Договор как общеправовая ценность (к вопросу о генезисе юридической эпистемологии)

ГАДЖИЕВ Гадис Абдуллаевич, судья Конституционного Суда Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации
190000, Россия, г. Санкт-Петербург, Сенатская площ., 1
E-mail: ksrf@ksrf.ru

Договор как общеправовая ценность рассматривается автором с точки зрения юридической эпистемологии. Контракт — это юридический аспект экономических отношений обмена; это понятие относится к так называемым конститутивным. Юридическая норма о договоре является с точки зрения первичных концептуальных представлений о праве своего рода основной нормой. Ее появление связано с генеалогией основных деонтологических понятий долга и ответственности. Договор как социальный и научный феномен исследуется в статье *in statu nascendi* (в стадии становления). Автор критически оценивает одну из идей вульгарного материализма об абсолютной детерминированности договоров как юридической формы так называемым материальным (экономическим) базисом, доказывая, что основы договорного права производны от метафизики Аристотеля, этических концепций Фомы Аквинского и в почти неизменном виде, особенно имея в виду волевую теорию, созданы представителями испанской и северной школ естественного права.

Для анализа сложившейся в России экономической системы важно различать две модели экономической системы: основанную на свободе договора и созданную на идее статусов, когда рыночная экономика оказывается в подчинении различных неэкономических институтов. Таким образом, обосновывается важнейшее значение для подлинно рыночной экономики принципа свободы договора.

Ключевые слова: договор, конститутивные нормы, принцип свободы договора.

Contract as a General Legal Value (on the Genesis of Legal Epistemology)

G. A. GADZHIEV, judge of the Constitutional Court of the Russian Federation, doctor of legal sciences, professor, honored lawyer of the Russian Federation
1, Senatskaya sq., St. Petersburg, Russia, 190000
E-mail: ksrf@ksrf.ru

A contract as a general legal value is considered in the article from the point of view of legal epistemology. The contract is a legal aspect of economic relations of an exchange, this concept belongs to number of so-called constitutive. The legal rule on the contract is, from the point of view of the primary conceptual concepts of law, a kind of basic rule. Its appearance is connected with the genealogy of the basic deontological concepts of duty and responsibility. The contract as a social and scientific phenomenon is studied in the article *in statu nascendi* (in its infancy). The author critically assesses one of the ideas of vulgar materialism about the absolute determinism of contracts as a legal form of the so-called material (economic basis), proving that the foundations of contract law derived from the metaphysics of Aristotle, ethical concepts of Thomas Aquinas and almost unchanged, especially bearing in mind the strong-willed theory, were created by representatives of the Spanish and Northern schools of natural law.

To analyze the current economic system in Russia it is important to distinguish between two models of economic system: based on freedom of contract and based on the idea of statuses, when the market

economy is subordinated to various non-economic institutions. Thus, the fundamental importance of the principle of freedom of contract for a truly market economy is justified.

Keywords: contract, constitutional norms, principle of freedom of contract.

DOI: 10.12737/art_2019_1_1

1. Сергей Никитович Братусь обращал внимание на то, что правовым выражением эквивалентности и возмездности в товарно-денежных отношениях является юридическое равенство товаровладельцев¹. Развивая эту идею, А. Г. Быков писал, что при наличии эквивалентно-возмездного характера обмена товара и юридическом равенстве самостоятельных, имущественно обособленных товаровладельцев акты обмена не могут совершаться иначе как по взаимному соглашению сторон, т. е. по договору. Вещь, произведенная в качестве товара, предопределяет, каким должен быть акт обмена: он должен основываться на свободе волеизъявления товаровладельцев. Поэтому договор как правовая категория является и порождением, и проявлением внутренних свойств товара, а это эквивалентно-возмездный обмен на основе волеизъявления товаровладельцев, ибо товар только тогда является таковым, когда он выступает как продукт, предназначенный для обмена².

В конечном счете юридическая форма (и норма) договора предопределяется объективно необходимыми для существования общества и его воспроизводства имущественными отношениями обмена, являющимися разновидностью социальных отношений. В современной постклассической теории права принято выделять свойственные каждому обществу юридические нормы, которые обеспечивают процесс воспроизводства общества. Это конститутивные для экономики, политики интеракции, из которых складывается общ-

ность людей, нормы, без которых эти общественные отношения (интеракции и их ментальные образы) не могут нормально функционировать³. На эту исключительную важность конститутивных норм указывал и выдающийся социолог К. Маркс: «Чтобы данные вещи могли относиться друг к другу как товары, товаровладельцы должны относиться друг к другу как лица, воля которых распоряжается этими вещами: таким образом, один товаровладелец лишь по воле другого, следовательно, каждый из них лишь при посредстве одного общего им обоим волевого акта, может присвоить себе чужой товар, отчуждая свой собственный... Это юридическое отношение, формой которого является договор, — все равно закреплён ли он законом или нет, — есть волевое отношение, в котором отражается экономическое отношение. Содержание этого юридического или волевого отношения дано самим экономическим отношением»⁴.

