Свобода и произвол как элементы договорного регулирования общественных отношений

БОГДАНОВ Евгений Владимирович, профессор кафедры гражданско-правовых дисциплин Российского экономического университета им. Г. В. Плеханова, доктор юридических наук, профессор

117997, Россия, г. Москва, Стремянный пер., 36

E-mail: bogdanov.de@yandex.ru

В работе рассмотрены понятия свободы и произвола как элементов договорного регулирования общественных отношений. Обоснован вывод, что свобода и произвол — это две взаимодействующие, взаимодополняющие и взаимообуславливающие формы поведения. Свобода может осуществляться произвольно, а произвол представлять свободу, и в таком случае отсутствует противоречие между свободой и произволом. Однако последний может принимать крайнюю форму необузданного, грубого произвола, противоречащего закону и принципам добросовестности, справедливости, разумности и потому нарушающего свободу других лиц. В таком случае свобода одного лица и произвол другого вступают в противоречие и вследствие этого произвол подлежит ограничению. Субъекты гражданского права могут действовать произвольно, в частности при осуществлении ими субъективных прав. Субъективное право закрепляет за лицами определенную меру свободы, а посредством произвола данная мера свободы будет осуществляться. Известно, что право выбора по альтернативному обязательству предоставлено кредитору или третьему лицу, однако если они не сделают свой выбор в пределах установленного для этого срока, должник исполняет обязательство по своему выбору, т. е. произвольно. В таких действиях произвол представляет свободу, а свобода проявляется вовне посредством произвола.

Ключевые слова: свобода, произвол, поведение, договор, условная сделка, стабильность гражданского оборота.

Freedom and Arbitrariness as Elements of Contractual Regulation of Public Relations

E. V. BOGDANOV, doctor of legal sciences, professor

Plekhonov Russian University of Economics

36, Stremyany lane, Moscow, Russia, 117997

E-mail: bogdanov.de@yandex.ru

The article deals with the categories of freedom and arbitrariness as the elements of contractual regulation of public relations. The author arrives at the conclusion that freedom and arbitrariness are two correlating and mutually conditioning forms of behavior. They complement and interact with each other. Freedom can be exercised arbitrarily and arbitrariness represents freedom therefore in this case there is no contradiction between freedom and arbitrariness. However, arbitrariness when taken to the extreme can be: unrestrained, contrary to the law and to the principles of good faith, justice, rationality and consequently violating the freedom of others. In that case the freedom of one person comes into collision with the arbitrariness of the other person, hence such arbitrariness shall be restricted. Subjects of civil law are free to act as they wish in particular when exercising their rights. Subjective rights grant their holders certain freedoms which will be enjoyed through arbitrariness. It is known that the right to choose the method of performance in alternative contractual obligations is given to the creditor or to a third party, however if they don't make a choice within the established time period, the debtor is free to choose the method of performance that he wishes, that is arbitrarily. In these cases, arbitrariness represents freedom that expresses itself externally by arbitrariness.

Keywords: freedom, arbitrariness, behaviour, contract, conditional deal, stability of civil circulation.

DOI: 10.12737/24848

Свобода и произвол участников договора представляют собой допускаемые или не запрещаемые законом или договором формы их поведения. При этом понятие и содержание свободы довольно часто рассматриваются в литературе, что касается другого элемента — произвола, то существо данного понятия практически остается без анализа. Если же произвол и упоминается, то, как правило, в негативном аспекте и только как противопоставление свободе. Однако и свобода, и произвол — это суть формы поведения субъектов гражданского права, которые предполагают их известное взаимодействие, взаимообусловленность и взаимозависимость, что особенно проявляется в договорных отношениях.

Формирование свободы происходило в рамках исторического процесса. По мере развития человечества, его эволюции от дикости к цивилизации и становления соответствующего общества (племени, рода) на определенном этапе возникла общественная потребность в нормировании, установлении пределов ограничений свободы (произвола) каждого члена такого общества в интересах обеспечения свободы всех других членов этого общества. Обычай, табу, иные социальные нормы определяли правила поведения и тем самым нормировали свободу людей. С появлением государства формирование юридической свободы стало не только более интенсивным, но и всеобщим для граждан соответствующего государства. Нормы права, содержащиеся в законах государства, по сути, представляли собой нормы свободы. Как отмечал К. Маркс, законы — это «положительные, ясные, всеобщие нормы, в которых свобода приобретает безличное, теоретическое, независимое от произвола отдельного индивида существование. Свод законов есть библия свободы...»¹.

Своими законами государство не отрицает свободу, а регулирует ее,

нормирует в интересах всех и тем самым в интересах каждого: только ограничив персональный произвол каждого, можно обеспечить свободу и для всех, и для каждого. Подобный подход коррелирует с известным суждением И. Канта: «Законодательство исходит из принципа: свобода каждого ограничивается условиями, при которых он может сосуществовать со свободой каждого другого по единому всеобщему закону»².

