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

СТАТУТ
МОСКВА 2012

УДК 347.4
ББК 67.404.2
К 21

Карапетов Артем Георгиевич – доктор юридических наук, научный руководитель Юридического института «М-Логос», профессор Российской школы частного права при Правительстве РФ, автор ряда монографий и научных статей по вопросам договорного права и теории права.

Савельев Александр Иванович – кандидат юридических наук, магистр частного права, юрисконсульт компании IBM (Россия/СНГ), автор ряда научных работ по вопросам договорного права и права интеллектуальной собственности.

Карапетов А.Г., Савельев А.И.

К 21 **Свобода договора и ее пределы**. Т. 1: Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений. – М.: Статут, 2012. – 452 с.

ISBN 978-5-8354-0870-2 (Т. 1) (в пер.)
ISBN 978-5-8354-0869-6

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.

УДК 347.4
ББК 67.404.2

ISBN 978-5-8354-0870-2 (Т. 1)
ISBN 978-5-8354-0869-6

© А.Г. Карапетов, 2012
© А.И. Савельев, 2012
© Издательство «Статут», редподготовка, оформление, 2012

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение.....6

Раздел I. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ.....9

Глава 1. Уточнение предмета исследования.....9
§ 1. Pacta sunt servanda.....9
§ 2. Соотношение принципа обязательности контрактов и принципа свободы договора.....22
§ 3. Содержательные и процедурные проявления свободы договора.....25
§ 4. Свобода договора и дефекты заключения договора.....26
§ 5. Свобода договора и пределы договорного права.....27

Глава 2. Методологические аспекты политико-правового анализа принципа свободы договора.....30
§ 1. Обоснование необходимости политико-правового анализа.....30
§ 2. Экономический анализ.....42
§ 3. Этическая подоплека проблематики договорной свободы и ее ограничений.....48

Раздел II. ИСТОРИЯ РАЗВИТИЯ ПРИНЦИПА СВОБОДЫ ДОГОВОРА В ПОЛИТИКО-ПРАВОВОМ КОНТЕКСТЕ.....50

Глава 1. С древних времен до конца XVIII в......50
§ 1. Развитие экономики и экономической мысли.....50
§ 2. Эволюция социальной этики.....59
§ 3. Влияние на частное право.....64

Глава 2. Эпоха laissez-faire.....90
§ 1. Экономические предпосылки.....90
§ 2. Социально-этическая основа наступления эпохи laissez-faire.....118
§ 3. Отражение в области частного права.....122

Глава 3. Конец эпохи laissez-faire.....153
§ 1. Социально-экономический аспект.....153
§ 2. Социально-этические предпосылки краха laissez-faire.....169

§ 3. Влияние краха идеологии и политики laissez-faire в области права 171

Глава 4. После второй мировой войны и до наших дней 181
§ 1. Экономический аспект 181
§ 2. Социально-этический аспект 209
§ 3. Влияние на частное право 215

Глава 5. Итоговые замечания 231

Раздел III. ЭКОНОМИЧЕСКИЕ И ЭТИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ ПРИНЦИПА СВОБОДЫ ДОГОВОРА 243

Глава 1. Экономические предпосылки презумпции договорной свободы 243
§ 1. Общие замечания 243
§ 2. Теория рационального выбора как основание принципа свободы договора 245
§ 3. Улучшение по Парето 254
§ 4. Ограничения свободы договора и разрушение спонтанного порядка балансирования спроса и предложения 264
§ 5. Проблема неэффективности государства как заменителя рыночного порядка 269
§ 6. Некоторые уточнения 275

Глава 2. Этические предпосылки принципа свободы договора 278
§ 1. Свобода договора и идея негативной свободы 278
§ 2. Свобода договора и индивидуализм 282

Глава 3. Выводы 284

Раздел IV. ПОЛИТИКО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВАНИЯ ОГРАНИЧЕНИЯ ДОГОВОРНОЙ СВОБОДЫ 289

Глава 1. Общие вопросы 289
§ 1. Релевантные политико-правовые ценности 289
§ 2. Этика и справедливость 296
§ 3. Утилитарная неприемлемость 310
§ 4. Функциональное разделение политико-правовых оснований ограничения договорной свободы 312

Глава 2. Ограничения договорной свободы во имя интересов общества, государства или третьих лиц 313
§ 1. Противодействие гражданско-правовому оформлению деятельности, запрещенной в публичном праве 313
§ 2. Нарушение сделкой основ общественной морали 314
§ 3. Защита интересов третьих лиц 317
§ 4. Обеспечение стабильности и развития экономики в целом 321

§ 5. Ограничение конкуренции 325
Глава 3. Ограничения договорной свободы в патерналистских целях..... 329
§ 1. Понятие патерналистского ограничения свободы договора ... 329
§ 2. Возможные экономические резоны 331
§ 3. Этические основания патерналистских ограничений свободы договора..... 339
§ 4. Примеры развития патерналистски обусловленных ограничений свободы договора 344
§ 5. Опасности интенсивного патернализма..... 350
§ 6. Дополнительные условия введения патерналистски обусловленных ограничений свободы договора 374
§ 7. Общие принципы патерналистского ограничения свободы договора 393
Глава 4. Финальные замечания..... 416
Раздел V. ОБЩИЕ ВОПРОСЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРИНЦИПА СВОБОДЫ ДОГОВОРА В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ 421
Глава 1. Описание проблемы 421
§ 1. Суть проблемы..... 421
§ 2. Конкретные примеры..... 424
Глава 2. Причины проблемы и пути ее решения..... 433
§ 1. Непонимание экономической логики принципа свободы договора 433
§ 2. Непонимание этической подоплеки принципа свободы договора 441
§ 3. Методологические причины проблемы 442
§ 4. Страх перед злоупотреблениями..... 444

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 ограни-

чения 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 теоретических выводов во втором томе авторы анализуют 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 так-

же подробно аргументируется авторское ви́дение 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 сделок, 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 свободу[2]. 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 ограничивает 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 правотворчества[3].

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

[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).

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

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 преодолеваемой более поздним волеизъявлением того же контрагента, направленным на уклонение от исполнения договора[1].

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 облекаются 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 этики 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 этикой[2]. 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 защи-

[1] На этот счет известный французский цивилист (Terré) 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 всесильна, 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).

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

ту некоторых обязательств, но из его работы очевидно вытекало, что по общему правилу право должно давать кредитору защиту на случай нарушения обещаний[1]. Такое понимание идеи о принудительной силе обязательств было в итоге воспринято каноническим правом[2].

Позднее, в XVII в., эта теория получила поддержку в трудах представителей школы естественного права. Так, Томас Гоббс писал, что соблюдение договоров – это центральный закон естественного права и нарушение обязательств есть попрание справедливости[3]. Самуэль Пуфендорф считал, что в силу естественного права человек должен «держать слово» и поэтому – исполнять договорные обязательства[4]. Аналогичные взгляды высказывал и Гуго Гроций[5]. Иммануил Кант в своей работе «Метафизика нравов» в конце XVIII в. связывал требование соблюдения контрактов с категорическим императивом соблюдения данных обещаний[6].

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 (Аквиант, 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 в целях общественной пользы[7].

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.

---

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

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

[3] *Гоббс Т*. Левиафан. М., 2001. С. 99.

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

[5] *Grotius H*. On the Law of War and Peace. 2004. P. 95 ff.

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

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

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 идеологией[1]. Не остается эта теория без сторонников и среди юристов стран общего права[2].

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 облеченные в определенную форму?[3] 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?[4] 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?[5]

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 отдельными особенно вопиющими случаями контрактного оппортунизма[6]. В литературе справедливо отмечается, что в реальности значительное

---

[1] *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.

[2] 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.

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

[4] *Atiyah P.S.* Promises, Morals and Law. 2003. P. 139.

[5] Ibid. P. 141, 142.

[6] Понятие оппортунизма, популяризованное знаменитым американским экономистом Оливером Уильямсоном, обычно применяются для обозначения случаев использования участниками оборота вероломных и недобросовестных методов для достиже-

число случаев нарушения обязательств воспринимается в рамках конвенциональной морали вполне толерантно[1]. 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 правоприменителям при решении вопросов об ограничениях его действия.

3. Иногда в зарубежном праве выдвигаются те или иные варианты «*деликтной теории*»[2], 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 договора в общем и це-

ния своих экономических целей. См.: *Уильямсон О.* Экономические институты капитализма. СПб., 1996. С. 97.

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

[2] 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 Уиллямом 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).

лом есть то же самое, что и совершение деликта, за исключением лишь того, что в первом случае ответственность поставлена под отлагательное условие нарушения договора[1].

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 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 вовсе 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 *«кондикционная 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

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

встречного обещания получит неосновательное обогащение, на ликвидацию которого 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 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 целью 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 обязательства[1].

Но данная теория не всегда может четко объяснить ряд феноменов договорного права. Так, взяв за основу такой 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 присуждение 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)*[2]. Она вбирает в себя некоторые элементы вышеуказанных

[1] *Holmes O.W.* The Path of the Law. 1897. P. 11.

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

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 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 судубной 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 пользы[1].

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 Тилли[2]), 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, ко-

[1] 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. Подробне см.: *Кузьминов Я.И.*, *Бендукидзе К.А.*, *Юдкевич М.М.* Курс институциональной экономики: институты, сети, трансакционные издержки, контракты. М., 2006. С. 340–342.

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

гда 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)[1]. Когда экономический оборот выходит за рамки узкой и сплоченной социальной группы (например, друзей или семьи, этнической или религиозной 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»[2].

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 трансакционные 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 трансакций блокируются, что опять же сдерживает возможности экономического развития и противоречит общественным интересам (если, конечно, исходить из того, что большая часть членов общества заинтересована в таком развитии)[3].

---

[1] 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.

[2] *Олейник А.Н.* Институциональная экономика. М., 2012. С. 189.

[3] 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 само-

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 непосредственного 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 Европе[1].

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 законодатели 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

стоятельное 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.

[1] *Де Сото Э.* Иной путь: экономический ответ терроризму. 2-е изд. Челябинск, 2008. С. 189.

нормативных факторов (в первую очередь априорно-этических). Поэтому было бы разумно считать сугубо утилитарное основание принципа pacta sunt servanda крайне важным (возможно, даже основным), но ни в коем случае не исключительным источником феномена судебной защиты договорных обязательств[1].

Выдвигалось и множество иных теорий[2], но после долгих 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 контракта[3]. 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.

Главное, что следует почерпнуть из дескриптивного анализа договорного права разных стран, это то, что принцип обязательной и принуди-

---

[1] Так, даже такие яркие представители современного экономического анализа права, как Алан Шварц, Роберт Скотт, Луис Каплоу 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).

[2] См., напр.: *Kimel D.* From Promise to Contract: Towards a Liberal Theory of Contract. 2003; *Barnett R.* The Consent Theory of Contract // 86 Columbia Law Review. 1986. P. 269 ff.

[3] 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.

тельной 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 основе общей презумпции принципа pacta sunt servanda[1].

§ 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 сталкивается 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 «постконтрактного»

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

(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 бóльшую 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 запрещения, 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 отношений[1].

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 оте-

[1] 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.

чественный суд в том числе может отказать в защите того права, которое возникло у недобросовестного контрагента на основании условия, которое 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 РФ[1]. 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 отношению 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[2]. 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 прин-

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

[2] *Ротбард М.* Этика свободы (2008), гл. 14 (доступно в Интернете на сайте: http://libertynews.ru/node/142).

ципе логически противоречиво[1]. 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 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 авторов[2] 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 догово-

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

[2] 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 Freedom to Contract – a Complex Cluster of Rules // Scandinavian Studies in Law. 1989. P. 208).