2. Договор является общеправовой ценностью. Возможно, кто-то воспринимает это утверждение в качестве научной гипотезы. Полагаю, что, скорее всего, это аксиома, и прежде всего потому, что те обстоятельства, при которых возникло юридическое понятие договора, т. е. генеалогия понятия, способны внести солидный вклад в историю юридического познания — в тот раздел философии права, который называется юридической эпистемологией, или концептуальной юриспруденцией. Безусловно, договор относится к числу самых древних понятий права, из этого юридиче-

¹ См.: Братусь С. Н. Предмет и система советского гражданского права. М., 1963. С. 52—53.

² См.: Быков А. Г. План и хозяйственный договор. М., 1975. С. 7, 9.

³ См.: Честнов И. Л. Постклассическая диалогическая онтология права // Постклассическая онтология права. СПб., 2016. С. 140.

⁴ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 23. С. 94.

ского семени выросло древо современной юриспруденции и публично-правовых доктрин. Юридическая норма о договоре как о соглашении, основанном на взаимной воле, является основной нормой в праве, и, конечно, этот смысл отличается от основной нормы в доктрине Г. Кельзена, которую он признавал фикцией, поскольку она предполагает фиктивный акт волеизъявления, устанавливающий эту норму. Не случайно в учении о естественном праве договор — основа всех прав, решение главной проблемы индивидуалистической философии права: как сделать так, чтобы право служило исключительно индивидам и в то же время могло обязывать их⁵.

3. Юридическая норма о договоре появилась из практики отношений, возникающих в ходе обмена. Она является превращенной формой обычаев обменных операций. Юридический концепт действительности как первая примитивная юридическая картина мира возник в процессе трансформации обычаев в то, что позднее стали называть *jus* (право).

Ф. Ницше утверждал, что купля-продажа совместно с их «психологическими придатками» старше, чем начатки каких-либо общественных форм организации и связей. Создавать цены, измерять ценности, выдумывать эквиваленты означало выменивать. Этот процесс в такой степени занимал мышление древнего человека, что в известном смысле это и было первоначальными формами юридического мышления. Из наиболее зачаточной формы личного права зреющее чувство мены, договора, долга, права, обязательства было перенесено на наиболее грубые и первоначальные общественные комплексы⁶.

К. Поланьи точно подметил: основная причина того, что в родовых (примитивных) обществах эконо-

мика не проявляет себя как механизм, единое целое — отсутствие в нем количественного начала и всеобщего эквивалента⁷.

Общество стало выступать по отношению к своим членам в том же качестве, в котором кредитор относится к своим должникам. Живя в обществе, человек пользуется преимуществами общественной жизни, находится в безопасности, не опасаясь насилия и враждебности, чему он подвергается вне общества. Если же кто-то проявляет агрессию и враждебность по отношению к заведенным порядкам, то общество превращается в «обманутого кредитора», который найдет способ заставить уплатить за этот вред. Преступник является по отношению к обществу нарушителем договора (обязательства), что и влечет обязательство по возмещению вреда. (Как известно, в древнем праве не было представлений о преступлении, об уголовном праве.)

Понятие оценки (возможность превратить человека в существо, поддающееся оценке) рождалось долго и мучительно, но именно оно предшествует как обычаям обмена, так и юридическим нормам о договоре. По сути, пишет Ницше, это и есть «длинная история происхождения ответственности»⁸.

Общества людей проделали огромную работу над тем, что Ницше называл «нравственная пристойность». По сути, общество воспитывало биологическое существо, которое сначала мало чем отличалось от животного, умению и способности обещать. Это было условием того, чтобы «сделать человека предварительно до известной степени нужным, однородным, равным между равными, правомерным и, следовательно, поддающимся учету (оценке)»⁹.

⁵ См.: Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 161.

⁶ См.: Ницше Ф. Генеалогия морали. СПб., 2013. С. 68.

⁷ См.: Поланьи К. Аристотель открывает экономику // Истоки. Экономика в контексте истории и культуры. М., 2004. С. 22.

⁸ Ницше Ф. Указ. соч. С. 53.

⁹ Там же.

Представления о юридической ответственности являются результатом длительного процесса долговой ответственности. Он обстоятельно описан И. Колером¹⁰.

Договор — это обещание, данное должником кредитору. Потребовались сотни лет для того, чтобы выработать у должника стереотип должного, ответственного поведения. То, что это был непростой процесс, доказывает та жестокость, мучительность, к которой прибегало человечество, чтобы создать идею о святости предоставить должное. В случае неуплаты, непредоставления должного залогом кредитору служили личность и тело должника. Кредитор мог подвергнуть тело должника всевозможному позору и пыткам, например отрезать часть его плоти соразмерно размеру долга. Этот юридический резец жестокой ответственности является нервом пьесы В. Шекспира «Венецианский купец». В древности действовал принцип: кто не имеет денег, отвечает собственной кожей, — и об этом идет речь в пьесе.

Ницше не без основания утверждал, что мир нравственных понятий «долг», «совесть», «обязанность», «святость обязанности» имеет свой источник в сфере долгового, договорного права, корни его, как корни всего великого на земле, основательно и долгое время орошались кровью.

Основное нравственное понятие «долг» ведет начало от весьма материального понятия «долги»¹¹.

