

А.Г. Карапетов
А.И. Савельев

СВОБОДА ДОГОВОРА И ЕЕ ПРЕДЕЛЫ

В двух томах

Том первый

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ, ИСТОРИЧЕСКИЕ
И ПОЛИТИКО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВАНИЯ
ПРИНЦИПА СВОБОДЫ ДОГОВОРА
И ЕГО ОГРАНИЧЕНИЙ



КонсультантПлюс
надежная правовая поддержка



СТАТУТ

**Артем Георгиевич Карапетов
Александр Иванович Савельев**

**Свобода договора и ее
пределы. Том 1. Теоретические,
исторические и политико-
правовые основания
принципа свободы
договора и его ограничений**

http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=39992675

*Свобода договора и ее пределы. Т. 1: Теоретические, исторические
и политико-правовые основания принципа свободы договора и его
ограничений:*

ISBN 978-5-8354-0870-2, 978-5-8354-0869-6

Аннотация

Настоящая книга посвящена анализу комплекса проблем, возникающих в связи с реализацией принципа свободы договора в частном праве. В первом томе книги авторы анализируют данную проблематику в рамках широкой исторической, сравнительно-правовой и политико-правовой методологии. Большое внимание уделено истории развития принципа свободы

договора в контексте мировой экономической истории и эволюции экономических учений, а также экономическим основаниям принципа договорной свободы и его ограничений в современном праве. Во втором томе книги изучаются наиболее актуальные частные проблемы реализации принципа свободы договора и его ограничения (императивные нормы, смешанные и непоименованные договоры, судебный контроль справедливости договорных условий, договоры присоединения и кабальные сделки и др.). На основе сделанных в первом томе общих теоретических выводов во втором томе анализируются действующее законодательство и судебная практика зарубежных стран и России и обосновываются предложения по дальнейшему совершенствованию отечественного права.

Книга может быть интересна ученым, преподавателям, судьям, адвокатам, студентам юридических вузов и всем юристам, которые интересуются вопросами частного права. Книга (в особенности ее первый том) может быть также полезна юристам и экономистам, изучающим взаимосвязь экономики и права.

Содержание

| | |
|---|----|
| Введение | 7 |
| Раздел I | 11 |
| Глава 1. Уточнение предмета исследования | 11 |
| § 1. Pacta sunt servanda | 11 |
| § 2. Соотношение принципа обязательности контрактов и принципа свободы договора | 36 |
| § 3. Содержательные и процедурные проявления свободы договора | 42 |
| § 4. Свобода договора и дефекты заключения договора | 43 |
| § 5. Свобода договора и пределы договорного права | 46 |
| Глава 2. Методологические аспекты политико- правового анализа принципа свободы договора | 52 |
| § 1. Обоснование необходимости политико- правового анализа | 52 |
| § 2. Экономический анализ | 73 |
| § 3. Этическая подоплека проблематики договорной свободы и ее ограничений | 85 |
| Раздел II | 87 |
| Глава 1. С древних времен до конца XVIII в | 87 |

| | |
|---|-----|
| § 1. Развитие экономики и экономической мысли | 87 |
| § 2. Эволюция социальной этики | 105 |
| Конец ознакомительного фрагмента. | 110 |

**Артем Георгиевич
Карапетов, Александр
Иванович Савельев**

**Свобода договора
и ее пределы**

**Том 1: Теоретические,
исторические и политико-
правовые основания
принципа свободы**

договора и его ограничений

© А.Г. Карапетов, 2012

© А.И. Савельев, 2012

© Издательство «Статут», редподготовка, оформление,
2012

* * *

Введение

Настоящая работа посвящена крайне интересной теме, которая до последнего времени редко становилась предметом серьезного научного изучения в нашей стране. В то время как в зарубежной науке XX в. проблематика договорной свободы и ее ограничений стягивала к себе основные интеллектуальные силы правоведов и экономистов, становясь чуть ли не центральным и наиболее дискуссионным вопросом гражданского права в принципе, отечественная наука до сих пор его практически не замечает. Данный феномен мог быть легко объяснен в условиях советской действительности. Свобода договора в те времена была идеологически чуждым элементом и противоречила всей логике построения командно-административной экономики. Но недостаточное внимание, уделяемое данной тематике в современной российской правовой науке, трудно объяснить.

Законодатели регулярно сталкиваются с вопросом о допустимости тех или иных ограничений договорной свободы, принимая законы в сфере регулирования банковской деятельности, торговли, энергоснабжения, потребительских отношений и многих других областях экономического оборота. При этом принимаемые законодателем решения не могут опереться на сколько-нибудь серьезные комплексные научные исследования в силу их отсутствия, что конечно же не

способствует формированию адекватного правового регулирования договорного оборота.

Но еще чаще российским судам приходится разбирать сотни вопросов о допустимости ограничения свободы договоров при толковании тех или иных законодательных норм в качестве императивных или диспозитивных, определении допустимости заключения непоименованных договоров, снижении договорной неустойки, контроле справедливости договоров присоединения, оспаривании сделок, заключенных в предбанкротный период, либо просто при оценке действительности тех или иных формально законных, но явно несправедливых или недобросовестных договорных условий. Когда такие споры доходят до высших судов, те, принимая на себя ответственность, вынуждены осуществлять судебное правотворчество и устанавливать или снимать те или иные ограничения договорной свободы. При этом судам крайне сложно найти опору в серьезных научных исследованиях о последствиях ограничения свободы договора, отыскать необходимый сравнительно-правовой материал и ознакомиться с общемировым опытом решения аналогичных вопросов. В результате далеко не всегда политико-правовая интуиция высших судов угадывает наиболее адекватные ответы. Зачастую проходит немало времени, прежде чем судебная практика путем многочисленных проб и ошибок нащупывает верные подходы к актуальным вопросам свободы договора.

Все это формирует спрос на комплексное исследование вопросов, связанных с реализацией участниками гражданского оборота договорной свободы и определением ее пределов. В рамках данного исследования авторы ставят себе целью рассмотреть многие из этих проблем вместе с российскими читателями и в ряде случаев предложить свое видение того, как они могут быть наиболее адекватно разрешены. Нисколько не претендуя на роль истины в последней инстанции и статус непререкаемых аксиом, сделанные в работе выводы могут послужить отправными точками для дальнейших научных дискуссий и способствовать развитию справедливого и экономически эффективного режима договорного права нашей страны.

Представленная на суд читателя книга состоит из двух равнообъемных томов. Первый том книги носит теоретический характер и посвящен историческому анализу принципа свободы договора в контексте общей истории экономики, экономических и этических учений и социальной трансформации западных обществ. Здесь также анализируются политико-правовые (утилитарно-экономические и этические) основания принципа свободы договора и его ограничений. В конце данного тома на самом общем уровне обсуждаются проблемы реализации принципа свободы договора в российском праве на современном этапе и их политико-правовые истоки.

С учетом сделанных в первом томе книги общих теоре-

тических выводов во втором томе авторы анализируют наиболее актуальные проблемы реализации принципа свободы договора в российском и зарубежном праве: проблемы применения к заключенному договору императивных норм, заключения непоименованных и смешанных договоров, судебного контроля справедливости договорных условий (в рамках режимов кабальных сделок, договоров присоединения, потребительской защиты и т. п.), а также судебного блокирования сделок, ущемляющих интересы третьих лиц, публичные интересы и основы общественной нравственности. Здесь же обсуждаются зарубежный опыт решения соответствующих проблем, российская судебная практика и научная доктрина, а также подробно аргументируется авторское видение дальнейших путей совершенствования российского законодательства и судебной практики.

* * *

В завершение этого короткого введения авторы хотели бы выразить свою признательность В.В. Новикову, С.Б. Авдашевой, М.И. Одинцовой, Г.Г. Сапову и А.М. Ширвиндту за ценные замечания и комментарии, сделанные в процессе подготовки настоящей работы в отношении ее проекта и самой темы в целом.

Раздел I

Общие замечания

Глава 1. Уточнение предмета исследования

§ 1. *Pacta sunt servanda*

Перед тем как непосредственно приступить к анализу интересующей нас проблематики, следует четко очертить предмет нашего исследования. В гражданском праве существует два важных принципа, которые хотя и тесно связаны, но с теоретической точки зрения не должны смешиваться. Первый принцип можно коротко обозначить знаменитой латинской максимой «*pacta sunt servanda*» (договор должен исполняться), второй – английской фразой «*freedom of contract*» (свобода договора). Оба отражают определенный подход общества и государства к сфере контрактных отношений участников экономического оборота, но делают акцент на разных аспектах.

Для начала остановимся на принципе обязательности контрактов. Адресаты этого императива – как сами участники

делок, которым предписывается исполнять взятые на себя обязательства во что бы то ни стало, так и органы правосудия, на которые возлагается функция придания принудительной силы заключенным контрактам.

Крайне интересный и глубоко изучаемый в последние годы вопрос теории договорного права зарубежных стран состоит в определении политико-правовых оснований принципа принудительной силы договорных обязательств.

Сложность этой проблемы в ее согласовании с общей установкой доминирующей в западных странах либеральной этики, отстаивающей максимальную свободу личности от принуждения. Идея личной свободы, как мы дальше покажем, является в современном западном мире фундаментальным принципом, презумпцией, преодоление которой требует специального и серьезного обоснования. Исходя из данной идеи может показаться, что на следующий день после проставления своей подписи под договором контрагент волен передумать и не исполнять то, что он пообещал. Соответственно судебное принуждение будет прямым насилием над свободой его личности.

Неудивительно, что ученые не могли не заметить проблему того, что все правопорядки в той или иной форме применяют принуждение к нарушителю контракта и ограничивают свободу его личности на основе принятых им договорных обязательств, в то время как политико-правовое обоснование данного ограничения личной свободы не было в полной

мере отрефлексировано. Почему, собственно, суды должны наказывать контрагентов за поведение, являющееся проявлением личной свободы, но при этом нарушающее договорные обязательства, и санкционировать применение государственного принуждения?

На этот вопрос может быть дано и дается множество разных ответов. 1. Самый банальный ответ состоит в том, что такое принуждение в отношении должника этически оправданно его собственным на то волеизъявлением. Такая «*волевая теория*»¹ связывает принудительную силу контракта с тем, что должник однажды выразил свое согласие на принуждение, войдя в юридически действительный договор, т. е. осознанно и самостоятельно ограничив свою личную свободу². Соответственно применяемое к нему принуждение вполне этически допустимо, так как «освящено» его собственным волеизъявлением. При такой интерпретации автономия воли приобретает такую силу, что она сама себя огра-

¹ В современной зарубежной доктрине решающая роль признается не за самой реальной волей, а волеизъявлением. См.: *Kötz H., Flessner A. European Contract Law. 1998. P. 7.*

² Наиболее ярко волевая теория договора была выражена в трудах немецких пандектистов и французских цивилистов второй половины XIX в. См.: *Kötz H., Flessner A. European Contract Law. 1998. P. 7, 8.* Близкую позицию занимают и некоторые современные зарубежные правоведы. Например, Вернер Флюм (*Flume*) видит основание обязательной силы контрактов в том, что они являются результатом самоопределения сторон и свободного установления прав и обязанностей. См.: *Flume W. Rechtsgeschäft. P. 7* (цит. по: *Beale H., Hartkamp A., Kotz H., Tallon D. Cases, Materials and Text on Contract Law. 2002. P. 116.*)

ничивает на будущее.

Такой взгляд, как бы заманчиво он ни выглядел, провоцирует некоторые сомнения в условиях, когда подавляющее большинство договорных обязательств возникает не потому, что на них согласился должник, а потому, что они предписаны диспозитивными и императивными нормами законодательства и судебного правотворчества³.

Кроме того, может вызывать сомнение тот факт, что правовые системы с древних времен вводили менее или более жестокие санкции за нарушение договорных обязательств, руководствуясь такой абстракцией, как идея о том, что возможность самоограничения своей свободы есть имманентное следствие принципа автономии воли. В это трудно поверить, особенно когда речь идет об античных и средневековых тираниях, в которых идея личной свободы и принцип автономии воли в целом не котировались высоко или вовсе не признавались. Поэтому вряд ли идея принудительной силы договорных обязательств в историческом плане вытекала из идеи автономии воли. Соответственно волевая теория в ее чистом виде вряд ли убедительно объясняет, почему воля контрагента, выраженная при заключении договора, не признавалась и не признается правовыми системами преодоляемой более поздним волеизъявлением того же контрагент-

³ Критику «волевой теории» с этих позиций см.: *Barnett R.E. Consent Theory of Contract // 86 Columbia Law Review. 1986. P. 272–274.*

та, направленным на уклонение от исполнения договора⁴.

Безусловно, волеизъявление сторон играет крайне важную роль в политико-правовом оправдании принуждения, но само по себе оно явно недостаточно для объяснения данного правового феномена.

2. Другой вариант обоснования принудительной силы контракта также строится на некоторой этической рефлексии, но делает акцент не на заранее выраженной воле лишить себя свободы от принуждения, а на самом факте предоставления обещаний, в которые облакаются обязательства сторон (*теория обещания*). Такое объяснение дает ответ на вопрос: почему зафиксированная в контракте воля контрагента не может быть дезавуирована в случае ее изменения? Ключ к ответу здесь лежит в области вопроса об этичности обмана и неверности слову. Если нарушать обещания с точки зрения господствующей в большинстве культур эти-

⁴ На этот счет известный французский цивилист (Теггэ) замечает: «Согласно доктрине автономии воли основой ответственности является воля... Должник обязан, так как захотел этого. Но как насчет того, что он остается обязанным даже тогда, когда его воля изменилась?... Если воля действительно столь всемогуща, что мешает ей отменить состоявшееся волеизъявление? На это отвечают, что воли контрагентов совпали при заключении договора. Но такой ответ просто обходит суть проблемы. Почему акцепт должен зацементировать в обязательствах свободные и ничем не ограниченные воли сторон? Как бы ни были созвучны воли сторон, взаимные желания сторон не могут быть самодостаточны. Они просто устанавливают программу, которая не была бы обязательна для сторон, если бы она не была подтверждена и санкционирована в момент заключения договора некой внешней по отношению к сторонам силой» (цит. по: *Beale H., Hartkamp A., Kotz H., Tallon D. Cases, Materials and Text on Contract Law. 2002. P. 119*).

ки плохо и порицаемо само по себе, то кажется вполне естественным, что общество в лице государства соответствующим образом реагирует на такие нарушения и в отношении договорных обещаний.

Думается, что такое этическое обоснование принципа *pacta sunt servanda* имплицитно подразумевалось в качестве основного в течение многих столетий. Так, Дж. Гордли связывает эту идею с аристотелевской этикой⁵. В XIII в. данная теория была поддержана Фомой Аквинским, который в своем знаменитом сочинении «Сумма теологии» писал, что данное обещание есть закон для должника, а нарушение обещаний связывал с грехом клятвопреступления. Хотя он и признавал, что право может по тем или иным соображениям ограничивать судебную защиту некоторых обязательств, но из его работы очевидно вытекало, что по общему правилу право должно давать кредитору защиту на случай нарушения обещаний⁶. Такое понимание идеи о принудительной силе обязательств было в итоге воспринято каноническим правом⁷.

Позднее, в XVII в., эта теория получила поддержку в трудах представителей школы естественного права. Так, Томас

⁵ *Gordley J. The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. 1991. P. 10, 11.*

⁶ *Thomas Aquinat. Summa Theoligica. II–II. Q. 88, Art. 3, 10 (текст доступен в Интернете на сайте: www.gutenberg.org).*

⁷ *Mehren A. Von. The French Civil Code and Contract: a Comparative Analysis of Formation and Form // 15 Louisiana Law Review. 1954–1955. P. 702.*

Гоббс писал, что соблюдение договоров – это центральный закон естественного права и нарушение обязательств есть попрание справедливости⁸. Самуэль Пуфендорф считал, что в силу естественного права человек должен «держаться слова» и поэтому – исполнять договорные обязательства⁹. Аналогичные взгляды высказывал и Гуго Гроций¹⁰. Иммануил Кант в своей работе «Метафизика нравов» в конце XVIII в. связывал требование соблюдения контрактов с категорическим императивом соблюдения данных обещаний¹¹.

У этой теории обещания могут иметься определенные вариации в отношении источника соответствующего этического принципа. Так, например, одни считали, что истоки самого принципа соблюдения данных обещаний носят априорный характер (Аквизант, Кант). В то же время некоторые другие мыслители (например, Дэвид Юм) отвергали идею об априорном и «естественном» происхождении этики соблюдения обещаний и считали, что данный этический принцип носит конвенциональный характер и вытекает из осознания истинной, преимущественно эгоистической природы человека и необходимости противодействия этим ее проявлениям.

⁸ Гоббс Т. Левиафан. М., 2001. С. 99.

⁹ Pufendorf S. Of the Law of Nature and Nations. Book III. 1729. P. 243 (доступно в Интернете на сайте: www.archive.org).

