меня делать то, чего я не хочу»? Так мы должны понимать понятие воли в договорном контексте. Отсюда следует, что каждый свободен от своих договорных обязательств. Никто не может быть юридически обязан заключить договор. Это означает, что никто не будет нанят по контракту, пока он не захочет стать его частью. Например, в случае договора купли-продажи, прежде чем квалифицироваться как продавец или покупатель, каждый решает первым заключить договор [12].

Согласно теории философии права, человеческая воля сама по себе является собственным законом, источником своих собственных обязательств. Любой, кто решает заключить договор и, следовательно, выбрал свою содоговаривающуюся сторону, волен определять характер и содержание своего договора, соглашаясь со своей содоговаривающейся стороной.

Свобода договора – это концепция, рожденная из принципа закона, известного как автономия воли. Из этого принципа проистекает идея о том, что стороны вправе заключать или не заключать контракты с лицом, определенным по своему выбору.

Свобода договора – правовой принцип, закрепленный в законодательстве многих стран. Свобода договора, как проявление частной автономии, согласно У. Флюму, является «принципом индивидуального формирования правовых отношений в соответствии со своей волей» [1].

Сегодня автономность воли участников гражданских правоотношений – основополагающий принцип любой системы частного национального права. Сущность автономии воли состоит в свободе сторон вступать в частноправовые отношения, как урегулированные законодательно, так и нерегулируемые законом.

Договорная свобода во французском законодательстве установлена в статье 1102 Гражданского кодекса Франции: «Каждый волен заключать или не заключать договор, выбирать свою содоговаривающуюся сторону и определять содержание и форму договора в пределах, установленных законом...». То есть данный аспект выражается тройным выбором: желание заключить договор, выбор характера и содержания договора [71].

Гражданский кодекс Квебека также сохраняет принцип свободы заключения договоров, подчеркивая, что договор заключается «путем единственного обмена согласиями», но в то же время устанавливает пределы консенсуализма, чтобы защитить более слабую сторону в договоре, включая участников договора присоединения, квартиросъемщиков, взрослых людей и несовершеннолетних под опекой [72].

В самом деле, никого нельзя принуждать к заключению контракта, тем более с нежелательным человеком. Тот, кто решает заключить контракт, ни в коем случае не может быть обязан сделать это с человеком, которого он не хочет. Если первые два элемента способности, вытекающие из свободы договора, проистекают из полной индивидуальной воли, это не относится к выбору характера и содержания договора.

Выбор характера и содержания контракта неизбежный шаг, иерархически проистекающий из двух способностей существенного измерения свободы контракта, выбор характера и содержания контракта осуществляется совместно, это достигается взаимным согласием людей, которые индивидуально решили заключить контракт. Именно люди, желающие заключить договор вместе, принимают решение о характере и

содержании договора, который они хотели бы заключить. Это означает, что они с самого начала согласятся с договором, который будет связывать их во время этих конкретных юридических отношений, прежде чем вступать в юридическое обязательство. По своей природе мы должны понимать тип заключаемого контракта. Это может быть договор купли-продажи, аренды недвижимости или движимого имущества, работы, страхования, транспорта и т.д. Что касается содержания, договаривающиеся стороны устанавливают обязательства и права каждого из них, жизненный цикл контракта и, возможно, меры по его исполнению [11].

Экономическая независимость и полная индивидуальность автономность всех участников – характеристики гражданского права.

Метод гражданско-правового регулирования присваивает субъектам способность к правообладанию, диспозитивность, наделяет инициативой и, как следствие, делает возможным установление правоотношений на основе самостоятельности сторон, так как субъекту предоставляется возможность разнообразного варианта поведения, кроме строго запрещенных законом. Основная правовая формула здесь: «разрешено всё то, что прямо не запрещено». Дозволительное свойство регулирования означает возможность проявления таких правоотношений между субъектами, которые прямо не предписаны в правовых актах и нормах, но отвечают общим началам гражданского законодательства и его смыслу [4].

Диспозитивный метод позволяет рассматривать гражданские правовые отношения исходя из воли лиц-участников, поэтому предтечей возникновения правоотношений является гражданско-правовой договор. Договор в общем смысле – есть правовая форма отношений обмена, которая обеспечивает динамику и ход развития имущественных отношений, именно посредством договора осуществляется движение материальных ресурсов. Договор имеет место быть при наличии двух и более согласованных волей, для такого согласования субъекты должны обладать достаточной свободой

воли, поэтому договор подразумевает свободу и самостоятельность сторон-участников, которые выражают свою автономную независимую волю. Всеобщее применение договоров связано с тем, что, являясь правовой формой договор полностью соответствует характеристике регулируемых гражданским правом имущественных отношений и позволяет проявиться самостоятельности, предприимчивости, решительности участников экономического оборота [32].

Слово «принцип» обозначает основу, руководящую идею, исходное положение. Принципы права помогают правильно идентифицировать само право, они олицетворяют базовые начала и главные положения процесса формирования, развития и функционирования права. Принципы права – та базовая структура, на которой как надстройка возвышаются и развиваются нормы гражданского права, отрасли, институты. Принципы права, закрепленные в законе, олицетворяют природу и закономерности права, его социальное общественное предназначение [52].

Принципы права представляют собой фундамент правовой системы, выстраивают направление в правотворчестве и правоприменении и через свой масштабный характер способствуют целостности правовой системы, при этом сами по себе принципы права не способны быть средством упорядочения правоотношений, это прерогатива правовых норм. Понимание и, следовательно, правильное применение норм законодательства, не выполнимо без понимания принципов права, потому как последние отражают содержание, социальную направленность и особенности регулирования, что позволяет лучше понимать и верно толковать смысл и применять нормы, и, одновременно, при выявлении в законодательстве пробелов, исходя из принципов права возможно использование правовых норм по аналогии.

Принципы права вторичны к методам правового регулирования, но обе категории очень тесно переплетаются, проявляются как

взаимобусловленные, существование одной невозможно без существования другой. При отсутствии в праве принципа свободы договора, диспозитивный метод регулирования был бы неосуществим, автономия воли субъектов превратилась бы в вымысел. К основополагающим принципам предпринимательской деятельности, закрепленным в законодательстве Российской Федерации и в большинстве стран, относятся:

- дозволительной направленности – означает возможность осуществлять любую предпринимательскую деятельность по своему усмотрению, не запрещенную законом;

- равенства участников – означает отсутствие преимуществ между участниками и равноправное подчинение закону;

- неприкосновенности собственности – гарантировано осуществление правомочий по владению, пользованию и распоряжению имуществом;

- свободы договора – предоставляет предпринимателям самостоятельность в решении вопросов заключения договора, выбора партнеров, условий договора;

- недопустимости произвольного вмешательства в частные дела – означает запрет нерегламентированного стороннего вмешательства в частные дела;

- беспрепятственного осуществления гражданских прав;

- восстановления нарушенных прав – гарантируется защита и возмещение убытков;

- судебной защиты нарушенных прав [16].

В рамках настоящей работы представляет интерес для комплексного изучения принцип свободы договора, как наиболее интересный из всех.

В Российском законодательстве свобода договора установлена в статьях 1 и 421 ГК РФ, в статье 34 часть 1 Конституции Российской Федерации. Конституционный суд РФ подтверждает конституционную сущность свободы договора. Согласно пункту 1 статьи 1 ГК РФ «свобода

договора является одним из основных начал гражданского законодательства». Конституционный характер свободы договора означает, что данное благо (свобода) может быть ограничено федеральным законом лишь в той мере, в какой это необходимо для защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ч. 3, ст. 55 Конституции РФ). Свобода договора направлена на реализацию статей 8, 34 и 35 Конституции РФ, провозглашающих «свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств», «свободу экономической деятельности», «право каждого на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской деятельности» и др. [27].

Свобода заключения договоров и частная автономия не безграничны, стороны должны вписываться в рамки и оценки общей правовой системы. Принципиальное равное отношение к обеим договаривающимся сторонам не исключает признания того, что иногда существует значительное неравенство в правовой и экономической жизни. Поэтому правовой порядок частной автономии устанавливает пределы обычно через защитные законы (например, закон о защите прав потребителей и др.) [22].

Существуют общественные причины установления ограничения свободы заключения договоров: экономическая конкуренция (антимонопольное законодательство, регулирование и ограничение цен); социальные причины – это законы о защите (защита молодежи, охрана материнства, запрет на работу в ночное время); из соображений общей справедливости и теории государства всеобщего благосостояния (ограничения вводятся с помощью обязательств на заключение публичных договоров, так как не должно зависеть от желания монополий обеспечение населения транспортом, связью, коммунальными услугами, продуктами питания).

В то время как другие принципы права, такие как, например, принцип неприкосновенности собственности, посвящены статике экономического оборота, обеспечивая стабильность и гарантированность вещных прав, принцип договорной свободы описывает динамическую сторону взаимоотношений субъектов и направлен на обеспечение развития беспрепятственного обмена материальными благами между разными субъектами [22].

Принцип свободы договора является сложной динамической правовой категорией. Для исследования принципа свободы договора в настоящей работе предлагается применить редко используемый в праве метод моделирования, подходящий для изучения сложных динамических систем. Моделирование является приемом исследовательской деятельности, который широко используется в науке и практике. Оно решает познавательные задачи, поэтому определяется как метод познания, состоящий в изучении окружающего мира на основе построения моделей. «Моделирование означает материальное или мысленное имитирование реально существующей (натуральной) системы путем специального конструирования аналогов (моделей), в которых воспроизводятся принципы организации и функционирования этой системы» [78].

К моделированию обычно прибегают, когда оригинал является сложной системой и его непосредственное изучение затруднительно. Модель облегчает эту задачу, воспроизводя свойства оригинала, представляющие познавательный интерес. Модель упрощает и схематизирует исходную систему, абстрагируясь от части ее свойств, но при этом модель должна быть тождественна оригиналу (системе-прототипу). Правильно спроектированная модель позволяет сделать достоверные выводы об исходной системе-прототипе. Системный анализ модели позволяет изучить структуру, функции, особенности взаимодействия разных связанных объектов, выявить имеющиеся связи, дать вероятностный прогноз изменений связанных

объектов. Моделирование помогает не только лучше понять свойства изучаемого объекта, но и предвидеть его состояния, управлять им. Анализ результатов поведения модели в разных условиях поможет дать ответ на многие насущные вопросы, связанные с правовой категорией свободы договора. В частности, можно подтвердить или опровергнуть гипотезу о необходимости установлений ограничений свободы договора, предложить направления ограничений договорной свободы.

В качестве объекта моделирования (системы-прототипа) предлагается правовая категория «свобода договора». Задача: спроектировать описательную логическую имитационную модель объекта исследования «правовая категория свобода договора» и изучить поведение модели во взаимодействии с внешними общественными системами.

Алгоритм исследования предлагается следующий:

- представить изучаемую сложную динамическую систему «свобода договора» в качестве упрощенной логической модели;
- изучить свойства модели и ее поведение в разных условиях;
- основываясь на изучении модели сделать выводы (или подтвердить имеющиеся в теории) об исходной системе «свобода договора».

В рамках настоящего исследования не ставится задача построить окончательную математическую модель, предлагается выполнить начальный этап проектирования в виде информационно-логической описательной модели с применением качественных (не количественных) характеристик, такая модель позволит наглядно увидеть связи между изучаемыми объектами. Спроектированная в настоящей работе информационно-логическая модель впоследствии может быть расширена и доработана при дальнейших исследованиях, в том числе в смежных отраслях.

Моделирование правовой системы «свобода договора», системный анализ ее поведения и выводы будут приведены в следующей главе.

Глава 2 Принцип свободы договора в гражданском праве Российской Федерации и его содержание

2.1 Свобода заключения договора

В области гражданского права его принципы отражают особенности частноправовой сферы, где правоотношения возникают и формируются между юридически равными субъектами в зависимости от собственного выбора, что обуславливается их юридической свободой, означающей возможность выбирать собственный вариант поведения. Принцип свободы договора в рамках института обязательственного права «находит свое проявление в каждом случае заключения гражданско-правового договора, и, поэтому, для целей свободного гражданского движения этот принцип – один из наиболее важных» [35].

А.В. Мыскин говорил о принципе свободы договора: «Изначально все принципы гражданского права юридически равны и не упорядочены по иерархическому принципу. Однако среди них есть такие, которые в силу своей особой социально-юридической значимости занимают положение *primus inter pares* – первых среди равных. Один из таких принципов-титанов, юридических китов цивилистической сферы – принцип свободы договора». Изучение принципа свободы договора как философской и юридической категории дает нам понимание важности и глубинного содержания данного принципа в гражданском праве [53].

Яворская А.С. отмечает, что категория «свобода» в договорных отношениях является определяющей. Для удовлетворения личных интересов посредством договоров стороны должны активно взаимодействовать, договариваться, достигать компромиссов, в чем будет проявляться максимум их свободы, поскольку взаимодействие – это всегда «сознательно волевые отношения между лицами» [11].

Свобода всегда является внутренним проявлением намерений и пожеланий лица, его собственным непосредственным волеизъявлением. В таком контексте договор – это свидетельство соответствия личных волеизъявлений как минимум двух субъектов и присутствия у них общих целей, которых они могут достичь, заключив между собой соглашение. При выборе типа заключаемых договоров стороны исходят в первую очередь из принципа максимальной для них экономической выгоды и конкретные виды договоров служат при этом правовой формой достижения такой взаимовыгоды.

Необходимо различать реализацию свободы договора на двух этапах: на преддоговорной стадии и на стадии уже существующих договорных отношений. На преддоговорной стадии свобода договора проявляется как свобода в переговорах, свободное волеизъявление по вступлению в гражданские правоотношения, свобода по выбору контрагента, свобода во взаимном определении вида, формы и условий договора.

Содержание принципа свободы договора полностью раскрытого в статье 421 ГК РФ, в которой установлено, что он соответствует частному случаю «основного общегражданского принципа свободы выбора», на основании которого все субъекты гражданских правоотношений реализуют личные гражданские права в своих личных интересах и по своей собственной воле: «разрешено все, что прямо не запрещено законом» [48].

У некоторого субъекта возникает потребность вступить в договорные отношения только в случае, если у него появилась какая-либо потребность материального или нематериального плана в сфере гражданского оборота, которая может быть осуществлена через взаимодействие с другими субъектами. Осознав присутствие такой потребности, перед субъектом встает необходимость заключить договор. И разрешение данной потребности связано исключительно с волей субъектов. Особенностью договора является свободное волеизъявление сторон, которые, независимо ни от кого вправе

принимать решение об установлении договорных отношений, и никто не обязан заключать договор при отсутствии на это его свободной воли.