ра 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 непоименованных 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 обусловливают контроль содержания договорных 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 банкротства[1]. Как отмечается, проблематика границ договорной свободы в сфере банкротства является центральным вопросом данной сферы права в последние годы[2]. 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

[1] 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.

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

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 numerus clausus традиционно исключала свободу договора, предписывая 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 права[1].

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 правоотношениях[2]. Распространение контрактарианской теории[3] корпорации и признание позитивным правом 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 праве[4].

---

[1] 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.

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

[3] См. подробнее: *Easterbrook F.H., Fischel D.R.* The Economic Structure of Corporate Law. 1991; *Cheffins B.R.* The Trajectory of (Corporate Law) Scholarship. 2004.

[4] 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.

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 уголовного, где недавняя легализация в российском праве института сделки с правосудием также открывает интересный ракурс анализа идеи свободы договора[1].

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.

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

[1] 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.

(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 научный 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 ученых[1].

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 торговля 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

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

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»[1]. 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 фундаментальных 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 оттуда 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 историю[2].

[1] *Bork R.* The Antitrust Paradox. 1993. P. 50.

[2] *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.

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.[1]

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 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 России 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 метолологии, нацеленной на научный анализ

[1] *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.

путей совершенствования позитивного права. Такая методология должна была, на его взгляд, занять место теряющего авторитет естественно-правового дискурса, ранее де-факто отчасти выполнявшего аналогичную роль[1]. Но после Первой мировой войны и революции политика гражданского права в той ее форме, которая была близка Л. Петражицкому и многим другим дореволюционным цивилистам[2], 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, 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 дан-

[1] 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.

[2] 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).

ной книги. Этого сопоставления достаточно, чтобы осознать методологическую ограниченность, которая, как приходится признать, 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 отношений[1]. 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 значительной степени функционирует по описанной А.Дж. Тойнби модели «вызов – ответ»[2]. 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 жизнен-

[1] *Маркс К.* К критике политической экономии. М., 2010. С. 6, 7.

[2] 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.

ных 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 природа изменяется по мере социальных изменений»[1].

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 государства 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

[1] *Hogg M.* Promises and Contract Law. Comparative Perspectives. 2011. P. 173.

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 института 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)[1].

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, притворяясь, 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, представление 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

[1] 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. 1989–1900. P. 892; *Wieacker F.* A History of Private Law in Europe. 2003. P. 349.

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 нет[1].

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 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

[1] 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.

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 осознавать, 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 сторону этого междисциплиарного 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, неоинституциональной 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 прошлого[1]. 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 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

[1] *Кейнс Дж.М.* Общая теория занятости, процента и денег. М., 1978. С. 458.

изучаемый порядок»[1]. 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 затруднено[2].

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

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

[2] 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).

усвоенной методологии исходят из приоритета частных интересов, в то время как рыночнкая экономика, породившая соответствующие нормы, покоится именно на том же идеологическом фундаменте[1]. 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, основанная 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.

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

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 политики[1]. Все чаще к использованию экономического анализа договорной свободы прибегают и европейские правоведы[2]. Так, например, достаточно перечитать второй том хорошо известной в России классической работы немецких цивилистов К. Цвайгерта и Х. Кетца о сравнительном правоведении[3], 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 лите-

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

[2] 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.

[3] *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).

ратуры долгое время «представляла собой своего рода коллекционирование марок; появление же экономического анализа права начало эту ситуацию менять»[1]. Но и в ведущих западных странах еще очень далеко 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»[2]. 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 проблем[3]. Экономическая наука отнюдь не является наукой точной. В ней ведутся очень жаркие споры между различными течениями 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 ответов[4].

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 цик-

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

[2] *Де Сото Э.* Загадка капитала. Почему капитализм торжествует на Западе и терпит поражение во всем остальном мире. М., 2004. С. 200.

[3] Цит. по: *Veljanovski C.G.* Economic Principles of Law. 2007. P. 19.

[4] *Мэнкью Н.Г.* Принципы макроэкономики. 2-е изд. М., 2004. С. 57.

лы, 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 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 кардинально 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 «мэйнстрим» 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 норма-

тивной 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 производственные возможности, позволяющие получить товарные излишки. Вполне естественным образом эти товарные излишки, образующиеся 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 выгодности 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 общины[1].

[1] 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.

Для обеих общин экономически эффективнее заниматься именно тем, что у них получается лучше и дешевле, добиваясь 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 выгодности 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 отмечает Карл Поланьи, 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 хозяйства[1].

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»[2]. 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

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 издержек в расчете на единицу продукции. На изготовление нескольких мешков муки, необходимых для самообеспечения рода хлебом, нашим рыболовам 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.

[1] *Поланьи К.* Великая трансформация: политические и экономические истоки нашего времени. СПб., 2002. С. 67.

[2] *Pareto V.* Manual of Political Economy. 1971. P. 341.

всякий раз, когда грабеж легче работы», а ситуация меняется только тогда, когда грабеж «становится более неудобным и опасным, чем труд»[1].

Сравнительные преимущества натурального и силового способов обеспечения группы необходимыми товарами, как правило, оказывались обратно пропорциональны наличию 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 удовлетворения 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 труд[2], а затем интеллектуальная собственность и др. В результате

[1] *Бастиа Ф.* Грабеж по закону. Челябинск, 2006. С. 6, 7.

[2] Поланьи отмечает, что долгое время оборот земли и труд по найму регулировались в рамках нерыночной социальной структуры – феодальными и цеховыми уставами, обы-

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, постепенно складывалась социальная структура, в рамках которой «каждый человек живет обменом или становится в известной мере торговцем, а само общество превращается... в торговый союз»[1].

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, процветали 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»[2].

чаями 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.

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

[2] *Моммзен Т.* История Рима. Т. I. М., 1936. С. 801.

Моммзен отмечает, что «вся жизнь римлян была проникнута купеческой аккуратностью, честностью и порядочностью»[1]. Полибий отмечал, что «в Риме никто никому ничего не дарит, если не обязан это делать»[2]. Как пишет выдающийся экономический историк М. Ростовцев, римские банкиры и купцы заполонили собой все средиземноморские города[3].

Рыночная свобода по сравнению с прежней эпохой достигла достаточно высокого уровня. Судя по всему, «дух капитализма», о котором так много писали В. Зомбарт и другие исследователи капитализма[4], вопреки знаменитой теории М. Вебера[5] 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[6]. Когда государство в чем-то нуждалось, оно, как правило, стремилось не прибегать к конфискациям, а приобретало необходимое у купцов[7].

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 период натуральное самообеспечение домохозяйств преобладало[8]. 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.

---

[1] *Моммзен Т.* История Рима. Т. I. М., 1936. С. 802.

[2] Там же.

[3] *Ростовцев М.И.* Общество и хозяйство в Римской империи. СПб., 2001. С. 51.

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

[5] *Вебер М.* Протестантская этика и дух капитализма. М., 1990.

[6] *Ростовцев М.И.* Общество и хозяйство в Римской империи. СПб., 2001. С. 82.

[7] Там же. С. 154.

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

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 деятельности[1].

От экономического либерализма времен Октавиана Августа и первых императоров по мере угасания Империи оставалось все меньше следов[2]. Как писал Альфред Маршалл, в Римской империи времен упадка «частная предприимчивость была задушена неизменно возрастающим могуществом вездесущего государства»[3].

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 оборота на свободном рынке за деньги, и все более усиливался натуральный способ самообеспечения крупных протофеодальных анклавов. Шла ползучая феодализация экономического базиса, неоднократно описанная в работах по экономической истории[4].

---

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

[2] В социологической литературе можно встретить такое описание угасания свободной экономики на закате Римской империи: «Все регламентируется. Для 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 полчинялись 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).

[3] *Маршалл А.* Основы экономической науки. М., 2008. С. 681, 682.

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

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 разорена[1].

Подрыв рыночного базиса Империи сопровождался деградацией и крахом ее политических институтов, красочно описанными Эдуардом Гиббоном[2] 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 из основных причин краха Империи[3]. 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 план[4].

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 бю-

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

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

[3] 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 B.* How Excessive Government Killed Ancient Rome // Cato Journal. 1994. Vol. 4. № 2.

[4] *Ле Гофф Ж.* Рождение Европы. СПб., 2008. С. 50.

рократии, 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 значения[1]. 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 осуществление обмена (рекламу, процесс контрактирования и сбыта продукции)[2].

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.[3]

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

[1] *Тимошина Т.М.* Экономическая история зарубежных стран: Учебное пособие. М., 2010. С. 103.

[2] Там же. С. 104.

[3] Там же. С. 101.

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 цене[1] и настаивали, в частности, на недопустимости процентных ссуд[2].

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 обогащения[3]. Многое 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 госу-

[1] *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).

[2] *Негиши Т.* История экономической теории. М., 1995. С. 18–20.

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

дарства о вредности непродуманных вмешательств в естественный ход рыночных отношений[1].

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 анклавы, как торговые итальянские (например, Венеция, Флоренция, Генуя) и некоторые торговые североевропейские города, в которых активное предпринимательство (в основном сугубо торговое) поощрялось и формировало экономический фундамент их процветания. Но, как справедливо пишет Карл Поланьи, вплоть до XIX в. зоны свободного рыночного обмена были изолированными островками и в целом не доминировали в европейской экономике[2].

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 госу-

[1] См. подробнее: *Уэрта де Сото 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.

[2] *Поланьи К.* Избранные работы. М., 2010. С. 27.

дарства 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.

Развитие общества в тот период шло в рамках парадигмы «механической солидарности»[1] 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»[2]. Аналогичную точку зрения высказывает известный социолог Зигмунд Бауман. Он пишет, что «свободный индивид – это отнюдь не универсальное состояние... человеческого рода, а продукт истории общества»[3]. 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, ютились 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 группы[4]. 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 преуве-

[1] О понятии механической солидарности как облигаторном 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.

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

[3] *Бауман З.* Свобода. М., 2006. С. 19.

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

личивая, 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.

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 группы[1].

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 важнейшей 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 Империи[2].

Средневековые государства также не особенно ценили права личности и всячески пытались подавить внутреннюю конкуренцию и свободу

[1] *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of Freedom of Contract. 1979. P. 76.

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

воли. Некоторые исследователи отмечают, что в Англии приоритет личности над группой стал проявляться уже с XIII в.[1] Другие же доказывают, что статус личности в средневековом обществе не был столь подавлен коллективистскими установками, как то обычно принято считать[2]. Мы, не будучи профессиональными историками, не готовы погрузиться в данный исторический спор. В любом случае никто не подвергает сомнению то, что идеи личной свободы и автономии и межличностной конкуренции в Средневековье не играли той важнейшей роли, которую им пришлось играть в эпоху Нового времени.

Было бы странно ожидать провозглашения высокой этической ценности личной свободы и автономии воли индивида в мире первобытных общин, рабовладельческих империй, примитивных варварских вождеств, абсолютных монархий или теократий. Справедливость, долг и служение оказывались куда более этически ценными, чем личная свобода и права индивида. Соответственно нет ничего удивительного в том, что свобода заключать договоры наравне с другими частными свободами в те времена не могла утвердиться в качестве базового принципа и быть иммунизирована от потребностей коллектива и диктата правителей.