¹⁰ Grotius H. On the Law of War and Peace. 2004. P. 95 ff.

¹¹ Кант И. Метафизика нравов. В двух частях // Кант И. Сочинения в шести томах. Т. 4. Ч. 2. М., 1965. С. 126–127.

ям в целях общественной пользы¹².

Принятие теории обещания в разные исторические периоды имело реальное практическое значение. Чем бóльшую роль в оправдании идеи обязательности контрактов имели соображения верности слову и неэтичности нарушения обещаний, тем жестче и последовательнее право карало за нарушение обязательств, тем более эффективный набор средств защиты право вручало кредитору и тем сильнее оно ограничивало свободу должника.

Особенно важное значение данная этическая подоплека принципа обязательности договорных обещаний имела в романо-германском праве. Широкое распространение в праве континентально-европейских стран договорных неустоек, направленных на принуждение должника к исполнению договора, и доступность иска о прямом принуждении к исполнению обязательств в натуре увязаны во многом именно с этой идеологией¹³. Не остается эта теория без сторонников и среди юристов стран общего права¹⁴.

¹² Юм Д. Трактат о человеческой природе // Юм Д. Сочинения. В 2 т. Т. 1. М., 1965. С. 670–681.

¹³ Синявская М.С. Нарушение договорного обязательства и его правовые последствия: основные тенденции в свете сравнительно-правового анализа: Автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 7.

¹⁴ См., напр.: Fried C. Contract As Promise: a Theory of Contractual Obligation. 1981. Обзор теорий, выводящих идею принудительной силы контрактных обязательств исключительно из идеи автономии воли, применительно к англо-американскому праву дает Мелвин Айзенберг. См.: Eisenberg M.A. The Theory of Contracts // The Theory of Contract Law. New Essays. 2001. P. 223–235.

Но данная теория не дает ответы на множество вопросов. Так, например, остается не вполне ясным, почему именно этот вариант неэтичного поведения требует столь затратного для налогоплательщиков карательного аппарата. Почему право защищает лишь некоторые обещания, да еще и зачастую обличенные в определенную форму?¹⁵ Почему право многих стран все больше ослабляет давление на должника, нарушающего обещание, отказывается от применения к нему уголовных санкций, а в Англии и США право традиционно сводило основное последствие нарушения обещания к уплате денежной компенсации?¹⁶ И как объяснить, что в современных условиях наличия обширного договорного права огромное число обязательств вытекает не столько из взаимных обещаний контрагентов, сколько из применения императивного правового регулирования, вытекающего из кодексов и судебного правотворчества?¹⁷

Но самое главное возражение против обоснования принципа принудительной силы контрактов исключительно через идею неэтичности нарушения обещаний состоит в том, что современная деловая мораль далеко не всегда считает нарушение договорных обязательств чем-то априори аморальным, сохраняя такую характеристику в основном за от-

¹⁵ Этот аргумент приводит, в частности, Патрик Атийя. См.: *Atiyah P.S. Promises, Morals and Law*. 2003. P. 22.

¹⁶ *Atiyah P.S. Promises, Morals and Law*. 2003. P. 139.

¹⁷ *Ibid.* P. 141, 142.

дельными особенно вопиющими случаями контрактного оппортунизма¹⁸. В литературе справедливо отмечается, что в реальности значительное число случаев нарушения обязательств воспринимается в рамках конвенциональной морали вполне толерантно¹⁹. Так, например, просрочка компании в оплате, вызванная финансовыми сложностями, вряд ли будет сейчас восприниматься как некое нарушение этического императива и вызывать какие-то угрызения совести у самого должника или моральное порицание со стороны окружающих. При этом в таких случаях право не перестает применять принуждение в отношении должника (взыскивать долг), ограничивая лишь некоторые формы принуждения (например, взыскание неустойки или убытков), да и то только в крайне редких случаях (например, форс-мажор).

Соответственно эта теория обоснования принудительной силы контрактных обязательств хотя и является в историческом плане достаточно правдоподобной, но вряд ли может дать исчерпывающее объяснение реальному применению принципа *pacta sunt servanda* в современных условиях и стать исключительным советчиком правотворцам и право-

¹⁸ Понятие оппортунизма, популяризованное знаменитым американским экономистом Оливером Уильямсоном, обычно применяются для обозначения случаев использования участниками оборота вероломных и недобросовестных методов для достижения своих экономических целей. См.: *Уильямсон О.* Экономические институты капитализма. СПб., 1996. С. 97.

¹⁹ *Macneil I.* The Many Futures of Contract // 47 Southern California Law Review. 1974. P. 691, 729.

применителям при решении вопросов об ограничениях его действия.

3. Иногда в зарубежном праве выдвигаются те или иные варианты «*деликтной теории*»²⁰, которая считает соблюдение договора своего рода воздержанием от совершения деликта, а нарушение договорного обязательства – простым деликтом, влекущим необходимость компенсировать те потери, которые кредитор понес, полагаясь на заключенный контракт. Так, знаменитый американский судья Оливер Уэнделл Холмс в частной переписке замечал, что заключение

²⁰ См., напр.: *Gilmour G. The Death of Contract*. 1995. P. 1. Близко к данной теории подошел знаменитый английский теоретик договорного права Патрик Атийя, который видел политико-правовое основание принципа принудительной силы договорных обязательств либо в том, что должник уже получил имущественное предоставление от кредитора и отказ в защите требования кредитора, таким образом, будет способствовать неосновательному обогащению (*benefit-based contractual liability*), либо в том, что кредитор понес в ожидании исполнения некие убытки, компенсация которых должна поставить его в то положение, в котором он находился бы, не будь договор вовсе заключен (*reliance-based liability*). Соответственно «голые» ожидания, вытекающие из консенсуального договора и не подкрепленные фактическим осуществлением кредитором своего исполнения или понесенными им в ожидании возложенного на должника исполнения убытками, правом, на взгляд Атийи, защищаться не должны. В некотором смысле договорное право, следуя идее Атийи, растворяется в деликтном праве и регулировании неосновательного обогащения. Подробнее см.: *Atiyah P.S. Essays on Contract*. 2001. P. 58. Этот взгляд получил ранее некоторое отражение в, пожалуй, самой знаменитой статье по американскому договорному праву, написанной в 1930-е гг. Лоном Фуллером и Уильямом Пердью (*Fuller L.L., Perdue W.R., Jr. The Reliance Interest in Contract Damages // 46 Yale Law Journal*. 1936–1937. P. 52 ff.; *Fuller L.L., Perdue W.R., Jr. The Reliance Interest in Contract Damages: 2 // 46 Yale Law Journal*. 1936–1937. P. 419).

договора в общем и це лом есть то же самое, что и совершение деликта, за исключением лишь того, что в первом случае ответственность поставлена под отлагательное условие нарушения договора²¹.

Эта теория предполагает, что обещания контрагентов дают этические основания для принуждения, так как создают у другой стороны веру в то, что исполнение произойдет, и провоцируют ее нести те или иные расходы в преддверии получения исполнения. В таких условиях, если бы договорные обязательства не имели судебной защиты, право бы легитимировало причинение кредитору вреда (неоправданных расходов, совершенных в ожидании исполнения должником своего обязательства). Поэтому именно необходимость устранения этого вреда и видится некоторым в качестве основного резона для судебной защиты договорных обязательств.

При таком подходе если нарушение договора причиняет вред и только в той мере, в какой оно причиняет вред, право дает кредитору право на применение судебного принуждения в отношении должника. Личная свобода простирается ровно до той границы, за которой она начинает причинять вред другим согражданам. Отсюда вытекает идея о том, что основная реакция судов на нарушение контракта должна состоять во взыскании с должника компенсации реального

²¹ Цитируется из частной переписки О.У. Холмса по кн.: *Atiyah P.S. Essays on Contract*. 2001. P. 58.

ущерба.

Соответственно идея о том, что нарушение договора должно влечь компенсацию упущенной выгоды и ставить кредитора в то положение, в котором он находился бы, будь договор надлежащим образом исполнен, ставится сторонниками такой теории контракта под сомнение. В рамках деликтной теории для взыскания упущенной выгоды просто отсутствуют достаточные политико-правовые основания.

Данная теория, независимо от ее нормативных проявлений, в дескриптивном плане конечно же далека от истины и не объясняет, например, случаи, когда континентально-европейское и даже в некоторых случаях общее право дает кредитору возможность истребовать исполнение обязательства в натуре без какой-либо оценки наличия вреда от неисполнения договора. Кроме того, данная теория оказывается во все бессильной объяснить тот факт, что право практически всех стран мира путем взыскания убытков стремится поставить кредитора в то положение, в котором он находился бы, будь договор исполнен, и допускает взыскание упущенной выгоды.

4. Может быть выделена еще и «кондиционная теория», согласно которой основное значение имеют не сама сделка и обещания должника, а то, что одна из сторон на основании договора получает некое экономическое удовлетворение, а другая в случае неисполнения своего встречного обещания получит неосновательное обогащение, на ликвидацию кото-

рого право и должно нацеливаться. Соответственно в этой парадигме контракт до его исполнения одной из сторон мало что значит, а исковую защиту получает только та сторона, которая уже исполнила свои обязательства.

Такой подход находит свое частичное проявление в римском праве, где в процессе утверждения концепции непоименованного в позитивном праве договора такие договоры порождали имеющее признаваемое судом обязательство должника только после того, как кредитор осуществил свое предоставление, а также в выросшей из римского права доктрине реальных сделок. Кроме того, такой взгляд может в некоторой степени объяснить классический подход судов общего права к присуждению к исполнению в натуре. Этот подход позволяет взыскать денежный долг, заставив должника исполнить свое обязательство, когда кредитор уже осуществил свое неденежное предоставление. Но происходит это не потому, что погашение денежного долга есть некий категорический императив, а потому, что в данной ситуации взыскание долга есть самый удобный способ избежать ситуации неосновательного обогащения. Ведь требование возврата предоставленного в случае передачи имущества процессуально реализовать затруднительно, а в случае с услугами и работами и просто невозможно. В тех случаях, когда первым исполнил договор плательщик, то если он не получает товары, работы и услуги, договорное право будет считать оптимальным вариантом устранения неосновательного обогащения.

ния отказ от договора и возврат уплаченных денег, стараясь не допускать присуждение к исполнению неденежного обязательства в натуре, кроме тех случаев, когда истребование реального исполнения как минимум с не меньшими сложностями, чем возврат денег, восстанавливает эквивалентность (например, истребование акций путем их переоформления в реестре акционеров).

Но и данная теория не способна объяснить, почему право повсеместно допускает взыскание убытков за нарушение договора, даже если ни одна из сторон не осуществила свое исполнение. Не дает она и ответ на вопрос о том, почему право европейских стран часто не видит ничего дурного в возможности заставить покупателя вносить предоплату.

5. Выдвигалась и *«теория защиты ожиданий»*, согласно которой смысл принципа обязательности и принудительной силы контрактов состоит в моральной необходимости защищать возникшие на основе воспринятого обещания должника ожидания (expectations) кредитора. Согласно данной теории все, что создает контракт, – это защищенные правом ожидания сторон и обязанность нежелающего исполнять договор должника поставить кредитора в то положение, в котором он оказался бы в случае буквального исполнения должником своего обязательства, путем выплаты денежной компенсации.

«Теория защиты ожиданий» не склонна поддерживать средства прямого давления на нарушителя контракта с це-

лью принудить его к исполнению обязательств. Основное последствие нарушения договора в рамках этой парадигмы – это право на взыскание в виде денежного эквивалента убытков, причиненных порожденным договором ожиданиям кредитора. Отсюда основным средством защиты становится иск о взыскании убытков, нацеленный на то, чтобы поставить кредитора в то положение, которое имело бы место, будь обещание исполнено (включая взыскание реального ущерба и упущенной выгоды).

В этой парадигме само обещание не имеет правового значения, если его нарушение не причиняет кредитору убытков, иск о присуждении к исполнению в натуре не в почете, стимулирующие к исполнению договора неустойки (и пени в особенности) считаются неестественными, а должник де-факто получает возможность по своему усмотрению откупиться от своего обещания, предложив кредитору полное покрытие его убытков. Данная теория имела и имеет много сторонников в странах общего права, и в первую очередь в США. Все тот же судья Оливер Уендэлл Холмс в свое время писал, что договорное обязательство есть не более чем обещание уплатить сумму возникших у кредитора убытков на случай нежелания исполнять то, что является предметом обязательства²².

Но данная теория не всегда может четко объяснить ряд феноменов договорного права. Так, взяв за основу такой

²² *Holmes O. W. The Path of the Law. 1897. P. 11.*

подход, трудно понять, почему общее право традиционно допускало принудительное исполнение денежных обязательств за полученный товар, работы или услуги и почему в последнее время то же общее право стало допускать признание к исполнению в натуре обязательств по передаче недвижимости и иных индивидуально-определенных вещей. Что уж говорить о возможностях данной теории в объяснении догматики гражданского права европейских стран, в которых, начиная со Средневековья, иск о принудительном исполнении обязательства в натуре считался и во многом считается поныне если не основным, то как минимум вполне легитимным средством защиты права!

6. Наконец, в зарубежной правовой науке достаточно популярна идея о том, что основной причиной придания обязательной силы контрактам являются преимущественно утилитарные соображения и в первую очередь соображения экономической эффективности (*теория эффективности*)²³. Она вбирает в себя некоторые элементы вышеуказанных теорий, но дает им сугубо утилитарное и экономическое обоснование. Эта теория позволяет объяснить, почему право чаще всего продолжает настаивать на принудительной защите договорных обязательств даже тогда, когда общественная мораль требует милости к должнику.

С развитием экономической теории с конца XVIII в. стало

²³ См., напр.: *Schwartz A., Scott R.E. Contract Theory and Limits of Contract Law // 113 Yale Law Journal. 2003–2004. P. 541 ff.*

понятно, что без принудительной силы контрактов исчезают гарантии, необходимые для долгосрочного планирования и инвестирования. Перманентный риск неисполнения обещаний угрожает все новыми и новыми раундами переговоров по уже заключенным контрактам. При отсутствии гарантий судебного признания договорных обязательств каждая из сторон будет бояться инвестировать в исполнение договора, так как эти так называемые специфические инвестиции (*specific investments*) «привязывают» ее к данному контракту и делают ее подверженной шантажу со стороны контрагента. Последний, осознавая это снижение «переговорной силы» первой стороны, получает стимулы вымогать изменение условий заключенного договора в свою пользу. В отсутствие судобной защиты договорных обязательств опасения в отношении возможности оказаться жертвой такого шантажа просто блокируют заключение сколько-нибудь сложных и долгосрочных договоров, предполагающих значительные специфические инвестиции, а это снижает возможности экономического роста и соответственно противоречит соображениям общественной пользы²⁴.

²⁴ В экономической науке данная проблема известна как проблема вымогательства, основанного на осуществлении «жертвой» специфических инвестиций в исполнение договора («*hold-up problem*»). Классический пример: инвестиции арендатора в ремонт снятого помещения делают слабыми его переговорные позиции по отношению к арендодателю. Это в отсутствие правовой защиты обязательств стимулировало бы арендодателя шантажировать арендатора, осуществившего такие инвестиции, разрывом сотрудничества на случай, если тот не согласится на увеличение арендной платы. Подробнее см.: *Кузьминов Я.И., Бендур*

Другой аспект утилитарного аргумента состоит в том, что отсутствие судебного признания договорных обязательств оставляет исполнение договоров на чистое усмотрение одной из сторон. Многочисленные «сети доверия» (по терминологии Чарльза Тилли²⁵), пронизывающие современную ресурсоемкую и крайне сложную экономику, без придания контрактным обещаниям принудительной силы зависели бы исключительно от морального осуждения со стороны общества и фактора репутации или индивидуальной честности. Но издержки морального осуждения далеко не всегда оказываются выше выгод от оппортунизма, фактор деловой репутации действительно часто сдерживает произвол, но далеко не всегда, а индивидуальная честность теперь, когда религиозные и общинные этические императивы утратили свою эффективность, оказывается не вполне надежной опорой, особенно если речь идет о странах с невысоким уровнем социального капитала (доверия)²⁶. Когда экономический оборот выходит за рамки узкой и сплоченной социальной группы (например, друзей или семьи, этнической или религи-

кидзе К.А., Юдкевич М.М. Курс институциональной экономики: институты, сети, транзакционные издержки, контракты. М., 2006. С. 340–342.

²⁵ О понятии сетей доверия см.: *Тилли Ч.* Демократия. М., 2007. С. 102–110.

²⁶ Под социальным капиталом в современной социологии и экономике обычно понимают единство ценностей внутри общества, готовность активно и добровольно сотрудничать с согражданами и межличностное доверие. Подробнее о роли социального капитала в развитии эффективной экономики см.: *Фукуяма Ф.* Доверие. М., 2006.