Начало свободы договора обязательно связано с принципом имущественной самостоятельности субъектов, который подразумевает не только присутствие отдельного имущества, но и обязательств с ним связанных. Ведь от решений собственника, связанных с распоряжением имуществом, зависят последствия для собственника – получение доходов либо убытков.

Шершеневич Г.Ф. справедливо отмечал, что воля индивидов должна обладать рядом признаков. Во-первых, воля должна быть согласованной и это согласие проявляется в соответствии, а не в однородности. Договор не может быть заключен, если воля контрагентов не будет соответствовать одна другой в существенных моментах. Если воля одной из сторон направлена на то, чтобы приобрести какой-то товар, а воля другой стороны – на то, чтобы продать этот товар, то в этом случае возникает соответствие намерений сторон и договор может быть заключен. Когда же воля обеих сторон направлена на покупку одного и того же товара, то содержание их воли можно считать однородным, отсутствие соответствия воли не приведет к заключению договора. Во-вторых, соглашение сторон должно предполагать осознание ими воли другого, иначе воля каждого из субъектов будет только субъективным состоянием, не имеющим каких-либо последствий. В-третьих, воля лиц должна быть направлена на создание юридических отношений: установление, прекращение или изменение. При этом, для признания действительности договора требуется, чтобы задуманное возможно было осуществить в рамках правопорядка как физически, так и юридически [2].

Помимо воли сторон стоит остановиться еще на одном важном понятии – волеизъявления сторон. Одни ученые полагают, что при любом заключении договора следует принимать во внимание только исключительно волю, поскольку именно воля составляет основу договора. Другие напротив,

считают, что необходимо исходить именно из волеизъявления сторон, так как «если воля сторон не была проявлена в надлежащем виде, то невозможно судить о ее истинном содержании». Более обоснованной видится последняя позиция, которая нашла отражение в действующем гражданском законодательстве РФ. В том случае, если воля и волеизъявление лица не совпадают, то поднимается вопрос о недействительности сделки. В частности, статья 170 ГК РФ, посвященная недействительности мнимых и притворных сделок, указывает, что притворной признается сделка, которая совершена с целью прикрыть другую сделку, а мнимой – сделку, совершенную для видимости, без намерения создать соответствующие сделке последствия. В первом случае наблюдается скрытая воля лица и выражается во вне – его волеизъявление, которые не соответствуют друг другу. Во втором – воля лица и вовсе отсутствует, присутствует только волеизъявление [7].

Среди ученых существуют разные взгляды на содержание первой компоненты свободы договора – свободы заключения договора. Так Ершов Ю.Л. выделяет позитивную и негативную стороны свободного заключения договора. Позитивная сторона означает самостоятельность самого решения заключить договор или не заключать и допустимость по лично своему усмотрению определять время и место вхождения в договорные связи. Негативная сторона указывает на то, что никого нельзя принуждать к заключению договора, кроме специально установленных законодателем ситуаций или взятых на себя добровольно ответственностей [57].

Компонента свобода заключения договора реализуется на преддоговорной стадии. Преддоговорная стадия характеризуется наличием следующих этапов: объективизации намерений сторон заключить договор, организационного этапа согласования условий и заключения договора, либо отказа от заключения договора. Свобода заключения договора реализуема только в том случае, если субъекты обладают автономией воли, выразили ее

во вне, являются равными друг другу и при этом обладают имущественной обособленностью.

Свобода заключения договора выражается также, как защищенность изъявления воли сторон от всего их окружения, включая и правительственные учреждения, и суды, и других субъектов права. Такая неприкасаемость существует в рамках понятия правоспособности, которая и позволяет субъектам гражданского оборота проводить различные сделки и участвовать в обязательствах, другими словами – заключать всевозможные договорные соглашения [24].

При ведении переговоров и заключении договора стороны должны действовать добросовестно, что включает в себя и обязательство предоставлять достоверную и полную информацию, требуемую законодательством или существом обсуждаемой сделки. Сторона, пострадавшая от недобросовестных действий контрагента, может требовать возмещения причиненных ей убытков.

Свободу заключения договора большинство ученых считают главной компонентой гражданско-правового принципа свободы договора, а другие компоненты договорной свободы вторичными. Свобода заключения договора подразумевает свободный выбор контрагента, прямо связана с диспозитивностью и инициативностью – основных движущих элементов гражданско-правовой регуляции.

2.2 Свобода выбора формы и вида договора

Эффективность правового регулирования представляет собой соотношение между целью правового регулирования в соответствии с интересами личности, общества и государства и реальным его результатом. В договорном праве результативность правового регулирования – есть степень упорядоченности общественных отношений, достигнутая в результате

правового воздействия на экономику. Эффективность следует рассматривать как соотношение между реальным социальным результатом, достигнутым с помощью действия юридических норм и той социальной целью, для достижения которой эти нормы были изданы. Эффективность правового регулирования определяет соотношение между поставленной законодателем идеальной целью и достигнутым фактическим реальным результатом. Очевидно, что чем ближе друг к другу находятся цель и результат, тем выше эффективность правового регулирования [70].

Очевидно, что правовая и экономическая системы всегда взаимосвязаны и прямо зависимы друг от друга, обе вначале влияют непосредственно на поведения людей, а через поведение людей – друг на друга, заставляя подстраиваться одну систему под другую. Очевидно, что экономическая система преимущественно воздействует на систему стимулов, связанных с правами собственности, а правовая система – на систему ограничений.

Договорная свобода выступает связующим звеном между правом и экономикой. Чем больше договорной свободы предоставлено законодателем участникам гражданско-правового оборота, тем выше уровень развития рынка в государстве и наоборот. Поэтому договорная свобода является катализатором развития экономических отношений и рынка [57].

Право должно обеспечить единство законодательства и рыночных экономических механизмов, в противном случае не получится создать условия порядка и стабильности. Право в современном мире призвано обеспечить создание законодательной базы для существования и развития рынка, с одной стороны, стимулируя предпринимательскую деятельность, с другой стороны, учитывая интересы личности, общества, государства. Правовое воздействие на экономические отношения заключается в создании благоприятного пространства для их существования, право устанавливает нормы и ограничения, рынок же, впоследствии, трансформирует их в

экономические показатели. Право и рынок «должны взаимодействовать в строгом балансе, не нанося ущерба друг для друга». Также, как в математическом уравнении, результат может быть отрицательным или положительным в зависимости от начальных условий, также и, действующие экономические законы, деформируемые параметрами юридических норм, могут привести страну к кризису или к процветанию [78].

Экономические отношения невозможны без договора, который является устойчивой и при этом гибкой правовой структурой, содержащей условия договора и способы выражения правоотношений. Форма договора призвана облечь разнообразные по характеру общественные отношения. Многообразие видов договоров в современном мире обуславливается интенсивностью экономической жизни, которая порождает все новые требования к формам сделок. Высказыванием О.С. Иоффе: «Как только гражданский оборот принимает формы, так сразу появляются новые виды обязательств», в лучшем виде объясняется необходимость допущения в гражданский оборот договоров, предусмотренных законодательно и непредусмотренных, и договоров, содержащих элементы разных типов гражданско-правовых договоров [25].

Законодатель Российской Федерации определяет принцип свободы договора как единство трех составляющих элементов, которые проявляются на преддоговорной стадии заключения договора, а именно:

- самостоятельный, свободный выбор участников (сторон) договора, не предполагающий принуждения заключать договоры вне собственной воли;
- отсутствие обязанности выбирать конкретный вид договора, предусмотренный законодательством, важно только, чтобы действия субъектов, сам документ и процедура его заключения не противоречили действующим правовым нормам;
- возможность предусмотреть сторонами в договоре различных условий, которые в совокупности определяют его содержание [1].

Элемент свободы договора «свобода выбора формы и вида договора», заключается в том, что субъекты имеют возможность заключать абсолютно любые договоры по своей форме и виду. Абсолютность формы и вида в данном контексте должна пониматься, как возможность заключать договоры без привязки к тому, предусмотрены такие виды договоров законодательством или нормативно-правовыми актами РФ или не предусмотрены. Единственным критерием соответствия договора рассматриваемому аспекту договорной свободы и признанием действительности договора будет только то, что указанный договор не противоречит закону.

Российское гражданское законодательство содержит обширный перечень норм, регулирующих отдельные виды договоров, которые призваны упорядочить обязательственные отношения участников гражданско-правового оборота, они образуют систему так называемых «поименованных» договоров, которая постоянно пополняется новыми видами в связи с развитием отечественного производства. Отдельные виды договоров прямо прописаны в гражданском кодексе РФ (купли-продажи, дарения, аренды, подряда, выполнения услуг, транспортировки, пересылки, займа, банковского депозита, хранения, страхования, агентский, доверительного управления, франчайзинга, простого товарищества и др.), также кодексом предусмотрены договорные инструменты (опционный договор, рамочный договор, публичный договор и др.) [49].

Существует ряд специальных законов РФ, регулирующих отдельные виды договоров. Например, требования к договорам государственных закупок установлены законом о закупках, особые правила предусмотрены для договоров об ипотеке, страховании, лизинге и др. [67].

Между тем законодательство не содержит закрытого и исчерпывающего перечня видов всех возможных договоров. Обусловлено это тем, что каким бы список не был обширным, он всегда будет отставать от

нужд и потребностей реального хозяйственного оборота. Очевидно, что с помощью только определенных и выраженных законодателем моделей договоров вести эффективную коммерческую деятельность не всегда представляется возможным. Предприниматели постоянно будут нуждаться в гибких правовых конструкциях. И понятно стремление хозяйствующих субъектов уйти от договорной модели, предусмотренной гражданским законодательством, если она неудобна в данном конкретном случае в связи с набором ее квалифицирующих признаков или наличием неприемлемой для контрагентов императивности правового регулирования.

Пункт 1 статьи 8 и пункт 2 статьи 421 гласят, что стороны самостоятельно определяют какой конкретно договор ими заключается, создавая самостоятельно форму (вид) договора, предусмотренную или не предусмотренную законодателем, а это, как указывает Рощина И.И. «очень полезно в условиях быстрых темпов развития рыночного хозяйств, за которым просто не успевает законодатель, формируя правовые конструкции». В частности, можно привести множество примеров сделок, совершаемых на валютных или фондовых рынках, которые не вписываются в рамки никаких поименованных в законодательстве договоров [6].

По смыслу пункта 3 статьи 421 договаривающиеся стороны свободны в выборе типов соглашений, в которых имеются элементы нескольких различных поименованных договоров, так называемые «смешанные» договоры. Так в обычный договор поставки можно включить дополнительные условия о страховании товара или его перевозки. Условия такого договора при включении дополнительных условий будут отходить от рамок классической договорной модели договора поставки, но возможность включения условий из других договорных конструкций значительно упрощает деятельность субъектов правоотношений [55].

Свобода выбора формы и вида договора санкционирует заключение непоименованных договоров. Согласно подпункту 1 пункта 1 статьи 8 и

пункту 2 статьи 421 ГК РФ «стороны вправе заключить договор, не предусмотренный законом», поэтому можно отождествить термин «непоименованный договор» с термином «непредусмотренный в законе договор» [3].

В настоящее время непоименованные и смешанные договоры широко применяются во всех странах с развитой рыночной экономикой, и уже не являются чем-то новым и непонятным для гражданского оборота Российской Федерации, являясь важным и эффективным инструментом договорного регулирования. Данные виды договоров – это наглядный пример воплощения в жизнь принципа свободы договора [58].

Можно резюмировать. Право является регулятором и стабилизатором общественных отношений, основная функция права – регулятивная, которая направлена на упорядочение общественных отношений и их поступательное развитие. Экономика же через рыночные механизмы способна трансформировать общественные отношения, урегулированные правом, в реальный результат. Право и экономика взаимосвязаны, взаимозависимы и должны способствовать взаимному позитивному развитию, обеспечивая укрепление и рост государства. Свобода договора выступает связующим звеном между правом и экономикой, взаимодействие права и экономики осуществляется посредством договорной свободы, предоставляющей возможность субъектам заключать договоры самых разных видов и форм, необходимых для реализации их частных предпринимательских целей. Степень допустимой законодателем в обществе договорной свободы обуславливает уровень договорной активности и его разнообразие, определяя эффективность экономики.

Для эффективности правового регулирования, целью которого является соблюдение баланса рыночной экономики и социальных и общественных интересов, законодатель обязан влиять на договорную свободу, ограничивая ее в публичных интересах.

Следует согласиться с высказыванием Белова В.А., который считает элемент свободы договора свободой выбора формы и вида договора «свободой договорного творчества» и указывает, что в отличие от первого аспекта свободы договора, а именно свободы решения вопроса о том, заключать или не заключать договор, «элемент свободы выбора формы и вида договора не имеет самостоятельного значения, так как вид применяемого договора определяется его содержанием» [12].

2.3 Свобода определения условий договора

Третий основной элемент свободы договора преддоговорной стадии – свобода определения условий договора выражается в свободе сторонами определения всех условий заключаемого соглашения, другими словами – в определении «содержания договора» (п. 2 ст. 1, п. 4 ст. 421 ГК РФ) [24].

Для того, чтобы договор считался заключенным, его стороны изначально должны согласовать условия, являющиеся существенными, для соответствующих типов договоров. Стороны вправе согласовать также и любые другие условия договора по своему усмотрению, если такие условия необходимы сторонам. Хотя стороны свободны в заключении любого договора, в том числе не оговоренного или отличного от установленных законом, стороны не могут договориться об условиях, нарушающих императивные нормы закона или противоречащих цели закона [11].

По умолчанию «предмет» считается существенным условием любого договора, тогда как другие существенные условия могут быть предусмотрены законом или могут быть объявлены любой из сторон существенными. В частности, для договора поставки существенные условия: вид и количество товара. Договор строительного подряда должен содержать существенные условия: предмет и срок выполнения строительных работ.

Брагинский М.И. и Витрянский В.В. считают, что если рассматривать

договор, как сделку, то договорные условия – это взаимопредъявляемые требования сторон друг к другу, демонстрирующие истинную волю сторон в отношении возникающего в будущем правоотношения. Свобода сторон самостоятельно определять для себя договорные условия предполагает наличие у контрагентов дозволения договариваться как об общих, так и о частных вопросах, а именно – правах и обязанностях, которые в будущем, после достижения сторонами компромисса, составят текст и содержание заключенного договора [6].