В центре внимания оказывались вопросы справедливости сделки. Особенность коллективистской парадигмы человеческого взаимодействия состоит в том, что люди принуждаются к учету интересов ближнего и теряют моральное и правовое основания для эксплуатации своих возможностей и преимуществ в рамках экономического взаимодействия даже в тех случаях, когда последнее осуществляется сугубо добровольно. Соответственно если владелец некого ресурса, пользуясь более высокими переговорными возможностями (например, голодом, нуждой, неграмотностью, повышенной заинтересованностью в данном благе, отсутствием времени на ведение переговоров у другой стороны), значительно завышает цену или выговаривает явно несбалансированные условия договора, то он поступает вопреки христианской идее общественной солидарности, так как вместо милосердной помощи своему ближнему пользуется сложившимся положением и обогащается на проблемах ближнего. Солидарность требует от людей как максимум либо вовсе осуществлять дар, либо как минимум вступать в двусторонние сделки на справедливых, равноправных условиях и распределять выгоды от сделки поровну. Любые отступления от равных условий и справедливого (т.е. равного) распределения результатов трансакции нарушали эти коллективистские установки.

[1] Цит. по: *Лал Д.* Непреднамеренные последствия. М., 2007. С. 96.

[2] *Гуревич А.* Индивид и социум на средневековом Западе. СПб., 2009. С. 7–54.

Более того, в условиях доминирования коллективистской социальной парадигмы зачастую считался несправедливым и этически неприемлемым сам факт успеха одного даже тогда, когда он обеспечивался не за счет ухудшения положения сограждан. Выскочки, пытающиеся порвать со status quo, выделиться из коллектива и реализовать свой природный потенциал или удачное стечение обстоятельств, в коллективном бессознательном членов аграрного общества и даже городских ремесленных общин порицались. Если неравенство не освещалось авторитетом религии или традиции, оно большинством считалось этически порочным.

В принципе, как мы покажем далее, и в наше время справедливость договора находится в центре внимания юристов. Современное право признает незаконными кабальные сделки, снижает завышенные неустойки, вводит многочисленные императивные нормы, в частности, в отношении потребительских или трудовых договоров, а также принимает множество иных патерналистских мер. Все они в конечном счете предопределяются глубоко укорененными в этике современных обществ представлениями о недопустимости эксплуатации слабостей ближнего ради неравного распределения выгод от сделки. Все это значит, что коллективистские этические установки имеют значительное влияние и сейчас. Но в период Средневековья эти коллективистские ценности имели гораздо больший вес, подкрепляясь непререкаемым авторитетом религиозных текстов и свежей памятью о первобытном коллективизме, который многими европейскими народами был оставлен к тому времени совсем недавно. Свобода индивида и его право на личное обогащение, успех и конкурентную борьбу за ограниченные ресурсы, предполагающие неравенство, столкновение интересов и личную ответственность за свои ошибки и неудачи, в те времена не являлись этически одобряемыми большинством. Поэтому вплоть до XVIII в. и взлета авторитета либеральных этических ценностей вопрос об обосновании принципа свободы договора, определении его содержания и пределов был неактуален. Свобода договора не вписывалась вполне в коллективистскую этику, предполагающую достаточно четкие параметры справедливого обмена, т.е. того, какие условия договора общество считало приемлемыми, и бросала вызов абсолютной власти монархов. Ведь если содержание договора имеет приоритет перед доминирующими в данном обществе этическими стандартами взаимодействия или волей правителей, то несложно предвидеть, что во многих случаях контракты будут отступать от этих стандартов (например, по причине неравенства переговорных возможностей и по иным причинам). Именно поэтому средневековое общество ценило справедливость договорных отношений выше автономии воли сторон, а государственная воля, направлен-

ная на ограничение договорной свободы, считалась априори легитимной[1]. И это было вполне логично, учитывая доминирующие этические установки того времени.

Соответственно особенности этики общинного, античного и средневекового обществ, вероятнее всего, способствовали долгому отсутствию четко структурированной доктрины свободы договора в европейском праве.

§ 3. Влияние на частное право

Римское право

Анализ свободы договора в римском праве представляет собой особый интерес в качестве отправной точки, поскольку речь идет о правовой культуре, явившей первую столь разработанную систему регулирования экономических отношений.

Позитивное право как надстройка над социально-экономическим и культурным базисом не могло не отражать реальные условия времени, потребности оборота и доминирующие идеологические установки. И, без сомнения, отдельные проявления того, что сейчас принято называть свободой договора, были хорошо известны римскому праву. Иначе расцвет торговли и ремесел в классический период был бы просто немыслим. Но попытки найти четко структурированную теорию свободы договора в гражданском праве Древнего Рима окажутся не очень продуктивными. Как верно замечал Макс Вебер, признаваемая сейчас широкая свобода договора тогда еще не существовала как четко отрефлексированная концепция[2]. Эта идея в римском праве не была в полной мере оформлена в качестве некого центрального правового принципа.

Более того, римское право в принципе не выработало общей теории договорного права[3]. В римской юриспруденции не было единой, всеми признанной концепции договора[4]. Римляне мыслили лишь в категориях отдельных договорных типов[5]. Поэтому не вызывает удивления отсутствие в нем принципа свободы договора в качестве явно выраженного общего принципа договорного права. Из признаваемых правом частных

[1] Так, например, как мы покажем далее, даже самые прогрессивные средневековые мыслители (в том числе поздние схоласты) не ставили под сомнение легитимность любых попыток государства ограничить ценовую свободу участников оборота посредством установления максимальных или минимальных цен.

[2] Max Weber on Law in Economy and Society / Ed. by M. Rheinstein. 1967. P. 100, 101.

[3] *Gordley J., von Mehren A.* An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings. Cases. Materials. Cambridge, 2006. P. 413.

[4] *Франчози Дж.* Институционный курс римского права. М., 2004. С. 363.

[5] *Watson A.* The Spirit of Roman Law // University of Georgia Press. 1995. P. 169.

свобод римских граждан в отношении процесса заключения договора римские юристы в силу своего сугубо прагматичного и настроя и нежелания ввергаться в абстрактные обобщения не выводили некую общую теорию договорной свободы.

В то же время римское право было основано на достаточно прочных либерально-экономических ценностях. Субъект договорных правоотношений, который имелся в виду римскими юристами при формировании правовых норм, – это, как правило, крепко стоящий на ногах, свободный и ответственный римский гражданин, глава семьи (paterfamilias), который вполне способен реально оценивать свои интересы. Основное достоинство римского гражданина – постоянство (constantia). Гражданин считался абсолютно ответственным за свои действия и заявления и, как правило, не мог рассчитывать на снисходительное отношение общества к его попыткам не следовать этому принципу[1].

За рядом исключений, римскому праву была чужда идея патерналистского ограничения договорной свободы. Оно в общем и целом признавало право участников оборота находить контрагентов и свободно определять цену и иные условия обмена. Римские юристы считали, что «в силу природы вещей одна сторона может купить дешевле, другая сторона продать дороже, тем самым каждая из них может перехитрить другую»[2]. Договорные условия были, за рядом исключений (например, ограничений процентов по займам), иммунизированы от государственного контроля[3]. Как отмечает Р. Циммерманн, классическое римское право не предусматривало возможность судебного пересмотра условий договора из-за существенной несоразмерности встречных предоставлений и, помимо отдельных исключительных случаев, даже не предпринимало попыток контроля согласованных сторонами цен[4]. Кроме того, римское право не давало возможность снижать завышенные неустойки[5]. Иначе говоря, в классическом римском праве сфера автономии воли сторон была достаточно широкой, а патернализм был не распространен. Справедливость содержания сделок хотя и не игнорировалась, но, судя по всему, считалась менее важной, чем принцип верности слову.

Расцвет средиземноморской торговли, интенсификация рыночной экономики после серии побед в Пунических войнах и установления по-

[1] *Du Plessis J.*, *Zimmermannn R.* The Relevance of Reference; Undue Influence Civilian Style // 10 Maastricht Journal of European and Comparative Law. 2003. P. 347.

[2] Этот принцип классического римского права был отражен и в Corpus Juris Civilis (см.: D. 19.2.22.3).

[3] *Wacke A.* Freedom of Contract and Restraint of Trade Clauses in Roman and Modern Law // 11 Law & History Review. 1993. P. 2, 3.

[4] *Zimmermannn R.* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1996. C. 166, 258, 259.

[5] Ibid. C. 107.

литической и военной гегемонии Рима к концу I тысячелетия до н.э. не могли не повлечь значительного расширения сферы свободы договора в позитивном праве. В первые десятилетия Империи экономическая политика императоров строилась на четком осознании важности экономической свободы для процветания Империи. Как отмечается в литературе, установление принципата похоронило свободу политическую, но создало условия для расцвета свободы экономической[1]. Свобода частной собственности и свобода частных сделок (если не считать отдельных эксцессов – таких как экспроприации эпохи гражданских войн и тиранический произвол некоторых императоров) были среди приоритетов государственной политики.

Тем не менее процесс постепенного утверждения идеи о праве сторон заключать любые сделки на любых условиях не был легким и не в полной мере был завершен в период существования Римской империи.

Первое препятствие носило доктринальный характер. Как мы более подробно опишем позднее, долгое время в силу отсутствия общего учения о договорах римское право признавало юридическую силу только строго ограниченного перечня признанных в позитивном праве договоров, заключаемых посредством одного лишь соглашения (консенсуальных договоров)[2]. Строгая типизация контрактных источников обязательств оставляла без исковой защиты консенсуальные соглашения, содержание которых отклонялось от признанных в позитивном праве типов контрактов[3]. Эта проблема могла отчасти решаться и часто решалась за счет использования формальной устной стипуляции, с помощью которой можно было теоретически породить обязательство с любым предметом. Также признавались сделки, совершенные посредством записи в специальных учетных книгах сторон договора или в некоторых иных письменных формах (литеральные), и сделки, считающиеся совершенными с момента передачи вещи (реальные договоры). Но и стипуляция, и литеральная, и реальная договорные модели имели свои недостатки и зачастую были неудобны для сложных двусторонних коммерческих сделок с взаимосвязанными обязательствами. Соответственно если стороны хотели заключить двусторонний договор, порождающий обязательства самим фактом согласования воль, то этот договор не укладывался в узкий перечень признаваемых правом консенсуальных дого-

[1] См.: *Bartlett B.* How Excessive Government Killed Ancient Rome // Cato Journal. 1994. Vol. 4. № 2.

[2] См.: *Новицкий И.Б.* Римское право. М., 2002. С. 154–156; *Дождев Д.В.* Римское частное право. М., 2003. С. 592–596. Окончательное признание юридической силы обязательств, вытекающих из непоименованных договоров, произошло только в Средневековье. См.: *Gordley J.* Contract, Property and the Will – the Civil Law and Common Law Tradition // The State and Freedom of Contract / Ed. by Harry N. Scheiber. 1998. P. 68.

[3] *Дождев Д.В.* Римское частное право: Учебник. М., 2005. С. 538.

воров, и при этом стороны не могли использовать в этих целях серию взаимных односторонних стипуляций, их свобода структурировать договорные отношения была значительно ограничена.

Некоторые шаги в сторону признания универсальной конструкции консенсуального договора и отказа от numerus clausus поименованных консенсуальных договоров были произведены еще в римском праве (предоставление права требовать исполнения, в случае если кредитор сам исполнил свое обязательство). Но в период существования Римской империи этот процесс так и не был завершен[1]. «Голые пакты», не подкрепленные исполнением одной из сторон, не попадающие в список поименованных консенсуальных договоров и не оформленные в рамках признанных в праве формальных процедур (стипуляция или литеральная договорная модель), как правило, не получали судебной защиты.