Произвол также является формой поведения, поскольку представляет собой никем не контролируемое, ничем не ограниченное, осуществляемое по собственному усмотрению поведение человека. Совсем необязательно связывать произвол с чем-то отрицательным, негативным, нежелательным с точки зрения общественных интересов. Вполне может быть и такое, когда свобода осуществляется посредством произвола. Как иначе понимать правила п. 2 ст. 1 ГК РФ, в соответствии с которыми граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе? Своей волей, т. е. исключительно по своему усмотрению (п. 1 ст. 9 ГК РФ), следовательно, по своему произволу. Однако произвол произволу рознь. Произвольное поведение может быть не только безразличным для общества, но, наоборот, поощряемым, как в указанных выше случаях. Но произвол может быть нежелательным или даже недопустимым для общества. В. И. Даль следующим образом пояснил смысл данного понятия: «Произвол, своя воля, добрая воля, свобода выбора и действия, хотенье, отсутствие принуждения. Дело отдало на его произвол, как хочет. В поступках его виден полный произвол, самоволие, необузданность или дес-

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 1. С. 62—63.

² Кант И. Религия в пределах только разума // Электронная библиотека по философии (электронный ресурс). М., 2004. 1 CD-ROM. С. 21549.

потизм; он не стесняет воли своей ничем»³. В данном толковании понятие произвола имеет как негативную, так и позитивную оценку. Другой толкователь русского языка — Д. Н. Ушаков — утверждал, что в обыденном сознании людей произвол понимается как «деспотизм, своеволие, необоснованность»⁴.

Интерес представляет толкование В. И. Далема понятия свободы: «Своя воля, простор, возможность действовать по-своему, отсутствие стеснения, неволи, рабства, подчинения чужой воле. Свобода — понятие сравнительное; она может относиться до простора частного, ограниченного, к известному делу относящемуся, или к разным степеням этого простора, и, наконец, к полному, необузданному произволу или самовольству»⁵. Как видим, свобода может трансформироваться в произвол, а произвол оказаться в качестве неприемлемой для общества свободы.

Таким образом, свобода и произвол — это две взаимодействующие и взаимообуславливающие формы поведения. Они дополняют и взаимодействуют друг с другом. Свобода может осуществляться произвольно, а произвол может представлять свободу, и в таком случае между свободой и произволом отсутствует противоречие. Но произвол может доходить до своей крайности — необузданного, грубого, не соответствующего закону произвола, нарушающего свободу других лиц. В этом случае свобода одного лица и произвол другого вступают в противоречие и вследствие этого произвол подлежит ограничению.

В юридической литературе отношение к произволу в основном негативное. Так, В. А. Туманов утверждал, что, как ценность, право противостоит режиму произвола и безза-

кония⁶. Здесь, как видно, произвол используется автором в одном ряду с беззаконием. Видимо, В. А. Туманов полагал, что эти два понятия являются близкими по содержанию.

Г. В. Мальцев более сдержанно подходит к понятию произвола. Так, он пишет, что в частнопредпринимательскую деятельность допустимы только законные, т. е. основанные на нормах права вмешательства, и исключены произвольные и незаконные вмешательства⁷.

Как видно, автор в целом негативно отзываясь о произволе, указывая его в одном ряду с незаконным вмешательством и в то же время не отождествляя его с незаконным, противоправным поведением субъекта. Однако добавим, что согласно ч. 3 ст. 17 Конституции России осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц. Если такого нарушения нет, произвол как своеволие, собственное усмотрение не содержит в себе ничего предосудительного с общественной точки зрения и будет представлять цивилизованную форму поведения человека.

Гегель в одном случае говорит о произволе как о норме поведения, в другом — считает соответствующее поведение заслуживающим порицания. Применительно к заключению гражданско-правового договора он утверждал: «...так как обе договаривающиеся стороны относятся друг к другу как непосредственные самостоятельные лица, то договор исходит из произвола... Согласие, которое достигается в договоре, основано на произволе»⁸.

Однако у Гегеля можно встретить и такую характеристику произво-

⁶ См.: Туманов В. А. Современный антимарксизм и теория права // Советское государство и право. 1969. № 4. С. 62.

⁷ См.: Мальцев Г. В. Социальные основания права. М., 2007. С. 37.

⁸ Гегель. Философия права. М., 1990. С. 129, 159.

³ Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка: в 4 т. Т. 3. М., 1999. С. 486.

⁴ Ушаков Д. Н. Толковый словарь русского языка (электронное издание). Ver. 2. М., 2008.

⁵ Даль В. И. Указ. соч. Т. 4. С. 151.

ла: неправовой произвол, злой произвол, грубый произвол и др.⁹ При этом многие исследователи также характеризуют произвол как неприемлемую для общества форму поведения. В частности, М. Хайдеггер видел в произволе только ночную сторону свободы¹⁰, которая является бунтарской, стихийной, демонической и т. д.¹¹

Аристотель утверждал, что «справедливость есть середина выгоды и ущерба, ограничивающая произвол»¹². Основываясь на данном суждении, можно утверждать, что философ допускал лишь справедливый произвол, т. е. произвол, отвечающий требованиям справедливости в соответствующем обществе.

Довольно интересно высказался Б. П. Вышеславцев о соотношении свободы и произвола: «Произвол, конечно, не может быть высшим и последним определением свободы... Поэтому произвол есть лишь категориальный (и, следовательно, диалектический) момент в полном составе истинной свободы»¹³.

