

*Гаджиев Г.А.,
Профессор*

Доклад «Договор как общеправовая ценность»

1. Сергей Никитич Братусь обращал внимание на то, что правовым выражением эквивалентности и возмездности в товарно-денежных отношениях является юридическое равенство товаровладельцев¹. Развивая эту идею, А.Г. Быков писал о том, что при наличии эквивалентно-возмездного характера обмена товара и юридического равенства самостоятельных, имущественно обособленных товаровладельцев акты обмена не могут совершаться иначе как по взаимному соглашению сторон, то есть по договору². Вещь, произведенная в качестве товара, предопределяет, каким должен быть акт обмена: он должен основываться на свободе волеизъявления товаровладельцев. А потому договор как правовая категория является и порождением, и проявлением внутренних свойств товара, а это эквивалентно-возмездный обмен на основе волеизъявления товаровладельцев, ибо товар только тогда является таковым, когда он выступает как продукт, предназначенный для обмена³.

В конечном счете юридическая форма (и норма) договора предопределяется объективно необходимыми для существования общества и его воспроизводства имущественными отношениями обмена, являющимися разновидностью социальных отношений. В современной постклассической теории права принято выделять свойственные каждому обществу юридические нормы, которые обеспечивают процесс воспроизводства общества. Это конститутивные для экономики, политики и других интеракций, из которых складывается общность людей, нормы, без которых эти общественные отношения (интеракции и их ментальные образы) не могут

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

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

³ Там же. С. 9.

нормально функционировать¹. На эту исключительную важность конститутивных норм указывал и выдающийся социолог Карл Маркс: «Чтобы данные вещи могли относиться друг к другу как товары, товаровладельцы должны относиться друг к другу как лица, воля которых распоряжается этими вещами: таким образом, один товаровладелец лишь по воле другого, следовательно, каждый из них лишь при посредстве одного общего им обоим волевого акта, может присвоить себе чужой товар, отчуждая свой собственный... Это юридическое отношение, формой которого является договор, - все равно закреплен ли он законом или нет, - есть волевое отношение, в котором отражается экономическое отношение. Содержание этого юридического или волевого отношения дано самим экономическим отношением»².

2. Договор является общеправовой ценностью!

Возможно, кто-то воспринимает это утверждение в качестве научной гипотезы. Я полагаю, что скорее всего это аксиома, и прежде всего потому, что те обстоятельства, при которых возникло юридическое понятие договора, то есть генеалогия понятия, способны внести солидный вклад в историю юридического познания, то есть в тот раздел философии права, который называется юридической эпистемологией или концептуальной юриспруденцией. Без преувеличения, договор относится к числу самых древних понятий права, из этого юридического семени выросло древо современной юриспруденции с множеством как частноправовых, так и публично-правовых доктрин. В каком-то смысле, юридическая норма о договоре как о соглашении, основанном на взаимной воле, является основной нормой в праве, и, конечно, этот смысл отличается от основной нормы в доктрине Г. Кельзена, которую он сам признавал фикцией, поскольку она предполагает фиктивный акт волеизъявления, устанавливающий эту норму. Не случайно в учении о естественном праве договор – основа всех прав,

¹ См.: Честнов И.Л. Постклассическая диалогическая онтология права // Постклассическая онтология права. СПб., 2016. С. 140.

² К. Маркс и Ф. Энгельс. Сочинения. Т. 23. С. 94.

решение главной проблемы индивидуалистической философии права: как сделать так, чтобы право служило исключительно индивидам и в то же время могло обязывать их¹.

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

Фридрих Ницше утверждал, что купля-продажа совместно с их «психологическими придатками» старше даже, чем начатки каких-либо общественных форм организации и связей. Создавать цены, измерять ценности, выдумывать эквиваленты – означало выменивать. Этот процесс в такой степени занимал мышление древнего человека, что в известном смысле это и было первоначальными формами мышления. Из наиболее зачаточной формы личного права зреющее чувство мены, договора, долга, права, обязательства были перенесены на наиболее грубые и первоначальные общественные комплексы².

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

Как известно, в древнем праве не было представлений о преступлении, об уголовном праве.

¹ См.: Радбрух Густав. Философия права. М., 2004. С. 161.

² См.: Ницше Фридрих. Генеалогия морали. СПб., 2013. С. 68.

Понятие оценки, возможность превратить человека в существо, поддающееся оценке, рождалось долго и мучительно, но именно оно предшествует как обычаям обмена, так и юридическим нормам о договоре. По сути, - пишет Ницше, - это и есть «длинная история происхождения ответственности»¹.

