

ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА
ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА И
ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА

А. Н. Танага

ПРИНЦИП
СВОБОДЫ ДОГОВОРА
В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ
РОССИИ

ЮРИДИЧЕСКИЙ
ЦЕНТР

УДК 347
ББК 67.404(2Рос)
Т18

**Редакционная коллегия серии
«Теория и практика гражданского права
и гражданского процесса»**

*А. П. Сергеев (отв. ред.), Е. А. Суханов (отв. ред.),
В. Ф. Попондопуло (отв. ред.), В. Н. Плигин (отв. ред.), Л. А. Баталова,
Н. С. Волженкина, Н. Д. Егоров, И. В. Елисеев, А. В. Коновалов, И. Н. Косицкая,
Д. В. Костенников, Л. А. Кривоносова, Д. Г. Лавров, Н. Э. Лившиц,
С. В. Нарижный, Т. Б. Полякова, В. И. Телятников, Н. А. Чечина*

Рецензенты:

*З. И. Цыбуленко, д.ю.н., профессор, зав. кафедрой гражданского права
Саратовской государственной академии права
В. В. Меркулов, д.ю.н., профессор, зав. кафедрой гражданского
и международного частного права Кубанского государственного
аграрного университета*

Танага А. Н.

Т18

Принцип свободы договора в гражданском праве России. —
СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. — 211 с.
ISBN 5-94201-139-7

В данном издании проведено комплексное исследование принципа свободы договора в гражданском праве России: выработано понятие принципа свободы договора, исследована его правовая природа, история развития в отечественной цивилистике. Свобода заключения договора, свобода выбора его вида и свобода определения содержания договора рассмотрены как основные элементы данного принципа. Показана необходимость закрепления «разумно ограниченной свободы договора».

В ходе работы проанализированы нормы действующего российского гражданского законодательства, судебной-арбитражной и договорной практики, теоретических и практических исследований по проблемам договорного права. Предложено рассматривать реализацию принципа свободы договора в двух аспектах: как реализацию идеи в правовых нормах и норм в практике. Разработана теория закрепления и применения ограничений свободы договора, исследован круг источников таких ограничений. Выработан комплекс рекомендаций по нормативной и практической реализации принципа свободы договора.

Содержащиеся в работе выводы могут быть использованы для совершенствования действующего законодательства; в правоприменительной, а также иной правореализационной деятельности; в процессе преподавания гражданского права.

Для научных и практических работников, аспирантов и студентов юридических вузов и факультетов.

ББК 67.404(2Рос)

© А. Н. Танага, 2003

© Изд-во «Юридический
центр Пресс», 2003

ISBN 5-94201-139-7

СОДЕРЖАНИЕ

Введение	9
Глава 1. Понятие принципа свободы договора.....	13
§ 1. Методологические основы свободы договора.....	—
§ 2. Определение понятия гражданско-правового принципа свободы договора и его место в системе принципов гражданского права России.....	26
§ 3. История развития принципа свободы договора	40
Глава 2. Реализация принципа свободы договора в правовых нормах	56
§ 1. Общие положения о реализации принципа свободы договора в правовых нормах	—
§ 2. Нормативная реализация свободы заключения договора	65
§ 3. Нормативная реализация свободы выбора заключаемых договоров	90
§ 4. Реализация в правовых нормах свободы определения условий договора.....	101
Глава 3. Практическая реализация принципа свободы договора.....	123
§ 1. Формы практической реализации принципа свободы договора.....	—

§ 2. Использование принципа свободы договора как основная форма его реализации	126
§ 3. Применение принципа свободы договора как особая форма его реализации	153
§ 4. Толкование договоров как способ реализации свободы договора путем интерпретации свободной воли его субъектов	170
Заключение.....	180
Список использованной литературы	182

Глава 1

ПОНЯТИЕ ПРИНЦИПА СВОБОДЫ ДОГОВОРА

§ 1. МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

В данном вопросе будет рассмотрена философская (общеметодологическая) основа свободы договора, а также ее реализация в методе гражданско-правового регулирования, являющемся базой для развития правовых норм. Но так как договор регулирует отношения на уровне единичных актов или их ограниченной совокупности, а философия рассматривает отношения на высшем уровне обобщения явлений реального мира, необходимо выдерживать методологическую последовательность восхождения от абстрактного к конкретному.¹⁶

Юриспруденция и в научном и в практическом смысле базируется на философских знаниях.¹⁷ Поэтому определение понятия и раскрытие сути принципа свободы договора требуют изучения философской основы проблемы свободы. Значение данного вопроса трудно переоценить. К примеру, Г. В. Плеханов называл вопрос о свободе и необходимости «старым, но вечно новым», возникавшим практически перед всеми философами и «как сфинкс», говорившим каждому из мыслителей: «разгадай меня, или я пожру твою систему»¹⁸. Но здесь говорится лишь о малой частице проблемы свободы: о свободе и необходимости. Действительно, большинство филосо-

¹⁶ Губин Е. П., Сафиуллин Д. Н., Суханов Е. А. Хозяйственный договор. Общие положения. Свердловск, 1986. С. 19.

¹⁷ Хропанюк В. Н. Теория государства и права: Учеб. пособие для высших учебных заведений. М., 1995. С. 13.

¹⁸ Плеханов Г. В. Избранные философские произведения: В 5 т. Т. 1. М., 1956. С. 590.

фов занималось тщательным исследованием свободы и необходимости. Результаты этих исследований можно разделить на две группы.