Таким образом, произвол не относится к чему-то совершенно недопустимому, а является одной из форм поведения субъекта гражданского права. Гражданин может быть произволен, например, в ситуациях, когда поведение человека безразлично для закона; в этих случаях произвол и является свободой, а свобода проявляется через произвол. То же самое можно отметить и в отношении осуществления субъектами своих гражданских прав, предоставляю-

щих им известную возможность поведения. Каким образом субъект будет осуществлять эту возможность, субъект определит произвольно, по собственному усмотрению, если в законе на этот счет не будет соответствующих указаний. Субъективное право в этом случае закрепляет за субъектом определенную меру свободы, а посредством произвола данная мера свободы будет осуществляться. Так, согласно п. 2 ст. 320 ГК РФ, если право выбора по альтернативному обязательству предоставлено кредитору или третьему лицу и такой кредитор или третье лицо не сделали выбор в пределах установленного для этого срока, должник исполняет обязательство по своему выбору. В соответствии со ст. 323 ГК РФ при солидарной обязанности должников кредитор вправе требовать исполнения как от всех должников совместно, так и от любого из них в отдельности, притом как полностью, так и частично. Как видим, у кредитора есть субъективное право — право требовать уплаты долга, но осуществление данного права всецело зависит от произвола кредитора. Должник не вправе отказаться от выбора, который делает кредитор по мотивам, что требование предъявлено именно к нему и в полном объеме, а не к кому-либо другому.

Законодатель не только нормирует свободу субъекта, но и ограничивает его произвол. Необходимость ограничения произвола возникает тогда, когда становится понятно, что произвольное решение того или иного вопроса негативно отражается на интересах других лиц или интересах общества, например подрывает стабильность гражданского оборота. Ранее полагали, что из принципа свободы договора вытекает следующее положение: до заключения договора отношения сторон в рамках переговорного процесса еще, как правило, не имеют юридически обязывающего характера. По мнению как российских, так и иностранных исследова-

⁹ См.: Гегель. *Философия права*. С. 133, 181, 377.

¹⁰ См.: Хайдеггер М. *Бытие и время*. М., 1993. С. 119.

¹¹ См.: Рубочкин В. А. *Современная этика*. М., 2003. С. 51.

¹² Аристотель. *Никомахова этика*. Собрание соч. М., 1975—1984. С. 4938.

¹³ Вышеславцев Б. П. *Этика преображенного эроса* // Электронная библиотека по философии (электронный ресурс) М., 2004. 1 CD-ROM. С. 65979.

телей это только произвольные отношения участников переговоров. Так, английский судья лорд Аскнер утверждает, что участник переговоров должен быть уполномочен прекратить в любой момент дальнейшие переговоры, если считает это необходимым, например, в надежде, что другая сторона вновь начнет переговоры, но уже на более выгодных условиях. В ходе переговоров любой участник вправе их прекратить в любое время и по любой причине¹⁴.

Однако такое торжество произвола в преддоговорных отношениях негативно сказывалось на определенности общественных отношений, стабильности гражданского оборота. В связи с этим была признана необходимость его ограничения, что и было сделано в России и в других странах. Согласно ст. 434¹ ГК РФ при вступлении в переговоры о заключении договора, в ходе их проведения и по их завершении стороны обязаны действовать добросовестно, в частности не допускать вступление в переговоры о заключении договора или их продолжение при заведомом отсутствии намерения достичь соглашения с другой стороной. Сторона, которая ведет или прерывает переговоры о заключении договора недобросовестно, обязана возместить другой стороне причиненные этим убытки. Таким образом, если Гегель ранее утверждал, что заключение договора и его содержание основаны на произволе сторон, то в настоящее время этот произвол существенным образом ограничен. Оценка поведения участников переговорного процесса осуществляется с позиции их добросовестности. Недобросовестное поведение участника переговорного процесса в этом случае и будет представлять произвол данного лица.

Соответственно, юридическая свобода и произвол — суть формы поведения субъекта гражданского права.

Они взаимно обуславливают, дополняют друг друга и взаимодействуют друг с другом. Свобода может осуществляться произвольно, а произвол может представлять свободу, и в этих случаях между данными категориями отсутствуют противоречия, но только при условии, что произвол не будет подрывать свободу других лиц и, вполне возможно, их допускаемый законом произвол, т. е. если произвол одного субъекта не нарушает свободу других лиц и интересы общества.

Заключение договора не всегда обуславливает возникновение у сторон договора соответствующих прав и обязанностей, поскольку в условных сделках возникновение прав и обязанностей ставится в зависимость от наступления или ненаступления определенных договором обстоятельств, относительно которых в момент заключения договора неизвестно, наступит оно или не наступит. При этом в настоящее время судебная практика России сформулировала положение, что отменительное или отлагательное условие сделки может зависеть в том числе от поведения стороны сделки (например, заключение договора поставки под отлагательным условием о предоставлении банковской гарантии, обеспечивающей исполнение обязательств покупателя по оплате товара; заключение договора аренды вновь построенного здания под отлагательным условием о регистрации на него права собственности арендодателя)¹⁵.

Участники договора могут своим поведением способствовать наступлению или ненаступлению соответствующих условий. В этом плане они свободны и могут действовать по своему произволу, но до известного предела, который в ст. 157 ГК РФ определен в виде добросовестности поведения участника договора. Если на-

¹⁴ См.: Богданов Д. Е. Эволюция гражданско-правовой ответственности с позиции справедливости: сравнительно-правовой аспект: монография. М., 2015. С. 191.

