Богданов Дмитрий Евгеньевич. Справедливость как основное начало гражданско-правовой ответственности в российском и зарубежном праве: диссертация ... доктора юридических наук: 12.00.03 / Богданов Дмитрий Евгеньевич;[Место защиты: Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего профессионального образования "Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации"].- Москва, 2015.- 539 с.

**Содержание к диссертации**

Введение

**Глава 1. Философско-правовое обоснование справедливости как основного начала гражданско-правовой ответственности 31**

1.1. Справедливость как философско-правовая категория 31

1.2. Справедливость как начало и принцип гражданского права 80

1.3. Справедливые начала социализации и гуманизации гражданско- правовой ответственности 114

**Глава 2. Справедливость как основное начало договорной ответственности 156**

2.1. Справедливые начала договора и договорной ответственности 156

2.2. Справедливые начала императивной ответственности в договорных отношениях 187

2.3. Справедливые начала диспозитивной ответственности в договорных отношениях 203

2.4 Справедливые начала причинности в договорной ответственности 219

2.5 Справедливые начала виновной и безвиновной договорной ответственности 245

**Глава 3. Справедливость как основное начало преддоговорной ответственности 285**

3.1 Справедливые начала преддоговорной ответственности 285

3.2. Справедливые начала размера преддоговорной ответственности 325

**Глава 4. Справедливость как основное начало деликтной ответственности 345**

4.1. Справедливые начала деликтной ответственности 345

4.2 Справедливые начала предупредительно-восстановительной ответственности 378

4.3 Справедливые начала возмещения чистых экономических потерь 401

4.4. Справедливые начала причинности в деликтной ответственности 423

4.5. Справедливые начала виновной и безвиновной деликтной ответственности 447

Заключение 462

Библиографический список использованных источников

## Справедливость как начало и принцип гражданского права

Идея справедливости, справедливого общественного устройства волнует умы ученых уже на протяжении нескольких тысячелетий. Справедливость выступает в качестве этического стандарта, с которым соотносятся существующие социально-экономические и политические структуры и отношения. Одновременно, она является идеалом, заставляющим устремляться за горизонт для его достижения.

Как отмечает Джон Ролз, «справедливость – это первая добродетель общественных институтов, точно также как истина – первая добродетель систем мысли…Будучи первыми добродетелями человеческой деятельности, истина и справедливость бескомпромиссны»1. Еще более образно значение справедливости выразил Питер А. Корнинг считающий, что «справедливость – своего рода заветная нить, которая связывает общество в единое целое. Когда рвется нить, распускается и ткань»2.

Значение справедливости, как первой добродетели общественных институтов, связывающей социум в единое целое, обусловливает тот активный философский дискурс, направленный на установление ее сущности. Некоторые исследователи считают, что по поводу самого понятия справедливости уже имеется определенный консенсус, а дискуссия ведется по поводу отдельных концепций справедливости. Так, Джон Ролз считает, что «понятие справедливости как таковое отличается от конкретных концепций справедливости, и в нем проявляется то общее, что имеется в этих различных концепциях»3.

Как указывает А.В. Прокофьев: «Существует и иное мнение, в рамках которого понятие справедливости выступает как недостаточно прозрачное и общепризнанное, а прояснение его содержания задает один из критериев, позволяющих устанавливать правомерность концепций»4. П. Стралендорф в этой связи отмечает, что концепция справедливости может являться несправедливой просто потому, что она не о справедливости как таковой5. Так, например, Дж. Кекес считает, что либеральное понимание справедливости в корне искажает перспективу о справедливом и несправедливом общественном устройстве6.

Изложенное предопределяет необходимость анализа основных современных концепций справедливости в целях установления сущности данной фундаментальной этической категории. Представляется логичным начать наше исследование с рассмотрения либеральных концепций справедливости, в целях обоснования указанного выше вывода об искажении либералами социально-философского дискурса о справедливости.

Для настоящего исследования представляет особый интерес ультралиберальная концепция Роберта Нозика, являющегося последовательным продолжателем либеральной традиции восходящей к Джону Локку. Как отмечает Г.Ю. Канарш: «Классической формулой либеральной концепции стало локковское требование права на жизнь, свободу и собственность, до сих пор составляющее политическое кредо либерализма»7.

Радикальный либерализм Роберта Нозика выражается в его отношении к государству: «Минимальное государство – это максимальное государство, существование которого может быть оправдано»8. Таким образом, государство предстает в качестве охранного агентства, выполняющего исключительно защитные функции и не вторгающегося в сферу распределения экономических благ. Отрицается сама возможность их централизованного распределения.