Многие авторы противопоставляли свободу и необходимость. Так, И. Кант называл эти категории «антиномиями» — неразрешимыми противоречиями. Г. В. Гегель вообще считал данную проблему центральной в философии.¹⁹ Право же он относил к «порожденному духом миру, в котором свобода имеет место как наличная необходимость»²⁰.

Для других философов свобода и необходимость — не взаимоисключающие, а взаимообуславливающие, разнопорядковые категории. А противопоставлять можно лишь однопорядковые явления. По их мнению, необходимость является предпосылкой свободы и противопоставлять последнюю следует несвободе (Б. Спиноза, Ф. М. Вольтер, П. Я. Чаадаев). В настоящее время в философской литературе отмечается необходимость разработки теории несвободы. При этом исключение из сферы профессионального философского анализа «несвободы» объясняется логической подменой двух пар категорий: «свобода» — «несвобода» и «необходимость» — «случайность».²¹

Свобода договора является разновидностью «свободы вообще»²². С. С. Алексеев определяет последнюю как возможность не связанного ничем выбора, решения, независимого ни от кого, ни от какой внешней силы.²³ Значение данного явления невозможно переоценить, но так как свобода договора является сугубо юридической категорией, дальнейшее изложение в первую очередь будет опираться на результаты исследований проблемы свободы в философии права. С. С. Алексеев говорит, что именно в условиях свободы получает простор состояние «постоянного антагонизма между всеми его членами»²⁴ (состояние конкуренции, соперничества, состязания).²⁵ В философии права показана взаимообусловленность поня-

¹⁹ Гегель Г. В. Сочинения. Т. VIII. С. 19.

²⁰ Гегель Г. В. Философия духа / Энциклопедия философских наук. Т. 3. М., 1977. С. 406.

²¹ Левин Г. Д. Свобода и покинутасть // Вопросы философии. 1997. № 1. С. 64–65.

²² Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. Т. 1. С. 75; Ленин В. И. ПСС. Т. 39. С. 460.

²³ Алексеев С. С. Философия права. С. 84.

²⁴ Кант И. Идея всеобщей истории во всемирно-гражданском плане. Соч. на немецком и русском языках. Т. I. М., 1994. С. 95.

²⁵ Алексеев С. С. Философия права. С. 88.

тий «свобода» и «равенство». При этом правовое равенство определяется как равенство свободных и равенство в свободе, общий масштаб и равная мера свободы индивидов, а право — как нормативная форма выражения свободы посредством принципа формального равенства людей в общественных отношениях.²⁶ М. И. Байтин говорит, что право — это мера юридической свободы, эталон правомерности поведения, в пределах которого личность свободна. И если человек ведет себя соответственно праву, он действует свободно.²⁷ Хотя формальное равенство присуще праву вообще, в гражданском праве оно приобретает особое значение и закрепляется в качестве основной характеристики метода правового регулирования (ст. 2 ГК РФ) и принципа отрасли (ст. 1 ГК РФ).

Для определения понятия и раскрытия сути принципа свободы договора необходимо рассмотреть соотношение метода правового регулирования гражданского права и исследуемого принципа.

В общей теории права под методом правового регулирования понимается совокупность юридических приемов, способов, средств воздействия права на общественные отношения²⁸. Основными составляющими метода правового регулирования являются дозволение, обязывание и запрещение. Их сочетание образует в гражданском праве автономный (диспозитивный) метод правового регулирования²⁹, основывающийся на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников гражданского оборота (п. 1 ст. 2 ГК РФ). Основным юридическим фактом при таком регулировании выступает договор.³⁰ Метод проявляется непосредственно в правовых нормах, основой которых являются принципы (основные начала) отрасли права.

²⁶ *Нерсесянц В. С.* Философия права. М., 1997. С. 17.

²⁷ *Байтин М. И.* Понятие права и современность // Вопросы теории государства и права: Актуальные проблемы современного российского государства и права: Межвузовский сб. науч. тр. Вып. 1. Саратов, 1998. С. 12.

²⁸ Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. М., 1997. С. 354.

²⁹ Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В. В. Лазарева. М., 1994. С. 109; *Мицкевич А. В.* Система права и система законодательства: развитие научных представлений и законотворчества // Проблемы современного гражданского права: Сб. статей. М., 2000. С. 25.

³⁰ *Синюков В. Н.* Российская правовая система: Введение в общую теорию. Саратов, 1994. С. 346.

Договор — это прежде всего соглашение равноправных, имущественно самостоятельных лиц. Данная дефиниция определяется через термин «соглашение», содержанием которого является согласование воли.³¹ Для реального согласования воли субъекты волеизъявления должны обладать свободой (автономией) воли. Поэтому спорно включение в дефиницию «договор» такого пространного описания, как «объективированные свободносогласованные, юридически значимые, дозволяемые и охраняемые законодательством намерения»³², ведь все это абсолютно четко определено в ГК РФ одним лишь словом «соглашение».

Необходимо определить, что представляет собой свобода воли в философском смысле. Данная проблема прошла длительную эволюцию от «отрицательной» (свобода «от») до «положительной» (свобода «для») трактовки³³. Вопросы «свободы воли», начиная с философии мутазилитов X–XI вв.,³⁴ были предметом серьезных размышлений большинства философов.

Свобода воли — это понятие, означающее возможность беспрепятственного внутреннего самоопределения человека в выполнении тех или иных целей и задач личности.³⁵ Лингвистический анализ составляющих понятия «свобода воли» показывает, что термины «свобода» и «воля» взаимообусловлены, а иногда и синонимичны³⁶. Поэтому воля, стесненная какими-либо ограничениями, не обладающая свободой, не является волей в полном смысле этого слова.