Развернутую позицию касательно данного составляющего элемента договорной свободы высказал Белов В.А., он считает, что свобода выбора условий договора является важнейшим потому, что предоставляет возможность «подвергнуть частно-правовое отношение субъектов своему же автономному, инициативному, творческому правовому регулированию, проявить фантазию о том, каким гражданским нормам и правилам наряду с законодательными, подзаконными, судебными, административными и обычными, будут подчиняться договорные отношения». Белов рассматривает договор как источник регулирования, посредством которого «лица исходя из своих окончательных целей, субъективных интересов, личных возможностей и потребностей, по своему независимому усмотрению решают, как будут регулироваться их отношения» [7].

Иными словами, свобода определения условий договора – это возможность сторон самостоятельно определить какими нормами будут регулироваться их отношения в договоре: либо стороны сами установят для себя правила, либо применят общие правила, установленные законодателем.

Свобода договора не может быть абсолютной и подвергается ограничениям в публичном интересе. Если с одной стороны имеет место воля субъектов гражданского оборота, то с другой стороны – требования закона. Договор должен отвечать императивным нормам закона (п. 1 ст. 422 ГК РФ), только тогда можно говорить о соответствии договора и закона. Поэтому при

заключении договора для определения пределов договорных условий всегда необходимо рассматривать соотношение требований императивных и диспозитивных норм закона [33].

Свобода определения условий и содержания договора имеет место исключительно до момента пока договорное условие не будет ограничено существующими императивными нормами закона. Чтобы основы порядка, морали, здоровья, безопасности, прав и законных интересов других охранялись государством российский законодатель вводит ограничения свободы договора статьей 55 Конституции РФ и статьей 1 Гражданского кодекса РФ, в которых говорится, что гражданские права могут быть ограничены только в соответствии с федеральным законом или в случае крайней необходимости [26].

К обязательным императивным требованиям для действительности заключенного гражданско-правового договора относятся:

- требования по соблюдению основных принципов поведения участников в гражданском обороте: добросовестность и недопустимость злоупотребления правом;

- требования по выполнению запретов в рамках общедозволительного типа правового регулирования, в частности, устанавливается общее дозволение в виде права на заключение договора, но вводятся запреты, направленные на защиту интересов слабой стороны или публичных интересов;

- общие требования, необходимые для возникновения правоотношений (условия действительности сделки).

Ограничения свободы договора содержатся как в общей части Гражданского Кодекса РФ: выкуп домашних животных у хозяев, при неподобающем обращении с ними (ст. 241 ГК РФ), выкуп культурных ценностей, когда такие содержатся бесхозно (ст. 240 ГК РФ), так и в особенной части: конструкции публичного договора (ст. 426 ГК РФ) и

договора присоединения (ст. 428 ГК РФ). Обязательство заключить договор может устанавливаться специальными законами. Например, в соответствии с Федеральным законом от 5 апреля 2013г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» для казенных предприятий может вводиться обязанность заключения государственных контрактов для поддержания обороноспособности и безопасности Российской Федерации. Иногда обязанность заключить договор может проистекать из добровольно принятого на себя обязательства, например, на основании предварительного договора [69].

Элемент свободного определения условий договора является важнейшим, поскольку в его рамках проявляется возможность установления типа договора (поименованный, непоименованный, смешанный), а также поскольку существование указанного аспекта означает «признание за частными лицами права создавать нормы за счет расширения содержания классического понятия автономии воли до независимой от государства» [59].

В отличие от статических правовых принципов, провозглашенных Гражданским кодексом РФ, таких как равенство участников, неприкосновенность собственности, судебная защита, принцип свободы договора отличается уникальной особенностью – является динамическим. Для изучения динамических систем удобно применить метод имитационного моделирования, который позволяет исследовать поведение объектов, когда реальные эксперименты дороги или невозможны по причине неопределенности данных или сложности объекта.

Цель имитационного моделирования – конструирование имитационной модели объекта исследования и изучение закономерностей поведения модели с учетом заданных ограничений и в условиях имитаций во взаимодействии с внешней средой. Модель, являясь упрощенным аналогом базовой системы-прототипа, легче поддается развернутому системному анализу и позволяет

перенести результат по аналогии на изучаемый объект. Для получения устойчивой статистики и достоверного результата эксперименты с моделью (имитации) можно проводить в бесконечно большом количестве [29].

Для комплексного исследования принципа свободы договора и решения поставленных в данной работе задач предлагается применить метод имитационного моделирования, редко используемый для изучения правовых систем.

Имитационная модель правовой системы «свобода договора» может быть применена для исследования связи экономических процессов с правовыми предпосылками, для этого в центре анализа необходимо рассмотреть структуру законодательства и его эффективность.

Метод имитационного моделирования, примененный к изучению принципа свободы договора, даст нам интересную возможность получить результаты с помощью необычного инструментария. Рассмотрение правовой системы под новым ракурсом позволит продемонстрировать как будет меняться поведение правовой категории «свобода договора» под воздействием разных внешних факторов, даст возможность проанализировать взаимодействие связанных со свободой договора систем, выявить закономерности и проанализировать общественные последствия такого взаимодействия.

Нашей задачей является построение информационно-логической имитационной модели правовой категории свободы договора, описание ее функционирования в разных условиях и получение выводов об особенностях ее поведения. Для упрощения моделирования и без ущерба для результатов исследования, при построении информационно-логической модели введем ограничения: 1). требуется построить упрощенную информационно-логическую описательную модель, при этом соответствующую базовой системе-прототипу; 2). ввиду значительной неопределенности параметров

достаточно применить качественные (описательные) характеристики показателей.

Сформулируем, что мы будем понимать в качестве модели «свобода договора». Модель «свобода договора» представляет собой некоторое условное состояние установленной законодательно договорной активности индивидов в определенный момент времени, включающее в себя весь комплекс необходимых правомочий для вступления в договорные отношения: свободу лица иметь свою волю на вступление в договорные отношения, самостоятельный выбор контрагента, самостоятельное формирование вместе с ним договорной структуры и вида договорной связи, изъявление своей воли при формировании условий договора и пр.

Очевидно, что договорная активность субъектов права прямо зависит от степени, определенной в обществе договорной свободы: чем больше разрешено договорной свободы, тем более развит договорной оборот и обратно. Поэтому в качестве основной зависимой от свободы договора системы принимаем «объем договорного оборота», от которого в свою очередь прямо зависит количество сделок на рынке, а, следовательно, развитость экономики. В качестве внешнего источника воздействия на модель определим государство в лице законодателя. Воздействие государства на свободу договора осуществляется посредством различных правовых средств гражданско-правовой системы через применение механизма императивных и диспозитивных законодательных норм.

Таким образом, выделим для рассмотрения и изучения взаимодействия следующие объекты (системы): Государство (законодатель), Гражданское право (нормы законодательства), Свобода договора, Объем договорного оборота, Рынок, Экономика. Рассмотрим механизм их взаимодействия во времени.

Изначально Государство (законодатель), в рамках правового регулирования, являясь в соответствии со своими властными функциями,

универсальной внешней управляющей силой, целенаправленно воздействует через правовую систему в качестве активного источника на подчиненные общественные системы, в том числе и на свободу договора. Модель «свобода договора» в этом случае находится в зависимой (пассивной) роли, изменяется, проявляя в процессе трансформации новые качества и, отвечая на установленную законодателем степень договорной свободы, определяет уровень договорной активности индивидов. Далее «свобода договора» уже начинает самостоятельно оказывать активные воздействия на зависимые от нее системы, в первую очередь на объем договорного оборота, как наиболее тесно с ней связанный, а через договорной оборот и на другие общественные системы и, в конечном счете – на рынок, через рынок – на экономику.

Отметим интересное свойство модели «свобода договора»: в итоге происходит перемена роли модели с пассивной на активную, при которой трансформированная модель оказывается уже активным источником воздействия на зависимые от нее системы, изменяя последние.

В результате описанного процесса имеют место поступательные активные векторы регулирующих воздействий взаимозависимых систем: Государство оказывает воздействие на свободу договора, свобода договора – на объем договорного оборота, объем договорного оборота через общественные отношения – на Рынок, Рынок – на Экономику.

Одновременно в ответ на активные воздействия возникают ответные реакции временно пассивных (подчиненных) систем: пределы договорной свободы прямо соотносятся с направлением вектора внешнего воздействия со стороны законодателя, объем договорного оборота – соответствует принятой законодателем степени договорной свободы в обществе, Рынок соответствует объему договорного оборота, Экономика – соответствует уровню развития рынка. В зависимости от установившегося в некоторый момент времени состояния экономики Законодатель вынужден будет корректировать нормы гражданского права в нужном для развития

экономики направлении. Возникающая при этом обратная связь между Экономикой и Законодателем, при которой уже Экономика в качестве активного источника воздействует на Законодателя, ведет к постепенному, но постоянному совершенствованию права. Таким образом, на последнем этапе взаимодействия систем, уже экономика активно воздействует на политику государства, вынуждая законодателя трансформировать в целях развития экономики нормы гражданского законодательства.

Именно свобода договора в этой схеме является главной точкой приложения вектора государственного правового регулирования, от воздействия на которую зависит функционирование всех остальных общественных систем, через которые государством обеспечивается эффективность правового регулирования экономики.

Так, в какой-то момент времени устанавливается относительно стабильный уровень развития договорной активности в обществе и равновесие связанных со свободой договора систем, следствием чего является установление относительно стабильного состояния рынка, обеспечивающего позитивное развитие экономики. В связи с наличием множества влияющих извне факторов стабильное состояние рынка не может продолжаться бесконечно долго и в какой-то экономике перестает быть эффективной. Соответственно на данном этапе становится неэффективным и государственное правовое регулирование. В этом случае требуется государственное законодательное вмешательство с целью корректирования установленной в обществе договорной свободы посредством законотворчества. При каждом следующем активном воздействии на свободу договора со стороны государства через изменение законодательных норм, происходит запуск изменений в зависимых от свободы договора общественных системах (объеме договорного оборота, договорной активности и др.), следствием чего становится новое равновесное состояние рынка. Если принятые законодателем нормы оказались правильными и

своевременными, то происходит развитие экономики, в противном случае законодателю потребуется повторно скорректировать нормы. Процесс усовершенствования норм права повторяется до достижения поставленных законодателем целей, развивая и эволюционируя право.

Возможны три варианта конечных результатов развития общественных отношений в зависимости от направления воздействия на свободу договора со стороны государства. «Первый вариант: при воздействии политической системы, основанной на тотальных запретах свободы договора и жестком подавлении автономии воли, получаем снижение договорной активности в обществе, уменьшение экономической свободы, рынок в этом случае отсутствует (пример советского права). Второй вариант: если воздействие политической системы на свободу договора отменить или свести к минимуму, то неограниченная свобода приведет к неуправляемым последствиям: монополизации, злоупотреблениям права, нарушениям правопорядка, морали, кабальным сделкам, и в итоге – к ликвидации рынка. И третий вариант: при воздействии политической системы государства на свободу договора, основанном на разумной экономической свободе участников гражданского оборота, происходит увеличение договорной активности, большое разнообразие сделок, как итог – развитие рынка, рост валового продукта, развитие экономики, а значит укрепление государства – то, к чему стремятся все страны в настоящее время» [39].

Резюмируем выводы, полученные в результате изучения имитационной модели свободы договора, в результате исследования мы:

- изучили особенности взаимодействия модели «свобода договора» с другими связанными системами, выявили ключевую роль модели «свобода договора» в этом взаимодействии;

- изучили прямую зависимость систем: воздействие государства в лице законодателя через свободу договора на рынок и экономику;

- доказали наличие обратной зависимости законодательства от состояния экономики и влияние обратной зависимости на развитие права;

- рассмотрели возможные результаты государственного развития при разных внешних воздействиях на свободу договора со стороны законодателя.

Можно резюмировать, что в результате внешнего управления со стороны государства, посредством активно-пассивных взаимодействий связанных систем происходит регулирование экономики правом. Именно через договорную свободу государство имеет возможность управлять рынком и экономикой, состояние которой прямо зависит от установленного уровня договорной свободы.

Мы удостоверились, что правовая категория свобода договора играет в данном процессе главенствующую роль, оказывая мощное воздействие на главную составляющую государственности – общественно-экономические отношения. Игнорировать такое воздействие свободы договора невозможно, поэтому государство постоянно мониторит проявляющуюся степень договорной свободы. В зависимости от направления, в котором изменяется экономика под воздействием свободы договора, государство обязано оперативно реагировать, корректируя свою волю через законотворчество и другие методы регулирования.

Применив метод имитационного моделирования, мы наглядно показали, что при разных векторах внешнего воздействия со стороны политической системы государства на свободу договора получается разный результат договорного оборота, в крайних своих проявлениях от почти полного прекращения договорной активности в обществе, когда «все запрещено» на законодательном уровне, до другой крайности, когда «ничего не запрещено» (все разрешено) – анархии и вседозволенности. Обе крайности недопустимы: как полное отсутствие договорной свободы, как и излишняя договорная свобода, одинаково разрушительны для рынка и государственности в целом.

В результате исследования мы доказали, что именно принцип договорной свободы оказывается краеугольным камнем, воздействуя на который и получая обратную связь, законодатель способен регулировать рынок и экономику. Такое регулирование должно быть прогрессивным, эффективным, экологичным и способствовать экономическому росту государства, что невозможно осуществить без постоянного грамотного анализа действующего договорного законодательства.

Занимаясь законотворчеством в области договорного права, принимая новые законы по ограничению или расширению договорной свободы, законодатель неизбежно обязан просчитывать их правовую и социальную эффективность, чтобы предугадать насколько закон окажется своевременным, полезным и будут ли решены при помощи него поставленные перспективные цели и задачи. Анализ поведения правовой системы свобода договора показывает очевидность основной задачи законодателя: установить необходимый и достаточный уровень ограничений принципа свободы договора, не препятствующий развитию рынка, но при этом защищающий его участников [29].

Приняв за основу, предложенную в настоящей работе информационно-логическую модель «свобода договора», при дальнейших научных изысканиях можно на ее базе разработать математическую модель и программные средства, при помощи которых, расширяя модель, изменяя внешние условия и другие параметры, прогнозировать договорной оборот, состояние рынка и экономики.