¹⁵ См. п. 52 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

ступлению условия недобросовестно воспрепятствовала сторона, которой наступление условия невыгодно, то условие признается наступившим. Если наступлению условия недобросовестно содействовала сторона, которой наступление условия выгодно, то условие признается ненаступившим.

Следует отметить, что принцип добросовестности субъектов гражданского права закреплён в п. 3 и 4 ст. 1 ГК РФ, что обязывает их к добросовестному поведению и тогда, когда в норме права о добросовестности участников правоотношения не указывается. Так, согласно ст. 327¹ ГК РФ исполнение обязанностей, а равно осуществление, изменение и прекращение определенных прав по договорному обязательству могут быть обусловлены совершением или несвершением одной из сторон обязательства определенных действий либо наступлением иных обстоятельств, предусмотренных договором, в том числе полностью зависящих от воли одной из сторон. В этом случае поведение участников договора также будет оцениваться с позиции их добросовестности с соответствующими правовыми последствиями при установлении их недобросовестности.

Если участник договора действует добросовестно, то он посредством своих произвольных действий осуществляет свою свободу. Произвол в данном случае является такой формой поведения, которое не только допустимо, но и необходимо для осуществления свободы. Когда же поведение участника договора нарушает нравственные принципы общества, является недобросовестным, его произвол трансформируется в неправовый. Общество, реагируя на такой произвол, ограничивает его и, следовательно, свободу данного участника договора, квалифицируя соответствующее условие договора наступившим или ненаступившим.

На наш взгляд, концепция произвольной власти одного участни-

ка договора в отношении другого ущербна, как и сама проблема так называемых потестативных условий. Законодатель установил критерий — добросовестность поведения участников договора. Если оно добросовестно, то при произвольном осуществлении свободы некорректно рассуждать о произволе власти соответствующего субъекта — это реализация субъектом своего права. В противном случае придется обо всех субъективных правах говорить как о властных полномочиях одного лица над другим или другими. Однако субъективное право — это не власть. Никаких признаков властности субъективное право не имеет. Субъективное право — это только мера возможного поведения управомоченного лица, мера свободы и произвола.

Если же поведение участника договора является недобросовестным, то осуществляемый лицом произвол признается как неправовой, и в этом случае вообще нельзя рассуждать о власти одного субъекта над другим.

Оценивая действия сторон как добросовестные или недобросовестные, следует исходить из поведения, ожидаемого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующей ей, в том числе в получении необходимой информации. Поведение одной из сторон может быть признано недобросовестным не только при наличии обоснованного заявления другой стороны, но и по инициативе суда, если усматривается очевидное отклонение действий участника гражданского оборота от признаваемого обществом добросовестного поведения. В этом случае суд при рассмотрении дела выносит на обсуждение обстоятельства, явно свидетельствующие о таком недобросовестном поведении, даже если стороны на них не ссылались. Если будет установлено недобросовестное поведение одной из сторон, суд в зависимости от обстоятельств дела и с

учетом характера и последствий такого поведения отказывает в защите принадлежащего ей права полностью или частично, а также принимает иные меры, обеспечивающие защиту интересов добросовестной стороны или третьих лиц от недобросовестного поведения другой стороны, например признает условие, которому недобросовестно воспрепятствовала или содействовала эта сторона, соответственно наступившим или ненаступившим; указывает, что заявление такой стороны о недействительности сделки не имеет правового значения¹⁶.

Представляется, что проблему условных сделок следует рассматривать не с позиций потестативных условий, потестативных субъективных прав, произвольной власти одного субъекта над другим, а с позиции свободы и произвола участников договора при формировании условий договора, имея в виду, что согласно ст. 157 ГК РФ произвол допустим до пределов недобросовестности в поведении субъекта и именно в этом объеме может осуществляться свобода участников договора. Недобросовестность поведения превращает произвол в неправовой, что исключает возможность осуществления участником договора своей свободы. Конструируя договор как условную сделку, стороны предопределяют возможность свободного решения вопроса о соответствующем условии, но в рамках добросовестного поведения участников договора.

Последствия, предусмотренные ст. 157 ГК РФ, обуславливаются только добросовестностью участников договора. Из смысла нормы не вытекает, что в случае спора во внимание также должен приниматься характер (содержание) самого этого обстоятельства (условия). Известно, что условия договора могут быть как справедливыми, так и несправедливыми. По общему правилу условия

договора определяются по усмотрению сторон (п. 4 ст. 421 ГК РФ), т. е. в отношении выработки условий договора стороны свободны. Однако в ст. 421 ГК РФ речь идет о юридической свободе участников договора, которая весьма часто не совпадает со свободой экономической. «Иллюзией юристов объясняется то, что что для них и для всякого кодекса является вообще простой случайностью, что индивиды вступают между собой в отношения, например, заключают договоры; эти отношения рассматриваются ими как такие, в которые по желанию можно вступать или не вступать и содержание которых всецело зависит от индивидуального произвола договаривающихся сторон»¹⁷.