Мысль с виду столь простая, естественная, которая служила объяснением того, как вообще возникло на земле чувство справедливости, — «преступник заслуживает наказания, потому что он мог бы поступить иначе», — на самом деле представляет собой возникшее позже юридическое суждение. На протяжении длительной

истории человечества наказывали не потому, что считали преступником, ответственным за свой поступок, т. е. не исходя из предположки, что только виновный заслуживает наказания. Напротив, дело происходило так, как теперь родители наказывают детей из-за причиненного вреда или просто срывая на них злобу. Но гнев этот, однако, умиряется и сдерживается идеей, что всякий ущерб в чем-либо имеет свой эквивалент и действительно может учитываться хотя бы ввиду боли, причиненной и нанесшей вред ребенку.

Это глубокая идея, возникающая у человечества очень давно — идея эквивалента ущерба и боли. Источником ее — в договорных отношениях между кредитором и должником. Вслед за ней появилась идея *persona*, т. е. субъекта права.

Логика юридического конструирования юридического мира привела к тому, что, как заметила В. В. Лапаева, «тогда, когда мы максимально абстрагируемся от внешних характеристик человека и рассматриваем человека в его наиболее абстрактном, сущностном выражении, т. е. как существо, наделенное (в силу своей разумности) свободной волей, сфера равенства между людьми приобретает всеобщий характер, и отношения между людьми приобретают всеобщий характер, а отношения между ними становятся общезначимыми. Форму отношений между людьми как абстрактными лицами мы называем правом, сами эти отношения — правовыми отношениями, а людей, выступающих в своих наиболее абстрактных проявлениях, лишенных каких-либо фактических социобиологических особенностей, называем формально равными друг другу субъектами права, т. е. лицами, обладающими равной правоспособностью»¹².

¹⁰ См.: Колер И. Шекспир с точки зрения права (Шейлок и Гамлет). М., 2006.

¹¹ Ницше Ф. Указ. соч. С. 58.

¹² Лапаева В. В. Правовой принцип формального равенства // Журнал российского права. 2008. № 2. С. 75.

Так появился первый всеобщий либеральный принцип формального равенства, в силу которого право определяет свободу в ее четко очерченных границах (Б. Н. Чичерин. «Философия права»). Это уже потом — в Новое время либерализм сформировался как «последовательная, всеобъемлющая метафизическая система», включающая такие принципы, как конкуренция (не только в экономической сфере, но и в области духовной конкуренции идеи, политической (конкуренции партии))¹³.

Генезис права является процессом превращения первоначальной (доправовой) социоприродной нормативности в правовую нормативность, определяемую культурно-историческим контекстом человеческого существования.

Социальный порядок определяется собственными правилами, которые заключены в нем самом до процессов позитивации или превращения в правопорядок. Юридическое качество лиц, вещей и действий заключено в самих лицах, вещах и действиях. Превращение юридического отношения в правовое отношение фиксирует переход от фактического нормативного порядка отношений к политико-правовому порядку или нормативному порядку в узко формальном смысле данного понятия.

Базовый концепт классической римской юриспруденции *ex facto oritur jus* не только выражает очевидный момент практики правообразования, но и заключает в себе фундаментальный феноменологический смысл: юридическое начало правообразования заключено в самом факте социального общения¹⁴. Превращение фактически сложившейся нормативности в виде обы-

чаев оборота в юридическую нормативность сопровождалось прорывом вперед в юридическом познании. Доправовая нормативность отличается от юридической прежде всего тем, что она использовала слова языка в их обычном бытовом значении. *Res* — это были видимые, осязаемые предметы материального мира, которыми можно было обмениваться. Но затем произошла метаморфоза слов — они превратились в юридические понятия, смысл которых гораздо шире, чем у тех слов, которые по-прежнему обозначали эти понятия. *Res* — это не только материальная вещь, но и вещь бестелесная, потом появились *res sacra* (т. е. человек), *res publica* (вещь общая). Обычные слова в юридическом мире превращаются в метафизические, абстрактные и фиктивные понятия. Латинское слово *persona*, которое первоначально означало театральную маску, стало означать маску юридическую, с помощью которой человек превращается в субъект права и попадает в юридический мир. Латинское слово *action* первоначально означало какой-либо поступок или действие человека, затем — иск, способ защиты нарушенного права. Полисемантичность становится одним из существенных признаков юридического языка. Изменения юридического языка, на котором говорит та или иная историческая эпоха, — это изменение юридического познания действительности. Появление научного юридического языка, языка понятий означало появление первых научных знаний. Цивилистика заложила основание теории права¹⁵.

Метаморфозы слов латинского языка объясняют, что означает *ex facto oritur jus*, — «из фактов возникает право».

Значительно позже юридическая наука осуществила юриди-

¹³ См.: Шмитт К. Духовно-историческое состояние современного парламентаризма // Шмитт К. Политическая теология: сб. Пер. с нем. М., 2000. С. 187.

¹⁴ См.: Веденеев Ю. Грамматика правопорядка. М., 2018. С. 108—109.

¹⁵ См.: Красавчиков О. А. Категории науки гражданского права. Избранные труды. Т. 1—2. М., 2005.

ческую систематизацию юридических понятий. Появление трихотомии — т. е. разделение на три части, знаменовало появление научной системы. Как в физическом мире есть человек, вещи, поступки человека, в учебниках римского права стали проводить различие между юридическими нормами, относящимися: 1) к субъектам права — лицам, 2) к вещам — объектам действий и 3) к правовым действиям (action). Договор нашел себе весьма почетное место в первой институциональной научной системе.