Свобода воли — это внутреннее психическое состояние, характеризующее потенциальную возможность свободного выражения воли. Но реализоваться данная возможность может лишь на внешнем уровне — в форме волеизъявления, которое сталкивается с необходимостью, зависимостью от природных, социальных и других условий. Поэтому применительно к договорным отношениям свобо-

³¹ Подробнее см.: Гегель Г. В. Ф. Философия права // Немецкая классическая философия. Т. 1. М., Харьков, 2000. С. 394.

³² Корецкий А. Д. Договор в механизме правового регулирования: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-н/Д., 1999. С. 15–16.

³³ Философия: Учебник для высших учебных заведений. Ростов-н/Д, 1995. С. 275–276.

³⁴ История философии: В 4 т. Т. 1. М., 1957. С. 266.

³⁵ Философия: Учебник для высших учебных заведений. С. 275–276.

³⁶ Словарь русского языка: В 4 т. / Под ред. А. П. Евгеньевой. М., 1985–1988. Т. IV. С. 52.

ду воли можно представить как «способность принимать решения со знанием дела», состоящую «в основанном на познании необходимости и природы... господстве над нами самими и над внешней природой...»³⁷ Следовательно, действуя свободно, субъект должен считаться с объективными условиями и закономерностями.³⁸ В связи с этим актуальными представляются вопросы развития правового порядка.³⁹

Таким образом, «человек всегда находится по ту сторону необходимости»⁴⁰ и условия внешней среды, несомненно, оказывают влияние, как на его внутреннюю волю, так и на волеизъявление. Но это не означает полной зависимости лица от условий среды. Познав их, человек уже обладает качественно новым уровнем свободы, отличным от первоначального, примитивного. Не случайно свобода часто определяется как познанная необходимость. Познав внешние условия среды, человек целенаправленно движется к достижению своих целей, не упираясь в различного рода преграды, а выбирая наиболее рациональный путь. Следовательно, человек действует, осознавая наличие определенных границ — «стен коридоров» свободы, многие из которых устанавливаются обществом. Такие действия являются «свободно-сознательным проявлением воли»⁴¹. Но если в результате них преступаются указанные границы, то действия субъектов становятся произволом и должны квалифицироваться как нарушение. Для таких случаев право должно устанавливать ответственность.

Право существует в обществе, где свободой воли наделены все субъекты гражданско-правовых отношений. А это приводит к коллизиям свободных волей и становится ясно, что свобода одних лиц

³⁷ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 20. С. 115, 116.

³⁸ Алексеев С. С. Объективное в праве // Правоведение. 1971. № 1. С. 112; Губин Е. П., Сафуллин Д. Н., Суханов Е. А. Указ. соч. С. 18; Киримова Е. А. Правовые институты в условиях становления рыночных отношений // Вопросы теории государства и права: Актуальные проблемы современного российского государства и права: Межвузовский сб. науч. тр. Вып. 1 / Под ред. М. И. Байтина. Саратов, 1998. С. 128.

³⁹ Подробнее об этом явлении см.: Борисов В. В. Некоторые актуальные вопросы развития правового порядка // Вопросы теории государства и права: Актуальные проблемы современного российского государства и права: Межвузовский сб. науч. тр. Вып. 1 / Под ред. М. И. Байтина. Саратов, 1998. С. 23.

⁴⁰ Франкл В. Человек в поисках смысла. М., 1990. С. 106.

⁴¹ Мысливченко А. Г. Человек как предмет философского познания. М., 1972. С. 111.

ограничивается свободой и правами других.⁴² Поэтому сегодня особую актуальность приобретают слова Я. М. Магазинера о том, что осуществление своего права должно сопровождаться вниманием и к чужим интересам, хотя бы это внимание затрудняло осуществление своих собственных интересов.⁴³ Еще И. Кант, назвавший свободу единственным первоначальным правом человека, вывел «всеобщий принцип права»: «прав любой поступок, который или согласно максиме которого свобода произвола каждого совместима со свободой каждого в соответствии со всеобщим законом»⁴⁴. В. В. Иванов назвал это внутренним ограничением договорной свободы⁴⁵, ссылаясь при этом на слова Р. Саватье о том, что вступлением в договор лицо само отчуждает свободу, добровольно принимая на себя обязанности.⁴⁶ Поэтому уяснение проблемы свободы воли применительно к договорам предполагает установление пределов усмотрения сторон⁴⁷, что нашло закрепление и в законе. Так, граждане и юридические лица по своему усмотрению осуществляют принадлежащие им гражданские права (п. 1 ст. 9 ГК РФ). Но данное усмотрение имеет пределы, так как каждое субъективное право есть определенная мера дозволенного поведения, а безграничных прав быть не может.⁴⁸ Таким образом, ограничения свободы договора объективно необходимы. А беспредел в договорном праве приведет к злоупотреблениям правами, к анархии в экономике, в конечном итоге — к подрыву государственности.⁴⁹

⁴² Бюллетень Верховного Суда РФ. 1995. № 10. С. 2. См. также: О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 5 ноября 1998 г. № 15 (п. 15) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1999. № 1. С. 8.

⁴³ Магазинер Я. М. Общая теория права на основе советского законодательства // Правоведение. 2000. № 4. С. 205.

⁴⁴ Кант И. Метафизика нравов в двух частях. Ч. 1: Метафизические начала учения о праве // Немецкая классическая философия. Т. 1. М., 2000. С. 38, 45.