Нозиковская теория замыкается на «справедливости» владения (титулах) собственности. Для нее представляет интерес вопросы первичного приобретения владения (принцип справедливости присвоения), а также перехода прав на имущество (принцип справедливого перехода). В результате Роберт Нозик делает вывод, что если бы мир был совершенно справедлив, то тема справедливости в имущественных отношениях совершенно исчерпывалась бы следующим индуктивным определением: 1) лицо, которое приобретает имущество в соответствии с принципом справедливости присвоения, имеет титул собственности на это имущество; 2) лицо, которое приобретает имущество в соответствии с принципом справедливости перехода у кого-то, кто имеет титул собственности на это имущество, также получает титул собственности на это имущество; 3) никто не может получить титул собственности на имущество иначе как в результате неоднократного применения пунктов 1 и 2. По его мнению «в полном виде принцип распределительной справедливости утверждал бы просто, что распределение справедливо, если каждый обладает титулом собственности на имущество, которое он имеет в соответствии с этим распределением»9.

Подобные высказывания о справедливости сразу заставляют вспомнить антидистрибутивный «мираж социальной справедливости» Фридриха Хайека, утверждающего, что концепция социальной справедливости пуста и бессмысленна, поскольку общество не может быть справедливым или несправедливым. По мнению названного автора, социальная справедливость является простым квази-религиозным суеверием и троянским конем, открывающим путь для тоталитаризма10. Названный автор, является, по сути, проповедником либертарианского капиталистического фундаментализма манихейского толка, для которого даже дифференцированное правовое положение потребителя и профессионала-предпринимателя (т.е. реализация принципа защиты слабой стороны в договорном отношении) является «скользким путем», т.е. соскальзыванием к тоталитаризму. Как верно в этой связи отмечает цивилист М. Хесселинк, история не открывает нам неизменной связи между капитализмом и гражданскими свободами. И в качестве примера приводит страны с неограниченным капитализмом и очень бедным набором гражданских свобод, как Чили, времен диктатуры Пиночета. Именно в пиночетовскую Чили неоднократно отправлялся Ф. Хайек, чтобы восхититься лабораторией «свободного капитализма», которая была там организована диктатором11.

## Справедливые начала императивной ответственности в договорных отношениях

В этой связи представляет интерес вывод В.Д. Зорькина, что «судебная практика постсоветской России вынуждена работать в отсутствии полноценной правовой доктрины, которая в должной мере соответствовала бы человекоцентристской правовой идеологии, положенной в основу Конституции РФ. Это касается самых разных аспектов правовой доктрины, и прежде всего, самого понятия права, по поводу которого в современной российской теории права нет сколько-нибудь четкой общепризнанной позиции. Дискуссии о правопонимании… не привели пока к выработке доктринального правопонимания, способного служить теоретическим ориентиром для практики правосудия»137. Однако названный автор отмечает, что в настоящее время «теория и практика конституционализма, отошла от формально-догматических, релятивистских представлений о праве как «чистой форме», индифферентной к содержанию, целям и ценностям. Инструменталистский релятивизм, свойственный юридическому позитивизму, был потеснен интегративной юриспруденцией, включающей в себя не только формально-догматические и социологические аспекты, но и аксиологические и телеологические проблемы права»138.

Таким образом, при таком интегративном правопонимании происходит гармоничное сочетание методологии разных подходов, синтез позитивизма с естественным правом, юридическим реализмом и социологической концепцией. Право начинает претендовать не только на социальную эффективность, но и правильность, справедливость его содержания. Соединяются воедино три основных элемента правопонимания: надлежащее установление права, его социальная действенность и правильность содержания139. Право начинает мыслиться не только с позиций сущего, но и должного, что ориентирует правоприменителя на достижение общесоциальных целей, общего блага. Ужасы Второй мировой войны, легализованное человеконенавистническое варварство фашизма, выразившееся в законодательстве нацистской Германии и ее сателлитов, доказали ошибочность отказа от идей естественно-правовой доктрины, основывающейся на «соединительном тезисе», предполагающем, что позитивное право должно быть концептуально связано с моральными ценностями, как справедливость и общее благо. Названный тезис свидетельствует, что существует «высшее право» (high law), и если закон ему не соответствует, то такой закон не является проявлением права (lex injusta non est lex)140.