Второе препятствие носило скорее политико-правовой характер. Выше мы отмечали, что римскому классическому праву патернализм был в целом не свойствен. Тем не менее у этого правила были исключения. Римское право знало ряд локальных ограничений договорной свободы, предопределенных соответствующими этическими и утилитарными соображениями. В качестве примера можно привести меры против ростовщичества и усиления процентного бремени, возлагаемого на заемщика. Первоначально римское позитивное право вовсе запрещало процентные ссуды. Но впоследствии столь жестко блокировать необходимый для развития экономики рынок ссудного капитала стало невозможно. Римские ростовщики обходили эти ограничения и наводнили все уголки Империи. И государство в конце концов ослабило контроль, фактически отменив абсолютный запрет[2] и ограничившись лишь введением максимальных процентных ставок, установлением предельных сумм займа, запретом на начисление процентов на проценты и некоторыми другими компромиссными действиями[3]. Хотя справедливости ради надо отметить, что и эти ограничения обходились ростовщиками[4].

Другим примером предопределенного политико-правовыми соображениями вмешательства государства в свободу определения договорных условий конкретного договорного типа являлся государственный контроль над совершением дарения[5]. Закон Цинция (lex Cincia,

[1] Более подробно данная проблематика будет рассмотрена во второй части книги – в главе о непоименованных договорах.

[2] *Моммзен Т.* История Рима. Т. III. М., 1941. С. 444.

[3] См.: Римское частное право: Учебник / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М., 2000. С. 397; *Моммзен Т.* История Рима. Т. I. М., 1936. С. 445.

[4] *Моммзен Т.* История Рима. Т. I. М., 1936. С. 806.

[5] Здесь следует сразу оговориться, что в римском классическом праве дарение квалифицировалось как безвозмездное вещно-правовое действие дарителя в пользу ода-

204 г. до н.э.) требовал соблюдения ряда формальностей (in jure cessio, mancipacio) при дарении свыше указанной суммы[1], за некоторыми исключениями (например, когда одаряемый был ближайшим родственником или свойственником дарителя). Данный закон не предусматривал недействительности сделки за нарушение этих ограничений (lex imperfecta), но преторское право предоставляло возможность ссылаться на нарушение данного закона в судебном процессе в качестве эксцепции (exceptio legis Cincinae), что могло повлечь отказ в иске тому, кто требовал в суде исполнения соответствующей сделки. Безусловно, когда речь идет о столь древних правовых установлениях, однозначно определить их цель достаточно затруднительно. В литературе иногда указывается на то, что они были направлены на предотвращение даров, сделанных под влиянием безрассудства и поспешности, а также во избежание мошенничества[2]. Как бы то ни было, в такой форме это ограничение договорной свободы применялось вплоть до IV столетия н.э.[3]

По мере деградации римской экономики случаи ограничения свободы договора становились все более распространенными. Так императоры пытались контролировать и направлять экономическое развитие, которое в условиях возрастающей натурализации оборота не могло обеспечить все возрастающие фискальные аппетиты. Так, например, когда возможности земледельческих провинций по снабжению крупных городов зерном оказались на пределе и дефицит вызвал инфляцию, римские власти в панике стали вводить ограничения, направленные против спекуляций. По словам Мизеса, дело дошло до фактической национализации торговли зерном, что неизбежно повлекло естественное снижение стимулов к росту производства и расстройство торговли[4]. Чем сильнее становились экономические проблемы Империи, тем чаще императоры прибегали к интервенционистским мерам, ограничивая свободу договора.

Император Диоклетиан в начале IV в. н.э. в отчаянной попытке остановить инфляцию вводил ценовые максимумы на многие товары, ра-

---

ряемого. Дарение в римском классическом праве договором (пактом) не являлось. См.: *Савельев В.А.* Дарение в римском праве и в современном законодательстве // Журнал российского права. 2007. № 3. Соглашение о дарении (pactum donationis) стало восприниматься в качестве контракта при Константине (начало IV в. н.э.). См.: *Франчози Дж.* Институционный курс римского права. М., 2004. С. 397.

[1] *Long G.* Lex Cincia. A Dictionary of Greek and Roman Antiquities. John Murray. London, 1875. P. 685 (http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Lex_Cincia.html).

[2] Ibid. P. 686.

[3] См.: *Муромцев С.А.* Гражданское право Древнего Рима. М.: Статут, 2003. С. 383.

[4] *Фон Мизес Л.* Человеческая деятельность: трактат по экономической теории. Челябинск, 2008. С. 719–721.

боты и услуги[1]. В те времена еще не было столь же ясно, как это стало очевидно благодаря развитию экономической теории и накоплению регулятивного опыта впоследствии, что попытки регулировать цены на семена клевера, обувь, вино, услуги погонщика скота, брадобрея, учителя или адвоката ни к чему хорошему не приведут и крах имперской экономики не только не предотвратят, но скорее приблизят. Кроме того, даже угроза смертной казни за нарушение этих декретированных государством цен не могла сделать эти неуклюжие меры эффективными. Как писал современник этих реформ, было пролито много крови, но, несмотря на это, товары стали еще более дефицитными и рост цен только усилился, что в конечном счете вынудило власти отменить эту попытку ограничения свободы определения цен[2].

Одновременно в позднем римском праве эпохи упадка появляются и иные попытки ценового контроля. Здесь в первую очередь можно привести доктрину, которую впоследствии глоссаторы именовали laesio enormis. Согласно данной доктрине если недвижимость была продана менее чем за половину ее действительной стоимости, то продавец мог расторгнуть договор и потребовать свою вещь назад. Покупатель же мог избежать таких последствий, уплатив разницу в цене. Данный институт был упомянут в Кодексе Юстиниана (4.44.2) в рамках Corpus Juris Civilis как относящийся к эпохе Диоклетиана (конец III – начало IV в. н.э.). Многие историки считают, что указанная норма является на самом деле поздней интерполяцией и появилась именно во времена Юстиниана[3]. Безусловно, доктрина laesio enormis была неизвестна классическому римскому праву[4], которое по общему правилу не интересовалось справедливостью цены. Но в принципе на фоне куда более радикальных попыток ценового контроля времен Диоклетиана эта доктрина вполне могла быть датирована IV в. Как бы то ни было, попавшая в Corpus Juris Civilis норма о праве расторжения договора продажи недвижимости по явно заниженной цене была одним из первых исключений из общего правила, которое игнорировало справедливость размера встречного предоставления[5].

---

[1] *Франчози Дж.* Институционный курс римского права. М., 2004. С. 381.

[2] См.: *Bartlett B.* How Excessive Government Killed Ancient Rome // Cato Journal. 1994. Vol. 4. № 2.

[3] *Radin M.* Fundamental Concepts of the Roman Law // 13 California Law Review. 1925. P. 128; *Zimmermannn R.* Roman Law of Obligations. P. 259; *Dawson J.P.* Economic Duress and the Fair Exchange in French and German Law // 11 Tulane Law Review. 1936–1937. P. 364; *Thayer J.B.* Laesio Enormis // 25 Kentucky Law Journal. 1936–1937. P. 322.

[4] *Watson A.* The Spirit of Roman Law. P. 177.

[5] *Yildirim A.C.* Subjective Reasons of Gross Disparity and the Presumption of Professional Competence: A Contradiction in the Lex Mercatoria? // 15 Murdoch University eLaw Journal. 2008/1. P. 96, 97.

Можно допустить, что в утверждении доктрины laesio enormis важную роль сыграло усиление под влиянием роста авторитета легализованного христианства антирыночных по своей изначальной сути ценностей коммутативной справедливости[1]. Так, Р. Циммерманн отмечал, что есть все основания видеть во внедрении института laesio enormis проявление заботы об интересах крестьян и иных землевладельцев. Последние в результате жесткой налоговой политики императоров, тщетно пытавшихся решить проблему все возрастающего финансового дефицита, были вынуждены продавать свои земельные участки за бесценок городским богачам, которые в свою очередь стремились посредством приобретения недвижимости застраховать свои деньги от инфляционного обесценения[2]. Как бы то ни было, вполне очевидно, что данное ограничение свободы договора было введено на основе тех или иных актуальных в ту эпоху политико-правовых соображений.

По мере деградации Империи и усиления экономических проблем подобные случаи локальных ограничений свободы договора, предопределенные теми или иными политико-правовыми соображениями, значительно участились. «Рейтинг» ценностей договорной свободы и автономии воли, столь важных в эпоху экономического либерализма Империи времен расцвета, стал стремительно падать. Все чаще и легче позитивное право порывало с догмами классического римского права и вводило те или иные ограничения принципа свободы договора.

Интересный факт: по мере того как юристами постепенно решалась доктринальная проблема признания свободы заключения непоименованных договоров, все сильнее нарастало политико-правовое давление на сам принцип свободы договора со стороны непосредственно имперских властей. Иногда эти шаги были попытками среагировать на сбои в работе экономики. В других случаях ограничения предопределялись развитием христианских догм, усилением ценностей справедливости и желанием элит набрать политические очки, принимая соответствующие популистские меры.

Тем не менее, несмотря на все эти тенденции, римское частное право в том его виде, который был зафиксирован уже после краха Римской империи византийскими юристами Юстиниана в Corpus Juris Civilis в VI в. нашей эры, все еще было достаточно комплементарным к свободе договора. Будучи во многом компиляцией достижений предыдущих поколений римских юристов и несмотря на ряд патерналистских инноваций (laesio

[1] *Dawson J.P.* Economic Duress and the Fair Exchange in French and German Law // 11 Tulane Law Review. 1936–1937. P. 365.

[2] *Цвайгерт К.*, *Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. М., 2000. С. 13; *Zimmermannn R.* The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. 1990. P. 261.

enormis), Corpus Juris Civilis все же в значительной степени еще сохранял тот дух экономической свободы, который был характерен для Римской империи в период расцвета. Так, как уже отмечалось, Corpus Juris Юстиниана прямо допускал, что стороны договора вправе стремиться обхитрить друг друга и выгадывать для себя при переговорах наилучшую цену. А в чуть более раннем Кодексе императора Феодосия прямо указывалось на то, что справедливой ценой благ является та, которую согласовали стороны[1].

Проникновение патерналистских и интервенционистских тенденций в догматику частного права, начавшееся на закате развития собственно права Древнего Рима, значительно интенсифицировалось в Средние века – по мере усиления влияния христианской идеологии, а также в условиях деградации экономического разнообразия и замирания европейской торговли.

Средние века

Общие замечания

С определенной долей условности можно отметить, что с распадом Римской империи развитие права в странах Европы началось заново. На большей части территории Западной Европы римское право было забыто почти на 600 лет[2]. Договорное право резко упростилось, а арсенал известных обороту сделок значительно сократился[3]. Это было вполне естественно. Примитивность экономической жизни и доминирование натурального хозяйства у народов, расселившихся на территориях бывшей Империи, не формировали устойчивого спроса на сколько-нибудь развитое договорное право. Римское право было просто не нужно европейцам того времени и было забыто не в силу какого-то недоразумения, а просто в силу несоответствия этой изощренной надстройки, сформированной на основе относительно развитой и во многом рыночно ориентированной экономической жизни, примитивному социально-экономическому и культурному базису, сложившемуся в Европе в первые века после краха Империи.

Тем не менее после начала рецепции римского права в XI–XII вв. те тенденции, которые были намечены на позднем этапе его формирования, получили в средневековом праве дальнейшее развитие.

Фиксация права на заключение непоименованных договоров

Первая тенденция состояла в том, что в странах континентальной Европы к концу Средневековья в результате медленной эволюции пра-

[1] *Rothbard M.N.* An Austrian Perspective on the History of Economic Thought. Vol. I: Economic Thought Before Adam Smith. 2006. P. 31.

[2] *Hogg M.* Promises and Contract Law. Comparative Perspectives. 2011. P. 116.

[3] *Huebner R.* History of Germanic Private Law. Boston, 1918. P. 545.

вовых воззрений было окончательно признано право сторон заключать любые непоименованные консенсуальные договоры, порождающие признаваемые судами обязательства сторон самим фактом достижения соглашения. К XVI в. окончательно утвердился принцип pacta sunt servanda. Договорное право постепенно очищалось от раннесредневекового формализма и ритуальности.