⁴⁵ Иванов В. В. Общие вопросы теории договора. М., 2000. С. 22.

⁴⁶ Саватье Р. Теория обязательств. Юридический и экономический очерк. М., 1972. С. 173.

⁴⁷ Губин Е. П., Сафиуллин Д. Н., Суханов Е. А. Указ. соч. С. 19.

⁴⁸ Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. Свердловск, 1972. С. 79.

⁴⁹ Денисов С. А. Преимущественное право на заключение договора как институт, устанавливающий пределы свободы заключения договора // Законодательство. 1997. № 2. С. 34.

Поэтому в качестве общего правила устанавливается, что осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц (ч.3 ст. 17 Конституции РФ).

На этих положениях основывается и позиция законодателя, установившего ряд ограничений, необходимых в целях:

— обеспечения безопасности, защиты жизни и здоровья людей, охраны природы и культурных ценностей (п. 3 ст. 1 ГК РФ);

— предотвращения действий граждан и юридических лиц, осуществляемых исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребления правом в других формах (п. 1 ст. 10 ГК РФ). В настоящее время судебная практика исходит из необходимости соизмерения свободных действий сторон с указанным ограничением⁵⁰;

— предотвращения использования гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребления доминирующим положением на рынке (п. 1 ст. 10 ГК РФ)⁵¹;

— обеспечения защиты экономически слабой стороны в договоре (ст. 426, 428 ГК РФ). Фактическое равноправие встречается не часто — всегда есть более сильная и более слабая сторона.⁵²

Таким образом, ограничения свободы договора в гражданско-правовом обороте должны отвечать требованиям справедливости, быть соразмерны конституционно значимым целям защиты соответствующих прав и законных интересов и основываться на законе. Ограничение свободы договора как одного из общих начал гражданского законодательства в конечном счете является и ограничением конституционных прав и свобод, прежде всего, свободы экономической деятельности.⁵³

⁵⁰ Яковлев В. Ф. ГК РФ и судебная практика // Право и экономика. 1998. № 1. С. 22.

⁵¹ См. также: О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках: Закон РСФСР от 22 марта 1991 г., в ред. ФЗ от 21 марта 2002 г. (ст. 5) // Ведомости РСФСР. 1991. № 16. Ст. 499; Ведомости РФ. 1992. № 32. Ст. 1882; № 34. Ст. 1966; СЗ РФ. 1995. № 22. Ст. 1977; 1998. № 19. Ст. 2066; 2000. № 2. Ст. 124; 2002. № 1 (Часть 1). Ст. 2; № 12. Ст. 1093; О защите конкуренции на рынке финансовых услуг: ФЗ от 23 июня 1999 г. в ред. ФЗ от 30 декабря 2001 г. (ст. 5 и 6) // СЗ РФ. 1999. № 26. Ст. 3174; 2002. № 1 (Часть 1). Ст. 2.

⁵² Чернышев К. Новые понятия договорного права // Хозяйство и право. 1995. № 11. С. 54.

⁵³ По делу о проверке конституционности положения абзаца третьего п. 2 ст. 77 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой ОАО «Тверская прядиль-

Нередко данные требования не соблюдаются — например, в результате нормотворчества в сфере гражданских отношений органов местного самоуправления (они нередко проводят различного рода конкурсы, не имея на то права — например, в отношении права осуществлять деятельность по перевозке пассажиров маршрутным такси на наиболее рентабельных маршрутах).⁵⁴ Конечно, такие действия имеют своим результатом ограничение конкуренции и, в конечном итоге, свободы договора.

В последних исследованиях даже предлагается ввести понятие злоупотребления правом в договорных отношениях, включающего нарушение генерального запрета (не причинять вред любому лицу) и специального (не использовать право в недозволенных целях, определяемых сутью договора).⁵⁵

Кроме специальных последствий (к примеру, установленных антимонопольным законодательством), ГК устанавливает, что в случае несоблюдения указанных требований суд может отказать лицу в защите принадлежащего ему права (п. 2 ст. 10). Таким образом, было осуществлено предложение В. А. Тархова о необходимости введения нормы, устанавливающей последствия ненадлежащего осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей.⁵⁶ Вообще данный вопрос не нов в отечественном гражданском праве, поэтому полезно использование работ прошлых лет.⁵⁷

Употребление для указанных случаев термина «ограничения» весьма условно, так как большинство из них носит характер установления рамок юридического содержания свободы договора. Но в

ная фабрика»: Постановление Конституционного Суда РФ от 6 июня 2000 г. № 9-П // СЗ РФ. 2000. № 24. Ст. 2658.

⁵⁴ Пункт 2 Обзора судебных дел, связанных с применением Закона РФ «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (подготовлен МАП РФ, 2001 г.) // Вестник Министерства РФ по антимонопольной политике и поддержке предпринимательства. 2001. № 1–3.

⁵⁵ Харьков В. Понятие злоупотребления гражданскими правами // Законность. 2000. № 11. С. 36.

⁵⁶ Тархов В. А. Применение Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик в судебной и арбитражной практике // Проблемы применения Основ гражданского законодательства и Основ гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик. Саратов, 1971. С. 16.

⁵⁷ Иоффе О. С., Грибанов В. П. Пределы осуществления субъективных гражданских прав // Советское государство и право. 1964. № 7. С. 79; Братусь С. Н. О пределах осуществления гражданских прав // Правоведение. 1967. № 3. С. 80–81; Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., 1972.