Общества людей проделали огромную работу над тем, что Ницше называл «нравственной пристойностью». По сути общество воспитывало биологическое существо, которое сначала мало чем отличалось от животного, - умению и способности обещать. Это было условием того, чтобы «сделать человека предварительно до известной степени нужным, однорядным, равным между равными, правомерным и, следовательно, поддающимся учету (оценке)»².

Представления о юридической ответственности являются результатом длительного процесса долговой ответственности. Он очень обстоятельно описан И. Колером³.

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

Ницше не без основания утверждал, что мир нравственных понятий «долг», «совесть», «обязанность», «священность обязанности» имеет свой

¹ Ницше Фридрих. Генеалогия морали. С. 53.

² Там же. С. 53

³ См.: Колер Иозеф. Шекспир с точки зрения права (Шейлок и Гамлет). М., 2006.

источник в сфере долгового, договорного права, корни его, как корни всего великого на земле, основательно и долгое время орошались кровью.

Основное нравственное понятие «долг» ведет начало от весьма материального понятия «долги»¹.

Мысль с виду столь простая, естественная, которая служила объяснением того, как вообще возникло на земле чувство справедливости: преступник заслуживает наказания, потому что он мог бы поступить иначе, – на самом деле представляет собой возникшее уже гораздо позже юридическое суждение. На протяжении длительной истории человечества наказывали не потому, что считали преступником, ответственным за его поступок, то есть не исходя из предпосылки, что только виновный заслуживает наказания. Напротив, дело происходило так, как теперь еще родители наказывают детей, сердясь на них из-за причиненного вреда или просто срывая злобу на виновнике. Но гнев этот, однако, усмиряется и сдерживается идеей, что всякий ущерб в чем-либо имеет свой эквивалент и действительно может учитываться хотя бы в виде боли, причиненной и нанесшей вред ребенку.

Это очень глубокая идея, возникшая у человечества очень давно, – идея эквивалента ущерба и боли. Источник ее – в договорных отношениях между кредитором и должником. Вслед за ней появилась идея *persona*, то есть субъекта права.

Логика юридического конструирования юридического мира привела к тому, что, как заметила В.В. Лапаева, «тогда, когда мы максимально абстрагируемся от внешних характеристик человека и рассматриваем человека в его наиболее абстрактном, сущностном выражении, то есть как существо, наделенное (в силу своей разумности) свободной волей, сфера равенства между людьми приобретает всеобщий характер, и отношения между людьми приобретают всеобщий характер, а отношения между ними становятся общезначимыми. Форму отношений между людьми как

¹ Ницше Фридрих. Генеалогия морали. С. 58.

абстрактными лицами мы называем правом, сами эти отношения – правовыми отношениями, а людей, выступающих в своих наиболее абстрактных проявлениях, лишенных каких-либо фактических социобиологических особенностей, называем формально равными друг другу субъектами права, то есть лицами, обладающими равной правоспособностью»¹.

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

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

Базовый концепт классической римской юриспруденции *Ex facto oritur jus* выражает не только очевидный момент практики правообразования, но и заключает в себе также фундаментальный феноменологический смысл: юридическое начало правообразования заключено в самом факте социального общения². Превращение фактически сложившейся нормативности в виде обычаев оборота в юридическую нормативность сопровождалось прорывом вперед в юридическом познании. Доправовая нормативность отличается от юридической прежде всего тем, что использовались слова языка в их обычном бытовом значении. *Res* – это были видимые, осязаемые предметы материального мира, которыми можно было обмениваться. Но затем произошла метаморфоза слов – они превратились в

¹ Лапаева В.В. Правовой принцип формального равенства // Журнал российского права. 2008. № 2. С. 75.

² См.: Веденеев Юрий. Грамматика правопорядка. М., 2018. С. 108-109.

юридические понятия, смысл которых был гораздо шире, чем у тех слов, которые по-прежнему обозначали эти понятия. *Res* – это не только материальная вещь, но и вещь бестелесная, потом появились *res sacra* (то есть человек), *res publica* – вещь общая. Обычные слова в юридическом мире превращаются в метафизические, абстрактные и фиктивные понятия. *Persona* – слово латинского языка, которое первоначально обозначало театральную маску, стало означать маску юридическую, с помощью которой человек превращается в субъект права и попадает в юридический мир. Латинское слово *action* означало первоначально какой-то поступок или действие человека. Затем это же слово обозначает иск, способ защиты нарушенного права. Полисемантичность становится одним из существенных признаков юридического языка. Этот язык, на котором говорит та или иная историческая эпоха, изменения юридического языка – это изменение юридического познания действительности. Появление научного юридического языка, языка понятий означало появление первых научных знаний. Цивилистика заложила основание теории права¹.