Глава 3 Проблемные вопросы реализации принципа свободы договора

3.1 Императивные и диспозитивные нормы в договорном регулировании, ограничения свободы договора через оценочные понятия (концепции)

Стремления любого государства направлены на создание и поддержание порядка в стране, на развитие, функционирование и урегулирование общественных отношений, что достигается с помощью права как одного из уникальных регуляторов общественных отношений путем санкционирования правил поведения в юридических нормах, определяющих характер взаимоотношений участников правоотношений [72].

Нормы гражданского права находятся в определенной системе. Существенное значение имеет подразделение гражданско-правовых норм на императивные, или повелительные (строго обязательные) и диспозитивные, или восполнительные, допускающие отступления. Особую значимость такое деление приобретает в сфере частноправового регулирования ввиду ее обширности в условиях имущественного оборота в рамках рыночной экономики и повседневного применения правовых норм [1].

В доктрине считается, что императивные правовые нормы характерны для отраслей публичного права: конституционного, финансового, уголовно-процессуального, административного и других. Диспозитивные нормы более характерны для частного права. В то же время согласиться с концепцией И.А. Покровского о преобладании в публичном праве императивных, принудительных норм, а в частном – норм диспозитивных, не представляется возможным, поскольку анализ действующего российского законодательства свидетельствует о наличии в российских нормативных актах комплекса норм, зачастую с преобладанием императивных норм в отраслях частного права.

В.В. Витрянский и М.И. Брагинский, проанализировав нормы ГК РФ, посвященные договорному праву, пришли к выводу, что в его состав входит порядка 1600 императивных и только 200 диспозитивных. В отличие от развитых стран континентальной Европы, где установлена безусловная презумпция диспозитивности норм договорного права, в российском праве пока еще присутствует приоритет императивности договорных норм. Зачастую такой взгляд не отвечает общему принципу равноправия сторон в договорных отношениях и становится препятствием для развития договорной деятельности, принижая значение принципа свободы договора [21].

Частному праву, ядром которого является гражданское право, присущ диспозитивный (общедозволительный) метод правового регулирования общественных отношений, выраженный в равенстве участников («горизонтальные» отношения), с преобладанием дозволений, при котором государство, осуществляя правовое регулирование, предоставляет субъектам права возможность совершать то или иное действие, в связи с чем законодатель лишь устанавливает субъективные права и ориентирует, побуждает участников к определенному поведению, не требуя, чтобы действия обязательно совершились. Субъекты самостоятельно решают, как строить им свое поведение, осуществлять им эти права или не осуществлять, совершать дозволенные законом действия или не совершать [37].

Концепция диспозитивности в гражданском праве была выдвинута О.А. Красавчиковым, определившим ее как «основанную на нормах данной отрасли права юридическую свободу (возможность) субъектов гражданских правоотношений осуществлять свою правосубъектность и свои субъективные гражданские права (приобретать, реализовывать или распорядиться ими) по своему усмотрению», в пределах, установленных законом [61].

Диспозитивный метод правового регулирования в частном праве находит свое проявление в диспозитивных нормах права, которыми

законодатель предписывает варианты возможного поведения, предоставляя субъектам возможность в пределах законных средств урегулировать отношения по своему личному усмотрению.

В общей теории права под диспозитивными нормами права понимаются нормы, в которых государство в форме дозволений представляет субъектам права установить содержание своих действий и определять взаимные условия. Тем самым в нормах для участников правоотношений устанавливаются определенные правомочия или обязанности на случай, если они сами их не определили или не пришли к соглашению. Диспозитивные нормы предусматривают определенное правило поведения, применяемое лишь в тех случаях, когда участники отношений не выработали иного условия по вопросу, разрешенному в данной норме. Как указывал С.С. Алексеев, иногда диспозитивные нормы называют нормами восполнительными, поскольку они восполняют отсутствующее соглашение, функционируют лишь тогда, когда стороны не договорились между собой по данному вопросу [22].

Доктринальному определению диспозитивных норм соответствует и содержащееся в статье 421 ГК РФ определение, согласно которому «в случаях, когда условие договора предусмотрено нормой, которая применяется постольку, поскольку соглашением сторон не установлено иное (диспозитивная норма), стороны могут своим соглашением исключить ее применение либо установить условие, отличное от предусмотренного в ней. При отсутствии такого соглашения условие договора определяется диспозитивной нормой» [51].

В природе императивных норм гражданского права, по заключению Ю. В. Ковалевой, лежит публичность, а именно – направленность на защиту и охрану публичного интереса. Публичное право активно воздействует на развитие частного права, оно определяет пределы частноправовой деятельности, обеспечивая реализацию прав и свобод личности своими

методами. Свобода личности в сфере экономических отношений не может быть гарантирована одними лишь частноправовыми средствами. Поэтому традиционные институты частного права подкрепляются нормами публичного права [5].

Исследователи едины во мнении, определяя императивность через предписания, правовые ограничения, запреты и позитивные обязанности, выполняющие охранительную, регулятивную и обеспечительную функции, гарантированные силой государства. Е.В. Грушевская считает, что, императивность, являясь признаком объективного права в целом, в той или иной мере свойственна любой правовой отрасли, поскольку выступает основным средством достижения цели правового регулирования: необходимого варианта поведения участников в различных сферах общественных отношений. Императивность – это свойство всякой правовой нормы, независимо от того, к какому виду она относится [51].

Диспозитивные юридические нормы в полном объеме соответствуют признаку императивности, заключающемуся в том обстоятельстве, что в случае неопределения сторонами иного правила поведения для урегулирования отношений между ними будет действовать обязательное императивное предписание, закрепленное в норме. Так в случае избрания участниками правоотношения посредством реализации ими свободы волеизъявления нужной им модели урегулирования отношений согласно предоставленной возможности в диспозитивной норме права, субъекты должны будут строго следовать избранному варианту правового поведения, который в данном случае для них станет своего рода законом. Напротив, если субъекты не выберут иной необходимый им вариант поведения, императивно вступит в силу общее правило, предусмотренное диспозитивной правовой нормой, которое для субъектов станет обязательным к исполнению и соблюдению [45].

Приведем пример применения диспозитивной нормы Гражданского

кодекса. Согласно диспозитивной гражданско-правовой норме статьи 459 ГК, если иное не предусмотрено договором купли-продажи, риск случайной гибели или случайного повреждения товара переходит на покупателя с момента, когда в соответствии с законом или договором продавец считается исполнившим свою обязанность по передаче товара покупателю. Если стороны договора купли-продажи предусмотрели иной момент перехода риска случайной гибели или случайного повреждения товара, например, с момента подписания договора сторонами, тогда правоотношения будут урегулированы диспозитивным методом регулирования и исполняться в соответствии с договоренностью. Если же стороны не воспользовались возможностью самостоятельно определить иной момент перехода риска случайной гибели или случайного повреждения товара на покупателя, то вступает в действие императивный метод регулирования правоотношений по договору, в этом случае риск гибели, повреждения товара переходит на покупателя как императивно предусмотрено в норме статьи 459, когда продавец считается исполнившим свою обязанность по передаче товара покупателю [14].

Императивные нормы права – это нормы высшей степени властности и подчинения (императивности), выраженные в форме обязанностей или запретов (категорические предписания), исключающие любые альтернативные варианты поведения участников, исполнение которых потенциально обеспечено реализацией неотвратимых юридических последствий, а в случае несоблюдения либо неисполнения категорических предписаний – действительным применением к нарушителям мер государственного принуждения.

Например, выраженная в договоре воля его участников является для них обязательной только тогда, когда установленные ими условия взаимного поведения соответствуют императивным нормам действующего законодательства, которые придают этим договорным условиям юридическое

значение, порождают субъективные права и обязанности.

Продemonстрируем примеры императивных норм. В соответствии со статьей 550 Гражданского кодекса Российской Федерации договор продажи недвижимости заключается в письменной форме путем составления одного документа, подписанного сторонами (пункт 2 статьи 434). Несоблюдение письменной формы такого договора влечет его недействительность. В случае несоблюдения сторонами императивного предписания нормы права о письменной форме договора, все действия сторон, которые были осуществлены для его заключения, будут признаны утратившими свое юридическое значение [41].

В Гражданском кодексе РФ немало императивных норм с закреплением юридических обязанностей. Например, юридическое лицо должно быть зарегистрировано в едином государственном реестре юридических лиц в одной из организационно-правовых форм; каждый участник долевой собственности обязан соразмерно со своей долей участвовать в уплате налогов, сборов и иных платежей по общему имуществу, а также в издержках по содержанию имущества; залог подлежит государственной регистрации и возникает с момента такой регистрации и др.

На основании вышеизложенного сформулируем основные отличия норм императивных от диспозитивных. Во-первых, нормы можно разграничить по форме содержащихся в них предписаний. Так, диспозитивная норма зачастую выражена в форме дозволений, предоставлений участникам прав, а императивная норма – в форме запретов и обязанностей. Во-вторых, по степени властности предусмотренных в нормах правил поведения. В диспозитивной норме властность применяется только, если участники не избрали иной вариант урегулирования отношений, в этом случае им необходимо воспользоваться закрепленным в норме предписанием. В императивной норме сразу наличествует властность в высшей степени и указывает правило поведение, которое невозможно

изменить его участниками. В-третьих, по характеру правил поведения, содержащихся в нормах. Диспозитивная норма предоставляет субъектам возможность выражения своей воли, по своему усмотрению определять условия их взаимоотношений и свободу выбора варианта поведения, то есть ту или иную степень свободы волеизъявления субъекта. Императивная же норма, напротив, требует от участников строгого соблюдения предусмотренных в них правил поведения [48].

В рамках гражданского права учеными предлагается, используя правила юридической техники изложения правовых норм, разграничивать диспозитивные и императивные нормы путем введения определенных оговорок. М.И. Брагинский предлагал называть такие формулировки – атрибутикой нормы права. Диспозитивность нормы обозначается обычно выражением: «если иное не предусмотрено договором или соглашением сторон», или может быть указано в норме, что стороны могут совершать действие, отступая от установленного общего правила. Императивность норм обозначается формулировками, что соглашение сторон об ином не имеет силы или не допускается, а также формулировками «не вправе», «не допускается», «не может», «является ничтожным» [44].

На практике нередко возникают случаи неоднозначного понимания характера императивности или диспозитивности некоторых правовых норм. «Обеспечение правильного применения норм права, – как верно указывали М.П. Карева и А.М. Айзенберг, – представляет огромное значение. Самый совершенный закон при неправильном применении его теряет свою эффективность и может вызвать результаты, совершенно противоположные тем, которые имел в виду и к которым стремился законодатель при издании закона. Издание правовой нормы – это только начало ее жизни, подлинная же жизнь правовой нормы начинается с ее применения, а применение норм тесно связано с вопросом о толковании норм права» [23].

Значимым актом казуального толкования незадолго до момента прекращения деятельности Высшего арбитражного суда Российской Федерации явилось Постановление Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации «О свободе договора и ее пределах» от 14.03.2014г. № 16, закрепившего прогрессивные положения в вопросе толкования и применения норм права. Как поясняет Р.С. Бевзенко, «это постановление – о толковании. О том, что ценность юриспруденции как системы социальных знаний заключается ни в последнюю очередь в ее методах, основным из которых является целевое (телеологическое) толкование норм закона, благодаря которому юрист уясняет замысел законодателя и применяет норму в соответствии с этим замыслом. К большому сожалению, сегодня телеологическое толкование не в фаворе – мы любим толкование грамматическое, буквальное... Почему? Во-первых, это проще, можно меньше думать. Во-вторых, кажется, что так надежнее, предсказуемее. Правда, иногда это приводит к нелепейшим результатам, но мы, разумеется, все свалим на ГосДуму, которая «как обычно приняла какую-то ерунду» [45].

Согласно мнению одного из разработчиков данного акта Р.С. Бевзенко, данное постановление является самым главным наследием Высшего арбитражного суда Российской Федерации в сфере договорного права. Идея о том, что норма обязательственного права, не содержащая оговорки «если иное не предусмотрено договором», является диспозитивной, обычно была чужда судебной практике, в связи с тем, что гражданская коллегия Верховного суда РФ занимается обычно спорами потребителей и коммерсантов или между самими гражданами, а «в этих отношениях идея широкой диспозитивности норм обязательственного права – обычно вредна». Однако в коммерческих сделках формула «можно все, что не запрещено», наоборот, особенно востребована [58].

В частности, в пункте 2 Постановления содержится определение императивной правовой нормы, согласно которому норма, определяющая

права и обязанности сторон договора, является императивной, если она содержит «явно выраженный запрет» на установление соглашением сторон условия договора, отличного от предусмотренного нормой правила (например, нормой прямо указывается, что иное соглашение ничтожно, запрещено, не допускается, либо допускается право сторон отступить от правила, но в строго определенную сторону, либо запрет иным образом недвусмысленно отражен в тексте нормы). Норма может быть признана судом как императивная также, если она обеспечивает защиту законных интересов или ее императивность может вытекать из существа отношений.

В четвертом пункте Постановления обозначены также условия, при которых норма признается диспозитивной. Во-первых, если в норме нет явно-выраженного запрета, к примеру, формулировки «соглашение об ином ничтожно», «соглашение об ином не допускается». Во-вторых, если судом не будут установлены охраняемые законом интересы, для защиты которых потребуется применение императивных норм: 1). защита слабой стороны договора, третьих лиц, интересов публичных); 2). недопущение грубого нарушения баланса интересов сторон; 3). недопущение искажения существа законодательного регулирования [47].

Главной посыл Постановления: суды должны толковать норму права исходя из ее целей, а не буквального толкования. Рассматривать норму требуется шире, чем в тексте закона, необходимо понимать ее сущность и правовое содержание. Если в норме нет прямого указания на ее природу, то такая норма определяется путем толкования судом с учетом целей законодательного регулирования, при этом диспозитивность нормы предполагается, а императивность устанавливается исходя из наличия особо значимых охраняемых законом интересов. Если суд посчитает спорную норму с неопределенным статусом императивной, то обязан разъяснить свои мотивы в решении, в противном случае такая норма будет являться дэ-факто диспозитивной [44].

Постановлением для выявления неявного (подразумеваемого) запрета, содержащегося в норме, предлагаются «тесты», которые могут быть применены и к диспозитивным нормам, даже если они содержат фразу «если иное не предусмотрено договором», с целью определения характера нормы. Говоря иными словами, если в норме права присутствует атрибутика, прямо указывающая на императивность, то норма императивная, если атрибутика диспозитивная, то норма диспозитивна. Но если в тексте нормы нет никакой ясной атрибутики императивности либо диспозитивности, то эта норма неопределенного статуса, характер которой можно определить с помощью предлагаемых «тестов» либо судом, применяя телеологическое толкование.