Во многом эти процессы были намечены еще в трудах некоторых постглоссаторов, выражавших некоторое неудовлетворение нелогичностью римской системы поименованных договоров (например, Якоб де Равани)[1]. Большую роль сыграло и развитие канонического права, в рамках которого нарушение любого обещания воспринималось как грех неверности слову и давало пострадавшему право на иск[2]. Окончательно право заключить любой не противоречащий закону и добрым нравам непоименованный консенсуальный договор было признано в XVII в. в трудах авторов, работающих в естественно-правовой традиции (Пуфендорф, Гроций, Дома). Для них, как и для каноников, догма римского права имела гораздо меньшее значение, чем для светских юристов прежних поколений. Поэтому для пишущих в традиции естественного права авторов того времени не составило труда решительно отвергнуть римские формальные ограничения, не основанные на текущих представлениях о политике права. В итоге к началу Нового времени идея о законности любых непоименованных консенсуальных договоров не вызывала у юристов особых сомнений[3].

Право сторон заключать любые консенсуальные договоры было ограничено лишь требованием наличия в договоре каузы. Это означало, что для признания юридической силы договора у него должна быть достаточно серьезная и законная цель. Идея цели договора позволяла отделить юридически значимые и имеющие судебную защиту обязательства от шуток и иных несерьезных обещаний. В ситуации, когда право более не требовало соблюдения формальностей или передачи вещи, судам нужна была концепция, отделяющая полноценные и серьезные договоры от простых и ничего не значащих обещаний. Этой концепцией стала доктрина каузы договора. Согласно данной доктрине цель договора, который может быть признан судом, должна состоять либо в двустороннем обмене экономическими благами, либо в одностороннем дарении,

[1] The Enforceability of Promises in European Contract Law / Ed. J. Gordley. Cambridge University Press. 2004. P. 3.

[2] *Brissaud J.* History of French Private Law. Boston, 1912. P. 499; *Jeremy A.* Pacta Sunt Servanda. The Influence of Canon Law Upon the Development of Contractual Obligations // 144 Law and Justice – Christian Law Review. 2000. P. 4, 7.

[3] *Zimmermannn R.* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. 1990. P. 539, 540.

либо в смешении этих целей (например, продажа по заниженной цене с целью одарить покупателя соответствующей ценовой разницей). Эта идея, основанная на интерпретации трудов Аристотеля и Аквината и, судя по всему, неизвестная глоссаторам, была введена постглоссаторами (Бартолом и Бальдом) в XIV в.[1] и поддержана сторонниками естественного права (например, Дома). Как минимум на переходном этапе введение данной доктрины позволило судам и правоведам спокойнее мириться с экспансией консенсуальных договоров.

Это не значит, что право стало признавать юридическую силу обязательств, вытекающих из любых имеющих легитимную каузу договоров. Для некоторых видов договоров требовалось соблюдение определенных формальностей (например, нотариальное удостоверение обязательства одарить в будущем). Суды не приводили в исполнение незаконные договоры и договоры, очевидно противоречащие добрым нравам. Но эти ограничения в позднем Средневековье превратились в исключения из общего правила pacta sunt servanda.

Одновременно в английском праве происходили приблизительно такие же процессы. Здесь проблема непоименованных договоров не была актуальна, так как не была рецепирована сама идея римского консенсуального договора в принципе. Поэтому в Англии средневековое право постепенно и мучительно двигалось в сторону признания судебной защиты неформализованных двусторонних консенсуальных договоров «с нуля».

Долгое время английское договорное право находилось в крайне примитивном состоянии, а защита договорных прав была в значительной степени подавлена процессуальным акцентом всей правовой системы и жестким numerus clausus допустимых судебных приказов (writs) и привязанных к ним исковых форм[2]. Как отмечается в исторической литературе, «средневековое общее право было правом исков и процесса», и наличие или отсутствие прав вытекало из доступности или недоступности исков[3]. Одной из таких исковых форм, например, был иск о взыскании долга (writ of debt), посредством которого кредитор мог взыскать точную сумму долга или истребовать определенное количество

[1] *Hogg M.* Promises and Contract Law. Comparative Perspectives. 2011. P. 117.

[2] Система исков была впервые каталогизирована одним из родоначальников английского общего права Ранульфом де Глэнвиллом (Glanvill) в XII в. В его фундаментальной работе «Трактат о законах и обычаях Английского королевства», сформировавшей основную исковую парадигму развития средневекового английского права, прослеживалось не столько римское, сколько германское влияние (см.: *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 19). С учетом этого процессуального уклона раннего общего права ряд исследователей находят у него много общего с классическим римским правом (см.: *Hogg M.* Promises and Contract Law. Comparative Perspectives. 2011. P. 119).

[3] *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 11.

вещей на основе соответствующего одностороннего обязательства, либо оформленного документом «за печатью», либо вытекающего из факта получения должником некого исполнения от кредитора (товара, оплаты или задатка)[1]. Другой такой формой был иск о взыскании убытков[2], вытекающий из закрепленного в документе «за печатью» обязательства что-либо сделать, кроме уплаты денег и передачи строго определенных вещей (covenant)[3].

Если ни один из допустимых в праве исков не мог быть использован, то обязательство фактически не имело судебной защиты. Так, например, если речь шла о не оформленном «за печатью» обязательстве что-либо сделать, то далеко не всегда у кредитора была возможность обеспечить его судебное признание и защиту[4].

Но ситуация постепенно начала меняться. Применительно к некоторым договорам английское право предоставило право на иск даже до момента начала исполнения договора одной из сторон (например, договоры найма)[5]. Кроме того, уже в XIV в. де-факто «реальный характер»[6]

[1] Глэнвилл, отойдя от римско-правового подхода к договору купли-продажи как сугубо консенсуальному договору, в своем «Трактате» зафиксировал, что такой договор вступает в силу не с момента достижения согласия сторон, а с момента «доставки товара, уплаты всей или части суммы долга или, как минимум, уплаты и принятия задатка» (*Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 19).

[2] Размер убытков на основании такого иска определялся присяжными.

[3] Как отмечается в исторической литературе, обязательства в средневековой Англии редко оформлялись посредством документа «за печатью» в форме covenant. Вместо этого стороны шли другим путем и часто обеспечивали неформализованное обязательство что-либо сделать (само по себе не имеющее судебной защиты) дополнительным обязательством по уплате строго определенной неустойки (penal bond), подлежащей уплате на случай неисполнения основного «натурального» обязательства. Это позволяло кредитору в случае неисполнения основного неформализованного обязательства подавать признанный в праве иск о взыскании долга (debt writ) в отношении неустойки и тем самым косвенно обеспечивать достаточно эффективную судебную защиту своего основного интереса. Эта практика была крайне распространена и постепенно вышла из моды только к XVI–XVII вв., когда право справедливости предоставило судам право отменять неустойки, носящие стимулирующий характер, а в судебной практике сформировалась доктрина иска assumpsit, не требующего оформления «за печатью» двусторонних консенсуальных договоров. Это в значительной степени обесценило такую договорную технику. См.: *Simpson A.W.B.* A History of the Common Law of Contract. A Rise of the Action of Assumpsit. 1996. P. 43, 117 ff; *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 29, 30.

[4] Подробнее см.: *Simpson A.W.B.* A History of the Common Law of Contract. A Rise of the Action of Assumpsit. 1996. P. 9 ff.

[5] *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 75.

[6] Употребление римско-правового понятия «реальный договор» применительно к английскому праву некоторые историки считают не вполне корректным и допустимым разве что с известной долей условности. В римском праве этот вид договоров вступал в силу с момента предоставления вещи. В английском же праве получение полного или частичного исполнения было во многих случаях необходимым условием предоставления обязательствам сторон судебной защиты. Это в практическом плане означало, что (1) обяза-

не оформленных в виде документа «за печатью» договоров постепенно превращался в фикцию в силу распространения практики предоставления задатка (в том числе чисто символического). Факт получения задатка считался достаточным для того, чтобы обязательства сторон приобрели судебную защиту[1].

В XVI–XVII вв. в Англии наконец была признана возможность судебной защиты обязательства, вытекающего из взаимно обязывающего, консенсуального договора (executory contract), без необходимости фактического осуществления исполнения со стороны кредитора. Базовой исковой формой защиты контрактных обязательств, вытекающих из такого двустороннего договора, стал изначально деликтный по своей природе иск assumpsit, который суды постепенно стали применять к договорным отношениям. Этот иск вступил в конфликт с классическими договорными исками, но постепенно их вытеснил. А так как деликтный по своему происхождению иск assumpsit не требовал доказывания соблюдения формальностей при заключении договора или осуществления исполнения одной из сторон, вытеснение этим иском иска об убытках из covenant и отчасти иска о взыскании долга (debt) по английской правовой логике того времени, ставящей исковые формы в основу правонаделения, означало расширение сферы свободы договора.

Но, так же как и на континенте, английские юристы оказались перед дилеммой, как же выделить те случаи, когда речь шла действительно о серьезном договоре, если формальности или осуществление исполнения одной из сторон более не требовались. Если обязательства возникают из строго не оформленных двусторонних соглашений, то как исключить случаи применения судебной защиты в отношении непродуманных и несерьезных обещаний?[2] Некоторое время английские суды сомневались в выборе подходящего понятия и экспериментировали с римской доктриной каузы сделки, но в конечном счете стали использовать понятие «consideration»[3]. Если ранее судебная практика

тельства сторон двустороннего договора (за исключением договора купли-продажи) считались возникшими с момента достижения соглашения, (2) стороны формально теряли право отступиться от своих обещаний, но (3) наказать их, если они все же уклонятся от исполнения, можно лишь в случае предоставления исполнения полностью или в части. См.: *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 75, 76.

[1] Ibid. P. 74.

[2] См.: *Zimmermannn R.* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1990. P. 554 ff; *Simpson A.W.B.* A History of the Common Law of Contract. The Rise of the Action of Assumpsit. 1996. P. 316 ff.

[3] Английские правоведы первой половины XIX в. иногда рассматривали доктрину consideration как локальную версию французской теории каузы сделки (см.: *Simpson A.W.B.* Innovation in Nineteenth Century Contract Law // 91 Law Quarterly Review. 1975. P. 262; *Gordley J.* Consideration // Elgar Ecnyclopedia of Comparative Law / Ed. by Y.M. Smits. 2006. P. 180, 181). Еще в начале XIX в. английские юристы иногда переводили европей-

для признания юридической силы неформализованных обязательств должника требовала фактического осуществления кредитором предоставления, то теперь согласно доктрине consideration было достаточно наличия встречного обязательства осуществить такое предоставление в будущем[1]. Необходимость фактического осуществления исполнения одной из сторон или уплаты символического задатка теперь отсутствовала[2]. В случае отсутствия consideration судебная защита допускалась, только если обязательство было оформлено документом «за печатью»[3].

В результате популяризации иска assumpsit в XVI–XVII вв. английское договорное право стало постепенно выделяться в качестве самостоятельного домена правового регулирования, отделяться от вещного и деликтного права, очищаться от не основанных на политике права процессуальных ограничений и постепенно выстраиваться на основе идеи автономии воли сторон.

Полноценный расцвет консенсуальных договоров в английском праве произошел лишь к концу XVIII в., когда в результате начала индустриальной революции, развития долгосрочных трансакций, активизации международной торговли и распространения разорванного во времени обмена сформировался запрос на такого рода контракты и усиление защиты стабильности договорных отношений. Но доктринальные основания для этого были заложены еще в XVI–XVII вв.