Следовательно, свобода вступать в договорные отношения — это иллюзия свободы, это кажущаяся свобода. В действительности вопросы о том, заключать договор или не заключать, на каких условиях соглашаться с контрагентом, предопределены экономической необходимостью. Изготовителю товаров, с одной стороны, требуются сырье, материалы, комплектующие, с другой — ему необходимо сбывать готовый продукт в целях пополнения своих оборотных средств, что является обязательным условием его деятельности. Примечательным можно считать утверждение И. А. Покровского, отмечающего, что «принцип договорной свободы закрепляет несвободу экономическую и при известных условиях может являться фактором настоящего экономического рабства»¹⁸.

Таким образом, в основе так называемой юридической свободы лежит экономическая несвобода. Можно, конечно, рассуждать о том, что юридическая свобода есть познан-

¹⁶ См. п. 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25.

¹⁷ Маркс К., Энгельс Ф. Фейербах. Противоположность материалистического и идеалистического воззрений / под ред. В. К. Брушлинского. 2-е изд. М., 2010. С. 99.

¹⁸ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 263.

ная экономическая необходимость, но несвобода при этом останется таковой, как ее ни назови. Именно экономическая несвобода часто становится причиной заключения договоров с несправедливыми условиями, в том числе в сделках, заключенных под условием (ст. 157 ГК РФ), что также должно оцениваться судом в случае спора. При рассмотрении споров о защите от несправедливых договорных условий суд должен оценивать спорные условия в совокупности со всеми условиями договора и с учетом всех обстоятельств дела. В частности, суд определяет фактическое соотношение переговорных возможностей сторон и выясняет, было ли присоединение к предложенным условиям вынужденным, а также учитывает уровень профессионализма сторон в соответствующей сфере, конкуренцию на соответствующем рынке, наличие у присоединившейся стороны реальной возможности вести переговоры или заключить аналогичный договор с третьими лицами на иных условиях. При этом суд должен установить, являются ли условия договора явно обременительными и нарушают ли они существенным образом баланс интересов сторон¹⁹.

В связи с этим возникает вопрос, каким образом квалифицировать поведение участника договора, когда он навязывает контрагенту несправедливое условие договора, нарушающее баланс интересов сторон? И каковы в этом случае правовые последствия? На наш взгляд, такое поведение нарушает как принцип добросовестности, так и принцип справедливости, точнее, один из видов справедливости — дистрибутивной справедливости. Как отмечает Д. Е. Богданов, дистрибутивная справедливость отражает сложившиеся в обществе представления о соответствии соци-

альным идеалам взаимодействия общества с частным лицом или лицами по поводу распределения благ, убытков и иных неблагоприятных последствий. Когда сильная сторона навязывает свою волю слабой, пользуясь ее острой потребностью в товарах, работах, услугах, неинформированностью или отсутствием опыта и т. д., договор как согласованное волеизъявление отсутствует. В целях преодоления такого диктата необходимо усиливать действие начал справедливости договора, которые должны иметь сверхимперативный характер в отношении принципа свободы договора, и если одна из сторон воспользуется своим преимущественным положением и навязет другой стороне явно обременительные условия, то в случае спора суд должен иметь право основываться не на принципе свободы договора, а на сверхимперативном начале справедливости и осуществить корректировку условий договора в целях восстановления баланса интересов сторон²⁰.

После вступления договора в силу свобода и произвол участников договора корректируются положениями договора и нормами права, регулирующими отношения в части исполнения договора, его изменения и расторжения, установления способа защиты нарушенного права и др.

Гражданское законодательство в ряде случаев предоставляет стороне договора право избрать по своему выбору способ устранения недостатков его ненадлежащего исполнения. Перечень таких способов указывается в законе, но в одних случаях участники договора вправе как избрать конкретный способ из тех, что указаны в законе, например только соразмерное уменьшение покупной цены (п. 1 ст. 475 ГК РФ), так и предусмотреть в договоре иной способ

¹⁹ См. п. 10 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах».

²⁰ См.: Богданов Д. Е. Справедливость как основное начало гражданско-правовой ответственности в российском и зарубежном праве: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2014. С. 15, 16.

устранения недостатков (п. 1 ст. 723 ГК РФ), в других — способы устранения недостатков сформулированы императивно, не только без права сторон указать в договоре иной, не предусмотренный в законе способ устранения недостатков, но даже без права сторон конкретизировать в договоре какой-либо способ устранения недостатков из перечисленных в законе (п. 1 ст. 616 ГК РФ).

Так, согласно п. 1 ст. 616 ГК РФ нарушение арендодателем обязанности по производству капитального ремонта дает арендатору право по своему выбору: 1) произвести капитальный ремонт, предусмотренный договором или вызванный неотложной необходимостью, и взыскать с арендодателя стоимость ремонта или зачесть ее в счет арендной платы; 2) потребовать соответственного уменьшения арендной платы; 3) потребовать расторжения договора и возмещения убытков.

Подобным образом сформулированы и положения п. 1 ст. 475 ГК РФ: если недостатки товара не были оговорены продавцом, покупатель вправе по своему выбору потребовать от продавца: 1) соразмерного уменьшения покупной цены; 2) безвозмездного устранения недостатков в разумный срок; 3) возмещения своих расходов на устранение недостатков.