Итак, договор — это понятие равенства, исходное понятие, с которого началось формирование первого в истории юридического концепта, с этого момента начинается история концептуальной юриспруденции.

Равенство фактическое, которого нет, заменено юридическим фиктивным или абстрактным равенством. Следовательно, оказались равными между собой, как писал Г. Радбрух, власть имущий и безвластный, собственник и тот, кто ее не имеет, слабый инвалид и могущественное профессиональное объединение¹⁶.

Без этого формального равенства было бы немыслимо частное право, так как частное право — это область уравнительной справедливости, возникшее в силу обмена равными результатами экономической деятельности. Результаты обмена только тогда равны, когда формально равны субъекты, обменивающиеся ими. И тогда потребовалось биологических людей преобразовать в фиктивное понятие лица. Причем понятие лица как понятие, отражающее юридическое равенство, оказалось объективно-повторяющимся в праве разных народов. Это не только рецепция, не простое заимствование чужого правового опыта, а явление более глубокое, свидетельствующее об общих для человечества социальных предпо-

сылках появления права и юриспруденции.

Равноправие, равная правоспособность — вот что составляет сущность лица (persona), и это не свойственно биологическому человеку. Наряду с биологическими свойствами у человека стали появляться юридические свойства.

Как система изучения геометрии у Евклида напоминает расправляющуюся гибкую спираль, так и юриспруденция как наука выросла из понятия юридического равенства и договора. Напомню, что исходным понятием в геометрии является точка, расстояние между двумя точками в пространстве порождает понятие линии, три или более линии в определенной конфигурации образуют геометрические фигуры. Идея юридического равенства, выраженная в понятии договора, — это те же точки для юриспруденции, как и для геометрии.

Искусственность юридического понятия равенства, лица — вот семя, из которого выросло мощное дерево юриспруденции. Но так ли уж фиктивно это юридическое понятие договора? Является ли оно просто плодом богатого воображения человека, которое породило кентавров, Бабу Ягу и т. д., или же у юридического равенства были социальные предпосылки, своего рода противоправовые представления в виде уже сложившихся социальных отношений по обмену товарами, которые еще не были товарами, а только продуктами, представляющими собой меновую ценность?

Нет, конечно, сначала возник опыт социального общения, социальные отношения, фактичность, которую произвело право, как Минерва появилась из головы Зевса! *Ex facto oritur jus!*

Замечу, что в римской мифологии Минерва (в греческой мифологии Афина) является богиней мудрости, знания и справедливости. Так что появление мифа о рождении Минервы не лишено смысла, он

¹⁶ См.: Радбрух Г. Указ. соч. С. 147.

символичен. Как известно, любимая дочь Зевса и Метиды, богини разума, была рождена им самым удивительно изощренным способом. У Метиды должны были родиться дочь и сын необычайного ума и силы. Почувствовав себе угрозу, Зевс проглотил Метиду, но через некоторое время почувствовал страшную головную боль и тогда приказал Гефесту разрубить себе голову, и из черепа явилась в полном вооружении и шлеме с копьем и щитом Афина Паллада (Минерва). Вот уж действительно — «знания — сила»!

4. Так появились первые научные юридические идеи. Вне всякого сомнения, они находились под сильным воздействием меняющихся философских концептов и практик рыночного оборота. Трудно ответить на вопрос: какой фактор является более влиятельным — идеологический или экономический? Прав ли был К. Маркс, когда отдавал безусловный приоритет последнему? На известной картине Рафаэля «Афинская школа» стоящий справа Платон (с лицом Леонардо да Винчи) указывает пальцем вверх, на мир идей, парящих в эфире, а Аристотель, стоящий слева, материалист, показывает на землю. Попробуем ответить на основной вопрос философии на примере развития научных представлений о договоре.

В римском праве отсутствовали развернутые доктрины договора. Античному римскому праву было известно прецедентное право обычных и формальных обещаний: *contractus* — договоры, пользующиеся исковой защитой, и *stipulationes* — стипуляции, устанавливающие обязательства. Были еще *pactum* — пакты, не пользующиеся исковой защитой. Но единого договорного права не было. И только в канонистике позднего Средневековья появилась научная идея о том, что все договоры, если только основание для их заключения было очевидным, должны исполняться. Появилось знаменитое выраже-

ние “*pacta sunt servanda*” (договоры должны исполняться).

Ученые-легисты параллельно разработали доктрину об оговорках: договоры с оговорками всегда обязательны, если обстоятельства между заключением договора и моментом его исполнения не изменяются коренным образом (*clausula rebus sic stantibus*).

Идея договора с его свободой и отторжением агрессивного насилия оказалась настолько завораживающей, что овладела умами не только юристов и литераторов, но и теологов и философов.

Идеей о политической природе человека Аристотель объяснял один из канонов естественного права — о жизни человека в обществе себе подобных. Но почему сложился этот постулат? Конечно, основную роль в объяснении играют соображения безопасности, а также определенные антропологические предпосылки (взаимозависимость мужчин и женщин, господ и рабов, старых и молодых). В интересах объяснения природы договора обратим внимание на замеченный Аристотелем моральный принцип — принцип взаимовыгоды при жизни в социуме, т. е. основополагающую для права идею о справедливом (эквивалентном) обмене. Решающим аргументом, объясняющим рациональность такого обмена, является то, что у Аристотеля речь идет не о произвольной, возможно, даже односторонней выгоде, а о выгоде для всех — благодаря чему критерий этот приобретает свое моральное качество¹⁷.