Тесты на присутствие императивности в норме проводятся в следующем порядке. Первый тест – тест на наличие в норме защиты слабой стороны в договоре. Это различные потребительские сделки, сделки с монополистами и т.п. Второй тест – на ограждение интересов третьих лиц от злоупотреблений договорной свободой. Третий тест – на защиту добрых нравов от проявлений злоупотреблений договорной свободой. Четвертый тест – на защиту публичных (общих) интересов. Пятый тест – на недопустимость искажения существа юридической конструкции, включая недопустимость грубого нарушения баланса интересов сторон. Если норма пройдет все «тесты», то такую норму признают диспозитивно и ни о какой императивности не может быть и речи. Данный способ толкования видится прогрессивным, разрушающим привычный подход советской методологии, ломающим стереотипы, отходящим от четкого следования тексту закона [44].

За судами сохранилась функция толкования договорных норм для окончательного разрешения вопроса об их диспозитивности или императивности. Суды активно начали толковать нормы ГК РФ, по-разному воспринимая правовую природу, цель и характер норм, из-за чего сложилась не единообразная судебная практика. Тем не менее такой подход видится оправданным, так как одна и та же норма может в зависимости от

конкретных обстоятельств принимать разный характер, как императивный, так и диспозитивный [63].

Однако, как показал более чем семилетний период применения Постановления № 16, суды медленно отходят от привычных позиций механистического подхода. Причин в этом несколько. Одна из причин – абстрактность и неопределенность отдельных терминов. К примеру, понятие «слабая сторона договора» законодательно четко не закреплено, поэтому суду приходится самостоятельно ее устанавливать в контексте доктрины, как известно, через присутствие фактического неравенства в возможностях субъектов правоотношений влиять на ход развития договорных отношений. Но определить слабую сторону не всегда просто, например, если обе стороны договора являются предпринимателями. Также часто сложным представляется вопрос обоснования факта «грубого нарушения баланса интересов сторон» [64].

Следует отметить, что суды по-прежнему зачастую придерживаются устаревшей позиции о квалификации всех норм в качестве императивных в том случае, если в норме отсутствует оговорка о праве сторон предусмотреть иное. Решением проблемы может быть, чтобы суды в своей практике руководствовались следующими положениями:

- все договорные нормы презюмировать как диспозитивные, императивность должна быть явно и недвусмысленно выражена в самой норме;
- ограничение принципа свободы договора допускается исключительно императивной нормой;
- диспозитивность нормы не определяется только наличием фразы о возможности сторон оговорить иное;
- на императивность нормы указывает словесное обозначение о том, что сторонам договариваться об ином запрещено;
- опровержение презумпции диспозитивности нормы допускается в

случае необходимости защиты особо значимых охраняемых законом интересов, недопущения грубого нарушения баланса интересов сторон, недопущение искажения существа законодательного регулирования данного вида договора.

Законодатель целенаправленно ограничивает договорную свободу императивными нормами в договорном праве в целях охраны наиболее значимых интересов общества и государства, соблюдения баланса прав, защиты законных интересов. Согласованные сторонами условия договора, вступающие в противоречие с установленными императивными нормами, повлекут недействительность сделки и обязанность виновного возместить экономические убытки пострадавшему лицу.

Законодатель не успевает за быстро развивающимися договорными отношениями и не всегда вовремя вводит вызванные существующими реалиями необходимые императивные нормы-ограничения свободы договора, поэтому недобросовестные участники оборота не редко находят обходные пути в законе для достижения своих незаконных целей. Невозможно для каждой нормы закона предусмотреть все вероятные случаи недобросовестного поведения, проще договориться о том, что недобросовестность запрещена вообще.

Принцип добросовестности пронизывает весь Гражданский кодекс РФ. Так статьей 10 ГК РФ устанавливается общий запрет на осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу и на действия в обход закона, иное заведомо недобросовестное осуществление прав (злоупотребление правом). Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке [64].

Оценочные концепции гражданского права часто используются для ограничения свободы договоров в основном в правоприменительной практике судами. Ведь там, где есть лазейка в законе, недобросовестные

участники могут легко уклониться от закона, не нарушив ни одной нормы. Поэтому часто возникают проблемы в реализации законности, правопорядка и морали, которые решаются с помощью оценочных понятий уже при последующем судебном контроле справедливости условий заключенных договоров.

В гражданском праве РФ следующие понятия относятся к оценочным концепциям: добросовестность (п. 3 ст. 1, п. 5 ст. 10, п. 3 ст. 307 ГК); злоупотребление правами, в том числе «обход закона» (пп. 1, 3 ст. 10 ГК); основы правопорядка (ст. 169 ГК и др.); справедливость (п. 3 ст. 451, п. 1 ст. 308.3 ГК); разумность (п. 2 ст. 6, п. 3 ст. 53 ГК); обеспечение баланса интересов сторон (пункты 3, 5, 9, 10 Решения пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах») и др. [31].

Модель сужения свободы договора оценочными понятиями (концепциями) упоминается в литературе как *ex post* (ретроспективный) контроль договорной свободы. Посредством критериев оценки возможно решить вопрос об урезании свободы договора только впоследствии, когда рассматриваемое дело передается в суд. При применении стандартов оценки суд должен ориентироваться на то, что является преобладающими этическими нормами с точки зрения общественных, конституционных ценностей и общих правовых принципов. На суды ложится основная задача по толкованию условий договора в соответствии с основополагающими принципами гражданского права (и договорного права в частности): добросовестности, совпадении воли сторон, справедливости, юридическом равенстве сторон. Если сделка (договор) не соответствует основам правопорядка, нравственности и морали (ст. 169 ГК), суд может признать такую сделку ничтожной. Недействительное условие или договор не имеют правовых последствий. Например, договор обращения в рабство, который Гражданский кодекс прямо не запрещает, но совершенно очевидно, что такое соглашение будет ничтожным [29].

Для ограничения договорной свободы, суды используют такой термин, как злоупотребление законом (злоупотребление правом). Верховный Суд РФ объясняет, что злоупотребление законом – это осуществление гражданских прав незаконными средствами или с незаконной целью, когда имеет место поведение управомоченного лица в сочетании с нарушением пределов и ограничений, установленных статьей 10 ГК РФ, другими словами – это поведение лица, нарушающее права или законные интересы других лиц [70].

Верховный суд РФ обобщил обстоятельства, которые должны быть определены в деле о признании сделки недействительной из-за злоупотребления правом, в частности это наличие или отсутствие:

- цели сделки, отличающейся от обычно преследуемой при осуществлении подобного вида бизнеса;
- действий сторон, превышающих пределы дозволенных правомочий;
- негативных правовых последствий для сторон сделки, для прав и интересов других граждан и юридических лиц;
- иных обязательств у сторон сделки, исполнение которых создает препятствия в будущем и т.п. [45].

Подытожим вышесказанное следующими выводами. Свобода договора неразрывно связана с вопросами императивности и диспозитивности. В рамках классификации юридических норм нормы права подразделяются на императивные (категорические) и диспозитивные (дозволительные). Под императивными нормами следует понимать нормы, которые содержат категорические предписания и закрепляют строго определенные правила поведения без какой-либо альтернативы в регулировании отношений, особенностью которых является невозможность изменения предписываемых нормой правил поведения соглашением сторон и строгое соблюдение установленного варианта поведения участниками отношений. Диспозитивные нормы права отличаются от императивных тем, что предусматривают вариативность поведения участников и возможность

отклонения от предписанного нормой поведения, выраженного в согласовании участниками правоотношения иного правила поведения, отличного от содержащегося в норме, но в рамках, установленных законом.

Важным событием последнего времени стало Постановление Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах» от 14.03.2014г. № 16, в котором Высший арбитражный суд Российской Федерации через критерии определения норм в законе дал определение нормам права, при этом закрепив презумпцию диспозитивной нормы. Отступить правоприменителю от презумпции диспозитивности в сторону императивной квалификации нормы возможно только, если теологическое (целевое) толкование указывает на ее очевидную императивность. Узаконив примат диспозитивности норм договорного права Российской Федерации ВАС поставил квалификацию норм в качестве императивных в прямую зависимость от наличия необходимости защиты охраняемых законом интересов [44].

Для частного права характерен общедозволительный (гражданско-правовой) метод правового регулирования, отличающийся автономией воли и равенством субъектов, обуславливающий диспозитивность применяемых для его регулирования норм. С одной стороны, частное право направлено на удовлетворение отдельного, частного интереса конкретного субъекта, наделяя его относительной свободой в целях реализации своих интересов, регулируя отношения так, чтобы субъект своей волей избирал нужную модель развития частного правоотношения. С другой стороны – это право со всеми его существенными признаками и поэтому устанавливаются законные пределы осуществления воли субъекта. Поэтому в частноправовых отношениях наличествуют элементы публичного регулирования, выраженные в императивных нормах права. Наличие императивных норм в отраслях частного права выражается в конструктивном закреплении правил поведения, строго обязательных к соблюдению, с помощью которых достигается реализация прав и свобод личности. С помощью императивных

нормы в частном праве законодатель обеспечивает регулирование и охрану наиболее значимых интересов общества и государства, баланс прав и законных интересов, а также гарантирует их защиту [27].

Свобода договора помимо законодательной нуждается и в судебной защите, так как полное законодательное урегулирование договорной свободы представляется невозможным по причине своей обширности. Судами применяется механизм ограничения договорной свободы через ex post (последующий) контроль. Задача судов состоит, через применение оценочных концепций, таких как добросовестность, справедливость, разумность и др., в ограничении договорной свободы с целью защитить слабую сторону или для охраны других значимых публичных интересов.

3.2 Непоименованные и смешанные договоры

Свобода выбора формы договора закреплена законодательно в действующем Гражданском кодексе РФ. Кодекс устанавливает общие правила, применимые к любым видам договоров, и особые правила, применимые только к отдельным видам договоров. В большинстве случаев для получения коммерческой выгоды стороны соглашения вправе отступать от общих правил и договариваться об ином, если только закон прямо не запрещает изменять соответствующие правила (императивные правила). Кодекс РФ допускает заключение договоров, прямо предусмотренных в нем и не предусмотренных, при условии соблюдения общих правил [3].

Стороны могут заключить смешанный договор, сочетающий в себе признаки разных видов договоров, предусмотренных и регулируемых Кодексом. Например, несмотря на то, что российское законодательство специально не регулирует дистрибьюторские договоры, контрагенты могут заключить такого рода договор, включающий в себе элементы поставки, услуг, агентского и других договоров [59].

Также юридические и физические лица вправе заключать договоры, совсем не предусмотренные Кодексом – непоименованные договоры, и в этом случае вопросы, не предусмотренные положениями такого договора, регулируются общими положениями Кодекса. При этом ни название договора, ни конкретные термины, используемые для определения его сторон («покупатель», «продавец», «исполнитель» и т.д.), сами по себе не определяют правовой характер договора, не квалифицируют договор как договор определенного типа. Высший Арбитражный суд в пункте 5 Постановления № 16 «О свободе договора и ее пределах» от 14.03.2014 г. обозначил, что суды определяют договор непоименованным, исходя не из названия, а толкованием его предмета, содержания, прав и обязанностей сторон и т.п. [33].

Таким образом сформулируем отличительные признаки непоименованных договоров:

- непоименованный договор не закреплен в законодательстве и характеризуется новизной;
- обозначенное в пункте 2 статьи 421 ГК РФ соответствие договора нормативно-правовым актам.

О.С. Иоффе утверждал, что при формировании непредусмотренного законодательством договорного типа «его нормирование должно осуществляться по аналогии закона или по аналогии права», и «... общие нормы договорного права в данном случае неприменимы». Такой позиции в настоящее время придерживается российское законодательство, зарубежная и российская судебные практики. В частности, в пункте 2 статьи 421 ГК РФ, пункте 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах» говорится, что при отсутствии в договоре признаков смешанного, правила об отдельных видах договоров не применяются. При возникновении новой договорной конструкции законодателю следует изначально руководствоваться аналогией закона,

аналогией права, но не нормами, регулируемыми сходный правовой институт [46].

В концепции принципа свободы договора, право не должно пресекать возможности субъектов самостоятельно выработать соотношение прав и обязанностей, что и составляет суть непоименованного договора, даже, если цель сторон при совершении сделки вписывается в рамки уже имеющихся поименованных форм. Только в исключительных случаях законодатель может лишить стороны права заключить непоименованный договор, придав поименованным договорам некий монопольный статус, для достижения таких целей, какие, по мнению законодателя, возможно достичь только в пределах формы поименованного договора. Опять же, любые ограничения возможны только в целях защиты слабой стороны договора, интересов третьих лиц или публичных интересов.

По мнению В.М. Хвостова именно непоименованные договоры могут провоцировать различные злоупотребления и обходные маневры прямо не запрещенные, но преследующие результат, на предотвращение которого направлена определенная норма права.

Классическим образцом ограничения считается Федеральный закон «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости». В статье 1 закона указано, что привлечение денежных средств граждан, связанное с возникающим у граждан правом собственности на жилые помещения в многоквартирных домах, которые на момент привлечения таких денежных средств граждан не введены в эксплуатацию, допускается только на основании договора участия в долевом строительстве, а также других сделок, поименованных в законодательстве. Такое ограничение обоснованно, так как его цель – защитить слабую сторону договора. По мнению Н.А. Антонова и Н.О. Шемшур, в отношениях с гражданином-потребителем непоименованный договор вообще не может применяться [3].

Пункт 3 статьи 421 ГК РФ допускает заключение договоров смешанных. Так примером смешанного договора судебная практика признает, например, договор банковского счета, включающий условие о платежах по счету, если на счете отсутствуют денежные средства. Данный договор можно квалифицировать как договор банковского счета с элементами кредитного [40].

Заключение смешанного договора также может быть ограничено. Например, согласно пункту 12 статьи 9 Федерального закона от 28.12.2009 N 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» в договор поставки продовольственных товаров, предназначенных для потребителя, не могут включаться условия по продвижению поставляемых товаров, услуг по подготовке, обработке, упаковке этих товаров, иных подобных услуг. Такие услуги предоставляются только по договору возмездного оказания услуг (п. 11 ст. 9 ФЗ), понуждение к заключению последнего прямо запрещается [66].