любом случае и ограничение, и установление рамок юридического содержания свободы договора должно служить цели «найти разумный компромисс между общественной необходимостью и интересами обладателя права»⁵⁸. Границы свободы могут быть определены и нормами иных отраслей права (кроме гражданского). Поэтому договор необходимо рассматривать системно.⁵⁹

Возможность лиц осуществлять принадлежащие им права по своему усмотрению именуется в теории права диспозитивностью и является одним из основных приемов гражданско-правового метода регулирования.⁶⁰ Диспозитивность с точки зрения объективного права выражается в содержании гражданско-правовых норм и в их характере.⁶¹ С. С. Алексеев диспозитивностью называет такую высоко юридически значимую свободу воли участников отношений, в соответствии с которой они приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе, а свободу договора — высшим ее выражением.⁶² Она проявляется в том, что большинство норм, регулирующих договорные отношения, являются диспозитивными (по определению С. Н. Братуся — восполнительными⁶³), а у субъектов имеются широкие возможности осуществления своих прав за пределами таких норм.⁶⁴ Поэтому гражданско-правовой договор называют одним из средств осуществления диспозитивности.⁶⁵ Соответственно, последняя требует от личности ин-

⁵⁸ Морозова Л. А. Принципы, пределы, основания ограничения прав и свобод человека по российскому законодательству и международному праву (Материалы круглого стола) // Государство и право. 1998. № 7. С. 20.

⁵⁹ Зинченко С. А., Галов В. В., Колесник Г. И. Рец. на кн.: Коммерческое право: Учебник: В 2 ч. / Под ред. В. Ф. Попондопуло, В. Ф. Яковлевой. Ч. 1. СПб., 1997 и 1998; Ч. 2. 1998 // Правоведение. 1999. № 2. С. 268.

⁶⁰ Красавчиков О. А. Диспозитивность в гражданско-правовом регулировании // Советское государство и право. 1970. № 1. С. 41–49; Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. С. 85; Молчанова Т. Н. Диспозитивность в советском гражданском праве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1972.

⁶¹ Яковлев В. Ф. 1) Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. С. 86; 2) Принуждение в гражданском праве // Проблемы современного гражданского права: Сб. статей. М., 2000. С. 213.

⁶² Алексеев С. С. Философия права. С. 255.

⁶³ Братусь С. Н., Иоффе О. С. Гражданское право. М., 1967. С. 16.

⁶⁴ Тархов В. А. 1) Понятие гражданского права. Саратов, 1987. С. 91; 2) Гражданское право. Общая часть. Курс лекций. Чебоксары, 1997. С. 30.

⁶⁵ Молчанова Т. Н. Диспозитивность и гражданско-правовой договор // Сб. уч. тр. Свердловск, 1972. С. 43.

теллектуальной компетентности, умения рисковать и поступать рационально, оценивать полезность выбора для удовлетворения своих имущественных потребностей и интересов.⁶⁶ Ю. Г. Басин основным методом гражданского права называет правонаделение, рассчитанное на активность участников юридических отношений, их инициативу, опирающуюся на их интересы.⁶⁷

Таким образом, при рассмотрении методологических основ свободы договора важнейшим вопросом является инициатива субъекта, основанная на его интересе. Свобода договора по своей сути есть совокупность общих правомочий контрагентов. Поэтому реализоваться свобода договора, как и предоставляемые ею правомочия, могут лишь при совпадении права с интересом (имеющих различные основания⁶⁸). При отрыве права от интереса снижается заинтересованность, а соответственно — и активность субъектов. Следовательно, свобода договора становится в такой ситуации «ненужной». С другой стороны, именно свобода договора повышает активность контрагентов, позволяет соединить право с интересом и интерес с правом. Благодаря закреплению в законе автономии воли как элемента гражданско-правового метода регулирования практически исключается существование нежелательных договоров, заключаемых лишь в силу планового принуждения. Сегодня можно с уверенностью сказать, что пожелания Ю. Г. Басина относительно полного исключения внешнего волевого вмешательства и того, что все договоры и их исполнение должны быть выгодны для их сторон⁶⁹, имеют реальную правовую базу для осуществления. Ситуация складывается именно таким образом: в большинстве случаев договоры заключаются заинтересованными в их исполнении лицами, например, даже капитальное строительство многоквартирных жилых домов осуществляется с участием тех лиц, которые будут собственниками жилых помещений. Большинство таких домов строится с использованием правовой формы договора о долевом участии в строительстве.

⁶⁶ *Ойгензихт В. А.* Альтернатива в гражданском праве. Душанбе, 1991. С. 11–25; *Рыбаков В. А.* Проблемы формирования гражданско-правовой активности (Вопросы теории и практики). Уфа, 1993. С. 29.

⁶⁷ *Басин Ю. Г.* Гражданское право и укрепление хозяйственно-договорной дисциплины // Гражданское право и экономика. М., 1985. С. 61.

⁶⁸ *Вахнин И.* Об основаниях формирования условий договора в предпринимательской деятельности // Хозяйство и право. 1999. № 3. С. 39.

⁶⁹ *Басин Ю. Г.* Указ. соч. С. 62.