Аристотель в «Никомаховой этике»¹⁸ не случайно писал о том, что пропорция обмена должна быть такой, чтобы она могла поддерживать

¹⁷ См.: Хеффе О. Мораль, лишенная морали: к этике современной политики // Политическая философия Германии. М., 2005. С. 291.

¹⁸ См.: Никомахова этика. V1133 б, 1133 б 8. Аристотель. Соч.: в 4 т. Т. 4. М., 1984.

отношения в сообществе. Руководящим принципом при этом опять-таки должны быть не интересы индивидов, а публичный интерес (общее благо). Главное, чтобы в обществе не нарушилась взаимность и сообщество сохранилось. Следовательно, основная частная норма права таит в себе и идею защиты публичного интереса! Эта мысль Аристотеля позволяет уточнить упрощенные юристами представления великого философа о соотношении публичных и частных интересов: их не надо очевидным образом противопоставлять друг другу.

Полезно обратить внимание, что до XVIII—XIX вв. в договорном праве не было значительных теоретических концепций. До XIX в. английское договорное право было структурировано не посредством общих концепций о договоре, а только признанием того, что есть различные виды исков (таких как *trespass* и *assumpsit*). Римское право содержит множество конкретных норм, несколько общих изречений, но в нем не было систематизированных доктрин.

Английский историк права Мэйтлэнд считает, что английские судьи, которые создали различные виды исковых требований, не имели каких-либо научных концепций договорного права.

Когда же началось его научное осмысление? Л. С. Мамут высказал мнение, что с начала XIX в. «под флагом юриспруденции стала выступать легистика — позитивистская наука о законодательстве, основанная на метафизике»¹⁹.

Задолго до этого, в XVI в. небольшая группа теологов и юристов из Испании предприняла попытки синтезировать юридические тексты римских юристов с моральной теологией Фомы Аквинского²⁰. Фунда-

ментальные доктрины договорного права, с которыми мы сейчас знакомы, являются упрощенным вариантом того синтеза, который был достигнут ими. Незадолго до рождения Фомы Аквинского (в XIII в.) для читателей в некоторых европейских странах стали доступны работы Аристотеля по метафизике, этике, политике. По сути, это Фома Аквинский «окрестил» Аристотеля, достигнув синтеза между греческой философской традицией, которую представляет собой Аристотель, и религиозной традицией христианства.

В XVI в. и в начале XVII в. эту работу продолжила группа теологов и юристов, известных в истории права как «поздние схоласты», или «испанская школа естественного права», основными представителями которой были Ф. де Витория, Д. Коваррубиас, Д. де Сото, Л. де Молина. Эти ученые объясняли конкретные нормы римского права с позиции аристотелевских и томистских принципов.

В XVII—XVIII вв. доктрины поздних схоластов стали популярны благодаря усилиям представителей северной школы естественного права — Г. Гроция, С. Пуфендорфа и Ж. Байберака. Работы этих ученых настолько повлияли на Ж. Домата и Р. Потье, что следы этого влияния можно обнаружить и в современных кодификациях гражданского права.

Составители Кодекса Наполеона заимствовали почти все положения о договорах из труда Потье и Домата, причем позднее эти идеи были объявлены «волей законодателя». Так возникла существующая и сейчас юридическая фикция воли. Доктрины ученых-юристов XIX в., работающих в традиции общего права и континентального гражданского права, оказались востребованными в XX в., они распространились по всему миру, так что сейчас и Китай воспринял идеи европейского договорного права.

Для чего понадобилось столь подробно углубляться в историю развития договорного права?

¹⁹ Мамут Л. С. Юриспруденция и легистика // Юриспруденция XXI века: горизонты развития. СПб., 2006. С. 7—23.

²⁰ См.: Gordley J. The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. Oxford, 1993. P. 3.

Влияние научных доктрин прошлых веков на современное гражданское законодательство вызовет удивление у ученых-юристов, следующих традиции марксистско-ленинского детерминизма права, которые пытаются объяснить любые изменения в договорном праве исключительно экономическими факторами. Однако основные изменения в договорном праве оказываются не столь тесно связаны с экономикой. В статье Симпсона «Иновации в договорном праве в XIX веке»²¹ показано, что основные доктринальные идеи, которые были восприняты юристами стран общего права, заимствованы или генеологически связаны с трудами Гроция, Пуфендорфа, Домата, Потье.

То, как развивались доктрины договорного права, многое объясняет. Юридическое познание развивается по собственным законам, в нем генеалогия юридических идей играет, пожалуй, большую роль, чем какие-либо изменения в экономических отношениях.

В первоначальном виде основные доктрины договорного права находятся в зависимости от метафизики Аристотеля и этических концепций Фомы Аквинского о ценностях и о сущности (природе) вещей.