Случается, что договор, содержащий элементы одной конструкции, необоснованно квалифицируется судом, как смешанный. Приведем пример. Поставщик обязался поставлять товар, а покупатель – принимать и оплачивать его в порядке и на условиях, установленных в договоре. Суды первой и апелляционной инстанции охарактеризовали данный договор в качестве смешанного, поскольку, по их мнению, он содержит элементы поставки и подряда. Причиной такого ошибочного вывода послужил тот факт, что поставщик обязался изготовить определенный эксклюзивный товар для покупателя, хотя и находящийся в пределах обычной производственной деятельности поставщика. Окружной суд отменил данное решение, указав, что в случае поставки, товар производится или закупается поставщиком, а подряд охватывает не только результат работ, но и процесс их выполнения, и этим подряд отличается от поставки. Таким образом, описанный договор является чисто договором поставки [42].

В связи с тем, что для правового регулирования, непоименованного и смешанного договоров, применяются разные подходы, необходимо такие договоры различать. К смешанным договорам применяются правила для договоров, элементы которого содержатся в смешанном договоре, а ситуация с непоименованными договорами другая – применяется специальное регулирование по аналогии закона (права).

Рассмотрим показательный пример. Между заказчиком и исполнителем был заключен договор. По данному договору исполнитель должен был выполнить работы по техническому подключению сетей заказчика к точкам тепло- и электроснабжения. Законодательно для подобного случая не предусмотрено специальной договорной конструкции. Суд заключил, что указанное соглашение относится к договорам о предоставлении услуг и на него распространяются соответствующие нормативные акты. Апелляционный суд квалифицировал соглашение как смешанный тип, поскольку, по мнению суда, договор одновременно содержит положения договора о предоставлении услуг и подряда. Президиум ВАС РФ не согласился с такой позицией, признав договор по сути соглашением о технологическом присоединении, не упоминаемым в ГК РФ, в обосновании суд отметил, что правила подключения к теплосетям закреплены в специальных нормативно-правовых документах. Следовательно, договор является непоименованным и к нему должны применять правила регулирование непоименованных договоров [42].

Подытожим вышеизложенное. В системе гражданского оборота все время появляются все новые виды сделок, в связи с этим система гражданских договоров находится в процессе непрерывного совершенствования. Непрерывное развитие экономического оборота обуславливает динамику и многообразие договоров – это результат реализации одного из основных элементов свободы договора: выбора формы договора. Так как невозможно предусмотреть и поименовать в законе все

возможные варианты договоров, субъекты правоотношений заключают непредусмотренные законодателем договоры нетипичного содержания, именуемые цивилистами – непоименованные, а также смешанные договоры.

Непоименованный договор – это договор, непредусмотренный прямо законом, то есть не соответствует квалифицирующим признакам закрепленных в законодательстве поименованных договоров. Смысл вступления сторонами в отношения непоименованного договора заключается в его индивидуальном характере, отражающем частные интересы сторон в реализации своих потребностей. Поскольку непоименованный договор не урегулирован ГК РФ и другими нормативно-правовыми актами, такой договор должен соответствовать только общим требованиям закона к договорам [25].

Смешанный договор, применение которого закреплено в части 3 статьи 421 ГК РФ, может заключать в себе помимо элементов поименованных, также и элементы непоименованных договоров. К отношениям сторон по смешанному договору применяются правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, а в части, не урегулированной Кодексом, применяются общие положения ГК РФ о договорах [].

В связи с разными методами регулирования смешанных и непоименованных договоров важно правильно квалифицировать указанные договоры. До сих пор часто случается неверная их квалификация. Российские суды, опасаясь злоупотребления правом, периодически стараются подвести новый и неурегулированный в российском праве договор под ту договорную модель, что обозначена в Гражданском Кодексе РФ. А это приводит к негативному результату – необоснованному ограничению свободы договора.

3.3 Публичный договор и договор присоединения

Государственное участие в гражданском обороте в какой-то форме неизбежно в любом государстве и его значение еще больше возрастает в современных условиях развития социальной деятельности государства по защите своих граждан. Граница между частным и публичным в условиях современной действительности не является стабильной константой, должна определяться законодателем и гарантировать баланс публичных и частных интересов в обществе.

Так А.Р. Дарвина предлагает объективные основания, при которых обосновано применение публичного элемента в частном праве в следующих случаях. Во-первых, в сфере отношений между экономически неравными субъектами, когда только с помощью государственного воздействия и регулирования можно обеспечить баланс интересов и выровнять положение экономически неравных сторон. Во-вторых, в сфере рыночной экономики с целью обеспечения равных возможностей и свободной конкуренции. В-третьих, в сфере внешнеэкономических отношений, с учетом их повышенной значимости для национальных интересов. В-четвертых, в сфере отношений собственности и владения, пользования и распоряжения землей и другими природными ресурсами с целью обеспечения сохранения природных ресурсов и их надлежащего использования [9].

Российским законодателем предусмотрен правовой инструмент защиты потребителя в виде императивной фиксации в гражданско-правовых нормах минимального ограничения прав и обязанностей, с целью не ухудшения правового положения потребителя и гарантий необходимого уровня учета его интересов. А.М. Ширвиндт считал, что смысл такого приема защитить потребителя от себя самого, в лишении потребителя возможности «причинить себе вред своим собственным волеизъявлением: обладающий меньшей переговорной силой, плохо осведомленный и не слишком

интересующийся юридической стороной дела, он зачастую готов согласиться на самые невыгодные для него условия договора, предлагаемые сильным и юридически подкованным предпринимателем» [56].

В статье 426 ГК РФ охарактеризована форма публичного договора, как заключаемого между лицами, с одной стороны профессионально участвующими в коммерческом обороте, а с другой стороны – потребителями, обратившимися к первой стороне с намерением получения удовлетворения своих потребностей в каких-либо товарах, работах, услугах. Цивилисты отмечают такую особенность, что потребители в данном случае оказываются более заинтересованными в заключении договора, чем производители или продавцы. Публичный договор в гражданском праве – это разновидность обязательного договора, когда продавец не вправе отказать в его заключении. Основное назначение публичного договора – защитить интересы потребителя как слабой стороны сделки [49].

Термин «потребитель» приводится в Федеральном законе «О защите прав потребителя», под ним понимается гражданин, который имеет намерение получить товары (работы, услуги) «для личных, семейных, домашних и прочих нужд», не связанных с предпринимательством. Но в конструкции публичного договора термин «потребитель» следует рассматривать шире, включив в него помимо граждан также и предпринимателей, которые не являются доминирующими гигантами на рынке, и в сделках с монополистами будут выступать слабой стороной [9].

Учеными цивилистами выделяются обычно две отличительные особенности публичного договора, во-первых, условия такого договора должны быть одинаковыми для всех потребителей, и, во-вторых, продавец обязан заключить договор с каждым, кто к нему обратился. Для продавца допускается избежать заключения сделки, только при отсутствии у него возможности предоставить исполнение обязательства, при этом обязанность доказывания невозможности передать потребителю товары, выполнить

работы, предоставить услуги, несет сам продавец (пункт 55 Постановления Пленума Верховного суда РФ и Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой ГК РФ» № 6/8 от 01.07.1996) [65].

В конструкции публичного договора всегда есть сильная сторона, которая в состоянии существенно влиять на процесс заключения, изменения или исполнения договора и диктовать свою волю контрагенту, в этом случае слабой стороной, не имеющей такой возможности, становится противоположная сторона.

Термин «слабая сторона договора» довольно абстрактен и не редко оказывается сложным применение этой категории к лицам, профессионально участвующим в гражданско-правовом обороте. Приведем пример определения слабой стороны договора. Если контрагентом предпринимателя является гражданин-потребитель, то последний очевидно является слабой стороной договора. Если же обе стороны договора ведут предпринимательскую деятельность, то теоретически они равны, каждый обладает автономией воли. В реальности субъекты-предприниматели не будут равными в своих финансовых, информационных и других ресурсах. К примеру индивидуальный предприниматель желает заключить договор с крупным холдингом. В данных отношениях индивидуальный предприниматель представляется слабой стороной договора. Слабую сторону договора всегда можно определить через «сильную» – ту, у которой выше переговорные возможности и присутствует преимущественное влияние на условия договора [56].

Предназначение публичного договора – выступить регулирующим средством, призванным осуществить защиту слабой стороны договора, когда участники гражданско-правового обращения имеют отличающиеся взаимные ресурсы и различные способности влиять на формирование и предстоящее исполнение обязательств.

В большинстве своем отнесение договора к категории публичных не вызывает разногласий, обычно имеются указания на публичный характер в статье кодекса. В Кодексе к публичным относятся договоры: розничной купли-продажи (ст. 492), перевозки (ст. 789), бытового подряда (ст. 730), банковского вклада (ст. 834) и др. Публичными могут быть признаны также договоры исходя из их сути, напрямую не отнесенные в законе к публичным. Так с каждым, кто выразил намерение открыть банковский счет и обратился с этой целью в банк, банк согласно пункту 2 статьи 846 ГК обязан заключить данный договор, то есть договор банковского счета по своей сути является публичным [49].

Законодатель целенаправленно вводит ограничение договорной свободы правовой конструкцией публичного договора, отсутствие в которой равенства субъектов используется для защиты слабого участника правоотношений, которым может являться и гражданин, и лицо, участвующее на профессиональной основе в коммерческой деятельности.

Справедлив вывод Витрянского В.В. о том, что для любого предприятия или частного лица при заключении публичного договора договорная свобода отменяется, тем самым законодатель пытается уравнять положение сторон сделки через одностороннюю защиту потребителя. Так статьей 426 ГК покупатель наделяется правом потребовать заключения договора, в данном случае не учитывается базовый критерий принципа свободы договора, связанный со свободой принятия решения заключать договор с кем-либо или воздержаться [54].

С точки зрения ограничения договорной свободы представляет интерес договорная конструкция договора присоединения, которая выполняет сходную с публичными договорами функцию. Договор присоединения – это гражданско-правовой договор, в котором одна сторона, являющаяся доминирующей, разрабатывает договорные условия, фиксируемые в специальных формулярах, а другая сторона принимает условия в

обязательном, бесспорном порядке, иначе заключение договора невозможно. Разработка договорных условий только одной стороной соглашения и принятие их другой стороной-контрагентом, вступают в правовой конфликт с принципом свободы договора, а именно, правом сторон самостоятельно устанавливать содержание договора [40].

Конституционный Суд РФ рассматривает договор срочного банковского вклада, прописанный в статье 834 ГК, в качестве примера договора присоединения: «Граждане-вкладчики не имеют возможности влиять на содержание договора, что ограничивает принцип свободы договора и требует соблюдения принципа соразмерности... Возможность отказаться от заключения договора банковского вклада, внешне свидетельствующая о признании свободы договора, не может считаться достаточной для ее реального обеспечения гражданам, тем более когда не гарантировано должным образом право граждан на защиту от экономической деятельности банков, включая предоставление потребителям информации об экономическом положении банка, и гражданин вынужден соглашаться на фактически диктуемые условия, в том числе на снижение банком в одностороннем порядке процентной ставки по вкладу» [43].

Сильная сторона, разработавшая и утвердившая условия договора, может ущемлять права слабых контрагентов, вступивших в гражданско-правовые отношения с нею. В.В. Витрянский и М.И. Брагинский отмечают, что договоры присоединения по своей внутренней природе относятся к тем договорным конструкциям, регулирование которых основывается «не на их защите, а на настороженности к ним со стороны законодателя» [39].

Для некоторого уравнивания сторон законодатель в пункте 2 статьи 428 ГК РФ дал право присоединившейся к договору стороне расторгнуть или изменить его условия, даже если эти условия не противоречат закону, но такой договор: 1). лишает присоединившуюся сторону прав, которые обычно предоставляются по аналогичным договорам; 2). ограничивает

ответственность стороны, определяющей условия; 3). содержит для присоединяющейся стороны явно обременительные условия [49].

Наделив присоединяющуюся сторону такими особыми правомочиями, законодатель, во-первых, восполняет отсутствие свободы в отношении формирования условий договора слабой стороной, во-вторых, диктующая условия договора сторона лишается возможности злоупотребления своим преимущественным положением. Таким образом, слабая сторона договора, не имея возможности согласования условий, вправе требовать расторжения договора или изменения его условий, когда последние для нее неприемлемы: несправедливы, обременительны или нарушают ее интересы. Важно, что пунктом 9 Постановления Пленума ВАС «О свободе договора и ее пределах» расширено применение нормы пункта 2 статьи 428, позволяя ее применять не только в случае договора присоединения, но и к другим договорам, ущемляющим права контрагента-потребителя [44].

Сделаем выводы по третьей главе.

Свободу договора необходимо ограничивать, во-первых, с целью упрощения гражданских правоотношений, во-вторых, с целью исключений злоупотреблений правом и проявлений неблагоприятной асимметрии прав в договорных правоотношениях. Государство вводит законодательные ограничения поведения субъектов императивными нормами – прямыми законодательными предписаниями. Императивность в частном праве обеспечивает стабильность, придавая устойчивость и социальную ориентацию, обеспечивая защиту частных и публичных интересов, равновесие системы. С помощью императивных норм в договорном праве обеспечивается баланс прав субъектов, регулирование и охрана общественных интересов. Суды наделены правом толкования норм гражданского законодательства в качестве императивных или диспозитивных. Руководствуясь постановлением ВАС «О свободе договора и ее пределах» юридическую норму с неопределенным статусом суды вправе

признать в качестве диспозитивной, даже при отсутствии в ней выражения «... если иное не установлено соглашением сторон», а императивной можно признать норму – только при наличии потребности защиты значимых публичных интересов [44].

Актуально применение в гражданских правоотношениях непоименованных, так называемых «аномальных», «нетипичных», и смешанных договорных конструкций. Непоименованные договоры проявляются как антипод поименованных, в систему таких договоров входят договоры, не закрепленные законодательством и не имеющие прямого законодательного регулирования, то есть в официальных правовых источниках отсутствует содержательное государственное регулирование непоименованных соглашений [19].

Квалификация непоименованных договоров устанавливается судом исходя из сути и содержания договора. Непоименованные договора регулируются правом на основе общих правил о договорах. Специальные нормы договорного права, регулирующие поименованные договора, к непоименованным договорам не применяются. Конструкция смешанного договора широко используется и незаменима в гражданско-правовом обороте, так как существенно его упрощает, допуская достижения одного и того же результата посредством применения меньшего количества договоров. Можно составить неограниченное количество вариантов соединения поименованных договоров. Смешанный договор в сравнении с непоименованным представляется более обременительным касательно свободы договора, поскольку к нему применяются наряду с общими императивными нормами договорного права также и специальные нормы поименованных кодексом договоров [37].