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

Значительно позже юридическая наука осуществила юридическую систематизацию юридических понятий. Появление трихотомии, то есть разделение на три части, знаменовало собой появление научной системы. Как в физическом мире есть человек, вещи, поступки человека, в учебниках римского права стали проводить различие между юридическими нормами, относящимися: 1) к субъектам права – лицам, 2) к вещам – объектам действий и 3) к правовым действиям (*action*). Так договор нашел себе весьма почетное место в первой институциональной научной системе.

4. Так появились первые научные юридические идеи, вне всякого сомнения, они находились под сильным воздействием меняющихся философских концептов и практик рыночного оборота. Трудно ответить на

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

вопрос, какой фактор является более влиятельным – идеологический или экономический? Прав ли был К. Маркс, когда он отдавал безусловный приоритет последнему? На известной картине Рафаэля «Афинская школа» стоящий справа Платон (с лицом Леонардо да Винчи) указывает пальцем вверх, на мир идей, парящих в эфире. Аристотель, стоящий слева, материалист — показывает на землю! Попробуем ответить на основной вопрос философии на примере развития научных представлений о договоре.

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

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

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

Идеей о политической природе человека Аристотель объяснил один из канонов естественного права – о жизни человека в обществе себе подобных. Но почему сложился этот постулат? Конечно, основную роль в объяснении играют соображения безопасности, а также определенные антропологические предпосылки (взаимозависимость мужчин и женщин, господ и рабов, старых и молодых). В интересах объяснения природы договора обратим внимание на

замеченный Аристотелем моральный принцип – принцип взаимовыгоды при жизни в социуме, то есть основополагающая для права идея о справедливом (эквивалентном) обмене. Решающим аргументом, объясняющим рациональность такого обмена, является то, что у Аристотеля речь идет не о произвольной, возможно, даже односторонней выгоде, а о выгоде для всех, благодаря чему критерий этот приобретает свое моральное качество¹.

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

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

Когда же началось его научное осмысление? Л.М. Мамут высказал мнение, что с начала XIX в. «под флагом юриспруденции стала выступать легистика – позитивистская наука о законодательстве², основанная на метафизике».

Задолго до этого в XVI веке небольшая группа теологов и юристов из Испании предприняла попытки синтезировать юридические тексты римских юристов с моральной теологией Фомы Аквинского³. Фундаментальные доктрины договорного права, с которыми мы сейчас знакомы, являются упрощенным вариантом того синтеза, который был достигнут ими незадолго до рождения Фомы Аквинского (в XIII в.), для читателей в некоторых

¹ См.: Хеффе Отфрид. Мораль, лишенная морали: к этике современной политики // Политическая философия Германии. М., 2005. С. 291.

² См.: Мамут Л.С. Юриспруденция и легистика // Юриспруденция XXI века: горизонты развития. СПб., 2006. С. 7-23.

³ См.: Gordley James. The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. Clarendon Press – Oxford. 1993. P. 3.

европейских странах стали доступны работы Аристотеля по метафизике, этике, политике. По сути, это Фома Аквинский «окрестил» Аристотеля, достигнув синтеза между греческой философской традицией, которую представляет собой Аристотель, и религиозной традицией христианства.

В XVI веке и начале XVII века эту работу продолжила группа теологов и юристов, известных в истории права как «поздние схоласты» или «испанская школа естественного права», основными представителями которой были Франсиско де Витория, Диего Коваррубиас, Доминго де Сото, Луис де Молина.

Эти ученые объясняли конкретные нормы римского права с позиции аристотелевских и томистских принципов.

В XVII–XVIII веках доктрины поздних схоластов стали популярны благодаря усилиям представителей северной школы естественного права – Гуго Гроция, Сэмюэля Пуфендорфа и Жана Байберака. Работы этих ученых настолько повлияли на Жана Домата и Роберта Потье, что следы этого влияния можно обнаружить и в современных кодификациях гражданского права.

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

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

Влияние научных доктрин прошлых веков на современное гражданское законодательство вызовет удивление у ученых-юристов, пребывающих в традиции марксистско-ленинского детерминизма права, которые пытаются объяснить любые изменения в договорном праве исключительно

экономическими факторами. Однако основные изменения в договорном праве оказываются не столь тесно связаны с экономикой. В статье Симпсона «Инновации в договорном праве в XIX веке» показано, что основные доктринальные идеи, которые были восприняты юристами стран общего права, заимствованы или генеологически связаны с трудами Г. Гроция, Пуфендорфа, Домата, Потье.