Ю.В. Романец в этой связи указывает, что право проистекает из источника справедливости, поэтому оно по определению не должно быть несправедливым. Положительный закон должен предусматривать такие права, обязанности и запреты, которые способствуют реализации естественного права и препятствуют его нарушению. Несправедливая юридическая норма не имеет ничего общего с правом, поскольку берет начало из чуждого для него источника141.

Представляет интерес позиция В.Д. Зорькина, отмечающего, что с позиций классического позитивизма право характеризуется как совокупность принятых государством законов, однако, «…по существу закон есть форма права. С аксиологической и онтологической точек зрения право, как норма свободы, выраженная в равенстве, или справедливости, не тождественна закону. Регулирование социальных отношений на основе права как нормы свободы…резумируется в наиболее обобщающем принципе такого регулирования, а именно в верховенстве права. Право как норма свободы, как масштаб равенства и справедливости в политическом обществе, является сущностным содержанием закона. Закон есть наиболее цивилизованная форма права. Право возводится в форму закона. Поэтому верховенство права и верховенство закона также не тождественные, хотя и взаимосвязанные понятия»142. Именно такое правопонимание и создает теоретические предпосылки для выявления начал и принципов правового регулирования, например, как это происходит в практике Европейского суда справедливости или Европейского суда по правам человека. Вызывает интерес и то обстоятельство, что Конституционный Суд РФ, опираясь на принцип верховенства права и в целях максимального учета социальной реальности, социального контекста выносимых решений, т.е. «живой конституции» словами В.Д. Зорькина, сформулировал целую систему основополагающих принципов российского права, например: баланса интересов; соразмерности и пропорциональности; справедливости; поддержания доверия граждан к закону и действиям государства; правовой определенности и разумной стабильности правового регулирования; предсказуемости законодательной политики и т.д.

В этой связи заслуживает внимания доктрина судебного конституционализма, разрабатываемая Н.С. Бондарем. Названная доктрина как раз и направлена на утверждение верховенства права, как нормы свободы и справедливости и обеспечения прямого действия «живой конституции». Как отмечает названный автор, «свою полноту верховенство права приобретает тогда, когда сам закон оказывается в подчинении правовым целям и ценностям и заключает в себе не любое произвольное, но правовое содержание, а само право воплощается в законе как в необходимом источнике своего существования»144. Сам же судебный конституционализм автор понимает как политико-правовой режим судебного обеспечения верховенства права и прямого действия

## Справедливые начала размера преддоговорной ответственности

Рассмотренные философские концепции непосредственно влияют на цивилистику. В юридической доктрине и правоприменительной практике стран запада при рассмотрении вопроса о справедливости договора внимание фокусируется на двух аспектах: во-первых, что предшествовало заключению договора, в частности, анализируются опыт и особые характеристики участников договора, процесс переговоров и т.д. Во-вторых, анализируются непосредственно условия самого соглашения. Первый из названных аспектов обозначается, как процедурная (procedural) справедливость, второй – материальная (substantive), реальная справедливость300.

Традиционно, судебная интервенция в договор осуществляется именно после установления наличия процедурной несправедливости (procedural unfairness). Как в этой связи отмечает Анна Маклеан, что при рассмотрении договора на предмет его справедливости часто высказывается позиция о необходимости анализировать не только сам текст договора, но и процесс переговоров, характер и опыт его участников, а также все обстоятельства, связанные с его заключением. Таким образом, происходит расширительная трактовка категории «договор»301. Данная концепция договорной справедливости имеет свои идеологические корни в классической либеральной традиции в стиле учения Джона Локка, выразителем которой, по сути, является упоминаемый Роберт Нозик.

Вышеизложенное можно проиллюстрировать и примером из отечественной судебной практики, что свидетельствует о растущем влиянии иностранного опыта на развитие правоприменения в России. Так, индивидуальный предприниматель обратился с иском к банку об изменении кредитного договора путем исключения из него положения, устанавливающего право банка в одностороннем порядке по своему усмотрению и без объяснения заемщику причин отказать в выдаче кредита либо выдать кредит в меньшем размере, по своему усмотрению и без объяснения причин увеличивать размер процентов за пользование кредитом, а также сокращать срок возврата кредита.