Следующей характерной чертой метода гражданско-правового регулирования является юридическое равенство субъектов. Многие авторы считают эту черту главной⁷⁰, а некоторые — вообще единственной⁷¹ при характеристике гражданского метода. Полагаем, что следует согласиться с не получившим дальнейшего развития мнением В. Ф. Яковлева, поставившего равенство при характеристике гражданского метода в зависимое положение от диспозитивности и правовой инициативы. При раскрытии юридического равенства субъектов данной отрасли в его позитивном содержании (а не как отсутствия власти и подчинения в гражданских правоотношениях) оказывается, что это одна из сторон дозволительной сущности гражданского права, которая может быть уяснена лишь на общем дозволительном фоне гражданско-правового регулирования в совокупности с другими чертами метода.⁷²

Немаловажное значение имеет равенство для договорных отношений. Договор может считаться таковым лишь в случае, если его стороны будут равны. Ранее в литературе неоднократно высказывалось мнение о неприменимости метода равенства (как уже отмечалось, большинство авторов именно так называли и называют гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений) к регулированию договорных отношений, по крайней мере, между отдельными группами субъектов. Объяснялось это прежде всего тем, что данный метод не позволяет обеспечить приоритет прав потребителя, а приоритет одной из сторон никак не вытекает из идеи

⁷⁰ Грибанов В. П. Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей: Пособие для слушателей. М., 1973. С. 8; Советское гражданское право: Учебник / Отв. ред. В. П. Грибанов, С. М. Корнеев. Т. 1. М., 1979. С. 17; Советское гражданское право: Учебник. Т. 1 / Отв. ред. В. Т. Смирнов, Ю. К. Толстой, А. К. Юрченко. Л., 1982. С. 8; Советское гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. 1 / Под ред. О. А. Красавчикова. М., 1985. С. 18; Брагинский М. И. Общие положения нового ГК // Хозяйство и право. 1995. № 1. С. 6; Безбах В. В., Пучинский В. К. Основы российского гражданского права. Учебное пособие. М., 1995. С. 3; Гражданское право России. Курс лекций. Часть первая / Под ред. О. Н. Садикова. М., 1996. С. 7; Гражданское право. Часть первая: Учебник / Под ред. А. Г. Калпина, А. И. Масляева. М., 1997. С. 14.

⁷¹ Советское гражданское право. Т. 1 / Отв. ред. О. С. Иоффе, Ю. К. Толстой, Б. Б. Черепахин. Л., 1971. С. 9; Гражданское право. Часть 1. Учебник / Под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. М., 1996. С. 8–9.

⁷² Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. С. 103.

юридического равенства сторон.⁷³ Сегодня же, напротив, утверждается, что нормы о защите прав потребителей направлены на уравнивание экономически более сильной стороны и потребителя.

Таким образом, метод правового регулирования отрасли права и ее принципы являются разнопорядковыми явлениями: метод первичен по отношению к принципам. Хотя в литературе высказывалась противоположная точка зрения.⁷⁴ Но данные правовые категории, наряду с функциями, отражают типичные элементы содержания отрасли и характеризуют ее в целом.⁷⁵ В этом качестве они являются соотносимыми.

Итак, метод гражданско-правового регулирования и, в особенности, автономия воли, как его элемент, является основой диспозитивности и необходимой предпосылкой принципа свободы договора. Но эта связь не является односторонней. Рассматриваемые категории тесно переплетаются, являются взаимообусловленными, существование одной невозможно представить без существования другой. Так, при отсутствии в гражданском праве принципа свободы договора диспозитивный метод оставался бы нереализованным, автономия воли субъектов превратилась бы в фикцию. Нереализованными остались бы и другие характеристики метода гражданско-правового регулирования (равенство и имущественная самостоятельность субъектов). Следовательно, декларативно метод был бы автономным (диспозитивным), а фактически — директивным (императивным). Тогда в современных экономических условиях спорно было бы говорить о гражданском праве как отрасли права вообще. Закономерен вопрос: как же раньше гражданское право вполне нормально существовало без принципа свободы договора? Ответ кроется в экономической ситуации в стране, в базисе общества, определяющем правовую надстройку. Обращение к принципам, ранее неизвестным нашей хозяйственной системе, предполагает учет изменений материального базиса общества.⁷⁶ В условиях плановой и

⁷³ См., напр.: *Мамутов В. К.* Ключевые проблемы совершенствования хозяйственного законодательства // XXV съезд КПСС и правовые вопросы регулирования народного хозяйства. М., 1977. С. 11; *Знаменский Г. Л.* Совершенствование хозяйственного законодательства: цель и средства. К., 1980. С. 151.

⁷⁴ *Свердлык Г. А.* Принципы советского гражданского права. Красноярск, 1985. С. 44.

⁷⁵ *Мамутов В. К.* Указ. соч. С. 14.

⁷⁶ *Пучинский В., Безбах В.* Новые кредитные обязательства и прежние санкции // *Хозяйство и право.* 1995. № 5. С. 72.

рыночной экономики содержание гражданского права различно: в первом случае выделение принципа свободы договора не требуется (хотя элементы его присутствуют), а во втором — он является необходимым элементом, так как экономическую основу рыночной экономики составляют начала свободы.⁷⁷ В последних исследованиях наличие договора как правовой формы уже определяется через законодательное признание и воплощение принципа свободы договора, по мере отступления от которого договор превращается в фикцию.⁷⁸

Таким образом, юридическая свобода всегда зависима от экономических возможностей субъектов. При этом принципы являются связующим звеном между основными закономерностями функционирования общества и правовой системой. Последняя, благодаря принципам, адаптируется к важнейшим интересам и потребностям человека и общества, становится совместимой с ними.⁷⁹ Говоря о социалистической плановой экономике, необходимо вспомнить слова Р. О. Халфиной о том, что независимо от степени детализации планового задания, оно предполагает свободу волеизъявления сторон в договоре, создает условия для наиболее полной возможности осуществления этой свободы.⁸⁰ Данное утверждение не было лишено основания и объяснялось тем, что планирующие органы выражают государственные интересы, в их актах находят отражение потребности всего общества, выражается познанная общественная необходимость.⁸¹ Хотя это утверждение весьма спорно. С переходом предприятий на полный хозрасчет и самофинансирование плановое задание уходит на задний план; а свобода воли контрагентов становится предметом серьезных цивилистических исследований.