К примеру, при заключении договора происходит использование ценности свободы, посредством которой один обогащает другого, либо ценности справедливости, посредством которой происходит обмен вещей одинаковой ценности. Каждый вид договора имеет свою природу или сущность. Моральные и метафизические идеи, которые используются в доктринах договорного права, стали предметом обсуждения Декарта, Гоббса, Локка и др. Самое поразительное то, что доктрины договорного права не сильно изменились под влиянием более современных философских систем. Та-

кие юристы, как Пуфендорф, Байберак, отвергали метафизику Аристотеля и моральную философию, восприняв различные познавательные структуры от своих современников-философов, но это обстоятельство повлекло очень незначительные изменения доктрин договорного права.

Они были окончательно переформулированы в XIX в., но без особо заметного влияния модных в то время философов — Бенгтама, Канта и др.

В области договорного права появилась так называемая волевая теория договора. Как писал Симпсон, воля сторон договора является своего рода основной нормой, которая объясняет многие конкретные юридические нормы, касающиеся договоров. А ведь это поздние схоласты обосновали фундаментальную идею о том, что заключение договора происходит благодаря соглашению сторон. Это они сформулировали общие доктрины влияния заблуждения, обмана и насилия на судьбу договора.

Заключение договора стало рассматриваться как проявление внутренней воли, а не как осуществление какой-то моральной цели (ценности). Стороны связаны только тем, что составляет содержание их воли, а не теми обязательствами, которые следуют из сущности или природы заключенного ими договора.

Современная философия создает лишь интеллектуальную среду, в которой концепт воли сторон договора оказывается вполне приемлемым.

В XX в. теория воли сторон договора оказалась в кризисе.

Как было отмечено, в области договорного права ученые-юристы XIX в. частично заимствовали более ранние юридические доктрины, т. е. они их сами не обосновывали. Они считали, что их целью является только толкование позитивного права. Но трудно применять позитивное право в тех случаях, когда имело место проявление воли

²¹ См.: *Simpson. Innovation in Nineteenth Century Contract Law // Law Quarterly Review. 1975. Vol. 91.*

сторон и ничего более. Позитивное право позволяет различать, есть ли выгода от обмена, и отграничить один вид договора от другого. Оно закрепляет обязанности сторон договора, зависящие от вида договора, который они заключили, даже если стороны прямо не желали наступления таких обязательств. Позитивное право порой освобождает пострадавших от несправедливой сделки, от обязательств, которые соответствовали их воле. Критики указывают на то, что теория воли сторон в таких случаях дает сбой, поскольку не позволяет объяснить эти аспекты договорного права. А на самом деле это те проблемы, которые поздние схоласты объясняли с помощью аристотелевского понятия сущности и добросовестности, которые были отброшены учеными XIX в.!

Экономические факторы стали очевидными лишь во второй половине XIX в. Капиталистическая экономика все больше становилась монопольной, появились крупные концерны, банки, и их появление ограничивало прежнюю свободу договора. Поскольку юридическая свобода договоров вела к фактическому неравенству сторон в социальной сфере, появилась необходимость восстановить свободу договора за счет ограничения юридической свободы договора. Возникли различные формы ограничений свободы договора законом путем введения норм о признании ничтожными определенных сделок, наделения судов полномочиями расторгать заключенные договоры и принятия других императивных норм²².

Постепенно цивилистика пришла к выводу, что ни теория воли частноправового договора, ни учение об ограничении сферы действия договорных обязательств

рамками реального воления его участников не являются необходимыми ни с точки зрения логики права, ни с позиции естественно-правового учения. Не воля обязывает, а закон, поскольку обязывающая сила договора только связана с волей, и эта связь осуществляется благодаря закону. Появилась нормативная теория договора, в связи с которой опять возникает дискуссия по поводу принципов философии права, таких как борьба между теориями воли и волеизъявления, в каких случаях приоритет должен отдаваться воле, а в каких — волеизъявлению. В этой борьбе сталкиваются интересы частной автономии и общественные интересы. Появились две противоборствующие концепции: 1) согласно индивидуалистическим концепциям договоры обязывают, с одной стороны, лишь в рамках воли, выраженной сторонами в договоре (теория воли), а с другой — всегда в рамках договорной воли (свобода договора); 2) общественно-правовые воззрения противопоставляют им два утверждения: а) договор мог бы обязывать не только в рамках воли, но и в той мере, насколько другая сторона доверяет волеизъявлению (теория волеизъявления); б) договоры не просто обязательны в рамках воли, они, напротив, могут быть и необязательны в той части, в какой они противоречат закону (ограничение свободы договоров).

Итак, одна из первоосновных юридических норм — норма о договорах была либеральной, поскольку предусматривала свободу воли сторон и отказ от агрессивного насилия. Однако изменения, произошедшие в рыночной экономике, — от обществ мелких товаровладельцев к крупным монополистическим структурам — привели к необходимости публикации договорного права.

5. В начале статьи упоминались так называемые конститутивные

²² См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. Т. 2. М., 1998.

для экономики, политики интеракции людей и нормы, их регулирующие, которые тем самым обеспечивают воспроизводство общества. Проблема их выявления, как пишет И. Л. Честнов, одна из насущных для теории права²³. Помимо ученых-конституционалистов к этому подключились экономисты, развивающие так называемую конституциональную экономику, в частности М. Олсон и лауреат Нобелевской премии в области экономики Дж. Бьюкенен. Последний заметил, что некоторые нормативные ограничения в поведении любого человека по отношению к другим, отказ от насилия, статус человека в части возможности его доступа к ресурсам, продуктам и услугам, а также сроки вступления этих норм в силу должны стать пунктами первостепенной важности в конституционном договоре. В противном случае нельзя серьезно думать о рыночной экономике. Следовательно, правовые нормы, верховенство права возникли как приоритет для широкого и систематического функционирования рыночной экономики, более того, они возникли как имеющие характер публичного блага, т. е. как блага, которое не могло быть произведено в условиях рынка²⁴.