озной общины), внутри которой царит относительно высокий уровень межличностного доверия и эмпатии, оказывается, что все то, что абсолютно неприемлемо среди «своих» (например, умолчание о скрытых дефектах товара, максимально интенсивное использование слабых переговорных возможностей контрагента и т. п.), оказывается допустимым с «чужими»²⁷.

В итоге доверять честному слову контрагента, к сожалению, не всегда приходится. Нарушение же договора может причинить контрагенту, положившемуся на условия договора, значительные убытки. При отсутствии судебного признания договоров вероятность понести такие убытки значительно возрастает. Это в свою очередь неминуемо существенно повышает транзакционные издержки и делает невозможным заключение множества потенциально взаимовыгодных контрактов. При увеличении уровня гарантированных издержек, связанных с заключением и исполнением договора, на величину ожидаемых потерь от срыва контракта по вине контрагента (уровень возможных убытков, умноженный на процент вероятности того, что контрагент передумает исполнять договор) общий уровень издержек часто оказывается выше любой возможной выгоды. В итоге миллионы потенциально эффективных транзакций блокируются, что опять же сдерживает возможности экономического развития и противоречит общественным интересам (если, ко-

²⁷ Олейник А.Н. Институциональная экономика. М., 2012. С. 189.

нечно, исходить из того, что большая часть членов общества заинтересована в таком развитии)²⁸.

Эти и другие экономические соображения однозначно свидетельствуют в пользу того, что при отсутствии судебного признания договорных обязательств создавались бы все условия для деградации оборота до примитивного состояния, при котором начинает доминировать модель непосред-

²⁸ Дуглас Норт писал: «...вопросы соблюдения условий соглашения... являются (и всегда были) очень серьезным препятствием для развития специализации и разделения труда. Соблюдение соглашений не представляет проблемы, если в этом заинтересована как одна, так и другая сторона. Но в отсутствие институциональных ограничений преследование только собственных интересов тормозит сложные формы обмена из-за сомнений по поводу того, что другая сторона сочтет для себя выгодным соблюдать соглашение. Трансакционные издержки отражают эту неопределенность путем включения премии за риск, размеры которой зависят от вероятности нарушения партнером соглашения и, соответственно, возникновения дополнительных издержек у другой стороны. На протяжении всей истории размер этой премии был настолько высок, что мешал развитию сложных форм обмена и таким образом ограничивал возможности экономического роста... Ни самостоятельное обеспечение соглашения сторонами, ни установление доверия между ними не могут быть полностью успешными. Дело не в том, что идеология или нормы якобы ничего не значат, напротив, они имеют огромное значение... Однако в сложных обществах становятся все более выгодными такие формы поведения, как оппортунизм, обман и мошенничество. Поэтому так важна третья сила, выполняющая функции принуждения. Высокая производительность современного богатого общества несовместима с политической анархией» (*Норт Д.* Институты, институциональные изменения и функционирование экономики. М., 1997. С. 52, 55). Дальнейшее развитие идеи государственного принуждения к соблюдению соглашений как базового условия развития экономики см.: *Норт Г., Уоллис Дж., Вайнгаст Б.* Насилие и социальные порядки: концептуальные рамки для интерпретации письменной истории человечества. М., 2011. С. 48, 49.

ственного обмена результатов личного труда по принципу «из рук в руки». Отсутствие судебной защиты договоров ограничило бы возможности эффективного экономического оборота и развития в целом. Соответственно судебное признание договорных обязательств утилитарно направлено на максимизацию экономической эффективности путем создания гарантий в отношении будущего поведения должника, предотвращения проблемы «вымогательства» и снижения трансакционных издержек. Многие исследователи отмечают, что повышение эффективности системы судебной защиты договорных обязательств сформировало одно из важных условий для промышленной революции в Европе²⁹.

При этом принцип *pacta sunt servanda* и неизбежность судебного принуждения к исполнению обещаний тем более необходимы, чем слабее прежние неформальные нормативные установки на соблюдение договоров.

Сейчас это утилитарно-экономическое понимание истоков идеи обязательности договорных обязательств в тех или иных вариациях является, пожалуй, наиболее распространенным в рамках традиции экономического анализа права.

В то же время вполне понятно, что такое сугубо утилитарно-экономическое объяснение дескриптивно не вполне точно, а нормативно не вполне реалистично.

Трудно поверить в то, что со времен древних царств зако-

²⁹ *De Coto* Э. Иной путь: экономический ответ терроризму. 2-е изд. Челябинск, 2008. С. 189.

нодатели и суды придавали принудительную силу контрактным обязательствам, руководствуясь исключительно соображениями общественной пользы и экономической эффективности. Даже если учитывать и чисто интуитивные оценки целесообразности, такие законодательные нормы и судебные решения, без сомнения, были тесно переплетены и с рядом иных нормативных факторов (в первую очередь априорно-этических). Поэтому было бы разумно считать сугубо утилитарное основание принципа *parata sunt servanda* крайне важным (возможно, даже основным), но ни в коем случае не исключительным источником феномена судебной защиты договорных обязательств³⁰.

Выдвигалось и множество иных теорий³¹, но после дол-

³⁰ Так, даже такие яркие представители современного экономического анализа права, как Алан Шварц, Роберт Скотт, Луис Каплов и Стивен Шэвелл, вынуждены признавать, что как минимум в сделках с участием граждан базовые принципы договорного права могут базироваться и на иных (в том числе этических) нормативных соображениях (см.: *Schwartz A., Scott R.E. Contract Theory and Limits of Contract Law // 113 Yale Law Journal. 2003–2004. P. 546; Kaplow L., Shavell S. Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences and Distributive Justice // 32 Journal of Legal Studies. 2003. P. 331 ff*). Думается, что и в сфере сугубо коммерческих договоров отсечь полностью все неэкономические политико-правовые ценности, включая этику, невозможно и вряд ли необходимо. В западной литературе приводится разумная критика попыток отдельных апологетов экономического анализа права редуцировать нормативные установки права и договорного права в частности до максимизации благосостояния и полностью устранить влияние этических соображений на нормотворчество (см.: *Dorff M.B. Why Welfare Depends on Fairness: a Reply to Kaplow and Shavell // 75 California Law Review. 2001–2002. P. 847 ff*).

³¹ См., напр.: *Kimel D. From Promise to Contract: Towards a Liberal Theory of*

гих и упорных споров большого числа ведущих зарубежных правоведов, моральных философов и экономистов в течение XIX–XX вв. возникает некоторое понимание того, что ни одна из вышеуказанных теорий не может быть в полной мере дескриптивно точной и претендовать на исключительность при обосновании идеи принудительной силы контракта³². Всегда найдутся примеры из реального договорного права стран общего или романо-германского права, а также некие моральные дилеммы или утилитарные соображения, которые продемонстрируют дескриптивную неточность и политико-правовую спорность той или иной теории.

Поэтому в последнее время становится все более очевидным, что пора прекратить споры о главном и единственном основании принципа обязательности контрактов и принять тот факт, что в его основе лежит множество разных этических, экономических и иных идей, смешение которых в тех или иных пропорциях дает разные сочетания норм об условиях обязательности договора и последствиях его нарушения в разных странах.

Contract. 2003; *Barnett R.* The Consent Theory of Contract // 86 *Columbia Law Review*. 1986. P. 269 ff.

³² Эту идею высказывают, в частности, многие современные теоретики договорного права. См.: *Atiyah P.S.* Promises, Morals and Law. 2003. P. 123; *Craswell R.* Contract Law, Default Rules and the Philosophy of Promising // 88 *Michigan Law Review*. 1989–1990. P. 528, 529; *Eisenberg M.A.* The Theory of Contracts // *The Theory of Contract Law. New Essays*. 2001. P. 240, 264; *Kötz H., Flessner A.* European Contract Law. 1998. P. 7–9; *Weir T.* Contracts in Rome and England // 66 *Tulane Law Review*. 1992. P. 1647.

Главное, что следует почерпнуть из дескриптивного анализа договорного права разных стран, это то, что принцип обязательной и принудительной силы контрактов везде признается в качестве общего правила. Конкретные же особенности, формальности, исключения и отступления от него определяются сравнительной выраженностью тех или иных указанных выше факторов, влияющих на сам принцип, а также комплексом иных политико-правовых (утилитарных и этических), а иногда и формально-логических соображений. То, как договорное право соответствующей страны относится к вопросам формирования условий для придания обещаниям судебной защиты, прекращения договорных обязательств при существенном изменении обстоятельств, судебной защиты сделок игр и пари, к иску о присуждении к исполнению в натуре, а также к большинству иных вопросов, возникающих в контексте принципа *pacta sunt servanda*, во многом предопределяется тем или иным сочетанием этих разнообразных нормативных факторов. При этом принцип обязательности соблюдения контракта признается в качестве своего рода исходной опровержимой презумпции.

Думается, что именно такой подход и следует вывести в качестве нормативного решения в контексте российского права. Принцип свободы личности может быть ущемлен в силу заключенных контрактов, если иное не диктуется политико-правовыми и иными нормативными соображениями, более весомыми, нежели те принципы, которые лежат в ос-

нове общей презумпции принципа *pacta sunt servanda*³³.

§ 2. Соотношение принципа обязательности контрактов и принципа свободы договора

Выше речь шла о принципе обязательной силы контрактов. Как мы видели, данная идея имеет огромное значение, посылая судам сигнал приводить в силу заключенные соглашения. Но не менее важен и содержательный аспект отношения права к заключенным контрактам. Суд обязан защищать контрактные обязательства силой государственного принуждения. Но все ли контракты и все ли их условия получают такую защиту? И здесь мы сталкиваемся с проблемой содержательного контроля заключенных сделок.

Если вопрос об обязательной силе контрактов фокусируется на судебном принуждении как механизме ограничения личной свободы и возможности вести себя вопреки своим обещаниям, то вопрос о пределах автономии сторон при согласовании содержания контрактов, наоборот, связан с ограничением свободы граждан такие обещания давать. Если научное осмысление принципа *pacta sunt servanda* развивается вокруг проблемы ограничения оппортунистического «пост-

³³ О презумптивной природе идеи об обязательности соблюдения контракта см.: *Atiyah P.S. Essays on Contract*. 2001. P. 148.

контрактного» (следующего за заключением договора) поведения должников, то анализ принципа свободы договора обращен в сферу автономии сторон свободно вступать в договорные отношения и по взаимному согласию определять параметры таких отношений.

Иначе говоря, проблема обязательности договора может быть кратко выражена в вопросе: почему и как договорные обязательства порождают возможность осуществления государственного принуждения и ограничения личной свободы? Проблема же границ свободы договора может быть редуцирована до вопроса о том, может ли государство вмешиваться в свободу контрактных взаимодействий и в определенные сторонами условия таких взаимодействий, и если да, то в каких случаях и каким образом.

Нас в настоящей работе интересует именно последний вопрос, но ни в коем случае не стоит упускать из виду и первый. Оба вопроса порой настолько тесно взаимосвязаны, что их раздельное рассмотрение и анализ крайне затруднительны. Как только мы задумаемся над вопросом о реальной роли свободы договора, мы понимаем, что этот принцип теряет большую часть своего смысла при отсутствии системы принудительной судебной защиты договорных прав. Этот тезис легко доказать, приведя пример из действующего российского законодательства. Так, иногда государство, видимо, считая, что некоторые действия участников гражданского оборота не столь общественно вредны, чтобы заслуживать за-

прещения, но желая стимулировать людей к воздержанию от участия в них, вместо прямого ограничения свободы договора путем признания таких сделок недействительными признает эти сделки законными, но лишает их судебной защиты. Классический пример – обязательства, вытекающие из сделок игр и пари, которые согласно п. 1 ст. 1062 ГК признаются законными, но требования, из них вытекающие, не подлежат судебной защите. В итоге такого изощренного регулирования соответствующий азартный сектор экономического оборота хотя и не исчезает, но значительно сужается или по крайней мере лишается возможности для развития. В результате право создает эффект не идентичный, но местами близкий к тому, который имел бы место, если бы соответствующие сделки были просто запрещены, в то же время допуская определенную гибкость в регулировании таких отношений³⁴.

Другой, более распространенный пример переплетения двух указанных принципов – судебная практика почти всех развитых стран, которая применяет принцип недопустимости злоупотребления правом к оценке содержания договорных условий. Так, например, и отечественный суд в том числе может отказать в защите того права, которое возникло у недобросовестного контрагента на основании условия, кото-

³⁴ Анализ этой проблематики соотношения принципов свободы договора и его судебной защиты см.: *Hermalin B.E., Katz A.W., Craswell R. Contract Law // Handbook of Law and Economics. Vol. I / Ed. by A.M. Polinsky and S. Shavell. 2007. P. 19.*

рое было включено в результате недобросовестного подведения контрагента либо само по себе носит недобросовестный характер (ст. 10 ГК). В данном случае суд часто признает законными сами договорные условия и наличие соответствующего права, но отказывает в применении его судебной защиты, т. е. ограничивает действие не принципа договорной свободы, а принципа *pacta sunt servanda*. Но суд может пойти и дальше, признав сами условия ничтожными как противоречащие императивному законодательному требованию недопущения злоупотребления правом, на что недавно недвусмысленно указал Президиум ВАС РФ³⁵. И здесь мы будем иметь полноценное ограничение договорной свободы. Разница между двумя этими стратегиями в сущности незначительна.

Это переплетение привело к тому, что и в России, и во всем мире в рамках проблематики ограничения договорной свободы обсуждают как те случаи, когда государство блокирует автономию воли сторон по своей инициативе, так и те случаи, когда оно блокирует судебную защиту обязательств.

Признаваемая правом свобода договора при ее реализации приводит к осуществляемому тем же правом ограничению личной свободы. Свобода на преддоговорной стадии оборачивается «несвободой» после заключения договора. Общая стратегия судов в развитых странах по отноше-

³⁵ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127 (п. 9).

нию к контрактам состоит в максимальном уважении свободы сторон по собственному усмотрению заключать договоры, чтобы потом эффективно ограничить их в свободе передумать. Соответственно значительная *свобода договора* фактом заключения договора превращается в не менее значительную *несвободу от договора*. Некоторые ортодоксальные либертарианцы-абсолютисты (например, М. Ротбард) иногда предлагали строго воздерживаться от каких-либо попыток ограничения договорной свободы и при этом выступали против широкого применения принципа *pacta sunt servanda*³⁶. Но такое сочетание двух принципов носило абсолютно маргинальный характер и не отражало основные тенденции развития договорного права и правовой науки. Во всем мире продолжают основывать частное право на идеях автономии воли и принудительной силы договорных обязательств.

Некоторых юристов конфликт свободы договора и свободы от договора наталкивал на мысль о том, что понятие свободы договора в принципе логически противоречиво³⁷. Мы со своей стороны признаем, что, несмотря на этот видимый парадокс, понятие свободы договора вполне логично, если под ним понимать право сторон по собственному разумению искать партнеров и заключать любые сделки с

³⁶ Ротбард М. Этика свободы (2008), гл. 14 (доступно в Интернете на сайте: <http://libertynews.ru/node/142>).

³⁷ Соответствующие цитаты и критику этой оценки см.: Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 2006. № 1 (СПС «КонсультантПлюс»).

любым содержанием. Придание договорным обязательствам принудительной силы в ситуации, когда один из контрагентов передумал исполнять договор, действительно в реальности следует не из принципа договорной свободы, а из идеи обязательности контрактных обязательств. Соответственно то, что суд не приводит в действие те или иные условия по просьбе передумавшей исполнять договор стороны, означает при буквальном понимании свободы договора, что суд ограничивает не эту свободу, а принцип обязательной силы контрактов.

В то же время устоявшуюся речевую практику, расширяющую изначальную семантику понятия договорной свободы, с тем чтобы покрыть собой в значительной степени и идею обязательности контракта, мы также не считаем настолько логически порочной, чтобы во что бы то ни стало ее менять. Поэтому в дальнейшем даже тогда, когда суд отвергает договорные условия по инициативе контрагента, передумавшего исполнять договор и ищущего свободу от его условий, при всей осознаваемой условности такого терминологического шага мы будем вслед за большинством зарубежных авторов³⁸

³⁸ В зарубежной литературе понятие свободы договора, как правило, включает в себя идею «святости договора» и принудительной силы договорных обязательств. См., напр.: *Angelo A.H., Ellinger E.P. Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany and the United States // 14 International and Comparative Law Journal. 1991–1992. P. 455.* В этой связи один скандинавский автор отмечал, что «свобода договора предполагает не только свободу от государственного вмешательства, но и адресованное к государству требование предпринять определенные действия» (см.: *Strömholm. The*

говорить об ограничении *свободы* договора.

Учитывая это тесное переплетение вплоть до частичной взаимозаменимости двух указанных принципов, нам вряд ли удастся в работе избежать анализа их обоих. Поэтому, беря в фокус нашего внимания вопрос о свободе договора, мы должны осознавать тесную взаимосвязь этой проблематики с вопросом о принудительной силе договоров и в ряде случаев вынуждены затрагивать последнюю.