В частноправовых отношениях всегда присутствуют элементы публичного регулирования через применение императивных норм гражданского права. Публичный договор и договор присоединения являются

правовыми средствами, предназначенными защитить слабую сторону договора через понуждение сильной стороны к заключению соглашения. Слабой стороной может быть субъект, независимо от того, участвует он в коммерческой деятельности или нет. Сильная сторона договора формируется потому, что некоторые субъекты договорных отношений обладают превосходством в той или иной коммерческой сфере. Слабая сторона договора появляется через сильную. Слабая сторона формируется потому, что имеет меньшее количество ресурсов и, следовательно, меньше возможностей влиять на условия сделки, при этом заинтересованность в сделке у нее выше. Возникает дисбаланс договорной свободы в связи с неравенством сторон при согласовании условий сделки, что часто приводит к появлению в договоре несправедливых для слабой стороны условий [30].

Несправедливые условия квалифицирует суд исходя из обстоятельств дела, существа договора, профессиональных и других особенностей контрагентов, уровня конкуренции и других критериев. Кодексом предусмотрена в соответствии с пунктом 2 статьи 428 возможность расторжения или изменения условий договора по инициативе слабой стороны при наличии несправедливых договорных условий. Такая возможность может быть реализована по отношению не только к договорам присоединения, но и к другим видам договоров, формуляр которых составлен только одной стороной, а другая сторона-контрагент не имела возможности повлиять на условия договора [39].

Публичный договор ограничивает договорную свободу обеих сторон соглашения. Продавец или услугодатель не имеют возможности ни выбирать потребителя, ни отказаться от заключения договора, а потребитель не обладает договорной свободой в возможности повлиять на условия договора и выбор его вида [4].

Договор присоединения также, как и публичный договор, является правовой конструкцией, ограничивающей договорную свободу.

Принимающая сторона не участвует в определении условий договора, а только принимает их как есть. Но в отличие от публичного договора для договора присоединения отсутствует принудительный характер его заключения. Свобода договора в данном случае соблюдается в части свободного определения субъектами с кем и когда вступать в правоотношения. Присоединяющаяся к договору сторона лишена возможности воздействовать на тип, форму и большинство условий соглашения. Такое ограничение свободы договора присоединяющегося потребителя компенсируется со стороны законодателя разрешением расторгнуть или изменить договор при наличии обременительных для потребителя условий.

Заключение

Подводя итоги исследования на тему «Свобода договора как принцип гражданского права», хотелось бы рассказать об основных выводах.

В первой главе «Понятие и история становления принципа свободы договора» раскрывается содержание принципов гражданского права и значение принципа свободы договора в договорном праве. Рассматривается эволюция договорной свободы в правовых системах континентальной Европы и России. Доказывается связь договорной свободы с автономией воли участников гражданско-правовых отношений. Обосновывается, что в правовом государстве право должно стимулировать экономику через механизмы правового регулирования. Резюмируется, что: 1). экономическая независимость и полная индивидуальность (автономность) всех участников договорных отношений – необходимые базовые предпосылки гражданского права; 2). в правовом государстве приоритетными являются договорная справедливость, экономическая эффективность и стабильность гражданского оборота; 3). функция государства заключается в том, чтобы посредством законодательства осуществлять регулирование экономической свободы, которая является следствием договорной свободы.

Во второй главе «Принцип свободы договора в гражданском праве Российской Федерации и его содержание» раскрывается содержание принципа свободы договора через исследование его трех составляющих элементов преддоговорной стадии, провозглашенных в гражданском кодексе РФ: свободы заключения договора, свободы выбора формы и вида договора, свободы определения условий договора. Для исследования принципа свободы договора применен метод имитационного моделирования, редко используемый в области юридических наук. Разработана логическая имитационная модель правовой динамической категории «свобода договора», изучено поведение модели и ее связь с другими системами,

сделаны выводы о функционировании модели под воздействием разных факторов, выявлены причинно-следственные связи. Основываясь на анализе имитационной модели доказана необходимость государственного регулирования свободы договора через ограничительные мероприятия, которые не должны быть чрезмерными. На базе имитационной модели доказывается, что в результате внешнего воздействия на свободу договора со стороны законодателя посредством активно-пассивных взаимодействий разнородных общественных систем происходит регулирование рынка и экономики правом. Договорная свобода играет в данном процессе ключевую роль, являясь, с одной стороны, главной точкой приложения законодательного воздействия права на экономику, и, с другой стороны, обеспечивая обратную связь от экономики к праву, трансформируя и эволюционируя право. Сделан вывод, что от эффективности регулирования договорной свободой зависит развитие рынка, экономики и общая стабильность политического режима в государстве.

В третьей главе «Проблемные вопросы реализации принципа свободы договора» изучается связь свободы договора с вопросами императивности и диспозитивности. Проанализировано Постановление Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации «О свободе договора и ее пределах» от 14.03.2014г. № 16, закрепившее прогрессивные положения в вопросе толкования и применения норм права: толковать норму права исходя из ее целей, а не буквального толкования. Из примеров судебной практики выявлены проблемные вопросы реализации в Российской Федерации принципа свободы договора и сформулированы предложения для совершенствования договорной свободы. В частности, предлагается презюмировать все нормы договорного права как диспозитивные, а императивными признавать только такие нормы, в которых имеется прямой запрет сторонам договориться об ином, либо в случае необходимости защиты особо значимых охраняемых законом интересов. Обосновывается

необходимость законодательного ограничения свободы договора в публичных целях. Анализируются схемы ограничений договорной свободы конструкциями публичного договора и договора присоединения, изучены особенности их правового регулирования. Раскрывается роль оценочных концепций гражданского права ограничения свободы договора. Изучаются проблемы квалификации договоров на примерах из судебной практики, резюмируется, что единственным критерием отнесения договора к какому-либо типу является правовой характер договора, а не его наименование либо используемые термины. Изучаются конструкции непоименованного и смешанного договоров, анализируются особенности их правового регулирования.

В настоящем исследовании была поставлена цель: изучение теоретических и практических вопросов в гражданском праве, составляющих правовую характеристику принципа свободы договора.

Для достижения этой цели необходимо было решить ряд задач.

Первая задача состояла в том, чтобы рассмотреть предпосылки возникновения концепции договорной свободы через историю развития договорного права. Истоки свободы договора можно отыскать в древнейшем праве. Основные положения принципа договорной свободы, заложенные еще в древнем римском праве, пройдя через многовековые этапы общественного и государственного развития, оказались интегрированы в современное законодательство всех развитых стран. В Российской Федерации впервые свобода договора как принцип гражданского права получила свое закрепление в статье 1 Гражданского Кодекса Российской Федерации в 1994 году. В настоящее время свобода договора пронизывает все российское законодательство, что было исторически обусловлено необходимостью развития гражданского права и воплощения накопленного опыта в области договорных отношений.

Вторая задача состояла в анализе содержания принципа свободы договора. Автономия воли в контексте договорной свободы основывается на субъективном усмотрении лиц, что совершение действий наилучшим образом отражает собственные интересы сторон при заключении, изменении или прекращении договорных отношений. Содержание принципа свободы договора соответствует частному случаю основного общегражданского принципа свободы выбора, на основании которого все субъекты гражданских правоотношений реализуют личные гражданские права в своих личных интересах и по своей собственной воле: «разрешено все, что прямо не запрещено законом». Принцип свободы договора автоматически связан с экономической системой, которая делает возможной свободную самоорганизацию в форме кооперации. Принцип свободы договора позволяет гибко и активно вести бизнес. Метод гражданско-правового регулирования присваивает субъектам способность к правообладанию, диспозитивность, наделяет инициативой и, как следствие, делает возможным установление правоотношений на основе самостоятельности сторон, так как субъекту предоставляется возможность разнообразного варианта поведения, кроме строго запрещенных законом.

Третья задача состояла в том, чтобы изучить элементы, составляющие принцип договорной свободы. Необходимо различать реализацию свободы договора на двух стадиях: на преддоговорной стадии и на стадии существования договорных отношений. На преддоговорной стадии главным элементом договорной свободы выделяется свобода сторон в разрешении вопроса заключать договор или нет, зависящая исключительно от воли сторон. Следующий элемент позволяет сторонам сделать выбор вида, заключаемого ими договора: предусмотренный законодателем (поименованный), не предусмотренный (непоименованный) или смешанный, содержащий фрагменты разных предусмотренных законодателем договоров. Выделяется и третий элемент договорной свободы «свобода в определении

условий договора», то есть условия договора определяются исключительно по усмотрению сторон. Все три проявления свободы договора преддоговорной стадии необходимы участникам оборота для того, чтобы реализовать свою экономическую независимость, имущественную самостоятельность и конкурировать на равных с другими участниками рынка товаров, работ и услуг. Иногда выделяют в качестве самостоятельных элементов также: свободу выбора места и времени заключения договора, порядка заключения договора, свободу в определении срока действия договора, свободу изменения договора, свободу досрочного прекращения действия и т.п.

Четвертая задача состояла разработать логическую модель правовой категории «свобода договора», изучить ее поведение во взаимодействии с внешней средой методом имитационного моделирования. В отличие от других принципов права, таких как равенство участников, неприкосновенность собственности, судебная защита, принцип свободы договора является динамическим. Для исследования динамической правовой категории свободы договора применен метод имитационного моделирования. Разработанная логическая имитационная модель, являясь упрощенным аналогом изучаемой, позволила всесторонне исследовать принцип договорной свободы и сделать выводы о его поведении, подтверждая имеющиеся в доктрине положения. Анализ поведения имитационной модели позволил подтвердить наличие непосредственной связи между допустимой договорной свободой в обществе и эффективностью экономики: при разной степени введенных законодательных ограничений договорной свободы получается разный результат развития договорного оборота, рынка и экономики. Законодатель именно через свободу договора имеет возможность осуществлять правовое регулирование экономикой, и, получая обратную связь, трансформировать в нужном направлении гражданское законодательство. В результате проведенного исследования подтверждается

справедливость выдвинутой гипотезы, если мы определим в какой зависимости от договорной свободы находятся рынок и экономика, то сможем указать направление и пределы государственного регулирования, через необходимую и достаточную степень опосредованных ограничений свободы договора, с целью эффективного развития общественных отношений, рынка и экономики.

Пятая задача состояла проанализировать существующие способы регулирования договорной свободы. Свобода не может быть абсолютной и безграничной, открывающей путь злоупотреблениям правом или для диктата монополистов. Несмотря на то, что стороны свободны в заключении любого договора, в том числе не оговоренного или отличного от установленных законом, стороны не могут договориться об условиях, нарушающих императивные нормы закона или противоречащих цели закона. Общественные интересы и экономическая ситуация требуют установления пределов свободного усмотрения сторон в договоре. При этом чрезмерные ограничения договорной свободы негативно отражаются на предпринимательских отношениях. Для оптимального соотношения интересов участников рынка в прибыльности своей деятельности и одновременного соблюдения социальной справедливости в обществе, законодателю необходимо регулировать договорную свободу. Задача законодателя найти нужный баланс, достаточный уровень опосредованных ограничений, позволяющих минимизировать отрицательное воздействие ограничений на гражданско-правовой оборот. Ограничения свободы договора посредством императивных публично-правовых требований в частноправовых отношениях вводятся федеральными законами и направлены на защиту «слабой» стороны договора, интересов кредиторов, иных лиц, а также на защиту публичных интересов. Конструкции публичного договора и договора присоединения отменяют договорную свободу и являются

средствами, которые призваны защитить слабую сторону договора через понуждение к заключению договора на равных для всех условиях.

Шестая задача состояла исследовать особенности договорной свободы в Российской Федерации, выявить проблемные места, определить направления совершенствования. Высший Арбитражный суд в Постановлении № 16 «О свободе договора и ее пределах» от 14.03.2014 г. узаконил примат диспозитивности норм договорного права Российской Федерации, а квалификацию норм в качестве императивных поставил в прямую зависимость от наличия или отсутствия необходимости защиты охраняемых законом интересов. Несмотря на многолетний опыт применения судами Постановления ВАС, в отечественном договорном праве еще часто доминирует презумпция императивного начала, так как научная доктрина выработала механистический подход к пониманию терминов императивности и диспозитивности: если в правовой норме не имеет место положение о том, что стороны имеют самостоятельное право предусмотреть иное, то указанную норму суды часто рассматривают как императивную. Такой взгляд становится препятствием для развития договорной деятельности, принижая значение принципа свободы договора. Решением проблемы могут стать следующие основные рекомендации:

- все договорные нормы презюмировать как диспозитивные, императивность должна быть явно и недвусмысленно выражена в самой норме;

- опровержение презумпции диспозитивности нормы допускается в случае необходимости защиты особо значимых охраняемых законом интересов (интересов слабой стороны договора, третьих лиц, публичных интересов), недопущения грубого нарушения баланса интересов сторон, а также недопущение искажения существа законодательного регулирования.

Исследование показало насколько принцип договорной свободы, является не простой, многоплановой и многозначной категорией. В

результате рассмотрения обозначенных задач удалось достигнуть поставленной цели исследования: изучение теоретических и практических вопросов в гражданском праве, составляющих правовую характеристику принципа свободы договора.

Общественные интересы и экономическая ситуация требуют установления пределов свободного усмотрения сторон в договоре. Чрезмерные ограничения также негативно отражаются на предпринимательских отношениях. Задача законодателя найти нужный баланс, достаточный уровень опосредованных ограничений, позволяющих минимизировать отрицательное воздействие ограничений на гражданско-правовой оборот.

В результате проведенного комплексного исследования принципа свободы договора подтверждается справедливость выдвинутой ранее гипотезы: если мы определим в какой зависимости от договорной свободы находятся рынок и экономика, то сможем указать направление и пределы государственного регулирования, через необходимую и достаточную степень опосредованных ограничений свободы договора, с целью эффективного развития общественных отношений, рынка и экономики.

Новизна проведенного исследования заключается в применении к комплексному научному исследованию сложного динамического правового принципа права «свобода договора» редко используемого при изучении правовых категорий метода имитационного моделирования. В работе была спроектирована имитационная модель «свобода договора». Выполнен анализ поведения упрощенной логической правовой модели с точки зрения взаимодействия разнородных взаимосвязанных систем, что позволило сделать более наглядные выводы о функционировании базовой системы-прототипа, доказать и проиллюстрировать существующие связи.