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

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

К примеру, при заключении договора происходит использование ценности свободы, посредством которой один обогащает другого, либо ценности коммутативной справедливости, посредством которой происходит обмен вещей одинаковой ценности. Каждый вид договора имеет свою природу или сущность. Моральные и метафизические идеи, которые используются в доктринах договорного права, стали предметом обсуждения Декарта, Гоббса, Локка и других. Самое поразительное это то, что доктрины договорного права не сильно изменились под влиянием более современных философских систем. Такие юристы, как Пуфендорф, Байберак, отвергали метафизику Аристотеля и моральную философию, восприняв различные познавательные структуры от своих современников-философов, но это обстоятельство внесло очень незначительные изменения в сами доктрины договорного права.

Они были окончательно переформулированы в XIX веке, но без особо заметного влияния модных в это время философов – Бенгама, Канта и др.

В области договорного права появилась так называемая волевая теория договора. Как писал Симпсон, воля сторон договора является своего рода

основной нормой, которая объясняет многие конкретные юридические нормы, касающиеся договоров. А ведь это поздние схоласты обосновали фундаментальную идею о том, что заключение договора происходит благодаря соглашению сторон. Это они сформулировали общие доктрины влияния заблуждения, обмана и насилия на судьбу договора.

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

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

В XX веке теория воли сторон договора оказалась в кризисе.

Как уже было отмечено, в области договорного права ученые-юристы XIX века частично заимствовали более ранние юридические доктрины, т.е. они их сами не обосновывали. Они считали, что их целью является только толкование позитивного права. Но трудно применять позитивное право в тех случаях, когда имеет место проявление воли сторон и ничего более. Позитивное право позволяет различать, есть ли выгода от обмена, и отграничить один вид договора от другого. Оно закрепляет обязанности сторон договора, зависящие от вида договора, который они заключили, даже если стороны прямо не желали наступления таких обязательств. Позитивное право порой освобождает пострадавших от несправедливой сделки от обязательств, которые соответствовали их воле. Критики указывают на то, что теория воли сторон в таких случаях дает сбой, поскольку не позволяет объяснить эти аспекты договорного права. А на самом деле это те проблемы, которые позднее схоласты объясняли с помощью аристотелевского понятия сущности и добросовестности, которые были отброшены учеными XIX века!

Экономические факторы стали очевидными лишь во второй половине XIX века. Капиталистическая экономика все больше становилась

монопольной, возникли крупные концерны, банки и их появление ограничивало прежнюю свободу договора. Поскольку юридическая свобода договоров вела к фактическому неравенству сторон в социальной сфере, появилась необходимость восстановить свободу договора реально за счет ограничения юридической свободы договора. Возникли различные формы ограничений свободы договора законом (путем введения норм о признании ничтожными определенных сделок, путем наделения судов полномочиями расторгать заключенные договоры и путем принятия других императивных норм)¹.

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

¹ См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. II.

напротив, могут быть и необязательны в той части, в какой они противоречат закону (ограничение свободы договоров).

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

5. Договор является не только общеправовой ценностью, но и ценностью междисциплинарной. Институт договора (сделки), как известно, стал использоваться как познавательная структура, объясняющая происхождение государства. Одной из теорий происхождения государства является договорная теория¹. Существуют два варианта договорной теории – Гоббса и Локки.

Ж.-Ж. Руссо видоизменил обе эти теории в теории общественного договора.

Рационалисты XVII в. вспомнили старое правило: *ubi societas, ibi jus* – где общество, там и право. Сообразно с этим они ввели в право новый принцип – принцип общественности, *socialites*. Идея для разработки понятия общества заимствовалась ими из системы частного права, но использовалась она для того, чтобы обосновать систему права публичного. Они предложили фикцию гипотетического существования естественного общества, в котором существовала свободная конкуренция его членов. Но затем с помощью договора естественное общество превращалось в искусственное гражданское общество, то есть в юридическое понятие². В этом обществе публичное право приобретает характер публичного договорного права³. В римском

¹ См. Антонов М.В. Теория государства и права. М., 2018. С. 56.

² Знаменитое определение *Ius est ars boni et aequi* обычно переводится как право – это искусство добра и справедливости. Это очень неточный перевод, искажающий его смысл. *Ars* – вовсе не искусство, а все искусственное, придуманное богатым воображением ученых-юристов.

³ См.: Спекторский Е.В. Теория солидарности // Юридический вестник. 1916. К. 13. С. 6.

договорном праве были квазиконтракты, обязательства как бы из договоров, именно они послужили прообразом концепции общественного договора.