В указанных выше случаях кредитор свободен произвольно избрать один из способов устранения недостатков из числа предписанных законом. Произвольный выбор кредитором соответствующего варианта — это и есть объем предусмотренной законом свободы, осуществляемой им посредством произвола, а сам произвол в данном случае представляет допустимую форму поведения субъекта права. И если следовать строго букве закона, то указать в договоре какой-то иной способ, не предусмотренный, например, в п. 1 ст. 475 ГК РФ, п. 1 ст. 616 ГК РФ, или даже конкретизировать в договоре способ, указанный в законе, в частности только соразмерное

уменьшение покупной цены и ничего более, стороны не вправе.

Однако возможность произвольного выбора способа устранения недостатков может не устраивать одного из участников договора, и в этом случае сторона, заинтересованная в ограничении произвола контрагента, будет предлагать включить в договор условие о конкретном способе устранения недостатков в случае его ненадлежащего исполнения. Возникает вопрос о возможности такой конкретизации. В этом плане представляет интерес следующее дело. Между компанией (заказчик) и обществом (подрядчик) был заключен договор подряда о выполнении ремонтных работ по устройству гардероба в здании. Договором был предусмотрен порядок устранения недостатков результата работ в пределах гарантийного срока. В процессе эксплуатации выяснилось, что гардероб выполнен не из массива дуба, как было обусловлено договором, а из клееной фанеры с облицовкой шпоном. В связи с этим заказчик обратился к подрядчику с иском об уменьшении цены, поскольку рыночная стоимость изготовленной мебели была значительно ниже, чем предусмотренная договором.

Отказывая в иске, суд первой инстанции указал, что, если договором подряда предусмотрен порядок устранения недостатков результата работы, заказчик не вправе требовать от подрядчика иного по своему выбору, т. е. соразмерного уменьшения цены работы.

Суды апелляционной и кассационной инстанций с выводами суда первой инстанции согласились.

Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ вынесенные решения и постановления по делу отменил и удовлетворил иск заказчика об уменьшении цены по договору на выполнение ремонтных работ по устройству гардероба, мотивируя это следующим. Согласно п. 2 ст. 704 ГК РФ подрядчик несет ответственность за ненадлежащее качество предостав-

ляемых им материалов и оборудования. Ответственность подрядчика за ненадлежащее качество материала для выполнения работ регулируется п. 5 ст. 723 ГК РФ, который предусматривает, что подрядчик, предоставивший материал для выполнения работы, отвечает за его качество по правилам об ответственности продавца за товары ненадлежащего качества (ст. 475 ГК РФ). Согласно указанной норме, если недостатки товара не были оговорены продавцом, покупатель, которому передан товар ненадлежащего качества, вправе по своему выбору потребовать от подрядчика соразмерного уменьшения покупной цены; безвозмездного устранения недостатков товара в разумный срок; возмещения своих расходов на устранение недостатков товара. Заказчик реализовал право выбора предоставленного ему законом средства защиты в случае использования подрядчиком материала ненадлежащего качества, обратившись с требованием о соразмерном уменьшении цены изготовленной мебели. Следовательно, у судов не имелось правовых оснований для вывода о том, что, если договором предусмотрен порядок устранения выявленных недостатков результата работы, заказчик не вправе требовать от подрядчика иного по своему выбору²¹.

Принципиальное различие между правилами п. 1 ст. 475 ГК РФ и п. 1 ст. 723 ГК РФ заключается в том, что согласно п. 1 ст. 723 ГК РФ подрядчик и заказчик вправе в договоре конкретизировать способ устранения недостатков, что, кстати, и было сделано в данном случае, в то время как п. 1 ст. 475 ГК РФ не предоставляет продавцу и покупателю такой возможности. Поскольку материал по данному спору был предоставлен подрядчиком, это и послужило основанием для принятия соответствующего решения. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ принял во вни-

мание выбор кредитора (соразмерное уменьшение цены мебели) и не придавал должного значения тому обстоятельству, что стороны в договоре сами определили способ устранения недостатков, т. е. порядок устранения недостатков мебели.

В связи с этим следует отметить о наличии в действующем законодательстве существенных различий в решении вопроса о возможности определения сторонами в договоре способа устранения недостатков. В частности, возможность определения в договоре способа устранения недостатков товара указана в п. 1 ст. 466 ГК РФ, п. 1 ст. 723 ГК РФ и др. В то же время в ряде случаев в норме права нет ни дозволения, ни запрета на определение в договоре способа устранения недостатков, в частности в п. 1 ст. 475 ГК РФ, ст. 480 ГК РФ и др.

Выход из данного положения предложил Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ в п. 4 постановления от 14 марта 2014 г. № 16: «Если норма не содержит явно выраженного запрета на установление соглашением сторон условия договора, отличного от предусмотренного в ней, и отсутствуют критерии императивности... она должна рассматриваться как диспозитивная. В таком случае отличие условий договора от содержания данной нормы само по себе не может служить основанием для признания этого договора или отдельных его условий недействительными по статье 168 ГК РФ.

Например, ст. 475 ГК РФ о последствиях передачи покупателю товара ненадлежащего качества не исключает право сторон своим соглашением предусмотреть иные последствия названного нарушения (в том числе по-иному определить критерии существенности недостатков товара или дополнить те права, которые предоставляются данной статьей покупателю».