Первоначально ему было отказано со ссылкой на п.3 ст. 428 ГК РФ. Однако суд кассационной инстанции пришел к выводу, что у предпринимателя отсутствовала фактическая возможность влиять на содержание условий кредитного договора, поэтому он принял условия кредита путем присоединения к предложенному договору в целом, в том числе с учетом оспариваемых условий. Следовательно, к спорному договору могут быть по аналогии закона (статья 6 ГК РФ) применены положения пункта 2 статьи 428 ГК РФ. При этом тот факт, что в договоре имелись и условия, согласованные сторонами индивидуально (сумма кредита, сроки возврата и т.п.), не препятствует применению пункта 2 статьи 428 ГК РФ к тем положениям кредитного договора, в отношении которых заемщик был вынужден принимать навязанные ему условия.

Суд признал, что положения кредитного договора, об исключении которых просил истец, содержат явно обременительные условия для присоединившейся стороны, которые она, исходя из своих разумно понимаемых интересов, не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора. Спорные положения договора не соответствуют принципу добросовестности в коммерческой деятельности, они явно обременительны для заемщика, поэтому существенным образом нарушают баланс интересов сторон кредитного договора, так как предоставляют кредитору возможность в одностороннем порядке изменять согласованные сторонами условия договора, которые являются существенными для договоров такого вида. Суд также отметил, что в договоре не предусмотрена возможность заемщика, несогласного с изменением условий кредитования, без согласия кредитора досрочно возвратить кредит на прежних условиях и тем самым прекратить отношения с банком, напротив, досрочный возврат кредита по инициативе заемщика договором запрещен302.

Анализ данного дела показывает, что суд, установив наличие процедурной несправедливости, перешел к рассмотрению условий договора (материальный критерий) и в целях восстановления справедливого баланса осуществил вторжение в договор, изменил его явно обременительные условия. Сторонникам «индивидуалистической» цивилистики может показаться, что такая позиция суда противоречит закрепленному в ст. 1 ГК РФ принципу гражданского законодательства, как недопустимость произвольного вмешательства в частные дела. Однако как верно отмечает А.Я. Рыженков, невмешательство в частные дела не является универсальным принципом гражданского права, поскольку, невмешательство в частные дела может вступать в противоречие с общественными интересами. Названный автор допускает его ограничение с позиций принципа пропорциональности и соразмерности303. Ссылкой на общеправовой принцип соразмерности и пропорциональности вводимых ограничений, оправдывает вмешательство в частные отношения и Конституционный Суд РФ304. Необходимо отметить, что критерий соразмерности и пропорциональности является проявлением справедливости305, поэтому в указанном деле суд основывался на сверхимперативном начале справедливости.

Рассмотренная позиция российского суда во многом схожа с идеей «неравенства преддоговорных позиций» контрагентов (inequality of bargaining power), сформулированной Лордом Деннингом. Ее применение, в том числе, позволяет блокировать несправедливые условия договоров. Как указывал названный судья в решении по делу Lloyds Bank Ltd v. Bundy [1975] 1 QB «неравенство преддоговорных возможностей является принципом, который применяется в ситуациях когда договор заключается на явно несправедливых условиях либо направлен на передачу собственности в обмен на не адекватный эквивалент, когда преддоговорные возможности явно ослаблены в силу нужды или незнания, соединенной с недолжным влиянием или воздействием»3

## Справедливые начала возмещения чистых экономических потерь

Позиция названных авторов, критикующих классический подход к договорной ответственности, породила оживленную дискуссию, однако, концептуально, сложившийся статус-кво остался ненарушенным.

Так, в этой связи представляет интерес Проект реформирования обязательственного права (P. Catala (dir.) Avant-projet de reforme du droit des obligations et dela prescription)471, поскольку согласно ст.ст. 1340, 1363-64 Проекта основанием договорной ответственности является неисполнение договорного обязательства и только форс-мажор рассматривается в качестве общего основания для освобождения от ответственности (ст. 1349 Avant-Projet). Вина непосредственно установлена лишь как условие деликтной ответственности. Однако Avant-projet сохраняет классическое деление обязательств на две группы: obligations de moyens и obligations de resultat (ст. 1149 Avant-Projet). Форс-мажорные обстоятельства являются пределом ответственности для последней группы обязательств, тогда так как для первой ответственность, по сути, остается виновной, поскольку за неисполнение данных обязательств должник может быть привлечен к ответственности, если только он не проявил должной заботливости и осмотрительности, которая требовалась от него в данных обстоятельствах (ст.ст. 1149, 1364 Avant-Projet).

Таким образом, рассматриваемый проект реформирования обязательственного права (Avant-Projet Catala) свидетельствует о поэтапном расширении сферы строгой (безвиновной) договорной ответственности, а также объективизации в понимании самой вины. Однако, как отмечает С. Рован, совершенно очевидно, что вина еще долгое время будет рассматриваться цивилистами в качестве условия договорной ответственности472.