Понятие квазиконтракта трактовалось в широком смысле еще у Пюте (в XVIII в.), который рассматривал социальное общежитие как продукт договора: общество живет молчаливыми соглашениями, кристаллизовавшимися в привычку. Предшественники теории солидаризма спроектировали целую систему права, основанную на как бы договоре, обязательном не только для индивидов, но и для публичной власти. Индивидуалистам, которые возражали в связи с тем, что такой договор нарушает священный принцип свободы, давался ответ, что существует не менее священный принцип – справедливость, и именно он должен выступать границей свободы, а поэтому законодательство должно быть основано на социальной солидарности.

В настоящее время интерес к институту договора обнаруживается в философских и экономических науках. Автор «Теории справедливости» Дж. Ролз предложил свою концепцию общественного договора.

Описываемая им *bargaining game* (торговая игра) – это гипотетическая ситуация заключения наиболее справедливого общественного договора, с помощью которого стороны приходят к взаимоприемлемому способу распределения первичных социальных благ. Идея договора как соглашения равных лиц, достигаемого без агрессивного насилия, используется Ролзом для того, чтобы создать умозрительную схему, обосновывающую потенциальную возможность того, что люди самостоятельно, без участия властных структур могут создать справедливые правила распределения социальных благ. Все участники такого общественного договора находятся «под покровом неведения» относительно себя самих и своего будущего, что и создает возможность для изначального согласия людей относительно правил распределения благ.

Договор используется как важнейшая познавательная структура в таких экономических дисциплинах, как институциональная экономика и

конституциональная экономика. Дж. Коммонс доказывает, что «сделки стали местом встречи экономики, физики, психологии, этики, юриспруденции и политологии»¹. Он считает, что экономическая теория начинается с товара как с элементарного научного объекта и затем смещается в сторону чувств – для объяснения сделки, которая и является ее подлинной проблемой.

В начале выступления уже упоминались так называемые конститутивные для экономики, политики интеракции людей и нормы, их регулирующие, которые тем самым обеспечивают воспроизводство общества. Проблема их выявления, как пишет И.Л. Честнов, – одна из насущных для теории права². Кроме ученых-конституционалистов к этому подключились экономисты, развивающие так называемую конституциональную экономику, в частности М. Олсон и лауреат Нобелевской премии в области экономики Дж. Бьюкенен.

Последний заметил, что некоторые нормативные ограничения в поведении любого человека по отношению к другим, отказ от насилия, статус человека в части возможности его доступа к ресурсам, продуктам и услугам, а также сроки вступления этих норм в силу должны стать пунктами первостепенной важности в конституционном договоре. В противном случае нельзя серьезно думать о рыночной экономике. Следовательно, правовые нормы, верховенство права возникло почти как приоритет для широкого и систематического функционирования рыночной экономики. Более того, они возникли как имеющие характер публичного блага, т.е. как блага, которое не могло быть произведено в условиях самого рынка³.

Основные выводы

1. Договор как правовой феномен появился как форма конститутивных для экономики интеракций, обеспечивающих воспроизводство общества.

¹ См.: Коммонс Дж.Р. Правовые основания капитализма. М., 2011. С. 14.

² Честнов И.Л. Указ. соч. С. 140.

³ Buchanan James M. The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan. Chicago, London. The University of Chicago Press. 1975.

2. Юридическая норма о договоре как соглашении лиц, основанном на взаимосогласованной воле, относится к числу основных норм, имея в виду генеалогию и историю развития этого понятия.

3. Представления о юридической ответственности и основные категории деонтологии являются результатом длительной трансформации обычаев оборота. Генезис права – это процесс превращения доправовой нормативности в правовую, детерминированную культурно-историческим контекстом.

4. Базовый концепт классической рискской юриспруденции *ex facto oritur jus* (из фактов возникает право) предполагает, что обыденные слова, обозначающие вещи и действия, превращаются в базовые юридические понятия (лицо, вещь, договор, иск).

5. Идея договора проникла в философию и теологию, синтез юридических текстов римского права с метафизикой позволил поздним схоластам создать основные доктрины договорного права, не утратившие своего научного значения и в настоящее время.

6. То, как развивались доктрины договорного права, позволяет лучше понять закономерности юридической эпистемологии. Юридическое познание развивается по собственным закономерностям, при этом генеология юридических идей играет не менее важную роль, нежели динамика экономических факторов.

7. Договор (сделка) имеет не только общеправовую, но и междисциплинарную ценность. Этот институт используется как популярная познавательная структура для обеспечения феноменов в политической и в экономической теории.