Таким образом, в период Средневековья в результате всех этих процессов по обе стороны Ла-Манша свобода договора постепенно расширялась за счет признания возможности заключения и судебного признания консенсуального договора независимо как от соблюдения ка-

скую доктрину каузы именно термином «consideration», подчеркивая их смысловую идентичность (*Hogg M.* Promises and Contract Law. Comparative Perspectives. 2011. P. 154, 155). Тем не менее на сегодняшний момент очевидна принципиальная разница. Английская доктрина consideration требует наличия встречного удовлетворения для придания неформализованным обязательствам судебной защиты, а в отсутствие consideration английское право защищает обязательство при его оформлении в виде deed (документа «за печатью»). В то же время кауза договора, необходимая для придания сделке судебной защиты, в ее французской интерпретации со времен Дома и Потье обнимает собой как нацеленность договора на взаимный обмен, так и случаи, когда договор порождает одностороннее обязательство и направлен на то, чтобы одарить кредитора. Иначе говоря, английская доктрина consideration является по сути усеченной версией французской доктрины каузы. Подробнее о различиях между доктринами causa и consideration см.: *Gordley J.* The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. 1991. P. 137 ff.

[1] *Street T.A.* The History and Theory of English Contract Law. 1906. P. 36 ff.

[2] *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 146.

[3] Подробнее об этом сложном процессе см.: *Simpson A.W.B.* A History of the Common Law of Contract. A Rise of the Action of Assumpsit. 1996; *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of Freedom of Contract. 1979; *Horwitz M.J.* The Transformation of American Law. 1780–1860. 1977. P. 161, 162; *Teeven K.M.* A History of the Anglo-American Common Law of Contract. 1990; *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 126 ff.

ких-либо особых формальностей, так и от фактического осуществления исполнения одной из сторон. При условии отсутствия пороков воли и наличия законной каузы сделки (или встречного предоставления) судебное признание двустороннего консенсуального договора больше не зависело ни от его попадания в некий закрытый перечень признаваемых правом контрактов такого рода, ни от соблюдения формальностей (за рядом исключений применительно к отдельным видам договоров), ни от ограничений в области доступных и исковых форм.

В итоге к началу Нового времени в европейском и английском праве постепенно была сформирована общая универсальная модель договора и созрели условия для возникновения уже общей доктрины современного договорного права. Договор стал рассматриваться как соглашение двух и более лиц, влекущее возникновение обязательств в силу одного лишь факта согласования воль и направленное либо на двусторонний обмен благами, либо на их безвозмездное предоставление[1]. В XVII в. классические работы Гроция, Пуфендорфа и Дома[2] окончательно зафиксировали этот фундаментальный сдвиг[3]. Это был крайне важный этап формирования современного договорного права. Без этого дальнейшее победное шествие принципа свободы договора в эпоху рыночной трансформации западных стран было бы значительно затруднено. Первые работы, посвященные договорному праву (например, Робера Потье), которые стали публиковаться в Европе начиная с XVIII в., опирались на универсальную модель консенсуального договора, столетиями мучительно вызревавшую в средневековом праве.

Средневековый интервенционизм и патернализация договорного права

Вышеописанной тенденции противостояла контртенденция. По мере признания права на заключение консенсуального договора усиливалось давление на свободу определения условий договора.

Во-первых, произвол раннесредневековых монархов, князей и других правителей, преимущественно неграмотных, не понимающих основ экономической жизни и не церемонящихся ни с личной, ни тем

[1] Если у Гуго Гроция еще можно встретить идею о том, что договором является лишь соглашение о взаимном обмене, а дарение договором не является (см.: *Grotius H.* On the Law of War and Peace. 2004. P. 109), то у Пуфендорфа дарение стало рассматриваться как один из видов договоров наравне с договорами, опосредующими обмен, что позволило сформировать почву для структурирования впоследствии общей части договорного права (см.: *Wieacker F.* A History of Private Law in Europe. 2003. P. 246 ff).

[2] См.: *Grotius H.* On the Law of War and Peace. 2004; *Pufendorf S.* Of the Law of Nature and Nations. Book V. 1729; *Domat J.* The Civil Law in its Natural Order. Vol. I. 1850.

[3] *Zimmermannn R.* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. 1990. P. 568, 569.

более с экономической свободой своих подданных, приводил к тому, что реальная сфера доступной контрагентам договорной свободы значительно сужалась за счет абсолютно произвольных попраний частной собственности и ограничений как самого права заключать договоры, так и содержания контрактов.

История раннего Средневековья – это в значительной степени печальная история насилия и произвола. Как отмечает Марк Блок, вся экономика того времени строилась не столько на добровольном обмене, сколько на угнетении и насилии[1]. Суды на ранних этапах развития европейских государств находились под сильнейшим давлением феодальной знати и часто не были способны обеспечить справедливую, беспристрастную и последовательную защиту контрактных обязательств[2].

В раннесредневековом обществе практически отсутствовал тот класс подданных, который мог бы активно выступать за расширение договорной свободы и защиту экономической свободы от посягательств могущественных феодалов, королей и папства. В Западной Европе на бывших римских форумах паслись козы, население городов резко сократилось, приморские центры торговли разграблены, а торговля, оставленная без военной защиты, угасла из-за возрастания рисков. Ценности личной и экономической свободы и свободы договора, в частности, в период мрака раннего Средневековья не котировались высоко.

Во-вторых, рост влияния этических стандартов, укорененных в христианской морали, привел к распространению практики ограничения свободы договора во имя справедливости обмена. В силу католической традиции, канонического права и в целом доминирующих в обществе взглядов торговля и спекуляция долгое время считались греховным делом. Эксплуатация нужды ближнего путем повышения цены не могла не расцениваться многими истинно верующими как попрание основ христианской религии. Блаженный Августин в V в. н.э. был вынужден прямо вступаться за торговцев, пытаясь обосновать моральную легитимность торговой деятельности[3]. Основной аргумент других защитников коммерции состоял в том, что торговцы получают прибыль за общественно полезный труд по перераспредению товаров из мест избыт-

[1] *Блок М.* Феодальное общество. М., 2003. С. 403.

[2] В своей недавней работе Г. Норт с соавторами пишет: «Могущественные сеньоры использовали множество методов воздействия на суды и присяжных. Они могли вторгнуться на чужую землю, организовать мятеж, незаконно удерживать владения, поддерживать одну из сторон процесса, давить на суд или же плести интриги». Долгое время попытки королевской власти бороться с этим произволом были малоуспешны. См.: *Норт Г., Уоллис Дж., Вайнгаст Б.* Насилие и социальные порядки: концептуальные рамки для интерпретации письменной истории человечества. М., 2011. С. 183.

[3] *Rothbard M.N.* An Austrian Perspective on the History of Economic Thought. Vol. I: Economic Thought Before Adam Smith. 2006. P. 34.

ка в места дефицита[1]. Но что бы там ни писал Августин, христианская этическая система в Средние века и каноническое право долгое время относились к основным элементам рыночной экономики (ссудному проценту, стремлению продать дороже, спекуляции и т.п.) либо негативно, либо с подозрением[2]. Свобода договора считалась менее значимой, чем его справедливость, оцениваемая на основе основных христианских добродетелей (равенства, милосердия, любви к ближнему и т.п.)[3]. Так, например, все более популярной становилась идея справедливой цены[4]. Цена в те времена начинала рассматриваться не столько как экономическая, сколько как этическая и даже религиозная категория[5]. Соответственно свобода сторон определять цену договора была в значительной степени ограниченна. В частности, благодаря работам средневековых глоссаторов значительно расширилась сфера действия доктрины laesio enormis, возникшей, как мы видели, на самом закате Античности. Защиту получал теперь не только продавец, продавший недвижимость менее чем за половину рыночной цены, но и покупатель, купивший ее в два раза дороже. Кроме того, если изначально она распространялась лишь на сделки купли-продажи земельных участков, то в Средние века действие данной доктрины было распространено и на многие другие договоры[6].

При этом глоссаторы допускали право сторон в договоре прямо оговорить неприменение данной доктрины. Тем не менее в ряде особо вопиющих случаев, когда вызванный девиацией цены от рыночного уровня ущерб для одной из сторон носил характер enormissima, такая оговорка могла быть проигнорирована[7].

Позднее доктрина laesio enormis находила поддержку и в трудах многих представителей естественно-правовой школы, требовавших справедливого, т.е. равноценного, обмена. В частности, принцип эквивалентности обмениваемых благ находил соответствующим естественному праву Гуго Гроций[8]. Более того, Самуэль Пуфендорф в том же XVII в. пи-

---

[1] *Ле Гофф Ж.* Рождение Европы. СПб., 2008. С. 179, 180.

[2] *Rothbard M.N.* An Austrian Perspective on the History of Economic Thought. Vol. I: Economic Thought Before Adam Smith. 2006. P. 38.

[3] *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of the Freedom of Contract. Oxford, 1979. P. 62.

[4] *Gordley J.* The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. 1991. P. 56.

[5] *Squillante A.* The Doctrine of Just Price // 74 Commercial Law Journal. 1969. P. 333.

[6] Подробнее об истории расширения доктрины laesio enormis в средневековом праве см.: *Zimmermannn R.* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. 1990. P. 262; *Thayer J.B.* Laesio Enormis // 25 Kentucky Law Journal. 1936–1937. P. 327; *Dawson J.P.* Economic Duress and the Fair Exchange in French and German Law // 11 Tulane Law Review. 1936–1937. P. 366.

[7] *Gordley J.* The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. 1991. P. 102.

[8] *Grotius H.* On the Law of War and Peace. 2004. P. 111 ff.

сал, что с точки зрения естественного права оспаривать договор можно и тогда, когда ценность обмениваемых благ различается меньше чем в два раза (как то предписывалось римским позитивным правом)[1].

Объясняется такой бум популярности laesio enormis очень просто. Будучи внедренной в эпоху Юстиниана и столь диссонировавшей с классическим римским правом, она попала в унисон с основным вектором средневековой экономической этики христианства – стремлением к обеспечению приоритета не столько эффективности, сколько справедливости рыночного обмена[2]. Договор считался справедливым, если обе стороны получали от него выгоду в равной степени. Обмен предполагал эквивалентность. Это отражало общую христианскую идею о том, что, несмотря на наличие свободы выбора, такая свобода должна осуществляться способами, согласными с долгом христианина перед Богом и ближними[3]. Соответственно категория справедливой цены (iustum pretium), уходящая корнями в аристотелевские идеи о коммутативной справедливости[4] и труды Фомы Аквинского, была центральной в экономической мысли того периода и естественно находила свое отражение в праве[5].

Но здесь важно задаться вопросом о том, что же конкретно средневековые глоссаторы, каноники, теологи и сторонники естественного права понимали под справедливой ценой, от которой сторонам ни в коем случае нельзя отступать. Некоторые авторы отмечали, что часто средневековое сознание привязывало справедливую цену к издержкам производства соответствующего блага или вообще исходило из веры в некую имманентно свойственную благам справедливую цену[6]. Ряд средневековых мыслителей действительно признавали, что справедливой является цена, покрывающая издержки, труд и риск. Соответственно сверхприбыль одного из контрагентов могла рассматриваться как априорный признак несправедливости цены[7]. Думается, такой взгляд на природу цен на самом деле был распространен в эпоху Средневековья. Достаточно вспомнить, что такие взгляды на справедливость цен крайне распространены среди обывателей и неэкономистов до сих пор.

Тем не менее, видимо, правы те авторы (в частности, Гордли, Ротбард и др.), которые на примере множества исторических источников

[1] *Pufendorf S.* Of the Law of Nature and Nations. Book V. 1729. P. 477, 478 (доступно в Интернете на сайте: www.archive.org).

[2] *Thayer J.B.* Laesio Enormis // 25 Kentucky Law Journal. 1936–1937. P. 328.