Можно высказать предположение о наличии генетической связи между конститутивными социальными нормами и основными (конституционными) принципами.

Конституционные принципы не изобретаются людьми, они ими обнаруживаются, как и всякие объективно существующие законы — естественные, экономические. На объективную природу базовых правовых принципов обратил внимание Г. В. Мальцев, полагающий, что экономические законы и законы права относятся к сфере объективных за-

кономерностей социального развития²⁵.

«В сущности одна и та же реальная связь в обществе может быть часто охарактеризована и как экономическая, и как правовая. Познать экономический закон, — считает Г. В. Мальцев, — и закон права — это не два различных акта. Всякое научно добросовестное и точное исследование экономических требований общественного развития предполагает познание имманентных им юридических императивов, попытку сформулировать соответствующий данной ситуации закон права»²⁶.

Одним из таких конституционных принципов является принцип свободы договора²⁷.

В истории как юриспруденции, так и экономической теории заметны этапы, очень похожие по своему стремлению к автономности своей научной дисциплины. Это стремление к обособлению с помощью обоснования особенности как предмета изучения, так и применяемых методов научного познания объективно необходимо и полезно. Для юриспруденции стремление к автономизации юридического мира объяснялось в том числе желанием перестать быть служанкой богословия. Однако при их переходе на другую, более высокую ступень научного осознания действительности автономистские картины юридического и экономического мира представляются уже недостаточными. Образно выражаясь, это можно сравнить с переходом от черно-белого изображения к цветной фотографии и затем к стереоизображению действительности, когда появляется «третье измерение» — пространство. Экономическая наука

²⁵ См.: Мальцев Г. В. Социальная справедливость и право. М., 1977. С. 241.

²⁶ Мальцев Г. В. Указ. соч. С. 241.

²⁷ См.: Баренбойм П. Д., Гаджиев Г. А., Лафитский В. И., Май В. А. Конституционная экономика. М., 2006. С. 320—331.

²³ См.: Честнов И. Л. Указ. соч. С. 140.

²⁴ См.: Buchanan J. M. The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan. Chicago; L., 1975.

развивалась по той же гносеологической параболе, что и юриспруденция. В течение XVIII — XIX вв. она в качестве центра своих научных представлений рассматривала понятия «хозяйство», «экономическая жизнь» как якобы совершенно автономные феномены, существующие изолированно от других сфер социальной жизни — от права, этики, культуры в широком смысле.

Экономическая сфера стала автономной областью, которая функционирует по своим собственным законам только согласно научным представлениям, появившимся в XIX в. На это обстоятельство обратил внимание К. Поланьи, который заметил, что в силу своей природы процесс развития экономической системы от синкретичного состояния, от состояния включенности в общество превратился в состояние выделенности, в состояние автономности научных представлений об экономической системе. Это различие фундаментально для понимания современного общества.

Его социологическая основа была сначала сформулирована Гегелем в 1820-х гг. и развита К. Марксом в 1840-х гг. Его эмпирическое открытие в исторических терминах было сделано Г. С. Мейном в 1860-е гг. с помощью категорий *status* и *contractus*, заимствованных из римского частного права.

Г. С. Мейн доказывал, что современное общество строится на контракте (*contractus*), в то время как древнее общество покоилось на статусе (*status*). Статус устанавливается рождением — положением человека в семье — и определяет права и обязанности конкретного человека. В основе статуса лежат родство и институт усыновления; его роль сохраняется при феодализме и с некоторыми оговорками вплоть до эпохи гражданского равноправия, устанавливаемого в XIX в. Но уже в римском праве статус был постепенно заменен контрактом, т. е. правами и обязанностями, вытекаю-

щими из двусторонних договоренностей²⁸.

Так возникло понимание того, что статус доминирует там, где экономика включена в неэкономические институты, контракт же — характерный признак экономики как обособленной сферы общества, развивающейся по собственным законам, при том, что в обществе соблюдаются конституционные гарантии права собственности и свободы договора.

Контракт является юридическим аспектом экономического товарообменного отношения.

Как заметил К. Поланьи, неудивительно, что общество, которое основывает свою относительно автономную от публичной власти экономическую систему на идеях контракта и неприкосновенности собственности, должно иметь отделенную институционально и выделяющуюся мотивационно экономическую сферу обмена, а именно — реальный рынок (а не его имитацию). Экономическая система, которая основана на идее статусов, подчиняет рыночную экономику неэкономическим институтам либо власти, либо власти криминала, а иногда криминальной власти, символом чего и служит идея экономики статусов.

Экономический механизм в таком обществе неизбежно криминализируется, появляются такие явления, как «губернаторская» экономика и т. д. Экономический процесс институционально оформляется посредством отношений родства, свойств, служебной зависимости и даже тайных обществ²⁹. Не случайно дискуссия о свободе договора приобрела столь принципиальное (и чуть ли не первостепенное) значение в процессе обновления российского гражданского законодательства³⁰.