С таким толкованием закона можно было бы согласиться, поскольку участник договора получает возможность по своему соглашению ограни-

²¹ См. постановление Президиума ВАС РФ от 5 июня 2012 г. № 17325/11.

читать произвол контрагента и тем самым более надежно обеспечить защиту своих интересов. Если бы не одно существенное обстоятельство. ВАС РФ, толкуя указанные выше нормы права, в действительности решил проблему определения объема свободы и произвола участников договора, что является прерогативой законодателя, а не суда. В данном случае суд посредством толкования вопроса об императивности и диспозитивности соответствующих норм права подменил законодателя, вышел за пределы своей компетенции и по своему усмотрению определил объемы свободы и произвола участников договора. Вопрос об объемах свободы и произвола должен быть решен путем приведения в надлежащий порядок действующего законодательства, вследствие чего либо исключить из соответствующих норм указание на возможность участников договора определять в нем способ защиты своих нарушенных прав, либо, наоборот, и это более правильно, во всех соответствующих нормах указать о праве участников договора определять способ защиты нарушенных прав.

Сложность представляет также вопрос об объемах свободы и произвола участников договора при осуществлении ими своих прав на одностороннее изменение или расторжение договора. Полагаем, для постановки проблемы достаточно рассмотреть спорные вопросы применения ст. 782 ГК РФ, согласно которой заказчик вправе отказаться от исполнения договора возмездного оказания услуг при условии оплаты исполнителю фактически понесенных им расходов, точно так же как и исполнитель вправе отказаться от данного договора, но при условии полного возмещения заказчику убытков. Таким образом, обе стороны договора вправе без объяснения мотивов, предъявления друг другу каких-либо претензий и заблаговременного предупреждения контрагента отказаться от договора. Это

полная свобода участников договора, осуществляемая ими по своему произволу.

Естественно, такой произвол не мог не сказаться на гражданском обороте. И поэтому на практике его участники стали предпринимать усилия по поиску способов ограничения произвола, который мог в определенный момент оказаться нежелательным для обоих контрагентов, поскольку в противном случае возникла бы крайне неопределенная ситуация в достижении желаемых сторонами результатов. Поэтому в таких договорах в одних случаях стали указывать условие о необходимости заблаговременного предупреждения контрагента, в других — включать в договор условие о компенсации убытков, выплате неустойки и др. Однако суды длительное время признавали подобные условия недействительными как препятствующие реализации сторонами права на односторонний отказ от договора.

Возникла довольно серьезная проблема, которую попытался решить Пленум ВАС РФ в постановлении от 14 марта 2014 г. № 16. В пункте 4 дано следующее разъяснение: «Положения статьи 782 ГК РФ, дающие каждой из сторон договора возмездного оказания услуг право на немотивированный односторонний отказ от исполнения договора и предусматривающие неравное распределение между сторонами неблагоприятных последствий прекращения договора, не исключают возможность согласования сторонами договора иного режима определения последствий отказа от договора (например, полное возмещение убытков при отказе от договора как со стороны исполнителя, так и со стороны заказчика) либо установления соглашением сторон порядка осуществления права на отказ от исполнения договора возмездного оказания услуг (в частности, односторонний отказ стороны, исполнение которого связано с осуществлением обеими его сторонами предпринима-

тельской деятельности, может быть обусловлен необходимостью выплаты определенной денежной суммы другой стороне».

Таким образом, ВАС РФ попытался предоставить участникам гражданского оборота возможность ввести в приемлемые для себя рамки произвол друг друга, однако это оказалась благая попытка, но с негодными средствами. Как уже отмечалось, объем свободы и произвола участников договора — это компетенция законодателя, а Пленум ВАС РФ вышел в этом случае за пределы своей компетенции. Нельзя столь серьезный вопрос решать посредством весьма спорного толкования сущности императивности или диспозитивности норм права, которое, кстати, может быть понято некоторыми участниками гражданского оборота как дозволение действий в обход закона. Тем более недопустимо посредством толкования осуществлять, по сути, ревизию соответствующих норм права.

Согласно ст. 782 ГК РФ право на немотивированный внесудебный отказ от договора в одностороннем порядке — это право стороны соответствующего договора, а Пленум ВАС РФ предлагает сторонам устанавливать в договоре условие о полном возмещении убытков в случае отказа от договора. Так какое же это субъективное право? Кроме того, Пленум ВАС РФ также указывает, что отказ от договора может быть обусловлен необходимостью выплаты определенной денежной суммы другой стороне.

Следует отметить, что согласно п. 3 ст. 310 ГК РФ право на односторонний отказ от договора при осуществлении сторонами предпринимательской деятельности может быть обусловлено по соглашению сторон необходимостью выплаты определенной денежной суммы другой стороне обязательства. Как видим, и в названном постановлении Пленума ВАС РФ, и в п. 3 ст. 310 ГК РФ говорится о некоей «определенной денежной сумме» без установления ее правовой природы.