§ 3. Содержательные и процедурные проявления свободы договора

Для того чтобы лучше очертить предмет нашего исследования, следует указать на то, что работа посвящена в первую очередь содержательному аспекту идеи свободы договора. Содержательная свобода договора постулирует право участников оборота по собственному усмотрению выбирать и определять тип и условия контракта, включая цену и иные права и обязанности сторон. Нас также интересует вопрос о том, в каких случаях право может игнорировать прямо выраженную в договоре волю контрагентов. В проблемное поле, возникающее вокруг принципа содержательной свободы договора, входят такие вопросы, как императивные и диспозитивные нормы закона, возможность заключения непоиме-

нованных и смешанных договоров, контроль стандартизированных условий договора, контроль справедливости договорных условий посредством применения принципа добросовестности и многие другие. Именно они находятся в центре нашего анализа.

Это проявление принципа свободы договора следует отличать от процедурной свободы договора, которая реализуется в праве свободного выбора контрагента и принятия решения о заключении договора. Проблемное поле, которое вокруг него формируется, включает в себя анализ тех случаев, когда право позволяет понуждение к заключению договора, лишает контрагента права свободного выбора партнеров или запрещает дискриминационное уклонение от заключения договора с отдельными участниками оборота. Анализ этих проблем процедурной свободы договора не входит в предмет настоящей работы.

§ 4. Свобода договора и дефекты заключения договора

Для того чтобы в полной мере выделить предмет нашего непосредственного внимания, необходимо уточнить, что в реальном обороте многие *prima facie* заключенные договоры признаются судами незаключенными или недействительными не из-за их содержания или не столько из-за этого, сколько из-за тех или иных нарушений в процессе их заключения

и в том числе так называемых дефектов воли.

Сам факт законодательного регулирования формы договоров, процедуры и порядка их заключения, требований к дееспособности, запрета на принуждение, насилие или обман оказывает определенное как стабилизирующее, так и одновременно ограничивающее воздействие на сферу свободы договорных отношений. Тот факт, например, что закон требует оформления сделки в виде единого документа или согласования существенных условий договора, обязывает осуществлять его государственную регистрацию или не признает действительность сделок, заключенных с гражданами, которые лишены дееспособности, в определенной степени ограничивает свободу договора. Во многих случаях эти ограничения являются достаточно обоснованными (например, в случаях пороков воли), в то время как в ряде других случаев – не вполне (например, неоправданное расширение списка существенных условий для тех или иных видов договоров). Но мы в настоящей работе не будем анализировать эти ограничения в той мере, в какой они полностью или преимущественно связаны с дефектами процедуры, формы заключения договора или с применением категории существенных условий.

Нас интересуют в первую очередь те случаи, когда право может ограничить свободу определения непосредственно содержания контракта, заключенного в соответствующей закону форме, согласно предписанной законом процедуре и с

учетом всех определенных законом существенных условий полностью дееспособными и управомоченными на то участниками оборота в трезвом уме и твердой памяти и в отсутствие иных пороков воли (т. е. без насилия, угрозы, введения в заблуждение и иных тому подобных искажений).

Конечно, при разборе интересующих нас случаев мы увидим, что очень часто условием применения содержательного контроля выступают те или иные аспекты процесса заключения договора (например, злоупотребление своей переговорной силой). Тем не менее во всех анализируемых нами в данной книге случаях блокирование договорной свободы осуществляется не из-за нарушения процедурных императивных предписаний или не столько из-за этого, а преимущественно в связи с нежелательным содержанием договорных условий. Например, кабальные сделки разбираются нами в книге в силу того, что (1) при их заключении отсутствует полноценный порок воли и сделка является хотя и продиктованной обстоятельствами, но все же добровольной, а (2) само ограничение вводится только на случай, когда из-за стечения тяжелых обстоятельств содержание контракта оказалось крайне несправедливым.

С учетом этого, фокусируясь на вопросах содержательной свободы договора (т. е. пределов автономии воли сторон в определении договорных условий), мы будем затрагивать в ряде случаев и некоторые процедурные аспекты – в той мере, в какой они обуславливают контроль содержания дого-

ворных условий.

§ 5. Свобода договора и пределы договорного права

Наконец, следует сделать еще одно крайне важное предварительное уточнение. Договор является универсальным инструментом регулирования поведения. Договоры заключаются между государствами и даже, как мы знаем из недавней истории нашей страны, между субъектами одной федерации. Договоры оформляют имущественные отношения супругов. Договор определяет права и обязанности работодателя и работника. Список примеров можно продолжать.

В настоящей работе нас интересуют гражданско-правовые договоры, подпадающие под действие регулирования Гражданского кодекса РФ.

Публично-правовые договоры мы затрагивать здесь не будем, а вопросы, касающиеся частноправовых договоров, подпадающих под специальное регулирование трудового или семейного законодательства, мы либо будем игнорировать, либо упоминать в сравнительно-правовом или сугубо иллюстративном контексте. Но с проведением таких границ возникает серьезная сложность. Дело в том, что в ряде случаев контрагенты, заключающие гражданско-правовой договор, могут устанавливать регулирование, находящееся на стыке с другими, не частноправовыми, отраслями права.

Кроме того, экспансия договорного права в последние 200 лет приводит к тому, что контрагенты зачастую пытаются устанавливать в договоре регулирование, конкурирующее с нормами независимых отраслей права и подотраслей гражданского права, в которых автономия воли не является общепризнанным принципом (своего рода «договорный империализм»).

Гибридная природа мирового соглашения или соглашения о подсудности в судебном процессе представляет собой отличный пример данной проблемы. Споры о допустимости установления договорной подсудности по месту нахождения банка-кредитора в сделках потребительского кредитования напоминают нам о сложности данной проблематики. Также не лишне вспомнить о праве сторон исключить подсудность споров государственным судам и договориться об их передаче третейским институтам и международным коммерческим арбитражам в частности и даже подробно согласовать процедуру арбитража *ad hoc*. Более того, в последние годы в зарубежной научной литературе и судебной практике разрабатывается проблема допустимости договорного регулирования процедур банкротства³⁹. Как отмечается, проблематика границ договорной свободы в сфере банкротства является цен-

³⁹ См., напр.: *Schwarcz S.L. Rethinking Freedom of Contract: A Bankruptcy Paradigm // 77 Texas Law Review. 1998–1999. P. 515 ff; Schwartz A. A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy // 107 Yale Law Journal. 1998. P. 1807 ff.*

тральным вопросом данной сферы права в последние годы⁴⁰. Могут ли кредиторы одного должника осуществить «договорную субординацию», т. е. подписать соглашение, определяющее очередность удовлетворения требований этих кредиторов из имущества банкрота? Или другой вопрос: если банк и заемщик могут согласовать залог и тем самым, по сути, заранее определить порядок удовлетворения требований кредиторов в случае банкротства, то почему они же не могут заранее или в ходе банкротства согласовать отказ от моратория на погашение требований данного кредитора, отказ кредитора от права голосования в пользу ликвидации в случае возбуждения дела о банкротстве или предоставить либо отнять иное процессуальное право, возникающее у участников дела о банкротстве? Ответ в том духе, что это различие предопределено тем, что в случае залога на то имеется норма закона, а в остальных случаях ее нет, истинного ученого никогда не удовлетворит, так как он видит свою задачу в постоянной проверке позитивного права на предмет рациональности и поиске путей его оптимизации, а не в пересказе и систематическом изложении его буквы.

Возникают интересные вопросы и в отношении возможности договорного установления или изменения режима вещных прав, в отношении которых доктрина *pignus clausus* традиционно исключала свободу договора, предпри-

⁴⁰ *LoPucki L.M. Contract Bankruptcy: A Reply to Alan Schwartz // 109 Yale Law Journal. 1999–2000. P. 317.*

сывая закрытый перечень вещных прав, признаваемых позитивным правом. Если в прежние времена ученые редко задавали такие вопросы и слепо следовали сложившимся догмам, то современный правовед не может смириться с отсутствием рационального обсуждения данной проблематики и пытается найти разумные основания для сохранения или модификации укоренившегося императивизма вещного права⁴¹.

Корпоративное право представляет нам еще один отличный пример экспансии идей договорной свободы. Зарубежные ученые как минимум с 1980-х гг. бьются над дилеммой о допустимой сфере свободы договора в корпоративных правоотношениях⁴². Распространение контрактарианской теории⁴³ корпорации и признание позитивным правом

⁴¹ О соотношении вещного и договорного права см.: *Von Bar C., Drobnig U.* The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe: A Comparative Study. 2004. Детальный анализ «за и против» доктрины *numerus clausus* и недопущения свободы договора в сфере вещного права см.: *Merrill T.W., Smith H.E.* Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle // 110 *Yale Law Journal*. 2000–2001. P. 1 ff; *Hansmann H., Kraakman R.* Property, Contract, and Verification: The Numerous Clausus Problem and the Divisibility of Rights // 31 *The Journal of Legal Studies*. 2002. P. 373. О различиях в подходах к решению этого вопроса в американском и европейском праве см.: *Merryman J.H.* Policy, Autonomy, and the Numerus Clausus in Italian and American Property Law // 12 *American Journal of Comparative Law*. 1963. P. 224 ff.

⁴² См., напр.: *Bebchuk L.A.* The Debate on Contractual Freedom in Corporate Law // 89 *Columbia Law Review*. 1989. P. 1395 ff.

⁴³ См. подробнее: *Easterbrook F.H., Fischel D.R.* The Economic Structure of Corporate Law. 1991; *Chefins B.R.* The Trajectory of (Corporate Law) Scholarship.

многих стран (включая с недавних пор и Россию) акционерных соглашений бросает вызов императивизму корпоративного права и формирует колоссальный по своей практической значимости и научной перспективности дискурс о пределах свободы договора в корпоративном праве⁴⁴.

Наконец, нельзя не упомянуть и о проблеме автономии воли сторон при выборе применимого права в процессе заключения внешнеэкономических контрактов. Данная проблема установления пределов договорной свободы уже не один век приковывает внимание цивилистов всех стран мира.

Как мы видим, свобода определения содержания договора представляет собой настолько универсальную и масштабную проблему, что сколько-нибудь глубоко и добросовестно с научной точки зрения охватить ее в рамках одной книги просто невозможно.

Поэтому мы поставили себе задачу детально проанализировать идею свободы договора в рамках традиционного договорного права и не затрагиваем преломление данной проблематики в области публичного, международного частного, трудового, корпоративного, вещного права или процессуального права и тем более не вторгаемся в сферу права уголов-

2004.

⁴⁴ В России эту тему активно разрабатывает Д.И. Степанов. См., напр.: *Степанов Д.* Реформа законодательства об ООО: к принципу свободы договора в корпоративном праве // *Корпоративный юрист.* 2009. № 6. С. 13–19; *Он же.* Устав как форма сделки // *Вестник гражданского права.* Т. 9. 2009. № 1. С. 4–62 и др.

ного, где недавняя легализация в российском праве института сделки с правосудием также открывает интересный ракурс анализа идеи свободы договора⁴⁵.

Нас интересуют основания идеи свободы договора и пределы определения содержания традиционного гражданско-правового договора, регулирующего обязательственные отношения сторон на фоне общих и специальных норм обязательственного права. Разработка проблематики проявления идеи свободы договора за рамками этой, признаем, крайне условно очерченной сферы, а также формирование некой общей межотраслевой доктрины свободы договора представляются темами крайне актуальными, но не входят в наши задачи в рамках настоящей работы.

⁴⁵ О сделке с правосудием как проявлении идеи свободы договора в сфере уголовного права см.: *Scott R.E., Stuntz W.J. Plea Bargaining as Contract // 101 Yale Law Journal. 1992. P. 1909 ff.*

Глава 2. Методологические аспекты политико-правового анализа принципа свободы договора

§ 1. Обоснование необходимости политико-правового анализа

Понимание принципа свободы договора и его практической роли в контексте российского права – вопрос не из легких.

Из текста законов вывести сколько-нибудь реальное представление о функционировании этого базового принципа очень сложно. Торжественное провозглашение принципа свободы договора на уровне ГК (ст. 1 и 421) дает крайне отдаленное представление о том, как функционирует данная идея в реальности. Кроме того, по ряду наиболее острых вопросов применения данного принципа ГК выражается нечетко или попросту молчит.

Обращение исследователя к отечественной доктринальной литературе также оказывается не вполне продуктивным.

Проблема использования отечественной цивилистической литературы для анализа столь острой проблемы состоит в том, что имеющийся в России цивилистический на-

учный дискурс, так уж сложилось, носит преимущественно догматический характер. Он, за редкими исключениями, нацелен либо на экзегетическое комментирование буквы закона (как правило, в виде его пересказа иными словами, а в лучшем случае – в виде попытки согласования его разрозненных норм), либо на логическую обработку, индуктивное обобщение и дедуктивное применение действующего позитивного регулирования, исторических источников и опыта их анализа предыдущими поколениями работающих в том же методологическом ключе ученых⁴⁶.

Применительно к принципу свободы договора (как, впрочем, и в отношении целого ряда других насущных правовых проблем) анализ истории и догматики права с научной точки зрения оказывается недостаточным, как только вопрос заходит о пределах применения данного принципа *de lege ferenda* и путях разрешения многих практических вопросов. История позитивного права и герменевтика исторических источников, экзегетический анализ текстов действующих законов и формально-догматическая обработка позитивного права в духе «юриспруденции понятий», как правило, недостаточны для того, чтобы сформировать методологическую основу для принятия законодателем и высшими судами наиболее адекватных правотворческих решений. Из того, что тор-

⁴⁶ О соотношении догматической и политико-правовой научной методологии см.: *Карпетов А.Г.* Политика и догматика гражданского права: исторический очерк // Вестник ВАС РФ. 2010. № 4. С. 6–70; № 5. С. 6–56.

говля людьми считалась приемлемой частноправовой сделкой в ряде штатов США во времена Франклина или в России во времена Гоголя, отнюдь не следует, что такое проявление договорной свободы сейчас можно допустить. Вывод же о допустимости или недопустимости легализации обеспечительной передачи права собственности находится в крайне слабой причинно-следственной взаимосвязи с тем, признавалась ли данная конструкция в римском праве или нет. Исторический опыт крайне важен, но недостаточен при принятии государством конкретных регулятивных решений об ограничении или допущении тех или иных проявлений договорной свободы (от допущения безотзывных банковских вкладов до легализации соглашений о субординации требований кредиторов одного должника).

В свое время профессор Р. Борк применительно к антимонопольному праву отметил, что «антимонопольная политика не может стать рациональной, пока мы не способны дать твердый ответ на вопрос о том, в чем состоит цель антимонопольного права. Ответы на все частные вопросы вытекают из ответа на этот базовый вопрос... Только после этого возможно сформировать согласованную систему правового регулирования»⁴⁷. Этот же вывод не менее очевиден и в отношении договорного права. В реальности, без анализа истинных целей договорного права (справедливости, экономической эффективности и т. п.), без постановки фундамен-

⁴⁷ *Bork R. The Antitrust Paradox. 1993. P. 50.*

тальных вопросов о свободе, индивидуализме, патернализме и социальной солидарности, о допустимой роли государства в экономике, такие фундаментальные вопросы, как свобода договора, исследовать бессмысленно и решать преждевременно. В условиях, когда анализ содержательной рациональности права (политики права) не принят и зачастую отвергается в российском научном сообществе, трудно ожидать сколько-нибудь глубокого изучения, понимания и последовательного проведения в жизнь или осознанного ограничения принципа свободы договора.

Такая прискорбная картина наблюдалась и в зарубежном праве вплоть до последних десятилетий. Все выдающиеся немецкие пандектисты XIX в., которым мы так многим обязаны в плане систематизации частного права, принципиально не исследовали вопросы политики права и поэтому практически полностью игнорировали вопрос о свободе договора и ее пределах. Сам принцип свободы договора проявился в форме «волевой теории» сделки, но проблематика ограничения содержательной свободы договора глубоко не изучалась, поскольку основное внимание было направлено на анализ проблематики процесса заключения договора. Научная методология пандектистов, основанная на комментировании римско-правовых текстов и индуктивном обобщении полученных отсюда догм в согласованные концепции и понятия, просто не могла ответить на многие вопросы, связанные с необходимостью ограничения договорной свободы, не

начиная изменять сама себе. Дискуссии на эту тему в среде юристов и более или менее серьезный научный анализ в немецком праве начались только в XX в., когда эпоха великих пандектистов ушла в историю⁴⁸.

Так, например, к концу XIX в. французские, немецкие и другие европейские цивилисты признали наличие дихотомии императивных и диспозитивных норм, но серьезный анализ тех критериев, по которым законодателю стоит формулировать ту или иную норму как императивную или диспозитивную, а суду – давать норме, не имеющей очевидных текстуальных атрибутов, императивную или диспозитивную интерпретацию, начался в правовой науке зарубежных стран только во второй половине XX в.⁴⁹

В то же время правовая наука не стоит на месте. К настоящему моменту, как показывает изучение доступной авторам зарубежной научной литературы, осмысление роли принципа свободы договора и оснований его ограничения все чаще строится в развитых странах на основе серьезного анализа политико-правовых (утилитарных, этических или иных) соображений, т. е. с учетом ценностей и целей, которым право

⁴⁸ *Abegg A., Thatcher A.* Review Essay – Freedom of Contract in the 19th Century: Mythology and Silence of the Sources. – Sibylle Hofer's *Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert* // *German Law Journal*. 2004. Vol. 5. № 1. P. 104–105.