²⁸ См.: Поланьи К. Указ. соч. С. 16.

²⁹ Там же. С. 18.

³⁰ См.: Каранетов А. Г., Савельев А. И. Свобода договора и ее пределы: в 2 т. М., 2012.

Библиографический список

- Buchanan J. M. *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*. Chicago; L., 1975.
- Gordley J. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford, 1993.
- Simpson. *Innovation in Nineteenth Century Contract Law* // *Law Quaterly Review*. 1975. Vol. 91.
- Баренбойм П. Д., Гаджиев Г. А., Лафитский В. И., Мау В. А. *Конституционная экономика*. М., 2006.
- Братусь С. Н. *Предмет и система советского гражданского права*. М., 1963.
- Быков А. Г. *План и хозяйственный договор*. М., 1975.
- Веденеев Ю. *Грамматика правопорядка*. М., 2018.
- Карапетов А. Г., Савельев А. И. *Свобода договора и ее пределы: в 2 т.* М., 2012.
- Колер И. *Шекспир с точки зрения права (Шейлок и Гамлет)*. М., 2006.
- Красавчиков О. А. *Категории науки гражданского права. Избранные труды. Т. 1—2.* М., 2005.
- Лапаева В. В. *Правовой принцип формального равенства* // *Журнал российского права*. 2008. № 2.
- Мальцев Г. В. *Социальная справедливость и право*. М., 1977.
- Мамут Л. С. *Юриспруденция и легистика* // *Юриспруденция XXI века: горизонты развития*. СПб., 2006.
- Маркс К., Энгельс Ф. *Соч.* Т. 23.
- Никомахова этика. V1133 б, 1133 б 8. Аристотель. *Соч.: в 4 т.* Т. 4. М., 1984.
- Ницше Ф. *Генеалогия морали*. СПб., 2013.
- Поланьи К. *Аристотель открывает экономику* // *Истоки. Экономика в контексте экономики и культуры*. М., 2004.
- Радбрух Г. *Философия права*. М., 2004.
- Хеффе О. *Мораль, лишенная морали: к этике современной политики*. // *Политическая философия Германии*. М., 2005.
- Цвайгерт К., Кетц Х. *Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т.* Т. 2. М., 1998.
- Честнов И. Л. *Постклассическая диалогическая онтология права* // *Постклассическая онтология права*. СПб., 2016.
- Шмитт К. *Духовно-историческое состояние современного парламентаризма* // Шмитт К. *Политическая теология: сб. Пер. с нем.* М., 2000.

References

- Barenboym P. D., Gadzhiev G. A., Lafitskiy V. I., Mau V. A. *Konstitutsionnaya ekonomika*. Moscow, 2006.
- Bratus S. N. *Predmet i sistema sovetskogo grazhdanskogo prava*. Moscow, 1963.
- Buchanan J. M. *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*. Chicago; London, 1975.
- Bykov A. G. *Plan i khozyaystvennyy dogovor*. Moscow, 1975.
- Chestnov I. L. *Postklassicheskaya dialogicheskaya ontologiya prava. Postklassicheskaya ontologiya prava*. St. Petersburg, 2016.
- Gordley J. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford, 1993.
- Karapetov A. G., Savelev A. I. *Svoboda dogovora i ee predely*. Moscow, 2012.
- Kheffe O. *Moral, lishennaya morali: k etike sovremennoy politiki. Politicheskaya filosofiya Germanii*. Moscow, 2005.
- Koler I. *Shekspir s tochki zreniya prava (Sheylok i Gamlet)*. Moscow, 2006.
- Krasavchikov O. A. *Kategorii nauki grazhdanskogo prava. Izbrannye trudy. Vol. 1—2.* Moscow, 2005.
- Lapaeva V. V. *The Legal Principle of Formal Equality. Zhurnal rossijskogo prava = Journal of Russian Law*, 2008, no. 2. (In Russ.).
- Maltsev G. V. *Sotsialnaya spravedlivost i pravo*. Moscow, 1977.
- Mamut L. S. *Yurisprudentsiya i legistika. Yurisprudentsiya XXI veka: gorizonty razvitiya*. St. Petersburg, 2006.

- Marks K., Engels F. Sochineniya. Vol. 23.
- Nikomakhova etika. V1133 b, 1133 b 8. Aristotel. Sochineniya. Vol. 4. Moscow, 1984.
- Nitsshe F. Genealogiya morali. St. Petersburg, 2013.
- Polani K. Aristotel otkryvaet ekonomiku. *Istoki. Ekonomika v kontekste ekonomiki i kultury*. Moscow, 2004.
- Radbrukh G. Filosofiya prava. Moscow, 2004.
- Shmitt K. Dukhovno-istoricheskoe sostoyanie sovremennogo parlamentarizma. *Politicheskaya teologiya*. Moscow, 2000.
- Simpson. Innovation in Nineteeth Century Contract Law. *Law Quaterly Review*, 1975, vol. 91.
- Tsvaygert K., Ketts Kh. Vvedenie v sravnitelnoe pravovedenie v sfere chastnogo prava. Vol. 2. Moscow, 1998.
- Vedeneev Yu. Grammatika pravoporyadka. Moscow, 2018.
-
-