[3] *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of the Freedom of Contract. Oxford, 1979. P. 62.

[4] *Аристотель.* Этика. М., 2010. С. 136–143.

[5] *Huebner R.* History of Germanic Private Law. Boston, 1918. P. 560.

[6] Обзор этих взглядов на понимание идеи справедливой цены в Средневековье см.: *Gordley J.* The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. 1991. P. 65, 94–96.

[7] *Rothbard M.N.* An Austrian Perspective on the History of Economic Thought. Vol. I: Economic Thought Before Adam Smith. 2006. P. 59.

отмечают, что в работах средневековых схоластов, глоссаторов и теологов все же чаще встречался гораздо более трезвый взгляд на справедливость цен. Согласно этому подходу справедливой признавалась цена, которая соответствовала среднерыночному уровню, складывающемуся на конкурентном рынке, или цене, установленной государством[1].

Эта идея была не вполне четко зафиксирована у Аристотеля[2]. Но средневековые мыслители и юристы все-таки были достаточно проницательны, чтобы в большинстве своем отвергать примитивные, но укорененные в народном сознании представления о том, что у материальных благ имеются некие объективные и внерыночные справедливые цены, или допускать, что может иметься некоторый фиксированный уровень справедливой прибыли, которую человек может извлекать из продажи экономических благ. Так, например, Аккурсий писал, что справедливая цена не равна той, которую два или три человека готовы заплатить за благо, а является той ценой, которая уплачивается за это благо обычно[3]. Гуго Гроций также считал, что эквивалентность благ при применении доктрины laesio enormis должна определяться на основе оценки рыночных цен[4].

Показательны здесь взгляды наиболее авторитетного христианского мыслителя Средневековья Фомы Аквинского (далее – Аквинат). В своей «Сумме теологии» (II-II, вопрос 77, ст. 1 и 4) он отвергал нормы римского права о допустимости стремления обхитрить контрагента и выгадать наиболее выгодную цену. Такое поведение воспринималось им как обман ближнего и считалось греховным. Он писал о том, что выгоды от сделки должны быть распределены равным образом, а цена договора должна быть справедливой, т.е. такой, которая отражает реальную ценность соответствующего блага. В рамках синаллагматического договора обмен должен быть равным, а значительное отступление договорной цены от этого справедливого уровня должно считаться «несправедливым и незаконным» с точки зрения Божественного закона[5].

---

[1] *Rothbard M.N.* An Austrian Perspective on the History of Economic Thought. Vol. I: Economic Thought Before Adam Smith. 2006. P. 51–95; *Gordley J.* Equality in Exchange // 69 California Law Review. 1981. P. 1593; *Idem*. The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. 1991. P. 65, 94, 95; *Murthy J.B.* Equality in Exchange // 47 American Journal of Jurisprudence. 2002. P. 114; *Негиши Т.* История экономической теории. М., 1995. С. 19; *Стецюра Т.Д.* Хозяйственная этика Фомы Аквинского. М., 2010. С. 225.

[2] Аристотель выводил идею справедливой цены из разности в потребности в соответствующих обмениваемых благах. Судя по всему, он не верил в идею о наличии у всех благ некой объективной цены и разделял взгляды о связи цен с субъективной полезностью и потребностью. См.: *Аристотель*. Этика. М., 2010. С. 143.

[3] Цит. по: *Gordley J.* The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. 1991. P. 65.

[4] *Grotius H.* On the Law of War and Peace. 2004. P. 113.

[5] В «Сумме теологии» понятие справедливой цены точно не раскрыто, что вызвало впоследствии значительные споры среди сторонников трудовой теории стоимости (например, марксистов) и субъективной теории стоимости (например, представителей ав-

Аквинат допускал, что цена договора может быть выше справедливого уровня, если продавец ценит принадлежащее ему благо выше. В такой ситуации, чтобы сделка состоялась, покупатель, желающий выкупить благо, должен заплатить более высокую цену. С точки зрения коммутативной справедливости покупатель на основании сделки добровольного обмена должен заплатить столько, насколько ценно это благо для продавца. Но он протестовал против случаев, когда завышение цены является не следствием особой ценности блага для продавца, а реакцией на чрезвычайную заинтересованность отдельного покупателя. В такой ситуации продавец, продающий товар по завышенной цене, не заслуживает данную «сверхвыгоду» своим трудом, эксплуатирует сложившееся обстоятельство и получает неоправданный с точки зрения принципа коммутативной справедливости излишек.

При этом Аквинат был достаточно осторожен. Во-первых, он уточнял, что в силу сложностей в расчете справедливой цены порочным будет только значительная несоразмерность. Во-вторых, он признавал, что гражданское право не может запретить все то, что является порочным с точки зрения права канонического, и поэтому не возражал против того, что гражданское право ограничивает свободу договора только тогда, когда несоразмерность цены достигает двойного размера. При этом данный ценовой порог он считал необязательным для канонического права, в котором несправедливость цены могла быть зафиксирована и в ситуации меньшей (хотя все же существенной) диспропорции встречных предоставлений[1]. В-третьих, хотя Аквинат и отвергал право отдельного продавца повышать цену из-за особой заинтересованности в принадлежащем ему товаре со стороны покупателя и наживаться на этом обстоятельстве, он признавал допустимым повышение цен в связи с ростом общего спроса на рынке. Так, например, он замечал, что справедливость не требует от торговца зерном, первым прибывшего в голодающий регион, сообщать покупателям о том, что вскоре вслед за ним прибудут другие торговцы, и тем самым терять возможность заработать на избыточном спросе[2]. Иначе говоря, сторона не может эксплуатировать

стрийской экономической школы). Ряд отрывков указывают на то, что Аквинат исходил из того, что справедливый уровень цен может колебаться во времени в зависимости от соотношения спроса и предложения и различаться в разных местах. В то же время ряд других отрывков указывают на то, что справедливая цена, по мнению Аквината, состоит из издержек, труда и риска, т.е. не носит субъективный характер.

[1] *Thomas Aquinas*. Summa Theologica. II-II. Q.77, Art.1 (доступно в Интернете на сайте: www.gutenberg.org). Подробнее о взглядах других авторов на этот счет см.: *Rothbard M.N.* An Austrian Perspective on the History of Economic Thought. Vol. I: Economic Thought Before Adam Smith. 2006. P. 48.

[2] *Thomas Aquinas*. Summa Theologica. II-II. Q.77, Art. 3, 4 (доступно в Интернете на сайте: www.gutenberg.org).

неблагоприятные для своего контрагента обстоятельства посредством повышения цены, но может поступать таким образом в ответ на общее изменение структуры спроса и предложения.

Возвышение чуждой классическому римскому праву идеи справедливости рыночной цены приводило к тому, что большинство признавало несправедливость взимания цен, явно отличающихся от рыночного уровня[1]. Взимание таких цен считалось злом[2]. То, что допускали Дигесты Юстиниана (стремление обхитрить контрагента и выгадать наиболее выгодную для себя цену независимо от рыночного уровня цен), средневековые теологи, каноники и многие юристы часто прямо признавали несправедливым и недопустимым[3].

Ситуация усугублялась еще и тем, что цены, установленные государством, считались столь же справедливыми, как и те, которые сложились в рыночных условиях[4]. Иначе говоря, сам факт вмешательства государства в ценообразование считался вполне нормальным, в том числе и с точки зрения естественного права. Такой подход был вполне понятен в силу того, что хотя как минимум поздние схоласты осознавали связь ценообразования с субъективной потребностью, дефицитом и издержками производства, они не вполне четко понимали механику работы законов спроса и предложения и ту роль, которую свободное ценообразование как мощнейшая сигнальная система имеет в деле балансирования последних[5].

Главное, что волновало мыслителей того времени, состояло в том, чтобы пресечь попытки одних участников оборота ситуативно «обхитрить» других или воспользоваться слабостями их переговорных возможностей. Отсюда и стремление привязать цены договоров к неким объективным стандартам, не зависящим от воли самих сторон. В этом отношении для мыслителей того времени было не столь важно, сформирован ли этот стандарт как результат работы рынка (рыночная цена) или предписан государством (декретированная цена). В этом плане привязка справедливой цены к рыночной была предопределена, видимо, не столько пониманием экономических закономерностей, сколько тем, что рыночная цена была чаще всего единственным реально определимым ориентиром, позволяющим сдержать эксплуатацию преимущественного положения одного из контрагентов и стимулировать людей заключать договоры на христианских началах. Ценовая свобода иногда рассматривалась как инструмент поощрения греха алчности[6].

---

[1] *Murthy J.B.* Equality in Exchange // 47 American Journal of Jurisprudence. 2002. P. 114.
[2] *Gordley J.* The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. 1991. P. 66.
[3] *Стецюра Т.Д.* Хозяйственная этика Фомы Аквинского. М., 2010. С. 220.
[4] *Murthy J.B.* Equality in Exchange // 47 American Journal of Jurisprudence. 2002. P. 115.
[5] *Gordley J.* The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. 1991. P. 99, 100.
[6] *Squillante A.* The Doctrine of Just Price // 74 Commercial Law Journal. 1969. P. 335.

Этот идеологический фон приводил к достаточно частым попыткам государства осуществлять прямое регулирование цен на продукты, осуществляемое центральным правительством либо правительством конкретного города[1]. Юриспруденция того времени принципиально не возражала против этого.

Безусловно, подход канонического права и глоссаторской традиции к свободе договора не был «зацементирован». Ряд средневековых глоссаторов, теологов и схоластов пытались привнести в доминирующие представления о допустимых границах ценовой свободы чуть больше уважения к человеческой алчности[2], в некоторой степени примирив антикапиталистические ценности солидарности и милосердия христианства, с одной стороны, с соображениями утилитарной неотвратимости экономической свободы и гибкости цен – с другой. Тем не менее общий антикапиталистический настрой средневекового общества был достаточно очевиден. Сами отчаянные попытки таких здравомыслящих мыслителей, как Блаженный Августин и Фома Аквинский, вступиться за рыночные поведенческие стандарты характеризуют то давление, которое эти стандарты испытывали в те времена подавленного рынка, господства натурального хозяйства и религиозного догматизма. В конце концов даже самые передовые юристы, теологи и схоласты настаивали на том, что право должно контролировать соответствие цен конкретных сделок справедливому (рыночному) уровню. Это кардинально расходилось с представлениями римских юристов классического периода, которые, за рядом исключений, отдавали вопрос цены конкретной сделки на откуп частной воле двух контрагентов.

Помимо попыток обеспечения справедливости и эквивалентности установленных сторонами встречных предоставлений другим видом вмешательства государства в договорные отношения сторон были меры, направленные против ростовщичества. В эпоху Средневековья (до конца XV в.) процентные займы в европейских странах были запрещены, так как противоречили христианской морали[3]. Этому вопросу уделялось повышенное внимание многими теологами и юристами. Венский собор католической церкви в 1311 г. объявил всякое светское законодательство, противоречащее догмам церкви о запрете процентов, ничтожным[4]. О недопустимости взимания процентов достаточно одно-

[1] *Havighurst H.* Limitations Upon Freedom of Contract // Arizona State Law Journal. 1979. P. 170.

[2] *Rothbard M.N.* An Austrian Perspective on the History of Economic Thought. Vol. I: Economic Thought Before Adam Smith. 2006. P. 39.

[3] *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of the Freedom of Contract. Oxford, 1979. P. 65, 67.

[4] История экономических учений / Под ред. В. Автономова, О. Ананьина, Н. Макашевой. М., 2009. С. 25.

значно высказывался Блаженный Августин, а позднее (правда, с рядом оговорок) много писал Фома Аквинский[1].