⁴⁹ *Wagner G.* Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal For a Directive on Consumer Rights // *Erasmus Law Review*. Vol. 3. Issue 1. 2010. P. 49, 50.

должно следовать как инструмент социального контроля и инженерии, механизм проведения в жизнь доминирующих в обществе моральных установок и катализатор экономического прогресса.

Никому сейчас в мире не приходит в голову ограничить свободу договора по каким-то чисто формально-догматическим причинам лучшего вписывания некой сделки в какую-то сложившуюся в догматике права концепцию или понятие. Для обоснования принципа свободы договора и оправдания его ограничения современными зарубежными юристами используются в первую очередь аргументы содержательной рациональности права, включая мораль, экономическую эффективность и конституционные права и ценности.

Мир частного права как абсолютно автономной и трансцендентальной системы, выстроенной и развивающейся только на основе формальной логики и толкования «священных» юридических текстов, давно в прошлом. В науке зарубежных стран активно развиваются юриспруденция интересов и ценностей (Германия), правовой прагматизм, школа критических правовых исследований и экономический анализ прав (США) и другие научные методологии, акцентирующие внимание на различных аспектах содержательной рациональности права.

В России ситуация принципиально иная. Политико-правовая научная методология в области частного права в Рос-

сии начала активно развиваться в начале XX в. во многом благодаря научным усилиям Л.И. Петражицкого, который поставил в качестве основной цели своей научной деятельности формирование в сфере частного права политико-правовой научной методологии, нацеленной на научный анализ путей совершенствования позитивного права. Такая методология должна была, на его взгляд, занять место теряющего авторитет естественно-правового дискурса, ранее де-факто отчасти выполнявшего аналогичную роль⁵⁰. Но после Первой мировой войны и революции политика гражданского права в той ее форме, которая была близка Л. Петражицкому и многим другим дореволюционным цивилистам⁵¹, просто оказалась никому не нужна. Цивилисты были вынуждены либо удалиться в сферу чистой догматики и теоретических абстракций, изучая структуру гражданского правоотношения или систему юридических фактов, либо наполнять свой научный анализ марксистско-ленинскими политико-правовыми установками, которые в значительной степени лишали их работы истинно цивилистического значения,

⁵⁰ См.: *Петражицкий Л.И.* Введение в науку политики права // Теория и политика права: Избранные труды. СПб., 2010. С. 3–187; *Он же.* К вопросу о социальном идеале и возрождении естественного права // Там же. С. 562–601.

⁵¹ Л.И. Петражицкий не считал возможным существование гражданско-правовой политики без признания центрального значения принципов свободы договора, частной собственности и децентрализации экономической жизни (см.: *Петражицкий Л.И.* Введение в науку политики права // Теория и политика права: Избранные труды. СПб., 2010. С. 42, 43).

либо искать некие компромиссы между этими крайностями.

В современных условиях необходимость детально анализировать инструкции различных советских плановых ведомств и цитировать Маркса, Ленина и Сталина в рамках научного цивилистического исследования, к счастью, отпала. Советская правовая политика в рамках научных исследований исчезла, оставив ученого один на один с текстом Гражданского кодекса и методологией «юриспруденции понятий», а «новая старая» рыночно ориентированная политика гражданского права так и не заняла должное место. Научное направление, начатое более 100 лет назад Л.И. Петражицким, так и не получило импульс к возрождению, несмотря на формальное возвращение к политико-правовым установкам рыночного гражданского права на уровне деклараций Конституции и Гражданского кодекса РФ. В результате в области гражданско-правовой методологии мы остались с наследством в форме четырех стен правовой догматики.

Для того чтобы сопоставить различия в методологии научного анализа, достаточно сравнить редкие и сугубо догматические российские публикации на тему договорной свободы и, скажем, потрясающую по широте и глубине анализа книгу Патрика Атийи «Становление и падение свободы договора» или сотни глубоких и новаторских статей о договорной свободе, патернализме и пределах частной автономии в договорном праве, написанных за последние 30–40 лет немецкими, английскими и американскими профессорами

и разбираемых далее на страницах данной книги. Этого сопоставления достаточно, чтобы осознать методологическую ограниченность, которая, как приходится признавать, характерна для большинства российских научных публикаций по этой теме.

По сложившимся в России правилам научного дискурса, если какое-то ограничение свободы договора представляется более логичным с точки зрения лингвистического и систематического толкования тех или иных законодательных норм, вытекает из сложившихся догматических конструкций или позволяет втиснуть заключенный контракт в некую поименованную договорную модель, российские ученые часто готовы легко проигнорировать волю сторон, не испытывая при этом сколько-нибудь сильного дискомфорта и не пытаясь анализировать политико-правовые (утилитарные или этические) соображения, стоящие за этим решением.

В этой связи крайне важно для развития правовой науки несколько расширить методологические горизонты и попытаться взглянуть на проблемы частного права со стороны правовой политики. Необходимо начать научное изыскание оптимальных регулятивных решений, способных вызвать те последствия, которые можно было бы признать желательными и адекватными исходя из конечных целей позитивного права. Независимо от того, занимается ли этим поиском правовая наука или нет, этим серьезно занимаются экономисты, философы-моралисты, политологи и представители других

социальных наук. Но самое главное состоит в том, что законодатели и высшие суды в своем правотворчестве во всех странах (в не меньшей степени и в России) исходят прежде всего именно из так или иначе осознаваемых политико-правовых соображений (как минимум тогда, когда они в принципе осуществляют это правотворчество добросовестно). Не имея опоры в правовой науке, они, зачастую искренне желая достичь неких общественно полезных результатов, чаще всего осуществляют регулятивный выбор сугубо интуитивно. К сожалению, этот выбор далеко не всегда оказывается удачным. При этом часто регуляторы некритически воспринимают нормативные предложения представителей экономической науки или тех или иных групп лиц, имеющих специальные интересы, без учета важнейших правовых соображений системной согласованности позитивного права или учета ценностей справедливости и иных этических принципов. Иначе говоря, если юристы не занимаются правовой политикой, это значит, что они осознанно уступают эту сферу другим заинтересованным лицам и что они принципиально отказываются содействовать построению справедливого и эффективного правового регулирования, смиряясь с тем позитивно-правовым материалом, которым их «обрадуют» официальные правотворцы. Нас такой подход, который крайне удивил бы любого римского юриста, категорически не устраивает.

Можно не соглашаться с Марксом, который отвел праву

исключительно роль надстройки над экономической структурой общества, несколько принижая значение влияния на право со стороны культуры и религии, а также обратного влияния культуры, религии и права на структуру экономических отношений⁵². Судя по всему, классический марксизм действительно недостаточно внимания уделял ряду сложных взаимосвязей этих различных систем, а также недооценивал определенную ригидность частноправовой догматики как таковой. Очевидно, что очень часто именно правовые реформы предшествуют формированию тех или иных социально-экономических и культурных реалий и стимулируют их возникновение и изменение. Так, например, во многих обществах (особенно в странах «догоняющего развития») предварительное признание права частной собственности и договорной свободы в позитивном праве являлось инструментом формирования рыночной экономики как таковой или легитимации ее стихийного развития, а также разрушения коллективистской и патерналистской социальной структуры. Поэтому соотношение позитивного права и социально-экономического и культурного контекстов вряд ли можно описать исключительно в рамках модели базиса и послушно двигающейся за ним надстройки. Взаимодействие всех этих элементов, видимо, куда более сложное и строится на началах взаимозависимости.

Тем не менее трудно не признать, что право в значитель-

⁵² Маркс К. К критике политической экономии. М., 2010. С. 6, 7.

ной степени функционирует по описанной А.Дж. Тойнби модели «вызов – ответ»⁵³. Это легко увидеть, если задаться вопросом о том, что заставило правительства постсоветских стран вводить в позитивное право признание и защиту частной собственности, а также декларировать договорную свободу. Посредством введения или изменения позитивно-правовых норм государство и общество, как правило, пытаются дать регулятивный ответ на вновь возникшие экономические, нравственные и культурные вызовы, исходящие из социальной системы в целом. Иногда этот ответ задерживается и в позитивном праве сохраняются решения, введенные в свое время в ответ на некие исторические вызовы, давно утратившие свое функциональное оправдание. Но, как правило, рано или поздно эти анахронизмы отступают под давлением новых жизненных реалий. Это предопределяет постоянную и нескончаемую эволюцию позитивного права и относительность любых позитивно-правовых догм. Как верно отмечается в литературе, договорное право есть «средство регулирования общественных отношений, и его приро-

⁵³ Данная, предложенная Тойнби (см.: *Тойнби А. Дж.* Цивилизация перед судом истории: Сборник. М., 2002), историософская концепция безусловно вряд ли способна объяснить формирование, развитие и гибель всех цивилизаций. Тем не менее она имеет большое объясняющее значение, особенно в отношении развития ряда социокультурных институтов (политической системы, производственных отношений, деловой этики, правового регулирования оборота и прав собственности и т. п.). Подвижки в этих сферах очень часто стимулируются появлением новых вызовов, с которыми перестают справляться прежние институты.

да изменяется по мере социальных изменений»⁵⁴.

В этой связи стоит констатировать, что реальное позитивно-правовое наполнение принципа свободы договора и ограничения этого принципа всегда находились и находятся под значительным влиянием экономических, социальных, этических, культурных и даже религиозных идей и реалий, без понимания роли которых юристу сложно осознать истинные приводные ремни развития данного правового явления и предложить адекватные пути реформы.

Так, например, отказ классического римского права оценивать эквивалентность обмениваемых благ, развитие института *laesio enormis* в позднем римском праве и в Средние века, снижение его популярности в XIX в. и некоторое воскрешение в XX в. – все это отражало изменения в соотношении уходящих корнями в аристотелевскую и христианскую этику представлений о справедливости акта обмена, с одной стороны, и утилитарных соображений о пользе торговли, иммунизированной от государственного вмешательства и патернализма, – с другой. В той же мере возникновение в XX в. детального регулирования ограничения договорной свободы в отношении трудовых, потребительских договоров и договоров, заключенных на стандартных условиях, а также договорных отношений монополистов невозможно понять в отрыве от реальных подвижек в структуре торговли, демократизации общества и развития доктрины государ-

⁵⁴ Hogg M. Promises and Contract Law. Comparative Perspectives. 2011. P. 173.

ства всеобщего благосостояния. В равной мере без анализа политики права трудно понять, почему французское право столь упорно отказывало судам в праве снижать договорную неустойку в течение всего XIX в., а в XX в. дало судам право снижать неустойку не только по просьбе должника, но и по собственной инициативе.

По нашему убеждению, если юрист не привык смотреть на развитие позитивного права в широком социально-экономическом, этическом и культурном контексте, он и не может претендовать на истинно научный анализ того, какие правовые решения будут наиболее приемлемы в современных условиях. Его сугубо исторические и догматические знания оказываются малополезными для правовой реформы и не способствуют решению актуальных задач регулятивной политики. Юрист оказывается бессильным смоделировать экономические и иные практические последствия, к которым принятие той или иной нормы приведет. И соответственно законодателям и судам, которые (в отличие от ученых) неизбежно вынуждены держать в уме и просчитывать конкретный общественный эффект своих регулятивных решений, опереться на исследования таких юристов-догматиков оказывается затруднительно. Если, например, юрист знает только то, как в российском и (в лучшем случае) зарубежном праве подходили и подходят к вопросу о снижении неустойки судом, но не вникает в истинные причины и цели предоставления судам такой дискреции и связь данного институ-

та с конкретными социально-экономическими условиями и этическими ценностями, ему крайне сложно давать продуманные советы законодателю или судам в отношении того, какие нормы следует принимать на сей счет в нашей стране, сталкиваясь, скажем, с вопросом о возможности исключения применения института снижения неустойки, включенной в акционерные соглашения.

Иначе говоря, юрист, который видит только конкретные изменения в законах и судебной практике и не анализирует истинные их основания, подобен тому медику, который наблюдает ход болезни, но не осознает ее причины и не интересуется путями эффективного лечения. С учетом того, что позитивное право как таковое существует не само для себя, а именно для «лечения» и «профилактики», сугубо догматическая методология хотя, безусловно, крайне важна и полезна, особенно в плане дидактики и практического правоприменения, но имеет достаточно ограниченные возможности применительно к выявлению глубинной сущности правовых проблем и анализу данных проблем *de lege ferenda*. Для того чтобы оценить истинные масштабы айсберга, следует погрузиться под воду. Так же и в праве – чтобы понять истинную суть любой догматической проблемы и найти лучшие варианты ее решения, необходимо заглянуть за границы позитивного права.

Некоторые юристы считают, что их воззрения на право носят сугубо нейтральный характер и никак не связаны с той

или иной экономической теорией или этической системой. Этот самообман или умышленное введение в заблуждение приходилось не раз наблюдать при анализе истории права. Так, например, немецкие пандектисты всеми силами пытались скрыть свои глубинные политико-правовые (на самом деле либерально-экономические) пристрастия за отсылками к догмам римского права. Только внимательный читатель, который начинает обращать внимание на то, почему те или иные римские нормы пандектистами догматизировались, а другие придавались забвению, мог осознать, что рецептивная избирательность и само направление процесса формирования логических конструкций, возводившихся пандектистами на основе обобщения римских норм, отражали доминирующие в среде немецких классических правоведов-цивилистов и близких им интеллектуальных и экономических кругах идеологические предпочтения, этические установки и экономические теории (в первую очередь абсолют частной собственности и невмешательство государства в свободу экономического оборота)⁵⁵.

⁵⁵ Эту обманчивость кажущейся идеологической нейтральности цивилистики немецких пандектистов (в их числе Савиньи, Пухта, Виндшейд и др.) и их подспудную ориентацию на либерально-экономические ценности отмечают большинство историков права. См., напр.: *Dawson J.P.* The Oracles of the Law. 1968. P. 458; *Stein P.* Roman Law in European History. 1999. P. 122; *Merryman J.H., Pérez-Perdomo R.* The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America. 3-rd ed. 2007. P. 65; *Reimann M.* Nineteenth Century German Legal Science // 31, Boston College Law Review. 1989–1990. P. 892; *Wieacker F.* A History of Private Law in Europe. 2003. P. 349.

Аналогичная ситуация имела и отчасти имеет место и в других странах. Судьи общего права в рамках так называемой декларативной теории долгое время (в США – до 1930-х гг.) пытались создать видимость того, что их решения, революционно максимизирующие сферу договорной свободы, есть некая механическая дедукция и чуть ли не единственно возможное следствие неких непреложных естественных истин, которые суды лишь декларируют, но ни в коем случае не их собственное креативное правотворчество. Представители французской школы экзегезы в XIX в. настаивали на том, что вся правовая наука сводится к комментированию кодекса, а французский Кассационный суд до сих пор не упоминает в своих решениях политико-правовые аргументы, приговарываясь, что все решения даже в самых спорных пробельных зонах закона он якобы выводит напрямую из толкования Гражданского кодекса.

Такой подход был всегда достаточно безопасен для юристов и правотворцев. Всегда намного проще проводить в жизнь свои идеи, в реальности основанные на оценке справедливости и комплекса утилитарных соображений, предоставляя аргументацию в качестве идеологически нейтральных дедукций из неких непреложных аксиом, даже если они на самом деле никакие не аксиомы и отсылки к ним носят чисто фиктивный характер. С риторической точки зрения техническое «камуфлирование» творческих инноваций под механическое следование формальной логике, представ-

ление своего субъективного мнения в качестве интерпретации неких авторитетных источников и сокрытие истинных идеологически далеко не нейтральных мотивов вызывают меньше сопротивления и упрощают принятие тех или иных идей. Гораздо сложнее честно раскрывать истинную политико-правовую подоплеку принимаемых решений или выдвигаемых предложений, тем самым демонстрируя их рукотворность и соответственно субъективизм.

Но претензия на идеологическую нейтральность – это не всегда осознанный риторический прием, упрощающий убеждение оппонента. Часто это зачастую банальный самообман, вызванный неотрефлексированностью собственных идеологических предпочтений или предубеждений. Поэтому пока юрист тщательно не осознает собственные экономические и этические воззрения хотя бы на самом общем уровне, его правовые взгляды не окажутся сколько-нибудь последовательными и логичными. Ученый в современных условиях не может позволить себе не видеть тех глубоких идеологических (экономических, но также и этических, философских и иных) оснований, из которых вытекают базовые юридические принципы, доктрины и идеи. Следует помнить, что за каждой *prima facie* чисто технической дискуссией юристов скрываются некие важные политико-правовые ставки, идеологические или этические установки и экономические доктрины независимо от того, осознают ли это участники спора

или нет⁵⁶.