Однако в соответствии с п. 1 ст. 307¹ ГК РФ к обязательствам, возникшим из договора (договорным обязательствам), общие положения об обязательствах применяются, если иное не предусмотрено правилами отдельных видов договоров, содержащихся в ГК РФ и иных законах. Поэтому есть основания утверждать, что и в данном случае Пленум ВАС РФ допустил явный выход за пределы своей компетенции, поскольку в п. 1 ст. 782 ГК РФ говорится о праве заказчика отказаться от договора при условии оплаты исполнителю только фактически понесенных им расходов, а в п. 2 ст. 782 ГК РФ речь идет уже о полном возмещении исполнителем заказчику убытков при отказе исполнителя от договора. Таким образом, в ст. 782 ГК РФ указаны конкретные виды выплат, а отнюдь не какие-то иные денежные суммы, как это было истолковано Пленумом ВАС РФ.

Объемы свободы и произвола должны устанавливаться законодателем. Нарушив свою компетенцию, Пленум ВАС РФ сам допустил неправовой произвол в своей деятельности. Видимо, этим и объясняется, что при рассмотрении соответствующих споров суды часто не используют постановление Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16²².

В настоящее время применительно к осуществлению права на одностороннее изменение или отказ от договора в ГК РФ были внесены существенные изменения. Согласно п. 4 ст. 450 и п. 4 ст. 450¹ ГК РФ при осуществлении указанных прав соответствующие стороны должны действовать добросовестно и разумно в

²² См., например, постановления ФАС Московского округа от 11 сентября 2014 г. по делу № А40-183071/13-173-1605, ФАС Московского округа от 1 декабря 2014 г. по делу № А40-186042/13-98 — 1626, ФАС Волго-Вятского округа от 5 июня 2014 г. по делу № А82-9662/2013, ФАС Центрального округа от 8 июня 2015 г. № Ф10-1580/2015, ФАС Северо-Западного округа от 9 июля 2015 г. по делу № АП56-29241/2013.

пределах, предусмотренных ГК РФ, другими законами, иными правовыми актами или договором. Из смысла указанных норм понятно, что требования о добросовестности и разумности распространяются на всех участников гражданского оборота: как на предпринимателей, так и на потребителей. Однако в отношении последних может представлять проблему вопрос о применении к ним категорий разумности и добросовестности, поскольку потребители не обладают необходимыми юридическими и техническими знаниями, а иногда и просто достаточным жизненным опытом при заключении ими договоров с предпринимателями (розничная купля-продажа, прокат, бытовой подряд и др.). В настоящее время субъект гражданского оборота может быть либо добросовестным, либо недобросовестным. При этом недобросовестность какой-либо дифференциации не знает. В этом плане интерес представляет позиция Е. Е. Богдановой, разделяющей недобросовестность на извинительную и неизвинительную с существенной разницей в последствиях для сторон правоотношения²³. Представляется, что такая дифференциация может быть востребована, особенно в отношении потребителей.

Таким образом, свобода и произвол являются необходимыми элементами договорного регулирования общественных отношений. Они взаимообусловлены, дополняют и взаимодействуют друг с другом. Свобода осуществляется участником договора произвольно, а произвол представляет собой свободу, но при условии, что он не подрывает свободу другого участника договора, не нарушает принципов добросовестности, справедливости, разумности, которые наряду с законом являются пределами произвольного поведения. В противном случае произвол становится неправовым и подлежит ограничению.

Таким образом, свобода и произвол являются необходимыми элементами договорного регулирования общественных отношений. Они взаимообусловлены, дополняют и взаимодействуют друг с другом. Свобода осуществляется участником договора произвольно, а произвол представляет собой свободу, но при условии, что он не подрывает свободу другого участника договора, не нарушает принципов добросовестности, справедливости, разумности, которые наряду с законом являются пределами произвольного поведения. В противном случае произвол становится неправовым и подлежит ограничению.

²³ См.: Богданова Е. Е. Принцип добросовестности и эволюция защиты гражданских прав в договорных отношениях: монография. М., 2014. С. 57—60.

Библиографический список

- Аристотель. Никомахова этика. Собрание соч. М., 1975—1984.
- Богданов Д. Е. Справедливость как основное начало гражданско-правовой ответственности в российском и зарубежном праве: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2014.
- Богданов Д. Е. Эволюция гражданско-правовой ответственности с позиции справедливости: сравнительно-правовой аспект: монография. М., 2015.
- Богданова Е. Е. Принцип добросовестности и эволюция защиты гражданских прав в договорных отношениях: монография. М., 2014.
- Вышеславцев Б. П. Этика преображенного эроса // Электронная библиотека по философии (электронный ресурс) М., 2004. 1 CD-ROM.
- Гегель. Философия права. М., 1990.
- Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка: в 4 т. Т. 3. М., 1999.
- Кант И. Религия в пределах только разума // Электронная библиотека по философии (электронный ресурс). М., 2004. 1 CD-ROM.
- Мальцев Г. В. Социальные основания права. М., 2007.
- Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 1.
- Маркс К., Энгельс Ф. Фейербах. Противоположность материалистического и идеалистического воззрений / под ред. В. К. Брушлинского. 2-е изд. М., 2010.
- Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998.
- Рубочкин В. А. Современная этика. М., 2003.
- Туманов В. А. Современный антимарксизм и теория права // Советское государство и право. 1969. № 4.
- Ушаков Д. Н. Толковый словарь русского языка (электронное издание). Ver. 2. М., 2008.
- Хайдегер М. Бытие и время. М., 1993.