Значимость настоящей работы определяется выполненным в ней анализом актуальных вопросов, связанных с реализацией свободы договора в

предпринимательских отношениях, ограничениями свободы договора, допустимыми пределами вмешательства государства в частноправовые отношения и поиском оптимальных решений по обеспечению баланса интересов сторон гражданского оборота. Применение редкого метода имитационного моделирования в данной области знаний позволило под другим углом рассмотреть вопросы государственного регулирования экономики правом.

Представленные в работе выводы могут быть использованы при последующих научных исследованиях в области договорного права. Дальнейшее усовершенствование разработанной имитационной модели «свобода договора» будет содействовать улучшению качества и эволюции законодательных актов договорного права и предоставит возможность законодателю применять системный обоснованный подход к принятию решений в области правового регулирования.

Список используемой литературы и используемых источников

1. Абрамов, В. Ю. Полный курс гражданского права России. Ч.II. Особенная часть. Т.1: учебное пособие / В. Ю. Абрамов, Ю. В. Абрамов. - Москва: Статут, 2019. – 688 с.
2. Актуальные проблемы гражданского права: учебное пособие для студентов вузов, обучающихся по направлению подготовки «Юриспруденция» / Ю. Н. Андреев, Н. Д. Эриашвили, Н. М. Коршунов [и др.]; под редакцией Н. М. Коршунова, Ю. Н. Андреева, Н. Д. Эриашвили. - 4-е изд. - Москва: ЮНИТИ-ДАНА, 2020. – 568 с.
3. Батлер Е.А. Непоименованные договоры. / Е.А. Батлер. - М.: Экзамен, 2008. – 78 с.
4. Белов В.А. Перспективы развития общего понятия договора и принципа свободы договора в российском частном праве. Свобода договора: сборник статей (отв. ред. М.А. Рожкова). М.: Статут, 2016. С.284.
5. Богданов Е.В. Спорные вопросы заключения гражданско-правового договора / Е.В. Богданов // Современное право. – 2017. – № 7. – С. 34-40.
6. Брагинский М.И. Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах. / М.И. Брагинский. - М.: Статут. 2007. – 79 с.
7. Бычков, А.И. Свобода гражданско-правового договора / А.И. Бычков // Юрист. – 2014. – № 7. – С. 37-43.
8. Витрянский В.В. Общие положения о договоре. / В.В.Витрянский // Хозяйство и право. 1995. № 12. - С. 3-25.
9. Волос А.А., Волос Е.П.; под науч. ред. Вавилина Е.В. - Слабая сторона в гражданском правоотношении: сравнительно-правовое исследование. Монография - Проспект – 2019.
10. Гавзе Ф.И. Развитие социалистического гражданско-правового договора. Минск: Издательство Белгосуниверситета им В.И. Ленина, 1959. С.96.

11. Гоголева Ю.А. Понятие и этапы заключения гражданско-правового договора / Ю.А. Гоголева // Экономика и социум. – 2017. – № 10. – 123 с.
12. Гриднев Е.В. Проблемы заключения гражданско-правового договора / Е.В. Гриднев // Образование и право. – 2018. – № 6. – С. 145-148.
13. Гражданский кодекс РСФСР (утв. ВС РСФСР 11.06.1964) // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». - Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.
14. Гришаев С.П. Комментарий к закону об основах государственного регулирования торговой деятельности в России / С.П. Гришаев // Законы России: Опыт, анализ, практика. 2010. № 10. - С. 77-82.
15. Дигесты Юстиниана. Избранные фрагменты в переводе и с примечаниями И.С. Перетерского / под ред. Скрипилева Е.А., Корецкого В.М., Нерсесянца В.С., - М., 1984. – 456 с.
16. Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации. /Отв. ред. А.Г. Карапетов. – М.: Статут, 2020.
17. Дождев Д.В. Курс римского частного права: учебник. / под ред. Д.В. Дождева. - М.: БЕК, 2002. – 400 с.
18. Дождев Д.В. Римское частное право: учеб. / Д.В. Дождев. - М., 2005. – 784 с.
19. Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву: из истории цивилистической мысли. / О.С. Иоффе - М.: Статут, 2000. – 781 с.
20. Иоффе О.С. Обязательственное право. / О.С. Иоффе - М.: Юрид. лит., 1975. – 880 с.
21. Карапетов А.Г. Свобода договора и пределы императивности норм гражданского права // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11. – С. 100-133.
22. Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы. Т. 1: Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений. – М.: Статут, 2012. Т. 2: Пределы

свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. – М.: Статут, 2012

23. Карапетов А.Г., Фетисова Е.М. Практика применения Арбитражными судами Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и её пределах» // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». - Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

24. Карпович В.Д. Комментарий ч.1 ГК РФ / Под ред. В.Д. Карповича. - М., 1995. – 479 с.

25. Климова А.Н. Непоименованные договоры в предпринимательской деятельности: вопросы реализации принципа свободы договора / А.Н. Климова // Юридическая наука. - Рязань: Концепция, 2016. №4. – С. 57-61.

26. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ, от 01.07.2020 №1-ФЗ) // Собрание законодательства РФ, 03.07.2020, N 31, ст. 4412.

27. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) // Вестник ВАС РФ.- 2009. – № 11.

28. Кофанов. Л. Л. Институционный курс римского права / отв. ред. Л. Л. Кофанов. - М.: Статут, 2004. – 428 с.

29. Кратенко М.В. Злоупотребление свободой договора. Частноправовые и публично-правовые аспекты: монография / М. В. Кратенко. - Москва: Волтерс Клувер, 2010. – 208 с.

30. Кузьмина И. Д., Актуальные проблемы гражданского права: учебное пособие / И. Д. Кузьмина. - Новосибирск: Новосибирский государственный технический университет, 2016. – 80 с.

31. Лукьяненко, М. Ф. Оценочные понятия гражданского права:

разумность, добросовестность, существенность : учебное пособие / М. Ф. Лукьяненко. – Москва : СТАТУТ, 2010. – 423 с.

32. Макаров, М.И. Формы договора и последствия их несоблюдения / М.И. Макаров // Современная наука: актуальные проблемы и пути их решения. – 2015. – № 1. – С. 59-62.

33. Мамонтова Е.В. Свобода заключения непоименованных договоров и ее пределы / Е.В. Мамонтова // Актуальные проблемы корпоративного права. Вестник магистратуры. - Саратов, 2016. – С. 83-87.

34. Мейер Д.И. Русское гражданское право: учеб. / Д.И. Мейер. - М., 1997. Ч. 2. – 455 с.

35. Новицкий И.Б., Лунц Л. А. Общее учение об обязательстве. / И.Б. Новицкий, Л.А. Лунц. - М., 1950. – 412 с.

36. Новицкий И.Б. Римское частное право: учебник. / под общ. ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. - М.: Юристъ, 2004. – 314 с.

37. Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16 Гражданского кодекса Российской Федерации. /Отв. ред. А. Г. Карапетов. – М.: Статут, 2020.

38. Основы гражданского законодательства СССР от 31.05.1991 № 2211-1 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

39. Основы гражданского права: учебник для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / Н. Д. Эриашвили, Т. М. Аникеева, Р. А. Курбанов [и др.]; под редакцией Н. Д. Эриашвили, Р. А. Курбанова. - Москва: ЮНИТИ-ДАНА, 2017. - 455 с. - ISBN 978-5-238-02689-3. - Текст: электронный // Электронно-библиотечная система IPR BOOKS: [сайт]. – URL: <https://www.iprbookshop.ru/81519.html>.

40. Павлодский Е.А. Договоры организаций и граждан с банками. / Е.В. Павлодский - М., 2000. – 226 с.

41. Покровский, И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А.

Покровский. - 8-е изд. - Москва: Статут, 2020. - 352 с. - ISBN 978-5-8354-1635-6. - Текст: электронный // Электронно-библиотечная система IPR BOOKS: [сайт]. – URL: <https://www.iprbookshop.ru/104607.html>.

42. Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 5 ноября 2015 г. N Ф08-7754/15 по делу N А32-39506/2014. Справочная правовая система «Гарант».

43. Постановление Конституционного Суда РФ от 23 февраля 1999 г. N 4-П «По делу о проверке конституционности положения части второй статьи 29 Федерального закона от 3 февраля 1996 года «О банках и банковской деятельности» в связи с жалобами граждан О.Ю. Веселяшкиной, А.Ю. Веселяшкина и Н.П. Лазаренко». // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

44. Постановление Пленума Высшего Арбитражного суда №16 от 14.03.2014 «О свободе договора и ее пределах» // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

45. Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 6, Пленума ВАС РФ № 8 от 01.07.1996 (ред. от 24.03.2016) «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. – № 9. – 1996. – № 5. – 1997; Официальный интернет-портал правовой информации – <http://pravo.gov.ru/>.

46. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 : учебное пособие / перевод с английского А. С. Комарова. – Москва : СТАТУТ, 2013. – 758 с. URL: <https://e.lanbook.com/book/61667>.

47. Розенберг М.Г. Некоторые актуальные вопросы практики разрешения споров в МКАС при ТПП РФ / М.Г. Розенберг // Хозяйство и право. 2011. № 4. – С. 52-64.

48. Российская Федерация. Законы. Гражданский кодекс РФ (часть первая) от 30 ноября 1994 года № 51-ФЗ. (в ред. с изм. и доп. от 07.09.2020 № 12–ФЗ) // Собрание законодательства РФ, 05.12.94 – №32 – ст. 3301.

49. Российская Федерация. Законы. Гражданский кодекс РФ (часть вторая) от 26 января 1996 года № 14–ФЗ (в ред. с изм. и доп. от 23.05.2020 № 146–ФЗ) // Собрание законодательства РФ, 29.01.96. – №5 – ст. 410.

50. Савченко Е.Я. Понятие и роль гражданско-правового договора. Свобода договора / Е.Я. Савченко // Правопорядок: история, теория, практика. – 2016. – № 3. – С. 44-49.

51. Садилов О.Н. Императивные и диспозитивные нормы в гражданском праве / О.Н. Садилов // Юридический мир. 2001. № 7. - С. 137

52. Самохвалов, А.О. Гражданско-правовой договор. Понятие и стадии заключения / А.О. Самохвалов // Вестник магистратуры. – 2017. – № 12-5. – С. 135-136.

53. Санникова Л.В. Обязательства об оказании услуг в российском гражданском праве. / Л.В, Санникова - М.: Волтерс Клувер, 2007. – 112 с.

54. Сапунова А.О. К вопросу об оферте как стадии заключения гражданско-правового договора / А.О. Сапунова // Теория и практика современной науки. – 2018. – № 4. – С. 750-756.

55. Система договоров в гражданском праве России: Монография / Ю.В. Романец; Вступ. ст. В.Ф. Яковлев. - 2-е изд., перераб. и доп. - М.: Норма: НИЦ ИНФРА-М, 2014. – 496 с.

56. Славецкий Д.В. Принцип защиты слабой стороны гражданско-правового договора: автореф. дис. канд. юрид. наук. / Д.В. Славецкий - Самара, 2016. – 204 с. «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

57. Сергеев А.П. Гражданское право. Под ред. Сергеева. Уч. в 3-х томах 2-е изд./М.: Проспект, 2020.

58. Танага А.Н. Принцип свободы договора в гражданском праве России: Дис. канд. юрид. наук. / А.Н. Танага - Краснодар, 2018. – 226 с.

59. Уралова А.А. Смешанные договоры и договоры с акцессорными обязательствами // Современные проблемы правотворчества и

правоприменения: сб. науч. трудов. / Отв. ред. И.В. Минникес; РПА Минюста России, Иркутский юридический институт (филиал). М.: РПА Минюста России, 2019. Вып. 9. С. 110-115.

60. Хамроев Ш.С. Гражданско-правовой договор в системе категории общей теории правового договора / Ш.С. Хамроев // Правовое поле современной экономики. – 2020. – № 5. – С. 113-117.

61. Хамроев Ш.С. Документ как форма фиксации гражданско-правового договора / Ш.С. Хамроев // Юридическая наука: история и современность. – 2020. – № 12. – С. 128-132.

62. Хвостов В.М. Система римского права. / В.М. Хвостов - М.: Спарк, 1996.

63. Федеральный конституционный закон от 28.04.1995 № 1-ФКЗ (ред. от 16.04.2022) «Об арбитражных судах в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. – 01.05.1995. – № 18. – ст. 1589.

64. Федеральный конституционный закон от 31.12.1996 № 1-ФКЗ (ред. от 16.04.2022) «О судебной системе Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. – 06.01.1997. – № 1. – ст. 1.

65. Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ (последняя редакция) «О защите конкуренции» // Собрание законодательства РФ. – 31.07.2006. – № 31 (1 ч.). – ст. 3434; Официальный интернет-портал правовой информации – <http://pravo.gov.ru/> – 2022 – 18 ноября.

66. Федеральный закон от 28.12.2009 N 381-ФЗ (последняя редакция) «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

67. Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ (последняя редакция) «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // Собрание законодательства РФ. – 08.04.2013. – № 14. – ст. 1652.

68. Чеговадзе Л.А. Договор как основа гражданско-правового регулирования / Л.А. Чеговадзе // Власть Закона. – 2015. – № 4. – С. 55-61.

69. Ширвиндт, А.М. Ограничение свободы договора в целях защиты прав потребителей в российском и европейском частном праве: учебное пособие / А. М. Ширвиндт. – Москва: СТАТУТ, 2014. – 158 с.

70. Юков М.К. Теоретические проблемы системы гражданского процессуального права: монография / М.К. Юков; под редакцией В.В. Зайцева. - Москва: Статут, 2019. – 318 с.

71. BADURA, Peter, Constitutional Law, Systematic Explanation of the Basic Law for the Federal Republic of Germany, Munich 2003.

72. BREHM, Wolfgang/ BERGER, Christian, property law, Tübingen 2006.

73. BROX, Hans/ WALKER, Wolf-Dietrich, General Law of Obligations, Munich 2009.

74. BUSCHE, Jan, Private autonomy and compulsory contracting, Tübingen 1999.

75. BYDLINSKI, Franz, private autonomy and objective foundations of the obligatory legal transaction, Vienna 1967.

76. CANARIS, Claus-Wilhelm, Liability for trust in German private law, Munich, 1971.

77. DILCHER, Hermann, Freedom of type and freedom of content design in contracts, NJW 1960, p. 1040ff.

78. SEROZAN, Rona, Restriction of contractual freedom through social protection concerns, JurBl. (Legal Journals), 1983, p. 561 ff.