Для целей настоящего исследования представляют интерес подходы немецкой цивилистики применительно к проблемам виновной и безвиновной ответственности за нарушение договора.

Как отмечается в литературе, принцип виновной ответственности имеет аксиоматический характер для германского права473. Так, в соответствии с п.1 ст. 276 ГГУ должник отвечает за умысел и неосторожность, если более строгая или более мягкая ответственность не установлена либо не вытекает из иного содержания обязательства, в особенности из предоставления гарантии или из риска приобретения определенного предмета. Согласно ст. 1295 Всеобщего ГК Австрии каждый вправе требовать от причинителя возмещения вреда, если он ему виновно причинил. Вред может быть причинен вследствие нарушения обязанности по договору или безотносительно какого-либо договора.

Таким образом, по общему правилу, вина является необходимым условием ответственности за нарушение договора по гражданскому законодательству Германии и Австрии, что обусловлено, как указывает Канарис очевидным этическим превосходством принципа виновной ответственности474.

Однако такая вина является презумируемой в случае нарушения договорного обязательства. Поэтому должник обязан доказать отсутствие своей вины в целях освобождения от ответственности. В цивилистической литературе такое распределение бремени доказывания обосновывается тем, что соответствующие обстоятельства, связанные с вопросами несения ответственности, находятся в сфере должника, поэтому представляется более справедливым возлагать бремя доказывания отсутствия вины на должника, чем доказывание ее наличия на кредитора. Таким образом, договорная ответственность в германском праве содержит в себе гарантирующие элементы, поэтому должник, оказавшийся неспособным доказать отсутствие своей вины будет, по сути, нести строгую ответственность475.

Такое обоснование принципа презумируемой вины свидетельствует, что в его основе лежат начала корректирующей и дистрибутивной справедливости, направленные на справедливое и эффективное возмещение и распределение убытков, возникающих при нарушении договорного обязательства. Указание на наличие гарантийных элементов в содержании договорной ответственности означает сближение германского подхода с англо-саксонским.

Непосредственно на презумпцию вины в ГГУ указывается в п.1 ст. 280, согласно которому если должник нарушит свою обязанность, вытекающую из обязательства, кредитор вправе потребовать возмещения вызванного этим ущерба. Это предписание не применяется, если должник не отвечает за нарушение.

Еще более четко презумпция вины установлена в ст. 1298 Всеобщего ГК Австрии, согласно которой тот, кто утверждает, что у него без его вины существовали препятствия для исполнения его обязанности, установленной законом или договором, должен это доказать.

Некоторые авторы обнаруживают еще ряд признаков современной договорной ответственности в германском праве, которые сближают ее с «гарантийной» договорной ответственностью, свойственной для англосаксонской правовой семьи. Так, вина в форме неосторожности буквально

Karl Riesenhuber. Damages for Non-Performance and the Fault Principle. – P. 12. [Электронный ресурс]. — URL: http: // ssrn.com/abstract=15011 определяется с позиций объективных социальных стандартов требуемого поведения. Например, согласно п.2 ст. 276 ГГУ лицо, которое пренебрегает необходимой в обороте заботливостью, действует неосторожно. В силу ст. 1297 ГК Австрии предполагается, что каждый кто владеет рассудком, способен к такой мере прилежности и внимательности, которая может быть применена при обычных способностях.

Из анализа названных норм видно, что законодатель Австрии и ФРГ определяет вину в форме неосторожности объективно, с позиций требуемых стандартов поведения. Общество диктует социальные стандарты требуемого заботливого и осмотрительного поведения для всех участников гражданских отношений, как бы вторгаясь в сферу приватных отношений. Как указывает Карл Рейзенгубер, суды применяя объективные стандарты при определении вины, указывают скорее на типичное, обычное знание и способности представителя определенного рода деятельности, чем на знания и способности конкретного индивида. Поэтому должник будет нести ответственность даже в том случае, если он непосредственно не мог в данной ситуации предвидеть и избежать нарушения договора. Обоснование данного подхода основывается на необходимости обеспечения стабильности и предсказуемости в гражданском обороте. Участники рыночных отношений должны быть уверены в том, что их контрагенты при исполнении своих обязательств будут действовать в соответствии с общими стандартами заботливого и осмотрительного поведения. Это свидетельствует о значительном компромиссе между концепциями виновной и безвиновной (гарантирующей) ответственности.