Позже появляются исследования, имеющие важнейшее значение для понимания методологических основ свободы договора. Так, В. А. Рыбаковым фундаментально разработана теория гражданско-правовой активности, которая основывалась на понятиях диспози-

⁷⁷ Рахмилович В. А. Экономические основы государства // Право и экономика. 1998. № 1. С. 28.

⁷⁸ Богданов Е. В. Специфика и социальное значение предпринимательских договоров // Журнал российского права. 2002. № 1.

⁷⁹ Теория государства и права. Учебник для юридических вузов и факультетов / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. М., 1998. С. 237.

⁸⁰ Халфина Р. О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М., 1954. С. 80.

⁸¹ Губин Е. П., Сафиуллин Д. Н., Суханов Е. А. Указ. соч. С. 21.

тивности и инициативы — как основных характеристиках метода гражданско-правового регулирования.⁸² При этом отмечалось и обратное влияние: договор в правовой форме опосредует гражданско-правовую активность, способствует ее формированию и развитию. То есть последовательное проведение в жизнь принципа свободы договора будет способствовать развитию гражданско-правовой активности субъектов.⁸³

С другой стороны, отсутствие любой характеристики метода гражданско-правового регулирования превратило бы в фикцию принцип свободы договора.

§ 2. ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПОНЯТИЯ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО ПРИНЦИПА СВОБОДЫ ДОГОВОРА И ЕГО МЕСТО В СИСТЕМЕ ПРИНЦИПОВ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА РОССИИ

Право оперирует категориями, доведенными до уровня формально-логической определенности и официально зафиксированными в юридических установлениях.⁸⁴ Поэтому для определения понятия принципа свободы договора необходимо в первую очередь исходить из разработок общей теории права и гражданского права, используя при этом формально-логические и специальные юридические методы определения понятий.

По словам В. В. Яркова, принципы определяют содержание норм отрасли права, ее место, роль и назначение в системе права; характеризуют содержание правоприменения, и в целом правореализационного процесса; имеют важнейшее значение для построения нормативной основы отрасли и ее применения.⁸⁵

В общелингвистическом смысле термин «принцип» употребляется в значениях основного, исходного положения какой-нибудь теории, учения, мировоззрения, теоретической программы; убежде-

⁸² Рыбаков В. А. Указ. соч. С. 18, 28–30.

⁸³ Там же. С. 31.

⁸⁴ Губин Е. П., Сафиуллин Д. Н., Суханов Е. А. Указ. соч. С. 18.

⁸⁵ Решетникова И. В., Ярков В. В. Гражданское право и гражданский процесс в современной России. М., 1999. С. 96.

ния, взгляда на вещи либо основной особенности в устройстве чего-нибудь.⁸⁶

Этимология слова «принцип» показывает, что оно заимствовано русским языком в XVIII в. из французского или немецкого языка, где восходит к латинскому *principium* (буквально — «начало»)⁸⁷.

В общей теории права выработано понятие принципов права вообще. В большинстве случаев они определяются как руководящие идеи⁸⁸ или основополагающие начала⁸⁹, ключевые идеи права, его исходные положения и основание. Принцип — это всегда исходное направляющее начало; это прежде всего идея, но также нормы и отношения.⁹⁰ Н. С. Малеин пояснял, что идеи-принципы — это категория правосознания, так как дают представление о должествующем в праве. Затем они объективируются в нормах права и правоотношениях. Он выделял принципы-нормы и принципы-законоположения.⁹¹

Принципы выражают закономерности права и представляют собой более общие нормы, которые действуют во всей сфере правового регулирования и распространяются на всех субъектов. Такие нормы либо прямо сформулированы в законе, либо выводятся из общего смысла законов.⁹²

Правовые принципы делятся на общеправовые, межотраслевые и отраслевые. Данная работа посвящена отраслевому — гражданско-правовому принципу свободы договора. Он, как и любой отраслевой принцип, должен обладать признаками, необходимо присущими любому правовым принципам. Поэтому справедливо замечание, что правовые принципы — это не результат субъективного усмотрения законодателей, а объективно присущие праву качества.⁹³

⁸⁶ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1998. С. 597.

⁸⁷ Шанский Н. М., Боброва Т. А. Этимологический словарь русского языка. М., 1994. С. 254.

⁸⁸ Теория государства и права. Учебник для юридических вузов и факультетов / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. С. 237.

⁸⁹ Малеин Н. С. Правовые принципы, нормы и судебная практика // Государство и право. 1996. № 6. С. 12; Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. С. 149.

⁹⁰ Лившиц Р. З. Теория права. Учебник. М., 1994. С. 195.

⁹¹ Малеин Н. С. Указ. соч. С. 12, 13.

⁹² Теория государства и права. Учебник для юридических вузов и факультетов / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. С. 237.

⁹³ Там же.