Таким образом, анализ самой истории развития позитивного права и догматики действующего российского и зарубежного права абсолютно необходим. Но он должен быть по возможности вписан в широкий политико-правовой контекст и в конечном счете нацелен на выведение предложений по совершенствованию российского права. Поэтому в рамках настоящей работы мы пытаемся разворачивать вопросы свободы договора и ее ограничений политико-правовой стороной в рамках анализа *de lege ferenda*, но при этом стараемся не упускать из виду догматические ограничения, которые накладывает российское законодательство, когда те или иные решения предлагаются *de lege lata*.

При этом при всей очевидности изложенных тезисов куда проще призывать к анализу политики права, чем такой анализ провести. Долгое время не существовало в принципе какой-либо научной методологии такого анализа, что препятствовало полноценному обращению цивилистов к изучению содержательной рациональности частного права и проблемы договорной свободы в особенности. Система полноценного научного анализа политики права начала развиваться только в XX в. и особенно активно в последние 30–40 лет. Но до сих пор говорить о формировании некой однозначной и всеобъемлющей методологии научного анализа политики права

⁵⁶ См.: *Kennedy D. The Political Stakes in «Merely Technical» Issues of Contract Law // European Review of Private Law 1: 7–28 (19; 14, 25). 2001. P. 7–28.*

рано.

В то же время, несмотря на эту проблему методологической неопределенности, современный ученый просто не вправе игнорировать прямой анализ того, каким позитивное право должно быть с содержательной точки зрения.

Тут, правда, возникают серьезные эпистемологические сложности. Более широкий взгляд на правовые проблемы требует погружения в области знания, в которых у юристов часто недостаточно научной экспертизы (социология, экономика, моральная философия и т. п.). Понимание того факта, что проведение элементов междисциплинарности в научное исследование в области правовой проблематики требует предварительного изучения соответствующей литературы и освоения чуждого научного аппарата, часто становится серьезным барьером для использования такой научной методологии. Кроме того, возникают серьезные риски не учесть всех нюансов соответствующих внеправовых научных дискурсов, выдвинуть поспешные суждения и ошибиться в прослеживании тех или иных каузальных междисциплинарных взаимосвязей.

Эту проблему нужно воспринимать очень серьезно. Но следует осознать, что это универсальная методологическая проблема любых междисциплинарных исследований в любых областях социальных и точных наук. В то же время, несмотря на все эти вызовы, современные социальные науки в зарубежных странах развиваются во многом в сторо-

ну этого междисциплинарного уклона. На каком-то этапе развития научного дискурса в любом научном домене ему требуются глоток свежего воздуха, некие новые ракурсы постановки традиционных вопросов и методы анализа. Так, например, в сфере анализа правовых проблем возникают правовая социология, правовая антропология, экономический анализ права, правовая психология и многие другие. Аналогичные процессы происходят и вне правовой науки. К примеру, соединение методологии классической политологии, неинституциональной экономики и теории игр порождает возникновение крайне влиятельной теории публичного (общественного) выбора, а современная эволюционная антропология уже не мыслится без методов эволюционной психологии и палеогенетики. Примеры можно только продолжать. Это один из трендов современной науки в целом. И во всех этих случаях ученые, сталкиваясь с естественными эпистемологическими проблемами и «трудностями перевода», не останавливаются перед ними и, принимая неизбежность возможных ошибок и неточностей, методом проб и ошибок формируют важнейшие для современной науки междисциплинарные течения и теории.

Не видят причин бояться всех связанных с этим научным подходом сложностей и авторы настоящей книги. Несмотря на очевидные проблемы методологической неопределенности, современный ученый просто не вправе игнорировать прямой анализ того, каким позитивное право должно быть

с содержательной точки зрения. Кристаллизовать методологию политико-правового анализа можно, только пытаясь такой анализ проводить. Еще каких-то 100–200 лет назад теоретики экономической науки, правоведы и моральные философы говорили на одном языке или как минимум живо интересовались проблематикой и методами смежных научных доменов. С учетом колоссального объема созданного с тех времен научного багажа в каждой из этих областей знания вернуться во времена ученых-энциклопедистов вряд ли возможно, но пытаться понимать друг друга и искать точки соприкосновения можно и нужно.

§ 2. Экономический анализ

Если мы обращаемся к оценке политико-правовых оснований принципа свободы договора, то первый аспект, который требует анализа, – экономический.

Джон Мейнард Кейнс в свое время отмечал, что многие люди практического толка, которые считают себя совершенно неподверженными интеллектуальным влияниям, зачастую, сами того не зная, являются рабами какого-нибудь экономиста прошлого⁵⁷. Та же ситуация и в праве. Система юридических взглядов любого судьи, законодателя или даже ученого правоведа находится под прямым влиянием тех экономических воззрений, которые он вольно или невольно

⁵⁷ Кейнс Дж. М. Общая теория занятости, процента и денег. М., 1978. С. 458.

впитал в студенческие годы и закрепил позднее собственным жизненным опытом. Юрист может вполне искренне верить в то, что его подход к правовому анализу абсолютно нейтрален и подчинен одной лишь внутренней логике права, но на самом деле чаще всего он лишь невольно придает системную согласованность тем или иным экономическим теориям.

Классические европейские цивилисты XIX в. интернализировали и вводили внутрь правовой догматики многие ценности в то время доминирующей экономической идеологии *laissez-faire*, многие советские цивилисты прямо или косвенно обслуживали экономические теории марксизма-ленинизма, а современные европейские цивилисты в основном транслируют в гражданское право и формируемые ими акты унификации европейского частного права ценностной «микс» из либерально-экономических идей и идеологии экономики всеобщего благосостояния.

Тем не менее далеко не всегда этот ценностный выбор оказывается вполне осознанным. Связано это во многом с отсутствием опыта и практики думать о правовых проблемах с экономической точки зрения. Не секрет, что то, как думают юристы и экономисты, часто настолько различается, что они подчас не могут друг друга понять даже тогда, когда думают об одном и том же социальном феномене. Как верно отмечал Фридрих Август фон Хайек, «пагубные последствия специализации знания особенно сказываются в двух

старейших дисциплинах – в экономической теории и юриспруденции... Правила справедливого поведения, изучаемые юристом, служат основанием определенного порядка, характерные свойства которого остаются юристу неизвестными, а изучением этого порядка занимается, главным образом, экономист, который, в свою очередь, мало что знает о характерных особенностях правил поведения, на которых покоится изучаемый порядок»⁵⁸. И проблема здесь не только в том, что юристы перестали понимать экономический вокабуляр и считать необходимым знать элементарные законы микроэкономики или следить за дискуссиями в области экономической науки, но и в том, что экономисты на некоторое время (как минимум до 1970-х гг.) утратили интерес к правовой проблематике, а впоследствии вернулись к ней, хотя даже в рамках новой инситуциональной экономической теории очень часто не уделяют должного внимания множеству важнейших деталей, без которых понимание экономических аспектов данной правовой проблемы достаточно затруднено⁵⁹.

Иначе говоря, мы имеем очевидный дефицит взаимопонимания. В то же время как минимум с точки зрения юридической науки достаточно очевидно, что без серьезного изу-

⁵⁸ *Фон Хайек Ф.А.* Право, законодательство и свобода: современное понимание либеральных принципов и справедливости и политики. М., 2006. С. 23.

⁵⁹ На эту проблему невнимательного отношения экономистов к юридическим тонкостям обращал внимание еще Л. Петражицкий (*Петражицкий Л.И.* Введение в науку политики права // Теория и политика права: Избранные труды. СПб., 2010. С. 36).

чения экономических последствий действующих норм гражданского права и предложений по его реформе гражданско-правовая наука сегодня развиваться уже не может. Ученым все сложнее игнорировать тот факт, что позитивное право как в форме законодательных актов, так и в форме судебного правотворчества развивается в реальности во многом именно для решения конкретных экономических проблем и именно под влиянием изменений социально-экономического базиса.

Как покажет дальнейший анализ, свобода договора является проявлением в области права идеи о свободной экономической деятельности, а также неотъемлемым признаком и необходимым условием функционирования рыночной экономики в целом. В те периоды истории, когда рыночная экономика становилась более интенсивной и свободной от государственного контроля, существенно расширялась сфера реальной свободы договора в позитивном праве (классическое римское право, частное право западных стран XIX в.). И наоборот: в условиях деградации или замены рыночной экономики на плановые методы организации экономической жизни утилитарная ценность договорной свободы значительно снижалась, а в позитивном праве вводилось множество ограничений свободы договора (средневековое право европейских стран, плановая экономика «народных демократий», современные западные «государства всеобщего благосостояния»).

Некоторые авторы отмечали, что цивилисты, для большинства из которых экономика суть *terra incognita*, часто угадывают верные с экономической точки зрения объяснения правовых норм, так как они в силу усвоенной методологии исходят из приоритета частных интересов, в то время как рыночная экономика, породившая соответствующие нормы, покоится именно на том же идеологическом фундаменте⁶⁰. Думается, что в ряде случаев это действительно так. Современная западная цивилистика суть порождение римской рыночной экономики и во многом питается новым всплеском рыночных отношений Нового времени. Поэтому было бы странно, если бы у цивилистики и рыночной экономической теории не было бы общих тем и принципов. Но также вполне очевидно, что сама вероятность такого «угадывания», тем более в отношении экономических последствий предложений *de lege ferenda*, не столь высока, как хотелось бы. Это особенно наглядно видно, когда перед цивилистом встают задачи в области защиты прав потребителя, работника по трудовому договору, допущения свободы договора в корпоративных отношениях, регулирования секьюритизации и оборота финансовых инструментов, злоупотребления доминирующим положением при согласовании договорных условий и т. п.

В такого рода вопросах классическая цивилистика, осно-

⁶⁰ *Петражицкий Л.И.* Введение в науку политики права // Теория и политика права: Избранные труды. СПб., 2010. С. 169, 170.

ванная на абсолюте автономии воли, способна предложить только самые простые и неприемлемые в современных условиях решения в духе тотальной договорной свободы, но не в состоянии обосновать их аргументами из области оценки реального воздействия соответствующего правового решения на условия экономического оборота. Классическая и «незамутненная» политикой права цивилистика в духе пандектной научной методологии потребует воспринимать эти нормативные импликации в качестве механических дедукций из якобы априорных постулатов и откажется их критически обсуждать. Безусловно в современных условиях законодатели и суды такие рекомендации обычно игнорируют. В тех случаях, когда они пытаются добросовестно творить правовые нормы (а это происходит далеко не всегда), их интересует оценка ожидаемого регуляторного воздействия соответствующей правовой инновации.

В то же время при использовании другого подхода, при котором центральным и априорным принципом частного права должна являться идея справедливости, также невозможно определить экономическую «цену» поиска справедливого решения экономических проблем и пытаться находить разумные компромиссы, не беря во внимание долгосрочные последствия принимаемых решений. Такой «этический фундаментализм» в современных условиях также оказывается малопригодным при решении многих сложнейших вопросов договорной свободы.

Из этого не следует, что проблемы договорной свободы должны решаться исключительно на основе экономических соображений, но игнорировать анализ последствий принятия тех или иных правовых решений просто невозможно.

Соответственно для по-настоящему глубокого понимания сути важнейших правовых принципов и решений нам неминуемо следует осознать их роль в широком экономическом контексте. Современная юриспруденция ряда ведущих зарубежных стран (таких, например, как США или Германия) в последние годы, хотя и с разной скоростью, движется навстречу экономической науке, вырываясь из цепких объятий голой догматики позитивного права и формальной логики. В частности, вопросы пределов свободы договора в США давно изучаются и излагаются студентам преимущественно как проблемы экономической политики⁶¹. Все чаще к использованию экономического анализа договорной свободы прибегают и европейские правоведы⁶². Так, например, достаточно перечитать второй том хорошо известной в России классической работы немецких цивилистов К. Цвайгерта и Х. Кетца о

⁶¹ См., напр.: *The Handbook of Law & Economics* / Ed. by M.A. Polinsky and S. Shavell. 2007. P. 18–57.

⁶² См., напр.: *Wagner G. Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal For a Directive on Consumer Rights* // *Erasmus Law Review*. Vol. 3. Issue 1. 2010. P. 47 ff; *Cserne P. Freedom of Choice and Paternalism in Contract Law: a Law and Economics Perspective* // *2006 German Working Papers in Law and Economics*. 2006. P. 6.

сравнительном правоведении⁶³, чтобы увидеть постепенное проникновение экономического анализа договорного права в рамки европейского научного дискурса.

Экономический анализ права является далеко не бесспорной, но, пожалуй, первой попыткой предложить некоторую относительно ясную методологию правовой науке, вырвавшейся из оков догматической научной методологии еще в начале XX в. (в частности, благодаря движению за свободное право и юриспруденции интересов в Германии и прагматической юриспруденции и школе правового реализма в США), но не способной определиться с принципами политико-правового анализа. Как отмечал Рональд Коуз, большая часть юридической научной литературы долгое время «представляла собой своего рода коллекционирование марок; появление же экономического анализа права начало эту ситуацию менять»⁶⁴. Но и в ведущих западных странах еще очень дале-

⁶³ Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. М., 2000. С. 8–31 (здесь вопросы договорной свободы анализируются в контексте социально-экономической эволюции, проблем Парето-оптимизации, переговорных возможностей и т. п.). Это неудивительно с учетом того, что Х. Кётц является одним из видных немецких экспертов в области экономического анализа права, а Германия – одной из тех европейских стран, в которых экономический анализ права хотя и не исключил классическую догматическую методологию, но укоренился достаточно прочно. Обзор обширной немецкой литературы по экономическому анализу права см.: *Kirstein R. Law and Economics in Germany* (доступно в Интернете на сайте: <http://encyclo.findlaw.com/0330book.pdf>).

⁶⁴ *Coase R. Law and Economics at Chicago* // 36 *Journal of Law and Economics*. 1993. P. 254.

ко до формирования полноценного экономического анализа принципа договорной свободы и политики частного права в целом. До сих пор, как справедливо отмечает Эрнандо де Сото, «редкие юристы понимают экономические последствия своей деятельности»⁶⁵. Экономический анализ права имеет множество ограничений и пока может предложить ценные для правовой науки и развития права позитивные и нормативные выводы далеко не во всех областях частного права.

Но в нашей стране этот интегративный процесс так до сих пор и не начался. В каком-то смысле наша наука застряла в прекрасном раю правовых концепций и понятий, в котором развивалась немецкая пандектистика в XIX в., пока ее так бесцеремонно не разбудил Йеринг. Соответственно осмысление таких правовых феноменов, как свобода договора, через призму их экономической роли до сих пор выглядит достаточно экзотично, но от этого не менее актуально.

Здесь, правда, нужно уточнить во избежание ложных иллюзий, что найти в экономике четкие ответы на все интересующие нас вопросы договорной свободы вряд ли удастся. Как справедливо отмечал Кейнс, экономика предлагает не набор готовых заключений, а способ анализа проблем⁶⁶. Экономическая наука отнюдь не является наукой точной. В ней ведутся очень жаркие споры между различными течени-

⁶⁵ *De Soto* Э. Загадка капитала. Почему капитализм торжествует на Западе и терпит поражение во всем остальном мире. М., 2004. С. 200.

⁶⁶ Цит. по: *Veljanovski C.G. Economic Principles of Law. 2007. P. 19.*

ями и школами. В результате, как однажды пошутил Рональд Рейган, если бы в игру «Счастливый случай» сыграли экономисты, ее ведущий получил бы на 100 вопросов 300 разных ответов⁶⁷.

Следует быть реалистом. Глупо предполагать, что современная экономическая наука в полной мере осознает все нюансы функционирования экономики и тем более может объяснить все правовые феномены. Несмотря на то что современные физиологи или астрономы знают о человеческом мозге и устройстве галактик намного больше, чем 200 лет назад, этих знаний все равно далеко не достаточно, чтобы с абсолютной уверенностью отвечать на многие вопросы, точно давать рекомендации, делать надежные предсказания. В той же степени и экономическая наука со времен испанских схоластов, французских физиократов и Адама Смита накопила солидный багаж знаний, но все еще не способна точно высчитывать экономические циклы, безошибочно предсказывать кризисы и прописывать бесспорные рекомендации политикам.

Экономическая политика не может быть просчитана на компьютере при предварительном введении в него неких «непреложных» экономических законов. Многие переменные невозможно просчитать с абсолютной точностью. Это и важнейший культурный фактор, и роль доминирующих этических и религиозных установок, и пресловутый этнический

⁶⁷ Мэнкью Н.Г. Принципы макроэкономики. 2-е изд. М., 2004. С. 57.