Итак, принципы права — это его основополагающие начала, выражающиеся в правовых идеях, нормах и общественных отношениях. Динамика развития любого отдельно взятого принципа показывает, что первоначально он формируется именно как идея. Не является исключением и принцип свободы договора. Затем принцип воплощается в правовых нормах и в общественных отношениях (данным вопросам посвящены соответственно главы 2 и 3 настоящей работы). Вторая стадия развития принципа имеет различные проявления, так как лишь некоторые правовые принципы получают прямое закрепление в нормах. После этого они становятся *принципами-нормами*.⁹⁴ Другие же принципы, не будучи четко сформулированными в одной конкретной норме, переходят во множество норм, как бы растворяются в них. В этих случаях мы имеем дело с *принципами, выводимыми из норм*.⁹⁵

В цивилистической науке также не обходится стороной вопрос о понятии правовых принципов. Так, исходя из общетеоретического понятия, Н. Д. Егоров определяет принципы гражданского права как основные начала гражданско-правового регулирования общественных отношений.⁹⁶ В. В. Долинская дает более емкое (в силу собирательности) понятие правовых принципов. Под последними она понимает руководящие положения, идеи, основные начала права, выражающие объективные закономерности, тенденции и потребности общественного развития, определяющие сущность всей системы, отрасли или института права, закрепляемые в нормах действующего законодательства и имеющие в силу их правового закрепления общеобязательное значение.⁹⁷

Первое определение, несмотря на меньшую содержательность, обладает большей точностью и более отвечает требованиям научного определения. Второе же содержит много второстепенных элементов (например, выражение принципами объективных закономерностей, тенденции и потребности общественного развития), которые подходят абсолютно к любым определениям научных понятий.

⁹⁴ Лившиц Р. З. Указ. соч. С. 196.

⁹⁵ Там же.

⁹⁶ Гражданское право. Часть 1. Учебник / Под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. С. 14.

⁹⁷ Гражданское право. Часть 1. Учебник / Под ред. А. Г. Калпина, А. И. Масляева. С. 18.

А понятие, как известно, — это форма мышления, отражающая предметы в их существенных признаках.⁹⁸ Последние могут отражать и сходные, и отличительные признаки какого-либо явления, а для определения понятия необходимы именно существенные, т. е. признаки, необходимо принадлежащие предмету, выражающие его сущность.⁹⁹ Поэтому последнее определение перенасыщено необходимо принадлежащими понятию правового принципа, но далеко не выражающими его сущность, признаками. Следовательно, научное определение правового принципа должно позволять выделить его из числа иных правовых явлений. Речь идет о понятии, отражающем множество общественных явлений, поэтому необходимо определить общие существенные признаки, присущие любому из принципов права. К таким признакам относятся:

1. Принципы — это объективно присущие праву качества.
2. Правовые принципы — это основные начала права (его конкретной отрасли или совокупности отраслей).
3. Правовые принципы «охватывают всю правовую материю — и идеи, и нормы, и отношения — и придают ей логичность, последовательность, сбалансированность»¹⁰⁰.

В объем понятия правового принципа входит и гражданско-правовой принцип свободы договора. Целью данного вопроса ставится определение понятия принципа свободы договора. Понятие конкретного явления (принципа свободы договора) должно, наряду с общими существенными признаками (правового принципа), включать единичные признаки.

Перед определением понятия принципа свободы договора необходимо определить возможные значения входящих в данное понятие терминов и ограничить их лишь отдельными необходимыми значениями. Прежде всего необходимо определить, что же представляет собой свобода в широком смысле слова. Лингвистические источники позволяют выделить следующие (наиболее приемлемые для определения свободы договора) значения данного слова:

⁹⁸ Кириллов В. И., Старченко А. А. *Логика: Учебник для юридических факультетов и институтов*. М., 1995. С. 31.

⁹⁹ Там же.

¹⁰⁰ Лившиц Р. З. *Указ. соч.* С. 195.

1. Способность человека действовать в соответствии со своими интересами и целями, опираясь на познание объективной необходимости.

2. Отсутствие политического и экономического гнета, стеснений, ограничений в общественно-политической жизни и деятельности какого-либо класса или общества в целом.

3. Личная независимость, самостоятельность, отсутствие зависимости от кого-, чего-либо или связи с кем-, чем-либо, мешающим, стесняющим. Отсутствие ограничений, возможность поступать по своей воле, своему усмотрению.

4. Возможность действовать в какой-либо области без ограничений, запретов, беспрепятственно.

5. Непринужденность, отсутствие связанности.¹⁰¹

Этимологический анализ слова «свобода» показывает, что оно является общеславянским суффиксальным производным от той же основы, что и *свой, особа*, старославянского *свобьство, собьство* — «особенность». Свобода буквально — «свое, собственное, отдельное от других положение».¹⁰²

Правовое преломление категории свободы наилучшим образом изложено в словах С. С. Алексеева о том, что именно право предназначено упорядочивать свободу, придавать ей определенность и обеспеченность.¹⁰³

Для определения понятия принципа свободы договора, отвечающего требованиям современной науки, необходимо также соотнести его со сходными правовыми явлениями, прежде всего с иными гражданско-правовыми принципами, и определить его место в системе данных принципов.

При этом необходимо учитывать, что любые сравнимые понятия (конкретных принципов), составляющие единую систему (систему принципов гражданского права), в соответствии с правилами формальной логики могут быть совместимыми и несовместимыми. Отношения совместимости, в свою очередь, существуют в форме рав-

¹⁰¹ Словарь русского языка: В 4 т. / Под ред. А. П. Евгеньевой. Т. IV. М., 1988. С. 52.

¹⁰² Шанский Н. М., Боброва Т. А. Указ. соч. С. 283.

¹⁰³ Алексеев С. С. Философия права. С. 94–95.