менталитет, и труднопредсказуемые всплески массовой иррациональности и ажиотажа, и роль отдельных пассионарных личностей, и колебания в геополитической обстановке, и сложная система взаимовлияния различных экономик в современном глобализованном мире, и многое другое. Кроме того, зачастую у экономистов не хватает точных статистических данных, а анализ доступного эмпирического материала не всегда бесспорен из-за сложностей в выявлении причинно-следственных связей.

Тем не менее экономическая наука, безусловно, развивается, черпая знания из наблюдений за теми или иными реальными феноменами, экспериментами правительств различных стран, разнообразными кризисами, взлетом отдельных более удачливых (например, некоторых восточноазиатских) или стагнацией менее удачливых (например, ряда латиноамериканских и африканских) стран и накапливая все новые и новые данные, позволяющие уточнять и корректировать ее базовые установки. Такие новации, как, например, бихевио-экономический анализ ограниченной рациональности или изучение проблемы информационной асимметрии, позволяют более точно просчитывать последствия реакции людей на те или иные внешние стимулы и объяснять многие феномены, которые раньше не находили убедительных объяснений в рамках экономической науки.

Как и в любой науке, в экономике существуют некоторые периферийные радикальные течения, выдвигающие кар-

динально отличающиеся представления о договорной свободе. Так, например, думается, существует некоторое число убежденных экономистов-коммунистов (в Северной Корее, например, или некоторых иных странах). В полной мере признавая право на существование любых научных течений в экономике и по возможности избегая их критического анализа, юрист, пытающийся понять экономические ставки в вопросе о свободе договора, как минимум для начала должен разобраться с тем, что ему предлагает «мэйн-стрим» экономической науки. Погрузившись в экономический научный дискурс достаточно глубоко, юрист получает некое моральное право пытаться критически оценивать соответствующие экономические теории и, полностью раскрывая свои экономические убеждения, пытаться убедить коллег-юристов в необходимости реализации нормативной правотворческой программы, вытекающей из некоторой радикальной экономической теории. Мы со своей стороны, не будучи уверены в достаточности своих познаний в области экономической теории для столь смелых выводов, в рамках данной книги по возможности ограничимся лишь выведением тех экономических принципов и выводов, которые разделяются сейчас, судя по доступным нам источникам, большинством экономистов, юристов и политиков. Собственные критические оценки вопросов экономической теории мы будем позволять себе только в тех случаях, когда у нас будет достаточная убежденность в верности наших суждений.

Осуществляемый таким образом экономический анализ конечно же не является неким «волшебным ключом», которым можно открыть все «двери» политико-правового анализа договорной свободы. Вопросы этики имеют не менее важное политико-правовое значение. Но экономический анализ действительно помогает ближе подойти к пониманию глубинной сущности тех вопросов, которые юристы-догматики обычно либо вовсе не обсуждают в силу отсутствия внятной методологии, либо затрагивают самым поверхностным образом, зачастую неосознанно транслируя в свои рассуждения отдельные элементы некритически усвоенных представлений об экономике.

§ 3. Этическая подоплека проблематики договорной свободы и ее ограничений

Не стоит думать, что экономический анализ принципа свободы договора может исчерпывающим образом объяснить как сам принцип свободы договора, так и его ограничения с политико-правовой точки зрения. Другой не менее важный фокус политико-правового анализа проблемы свободы договора – социально-этический. Этот подход позволяет объяснить идею свободы договора и его ограничения в контексте этических принципов автономии воли, негативной личной свободы и прав человека в целом, ценностей индивидуализма и коллективистской солидарности, а также

иных этических и религиозных принципов (таких, например, как равенство, справедливость, милосердие и т. п.).

Как мы покажем далее, современные зарубежные (в первую очередь европейские) работы о проблематике договорной свободы опираются в значительной степени на анализ конституционных ценностей и этических идеалов. Они, как правило, не обходятся без обсуждения аристотелевских идей о коррективной (коммутативной) и дистрибутивной справедливости, теорий католических теологов о святости обещаний и справедливой цене, дискурса о негативной и позитивной свободе и анализа иных подобных вопросов. Эти вопросы российскими цивилистами, преимущественно работающими в рамках сугубо формально-догматической методологии, как правило, не обсуждаются. Это, безусловно, не способствует более глубокому раскрытию принципа свободы договора и пониманию случаев его ограничения. В рамках настоящей работы мы постараемся проанализировать проблематику договорной свободы в том числе и через призму этики. Насколько это нам удастся, судить читателю.

Раздел II

История развития принципа свободы договора в политико- правовом контексте

Глава 1. С древних времен до конца XVIII в

§ 1. Развитие экономики и экономической мысли

Общие замечания

Рыночная экономика не является исключительной особенностью развития западных стран Нового времени. Элементы рыночного экономического хозяйства начали впервые проявляться, как только древние общества в результате по нынешним временам крайне медленного, но, к счастью, неуклонного технического прогресса приобрели про-

изводственные возможности, позволяющие получить товарные излишки. Вполне естественным образом эти товарные излишки, образуемые после удовлетворения своих собственных потребностей, оказались пригодными для обмена на иные товары (реже – услуги), производимые другими группами людей. Постепенное разделение труда и наметившаяся специализация в производстве материальных благ лишь способствовали осознанию выгоды такого обмена. Так, если родовая группа занимается возделыванием земли и имеет опыт и иные сравнительные преимущества в этой области, ей выгоднее все свои усилия бросить на выращивание хлеба, отдавая непотребленные излишки в обмен на рыбу, шкуры, молочные продукты и топоры, которые производят другие общины, специализирующиеся соответственно на рыболовстве, охоте, животноводстве или примитивной металлургии. Такой подход оказывается гораздо выгоднее, чем попытка построить систему полного самообеспечения родовой общины⁶⁸.

⁶⁸ Объясняется данный феномен достаточно просто. Община земледельцев, имея сравнительные преимущества в сфере возделывания хлеба (например, занимая более плодородный участок земли и имея накопленные поколениями навыки эффективного земледелия), может производить хлеб дешевле, быстрее и в большем объеме, чем община рыболовов, живущая вокруг горной реки и не имеющая навыков работы с плугом. В то же время для общины землепашцев попытка самостоятельного удовлетворения потребности группы в рыбной продукции путем отлова необходимого количества рыбы обойдется гораздо дороже, чем реализация той же задачи общиной, специализирующейся на рыболовстве. Производство продукта в большом объеме, как правило, приводит к минимизации

Для обеих общин экономически эффективнее заниматься именно тем, что у них получается лучше и дешевле, добываясь максимальных объемов производства, а затем обменивать излишки на те продукты, которые производят другие общины. В итоге такого обмена общие издержки всех общин оказываются меньше, а общие доходы (размер «общего пирога») оказываются выше. Постепенное осознание людьми выгоды товарного обмена в условиях постоянного роста производительности труда и образования все новых излишков, не потребленных внутри общин, в итоге приводило к развитию торговли. Рано или поздно практически все человеческие общества оставляли тысячелетние устои натурального хозяйства и осваивали азы экономической специализации и рыночного обмена.

Конечно же рыночная торговля в ранние периоды истории была далеко не самым значительным по своему удельному весу способом удовлетворения потребностей группы в тех или иных не производимых ею экономических благах. На ранних этапах развития цивилизации доминирующую роль играло натуральное хозяйство. Как справедливо

издержек в расчете на единицу продукции. На изготовление нескольких мешков муки, необходимых для самообеспечения рода хлебом, нашим рыбакам потребуется больше средств и сил, чем земледельцам, производящим тонны муки ежегодно. Иначе говоря, специализация оказывается взаимно выгодной в силу эффекта сравнительных преимуществ, накопления навыков более эффективного производства и экономии на масштабе. См.: *Хикс Дж.* Теория экономической истории. М., 2003. С. 44.

отмечает Карл Полянй, в те времена мотив максимизации прибыли от экономического обмена не играл заметной роли. Труд и распределение его плодов строились в основном на принципах взаимности, перераспределения и домашнего хозяйства⁶⁹.

Кроме того, не стоит забывать и о такой форме решения проблемы обеспечения экономических потребностей, как получение военной добычи и банальные грабежи и набеги. Как отмечал В. Парето, «усилия людей направляются по двум каналам: на производство и переработку экономических благ или на присвоение благ, произведенных другими»⁷⁰. И далеко не всегда и везде рентабельность первого пути была выше, чем преимущества второго. Как писал Фредерик Бастиа, «коль скоро человек имеет естественную склонность избегать неудобств, а труд как таковой является неудобством, то люди будут прибегать к грабежу всякий раз, когда грабеж легче работы», а ситуация меняется только тогда, когда грабеж «становится более неудобным и опасным, чем труд»⁷¹.

Сравнительные преимущества натурального и силового способов обеспечения группы необходимыми товарами, как правило, оказывались обратно пропорциональны наличию

⁶⁹ Полянй К. Великая трансформация: политические и экономические истоки нашего времени. СПб., 2002. С. 67.

⁷⁰ Pareto V. Manual of Political Economy. 1971. P. 341.

⁷¹ Бастиа Ф. Грабеж по закону. Челябинск, 2006. С. 6, 7.

природных, технологических и иных возможностей по организации эффективного собственного производства и обмена. Иными словами, чем более благоприятны у общины условия для организации той или иной производственной деятельности, тем больше остающиеся в свободном распоряжении товарные излишки, тем больше на них можно приобрести иных товаров, необходимых для нормальной жизни общины, и соответственно тем выгоднее не замыкаться в самодостаточной экономической автаркии и не рисковать жизнью при набегах, а максимизировать свои усилия на получении наибольшей отдачи от своей мирной производственной деятельности с целью взаимовыгодного обмена ее плодов на свободном рынке. И наоборот, чем суровее климат и меньше возможностей для повышения производительности труда, тем меньше товаров можно выменять у своих соседей и соответственно тем неизбежнее натуральное хозяйство и тем более выгодно заниматься силовым перераспределением результатов трудовой деятельности других общин.

Постепенно, по мере становления государств и современных армий, цена набегов становилась все выше из-за роста вероятности столкновения с эффективным сопротивлением. Одновременно рост производительности труда делал сравнительно более эффективными мирную экономическую деятельность и торговлю все возрастающим объемом излишков, и все большее и большее количество групп волей или неволей переходило к производственно-меновому способу удо-

влетворения своих потребностей в товарах. В итоге постепенно именно рыночный обмен становился краеугольным камнем развития экономики. Натуральное хозяйство исчезало по мере развития производительности труда, и в мире воцарилась новая эра рыночной экономики. Все больше людей работало не для того, чтобы потреблять результаты своего труда, а для того, чтобы обменивать их на разнообразные экономические и иные блага.

Для обслуживания этой сложнейшей системы тотального обмена неизбежно выделилась специальность профессиональных торговцев. Одновременно в рыночный обмен постепенно включались объекты, чей свободный рыночный оборот был ранее немыслим, – земля и личный труд⁷², а затем интеллектуальная собственность и др. В результате и соответствующие группы и общины, и любой свободный человек, так или иначе, оказывались вовлеченными в глобальную систему разделения труда и экономического обмена, включая слуг, незакрепощенных крестьян, живописцев и военных наемников. Все начинали что-либо выменивать на то, что могли произвести сами. Как замечал Адам Смит, посте-

⁷² Поланьи отмечает, что долгое время оборот земли и труд по найму регулировались в рамках нерыночной социальной структуры – феодальными и цеховыми уставами, обычаями и другими регуляторами, подменявшими собой рыночные принципы. Идея рыночной саморегуляции оборота таких ресурсов была недоступна «умственному горизонту» эпохи, предшествующей промышленной революции. См.: *Поланьи К. Великая трансформация: политические и экономические истоки нашего времени.* СПб., 2002. С. 84, 85.

пенно складывалась социальная структура, в рамках которой «каждый человек живет обменом или становится в известной мере торговцем, а само общество превращается... в торговый союз»⁷³.

Безусловно, этот процесс был крайне долог и привел к окончательному утверждению гегемонии рыночной парадигмы, построенной на свободном и взаимовыгодном обмене, видимо, только к Новому времени, да и то только в самых развитых странах. В период Античности и в Средневековье мы можем наблюдать лишь постепенное появление ростков рыночной экономики, причем появление хотя и достаточно отчетливое, но нелинейное и зачастую неустойчивое. Господство натурального хозяйства, общинных, рабовладельческих, феодальных, цеховых и иных нерыночных экономических форматов долгое время отводило рынку достаточно ограниченные пространства.

Античность

В Европе рыночные взаимосвязи усилились в эпоху поздней Республики и расцвета Римской империи. Во II в. н. э., в эпоху Антонинов, Римская империя достигла высокой стадии общественного разделения труда и торговли. И хотя эффективность производства была еще крайне низка, процве-

⁷³ *Смит А.* Исследование о природе и причинах богатства народов // Антология экономической классики. В 2 т. Т. 1. М., 1991. С. 97.

тали ремесла, а Средиземное море, не боясь пиратства, бороздили тысячи торговых судов, перевозящих египетскую пшеницу и многие другие товары.

Как писал знаменитый историк Древнего Рима и правовед Теодор Моммзен, «коммерческий дух охватил всю нацию... стремление к приобретению капитала... проникло... во все сферы деятельности». Катон старший, главный радетель общественной морали в эпоху поздней Республики, в традиционном для себя стиле наставлений утверждал: «Мужчины должны увеличивать свое состояние; только те из них достойны похвалы и преисполнены божественного духа, после смерти которых оказывается... что они нажили более того, что получили по наследству»⁷⁴.

Моммзен отмечает, что «вся жизнь римлян была проникнута купеческой аккуратностью, честностью и порядочностью»⁷⁵. Полибий отмечал, что «в Риме никто никому ничего не дарит, если не обязан это делать»⁷⁶. Как пишет выдающийся экономический историк М. Ростовцев, римские банкиры и купцы заполонили собой все средиземноморские города⁷⁷.

Рыночная свобода по сравнению с прежней эпохой до-

⁷⁴ Моммзен Т. История Рима. Т. I. М., 1936. С. 801.

⁷⁵ Моммзен Т. История Рима. Т. I. М., 1936. С. 802.

⁷⁶ Там же.

⁷⁷ Ростовцев М.И. Общество и хозяйство в Римской империи. СПб., 2001. С.

стигла достаточно высокого уровня. Судя по всему, «дух капитализма», о котором так много писали В. Зомбарт и другие исследователи капитализма⁷⁸, вопреки знаменитой теории М. Вебера⁷⁹ не был исключительным порождением протестантской этики, но проявился впервые уже в древнеримской экономике. Рационализация экономической деятельности, стремление к обогащению и индивидуализм проявились здесь в полную силу.

В период расцвета Империи правительства старались минимизировать вмешательства в свободную рыночную экономику. Как, видимо, с некоторой долей условности, пишет М. Ростовцев, в ту эпоху начала преобладать политика *laissez faire*⁸⁰. Когда государство в чем-то нуждалось, оно, как правило, стремилось не прибегать к конфискациям, а приобретало необходимое у купцов⁸¹.

Сказанное не должно трактоваться как констатация доминирования рыночной парадигмы экономического развития Древнего Рима в период расцвета. Рост удельного веса рыночной составляющей экономики был, безусловно, значителен и по тем временам, наверное, не имел аналогов, но, видимо, прав Поланьи, который отмечает, что даже в тот пе-

⁷⁸ Зомбарт В. Собрание сочинений. В 3 т. Т. 1: Буржуа: к истории духовного развития современного экономического человека. СПб., 2005.

⁷⁹ Вебер М. Протестантская этика и дух капитализма. М., 1990.

⁸⁰ Ростовцев М.И. Общество и хозяйство в Римской империи. СПб., 2001. С. 82.

⁸¹ Там же. С. 154.

риод натуральное самообеспечение домохозяйств преобладало⁸². Этот тезис подтверждается и тем, что экономическая база Империи оказалась крайне непрочной.

Уже в IV в. страна начала погружаться в пучину экономических потрясений и инфляции, роста интенсивности государственного вмешательства в рыночный оборот, непродуманных реквизиций, тотального насилия, затухания торговли, деградации городов и постепенного увядания ростков рынка.

Тотально распространились так называемые литургии, в рамках которых государство возлагало на подданных те или иные социальные функции и обременения вплоть до принудительного труда, перевозок, поставок для государственных нужд и т. п. По мере разрастания бюджетных проблем и демонетизации оборота государство все чаще вторгалось в свободную экономику и директивным путем – под страхом жесточайших репрессий принуждало участников оборота к той или иной форме экономической деятельности⁸³.

От экономического либерализма времен Октавиана Августа и первых императоров по мере угасания Империи оставалось все меньше следов⁸⁴. Как писал Альфред Маршалл,

⁸² *Поланьи К.* Великая трансформация: политические и экономические истоки нашего времени. СПб., 2002. С. 67, 68.

⁸³ *Ростовцев М.И.* Общество и хозяйство в Римской империи. СПб., 2001. С. 96, 159.

⁸⁴ В социологической литературе можно встретить такое описание угасания свободной экономики на закате Римской империи: «Все регламентируется. Для

в Римской империи времен упадка «частная предприимчивость была задушена неизменно возрастающим могуществом вездесущего государства»⁸⁵.

В итоге сфера свободного экономического оборота сужалась, все усиливающееся налоговое бремя подавляло рынок, население нищало и бежало из городов, а торговые связи разрывались из-за постоянных военных угроз, перманентной политической нестабильности и неумелых и хаотичных ограничений экономической свободы. Происходило постепенное усиление крупных землевладельцев, на работу на земли которых уходили бывшие владельцы мелких земельных наделов; все меньше товаров производилось для оборо-

этого создана огромная армия государственных чиновников. Она грабит и ворует и тем самым еще более усугубляет ситуацию. Государству требуются гигантские финансовые средства для содержания правительства, кормить... чернь, чиновников, армию и вести войны... Труд людей и рабочих объединений, которые прежде были свободными и не полчились никаким регламентациям, теперь становится регламентированным и наследуемым... Государство, которое взяло на себя удовлетворение всех потребностей – общественных и частных, – в конечном итоге приходит к необходимости полной регламентации частного труда. Империя превратилась в огромную фабрику, где под надзором государственных чиновников люди работают на правительство, государство и частных лиц. Промышленность почти полностью управляется государством. Государство также и распределяет... произведенные ресурсы. Члены рабочих гильдий и рабочих союзов больше не являются свободными личностями: они рабы государства, содержатся государством... Его режим основан на принуждении; повсюду чувствуется рука государства. Нигде также нет места частной инициативе и свободному труду» (Сорокин П. Кризис нашего времени: социальный и культурный обзор. М., 2009. С. 226, 227).

⁸⁵ Маршалл А. Основы экономической науки. М., 2008. С. 681, 682.

та на свободном рынке за деньги, и все более усиливался натуральный способ самообеспечения крупных протофеодалных анклавов. Шла ползучая феодализация экономического базиса, неоднократно описанная в работах по экономической истории⁸⁶.

Некогда столь мощная римская (в основном торговая) буржуазия, обеспечившая динамичное экономическое развитие в годы расцвета Рима, под давлением тотальных ограничений экономической свободы, литургий, репрессий, войн, внутренней нестабильности и постоянных конфискаций и реквизиций была окончательно сломлена и разорена⁸⁷.

Подрыв рыночного базиса Империи сопровождался деградацией и крахом ее политических институтов, красочно описанными Эдуардом Гиббоном⁸⁸ и многими более поздними историками.

Как показывает анализ литературы, некоторые экономисты, историки и юристы видят именно в такого рода интервенционистских мерах правительств, усилении принудительного элемента экономического обмена, росте налогового бремени и тотальных ограничениях рыночной свободы одну

⁸⁶ *Камерон Р.* Краткая экономическая история мира от палеолита до наших дней. М., 2001. С. 59.

⁸⁷ *Ростовцев М.И.* Общество и хозяйство в Римской империи. СПб., 2001. С. 172.

⁸⁸ См.: *Гиббон Э.* История упадка и разрушения Римской империи. В 7 т. СПб., 2004.

из основных причин краха Империи⁸⁹. Мы со своей стороны позволим себе усомниться в наличии столь простой причинно-следственной связи. Ведь не трудно заметить, что эти часто непродуманные меры были реакцией на нарастание системных экономических, культурных и политических проблем, причины которых имели, видимо, совсем иную природу. Тем не менее, думается, допустимо предположить, что непонимание императорами и их советниками основ экономической теории, неспособность просчитать долгосрочные экономические последствия тех или иных решений, неумелые реформы и хаотические ограничения экономической свободы, в частности, сыграли определенную роль в столь печальном конце великой цивилизации.

Средневековье

Возникшие на руинах Римской империи феодальные отношения минимизировали сферу торговли и свободного обмена и замкнули экономическую жизнь европейских наций внутри самодостаточных феодальных анклавов. Денежная экономика отошла на второй план⁹⁰.

⁸⁹ См.: *Фон Мизес Л.* Человеческая деятельность: трактат по экономической теории. Челябинск, 2008. С. 721; *Ростовцев М.И.* Общество и хозяйство в Римской империи. СПб., 2001. С. 190; *Ойкен В.* Основные принципы экономической политики. М., 1995. С. 251; *Bartlett V.* How Excessive Government Killed Ancient Rome // *Cato Journal*. 1994. Vol. 4. № 2.

⁹⁰ *Ле Гофф Ж.* Рождение Европы. СПб., 2008. С. 50.

В эпоху Средневековья рыночная составляющая экономики, безусловно, развивалась, но, не считая активной торговой деятельности отдельных республик или городов, это развитие было достаточно медленным. Имелось множество объективных причин (например, низкий уровень производительности труда, феодализация производства, тотальная неграмотность населения, неэффективность государственной бюрократии, отсутствие централизованной и эффективной системы судебной защиты договорных обязательств, бесконечные войны и эпидемии и т. п.), мешавших организации свободного экономического обмена.

Экономическая деятельность была в значительной степени замкнута в феодальных анклавах, существовавших на принципах натурального самообеспечения. Рыночный обмен носил эпизодический характер, а роль свободной торговли не имела большого значения⁹¹. В ряде европейских стран достаточно долгое время большую часть населения составляли крепостные и лично зависимые крестьяне, не включенные в систему свободного обмена, а принуждаемые к труду и лишаемые большей части его плодов.

Рыночная торговля в значительной степени становилась прерогативой узкой прослойки профессиональных купцов, объединявшихся в гильдии. Как отмечается в литературе, уставы таких гильдий достаточно детально регулировали

⁹¹ Тимошина Т.М. Экономическая история зарубежных стран: Учебное пособие. М., 2010. С. 103.

осуществление обмена (рекламу, процесс контрактирования и сбыта продукции)⁹².

Одновременно цеховые правила жестко ограничивали свободу экономической деятельности третьего сословия в городах. Как отмечается в литературе, детальные цеховые уставы принуждали к членству в цехе, каждому мастеру предписывали иметь не больше одной мастерской, определяли максимальное число подмастерьев, фиксировали объемы закупаемого сырья и выпуска, количество инструментов и оборудования, определяли минимальные цены продажи продукции, запрещали работать в ночное время или продавать товары за пределами города и т. п.⁹³

Абсолютные монархи и местные феодалы не были склонны сдерживать свои желания перед лицом неких абстрактных и малопонятных идей рыночного хозяйства. В государстве той эпохи суверенной являлась воля сеньора, и никакая сделка, и никакой бизнес не были защищены от их прихотей и порывов. Это государственное вмешательство в экономическое развитие было зачастую бессистемным и хаотичным. Непредсказуемость и иррациональность такого вмешательства формировали дополнительные барьеры, мешавшие раскрытию громадного потенциала рыночной экономики.

Повсюду правители возводили торговые барьеры, выстраивали монополии, раздавали эксклюзивные права торгов-

⁹² Там же. С. 104.

⁹³ Там же. С. 101.

ли, поддерживали цеховую систему, вводили минимальные и максимальные цены, проводили реквизиции и бесцеремонно ограничивали экономическую свободу во имя сиюминутных политических интересов или своих прихотей.

Мало что могло сдержать столь непродуманные меры, так как полноценная экономическая теория или хотя бы устойчивые представления об экономических последствиях изменения или введения тех или иных правовых институтов в то время еще не сложились.

Католическая церковь была настроена достаточно критично в отношении целого ряда проявлений экономической свободы, а христианское учение само по себе смещало акцент с экономической свободы, ценностей рыночной экономики и личного обогащения на справедливость обмена и милосердие к слабым. Фома Аквинский и многие средневековые философы развивали идеи Аристотеля о справедливой цене⁹⁴ и настаивали, в частности, на недопустимости процентных ссуд⁹⁵.

⁹⁴ *Поланьи К.* Избранные работы. М., 2010. С. 119. О теории справедливой цены, согласно которой обмениваемые блага должны быть соразмерны, в трудах Аристотеля см.: *Rothbard M.N.* An Austrian Perspective on the History of Economic Thought. Vol. I: Economic Thought Before Adam Smith. 2006. P. 15 ff. Развитие аристотелевских взглядов о справедливой цене см.: *Gordley J.* Equality in Exchange // 69 California Law Review. 1981. P. 1587 ff. Идеи Аквината в отношении справедливой цены изложены в его «Сумме теологии». См.: *Thomas Aquinas.* Summa Theologica. II–II. Q. 77. Art. 1 (доступно в Интернете на сайте: www.gutenberg.org).

⁹⁵ *Негущин Т.* История экономической теории. М., 1995. С. 18–20.

Безусловно, даже в эпоху Средневековья целый ряд теологов и схоластов обращали внимание на важность обеспечения экономической свободы. Так, например, Мюррей Ротбард в своем исследовании средневековой экономической теории упоминал множество европейских схоластов, которые достаточно четко представляли, что реальная цена благ не является некой объективной величиной или производной от издержек или труда, а является функцией от разности в их субъективной полезности для контрагентов и их избытка или дефицита, описывали влияние динамики спроса и предложения на падение и рост рыночных цен и в полной мере осознавали, что рыночная сделка есть не игра с нулевой суммой, где один выигрывает за счет проигрыша другого, а средство взаимного обогащения⁹⁶. Многие из того, что позднее «открывал» Смит, достаточно четко осознавали в XVI–XVII вв. испанские схоласты так называемой саламанкской школы (Хуан де Матьенсо, Хуан де Луго и др.), многие из которых совмещали свои экономические изыскания с замещением церковных санов. Испанские схоласты наметили основные черты рыночной экономической теории, представили свободный экономический обмен, свободное ценообразование и конкуренцию в качестве фундаментальных основ экономического развития, описали спонтанный рыночный порядок и предупреждали государства о вредности непроду-

⁹⁶ *Rothbard M.N. An Austrian Perspective on the History of Economic Thought. Vol. I: Economic Thought Before Adam Smith. 2006. P. 51–95.*

манных вмешательств в естественный ход рыночных отношений⁹⁷.

Тем не менее воззрения средневековых схоластов были достаточно фрагментарны, не формировали стройную экономическую теорию, были перегружены этическими и религиозными соображениями и отнюдь не стремились превратить экономическую свободу и свободу частных сделок в центральный элемент экономической системы. Это место было прочно занято идеей христианской справедливости.

Кроме того, что бы там ни писали отдельные теологи и схоласты, для формирования адекватных представлений об экономической важности свободы договора не было реальных социально-экономических условий. Капиталистическая экономика занимала крайне скромное место в системе европейского средневекового хозяйства. Натуральное хозяйство, феодальная эксплуатация зависимого и полузависимого крестьянства, низкий уровень инвестиций – вот что отличало экономику основной части Европы в эпоху Средних веков. Некоторое разнообразие вносили только такие капиталистические анклавные территории, как торговые итальянские (например, Венеция, Флоренция, Генуя) и некоторые торговые североевропейские города, в которых активное предпринимательство (в основном сугубо торговое) поощрялось и формировало эко-

⁹⁷ См. подробнее: *Уэрта де Комо Х.* Австрийская экономическая школа: рынок и предпринимательское творчество. М., 2009. С. 43–52; *Rothbard M.N.* An Austrian Perspective on the History of Economic Thought. Vol. I: Economic Thought Before Adam Smith. 2006. P. 97–133.

номический фундамент их процветания. Но, как справедливо пишет Карл Полаanyi, вплоть до XIX в. зоны свободного рыночного обмена были изолированными островками и в целом не доминировали в европейской экономике⁹⁸.

Иначе говоря, вплоть до XVII–XVIII вв., когда в наиболее передовых европейских странах начала формироваться современная интенсивная рыночная экономика, идея свободы договора не могла опереться ни на реальный социально-экономический базис, ни на некую стройную систему экономических взглядов. Поэтому не стоит удивляться тому, что структурированная концепция свободы договора в тот период просто отсутствовала.

§ 2. Эволюция социальной этики

Сложности с пониманием важности свободы договора в период Античности и Средневековья были во многом связаны еще и с тем, что идея негативной свободы личности от вмешательства общества и государства и ценности индивидуализма в те времена не были популярны. Долгие столетия человечество жило в условиях тотальной несвободы и зависимости от всевластия общин, тех или иных тиранов, авторитарных монархов и феодальных сеньоров. Даже в античных демократиях личная свобода индивида от вмешательств сообщества и государства была очень ограниченной.

⁹⁸ Полаanyi К. Избранные работы. М., 2010. С. 27.

Развитие общества в тот период шло в рамках парадигмы «механической солидарности»⁹⁹ и коллективизма, в которой личной свободе и свободному выбору практически не оставалось места. Выдающийся экономист Фридрих А. фон Хайек писал, что «член маленькой группы, принадлежность к которой равносильна для него выживанию, может быть кем угодно – только не свободным существом», а «свобода – артефакт цивилизации, избавившей человека от оков малой группы»¹⁰⁰. Аналогичную точку зрения высказывает известный социолог Зигмунд Бауман. Он пишет, что «свободный индивид – это отнюдь не универсальное состояние... человеческого рода, а продукт истории общества»¹⁰¹. Думается, эти слова описывают историческую реальность намного точнее романтических иллюзий Руссо о прекрасных и свободных людях, якобы обитавших в мире и согласии на нашей Земле до образования государств.

Отдельные окруженные дикой и непредсказуемой природой, находящиеся в перманентной военной мобилизации и на грани голодной смерти малочисленные группы людей, которые на заре человечества кочевали вдоль побережья, юти-

⁹⁹ О понятии механической солидарности как обязательном сплочении людей и его отличии от органической солидарности, основанной на договорных взаимодействиях рационально мыслящих индивидов в условиях разделения труда, см.: Дюркгейм Э. О разделении общественного труда. М., 1996.

¹⁰⁰ Фон Хайек Ф.А. Право, законодательство и свобода: современное понимание либеральных принципов и справедливости и политики. М., 2006. С. 485.

¹⁰¹ Бауман З. Свобода. М., 2006. С. 19.

лись по пещерам или разбивали небольшие поселения в долинах, – вот то состояние общественной жизни, в котором десятками тысячелетий существовали люди. В таких условиях они были вынуждены подчиняться диктату группы и жестко заданным традициям. Вне группы они были обречены на верную гибель. Межличностная конкуренция и предприимчивость подавлялись во имя обеспечения координации малой группы¹⁰². В эту эпоху индивид еще не был готов к самостоятельному участию в экономической жизни.

Вместо личной свободы и автономии индивида доминирующая этика того времени делала акцент на ценностях социальной солидарности, долга перед семьей, общиной, государством и справедливости. Индивид был неотделим от группы, к которой он относился. Несколько преувеличивая, можно сказать, что человеческий разум спал, будучи погребен под толщей суеверий, табу и религиозных догм, подавлен авторитетом Церкви и грубой силой феодальной аристократии. В результате вплоть до начала Возрождения и Нового времени коллективизм был господствующей этической системой координат. Бытие и паттерны поведения индивида внутри группы не являлись результатом его осознанного выбора, будучи предопределены сложившимся укладом и механически воспроизводясь из поколения в поколение.

¹⁰² Норт Г., Уоллис Дж., Вайнгаст Б. Насилие и социальные порядки: концептуальные рамки для интерпретации письменной истории человечества. М., 2011. С. 58.

Вплоть до начала промышленной революции и урбанизации большинство населения европейских стран жило и участвовало в экономических процессах в условиях той или иной формы коллективизма, в сельских общинах, монастырях, орденах, цехах, гильдиях или братствах, которые институализировали солидарность, взаимовыручку и ограничение конкуренции. Традиции, которые преимущественно регулировали отношения внутри этих солидарных групп, были лучшим средством сдерживания конкурентного потенциала сильных и предприимчивых и той или иной системы перераспределения благ среди всех членов группы¹⁰³.

Есть некоторые основания считать, что наличие отдельных видов национальных или религиозных общин (например, протестантских) с высоким уровнем внутреннего социального капитала (прежде всего межличностного доверия) могло в большей или меньшей степени способствовать первоначальному формированию рыночно ориентированной культурной среды. Но для ускорения развития рыночной экономики в национальном масштабе, индустриализации и промышленного роста общины были помехой, особенно когда они сдерживали конкурентный потенциал и стремление индивидуума к личному успеху. Без этого «топлива» «машина» рыночной экономики могла развивать крайне низкую скорость.

Безусловно, элементы идеи личной свободы как важней-

¹⁰³ *Aiyah P.S. The Rise and Fall of Freedom of Contract. 1979. P. 76.*

шей ценности стали звучать в трудах еще древнегреческих философов и проявлялись в эпоху расцвета Римской империи. Тем не менее в общем и целом древнеримское государство не всегда церемонилось со свободой и правами отдельной личности. Давление на индивида и тотальное ограничение его личных прав во имя интересов государства было нормой. Усиление данной тенденции некоторые историки (например, М. Ростовцев) считают одной из главных причин краха Империи¹⁰⁴

¹⁰⁴ *Ростовцев М.И.* Общество и хозяйство в Римской империи. СПб., 2001. С. 93.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.