На практике это означало, что займодатель не мог требовать процентов, установленных соглашением, а заемщик вправе был требовать их возврата, если они были уплачены. Но неприятие, с которым средневековые юристы и священники относились к процентным займам, иногда доходило до того, что ростовщиков запрещали хоронить по христианским обычаям[2].

В условиях, когда, несмотря на всю свою набожность, редкий средневековый европеец был готов ссужать своим единоверцам деньги безвозмездно, запрет на проценты приводил к подавлению легального рынка кредитного капитала. Поскольку средневековая экономическая жизнь носила преимущественно натуральный характер, а денежный обмен пришел в упадок после распада Римской империи, блокирование кредитного рынка не приводило к краху этой примитивной экономики, но, безусловно, задерживало экономический рост. Средневековых европейцев, готовых сжигать друг друга за малейшие подозрения в связях с нечистой силой и практически поголовно неграмотных, это утилитарное соображение, видимо, беспокоило куда меньше, чем адские муки, которыми отцы церкви грозили ростовщикам. Соответственно в условиях Средневековья запрет на процент находил понимание среди населения[3].

Одновременно на этом идеологическом фоне европейское право вполне предсказуемо отошло от римской доктрины, исключавшей коррекцию договорной неустойки судом. Практика снижения неустойки судами начала развиваться еще в византийском праве[4] и впоследствии утвердилась в средневековом праве многих континентально-европейских стран эпохи Средневековья[5]. Эта тенденция была освящена авторитетом канонического права[6], поддержана многими глоссатора-

---

[1] *Thomas Aquinas*. Summa Theologica. II-II. Q.78 (доступно в Интернете на сайте: www.gutenberg.org);

Стецюра Т.Д. Хозяйственная этика Формы Аквинского. М., 2010. С. 228–246.

[2] Подробное описание антиростовщического уклона средневекового права см.: *Rothbard M.N.* An Austrian Perspective on the History of Economic Thought. Vol. I: Economic Thought Before Adam Smith. 2006. P. 42–47.

[3] *Huebner R.* History of Germanic Private Law. Boston, 1918. P. 560.

[4] Law and Society in Byzantium, Ninth-Twelfth Centuries / Ed. by A.E. Laiou and D. Simon. 1994. P. 65–67.

[5] *Christovich M.M., Stadnik T.J.R.* Comment: Judicial Modification of Penal Clauses – a Survey of Recent Developments // 53 Tulane Law Review. 1978–1979. P. 525, 526.

[6] *Zimmermannn R.* The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. 1996. P. 97. Так, например, папа Иннокентий III выступил прямо против неустоек, влекущих неосновательное обогащение кредитора (см.: Brandsma. Some Remarks on Dutch Private Law and the Ius Commune // 11.1 Electronic Journal of Comparative Law. 2007. P. 5, 6).

ми[1] и впоследствии признана верной правоведами, работающими как в традициях обычного (например, Шарль Дюмулен в XVI в.[2]), так и естественного права (Жан Дома в XVII в.[3]). Даже в XVIII в. ведущие европейские цивилисты, такие, например, как Робер Потье, отмечали, что чрезмерные неустойки согласуются из-за ложной самоуверенности и невмешательство суда будет приводить к несправедливому неосновательному обогащению[4]. Этот патерналистский подход, поддержанный в литературе, судя по всему, в полной мере соответствовал и реальному праву многих европейских стран до начала XIX в.[5] В ситуации, когда приоритетом являлась именно справедливость договора, а не свобода договора, такое стремление (вопреки выраженной в договоре воле сторон) патерналистски уберечь должника от избыточно жестких санкций было вполне естественным.

Справедливость выражалась в аристотелевской идее баланса и соразмерности, а на более частном уровне – в принципах коммутативной справедливости цен и корективной справедливости наказаний. Если коммутативная справедливость договорной цены определялась посредством учета рыночного уровня цен или цен, установленных государством, то корективная справедливость неустойки должна была определяться соотношением с реальными негативными последствиями нарушения. Поэтому так же, как отрыв договорной цены от рыночного уровня оправдывал ограничение ценовой свободы, и значительное превышение размера неустойки над уровнем реальных убытков кредитора было поводом для ее снижения судом.

Эти примеры патерналистского усиления давления на принцип свободы договора в условиях средневекового права достаточно наглядно характеризуют доминировавшие в ту эпоху представления о политике права.

Тенденция патернализации договорного права была характерна и для средневекового английского права, хотя, судя по доступным источникам, и в меньшей степени.

С момента признания иска assumpsit применимым к договорным отношениям и формирования доктрины consideration в XVI–XVII вв. воз-

---

[1] *Christovich M.M.*, *Stadnik T.J.R.* Comment: Judicial Modification of Penal Clauses – a Survey of Recent Developments // 53 Tulane Law Review. 1978–1979. P. 526, 527.

[2] Ссылки на соответствующие фрагменты работ Дюмулена см.: *Christovich M.M.*, *Stadnik T.J.R.* Comment: Judicial Modification of Penal Clauses – A Survey of Recent Developments // 53 Tulane Law Review. 1978–1979. P. 528.

[3] *Domat J.* The Civil Law in Its Natural Order. Vol. I. 1850. P. 185.

[4] *Pothier.* A Treatise on the Law of Obligations, or Contracts. Vol. I. 1806. P. 209, 212. См. также: *Christovich M.M.*, *Stadnik T.J.R.* Comment: Judicial Modification of Penal Clauses – a Survey of Recent Developments // 53 Tulane Law Review. 1978–1979. P. 528.

[5] Применительно к Франции см.: *Морандьер Л.Ж.* Гражданское право Франции. Т. 2. С. 341.

ник вопрос о возможности использования доктрины consideration для обеспечения контроля соразмерности обмениваемых благ. Тем не менее английские суды достаточно рано наметили впоследствии окончательно утвержденный в XVIII в. подход, при котором даже явная несоразмерность встречного предоставления сама по себе не должна рассматриваться как его отсутствие[1]. В то время как на континенте активно развивалась доктрина laesio enormis, английские суды в XVI–XVII вв. иногда высказывались в том духе, что суд не вправе вторгаться в сферу ценовой свободы даже тогда, когда встречное предоставление носит номинальный характер[2]. Суды общего права не считали себя компетентными оценивать справедливость сделки. Такого рода судебные решения выносились уже в 1580-е гг.[3] Как отмечает историк английского договорного права А. Симпсон, в судебной практике XV–XVII вв. нет ни одного примера применения английскими судами общего права доктрины справедливой цены[4]. Другой историк – Дэвид Иббетсон указывает на то, что информации о таких делах крайне мало, хотя и приводит один пример, датированный 1602 г.[5]

В такого рода исторических обобщениях конечно же следует быть осторожным в силу того, что соответствующие разрозненные исторические источники не всегда дают абсолютно точную картину. Например, профессор Патрик Атийя просто не верит в то, что суды XVI в. могли последовательно придерживаться либертарианской экономической идеологии и принципиально игнорировать проблему несправедливости договорных условий. Это, на его взгляд, просто не соответствовало идеологическим реалиям того времени. Он считает, что соответствующие решения английских судов XVII в., указывающие на иррелевантность размера встречного предоставления, следует интерпретировать более осторожно[6].

Как бы то ни было, думается, мы не ошибемся, если предположим, что интенсивность патерналистского контроля справедливости цен и соразмерности встречных предоставлений на континенте в условиях гегемонии доктрины laesio enormis была значительно выше, чем в Англии. Но из этого не следует делать вывод о том, что английское средневековое право не вводило ограничений свободы договора вовсе. Во-пер-

[1] *Teeven K.M.* A History of the Anglo-American Common Law of Contract. 1990. P. 42.

[2] *Atiyah P.S.* Essays on Contract. 2001. P. 329.

[3] Ссылки на судебную практику см.: *Street T.A.* The History and Theory of English Contract Law. 1906. P. 70; *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 144.

[4] *Simpson A.W.B.* The Horwitz Thesis and the History of Contracts // 46 University of Chicago Law Review. 1979. P. 541.

[5] *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 144.

[6] *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of the Freedom of Contract. Oxford, 1979. P. 169, 170.

вых, такой контроль мог осуществляться в случаях, когда имелись те или иные пороки воли на стадии заключения договора (обман, мошенничество, принуждение и т.п.)[1]. Собственно говоря, многие эти доктрины в то время находились в стадии активного формирования. В частности, несоразмерность встречных предоставлений часто рассматривалась как один из признаков пороков воли и учитывалась судами в рамках применения такого рода доктрин. А особо вопиющая несправедливость условий часто рассматривалась как презюмирующая некий порок воли (например, обман). В итоге такого подхода суды формально аннулировали сделку в силу порока воли, а на самом деле ограничивали свободу договора в патерналистских целях[2].

Во-вторых, английское средневековое право знало и ряд специальных прецедентных и статутных ограничений свободы договора, направленных на защиту некоторых категорий контрагентов: в отношении процентных займов (вначале, как и везде в Европе, – тотальный запрет, затем – ограничения по размеру процентов), минимальной стоимости некоторых продуктов первой необходимости, максимальной оплаты труда (в период его дефицита, вызванного эпидемией чумы) и т.п.[3]

Наконец, в-третьих, в Англии наступление судебного патернализма на свободу договора в ряде случаев осуществляли суды справедливости (courts of equity) и формируемое ими право справедливости (law of equity), основная функция которого состояла в предоставлении суду возможности избежать явной несправедливости, к которой иногда приводил формализм судов общего права (common law courts). Если английское общее право было слабо подвержено влиянию канонического права, то ситуация с правом справедливости была несколько иной. Большинство лордов-канцлеров, занимавших этот пост до начала XVI в., были священниками. В этих условиях многие идеи, вводимые судами справедливости, косвенно имплементировали в английском праве идеи отцов церкви и христианскую этику (в том числе ценности милосердия и солидарности)[4].

Праву справедливости не удалось сформировать некую обширную доктрину ограничения свободы договора или значительное количество таких запретов, но именно в период позднего Средневековья некоторые такие точечные ограничения были все же введены.

---

[1] *Atiyah P.S.* Essays on Contract. 2001. P. 330.

[2] *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of the Freedom of Contract. Oxford, 1979. P. 173, 174.

[3] *Simpson A.W.B.* A History of the Common Law of Contract. A Rise of the Action of Assumpsit. 1996. P. 510 ff; *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of the Freedom of Contract. Oxford, 1979. P. 61 ff.

[4] *Hogg M.* Promises and Contract Law. Comparative Perspectives. 2011. P. 82.

Так, например, крайне популярный в средневековом праве институт неустойки (penal bond) был правом справедливости в XVI–XVII вв. ограничен: под запрет попали неустойки, направленные на стимулирование должника к исполнению договора и введенные in terrorem (т.е. для устрашения должника)[1].

В XVII в. в праве справедливости начинает формироваться доктрина недолжного влияния (undue influence), согласно которой суд справедливости получил право ограничить свободу договора тогда, когда он был заключен на крайне несправедливых условиях благодаря злонамеренной эксплуатации одной из сторон своей возможности оказывать влияние на поведение и волю другой, слабой стороны (в силу доверительных или семейных отношений, фидуциарной договорной связи, личной зависимости, болезненного состояния, старости и иных подобных причин)[2].

Кроме того, в ряде случаев суды справедливости, которые были компетентны рассматривать споры о присуждении к исполнению обязательства в натуре, отказывали в таком иске при очевидной несоразмерности встречных предоставлений. Это, как правило, не исключало право кредитора обратиться в суд общего права и требовать взыскания убытков, но оказывало определенное косвенное влияние на сферу договорной свободы[3].

Иначе говоря, степень рыночной ориентации английского договорного права в эпоху позднего Средневековья была как минимум выше, чем права континентально-европейского. Английское договорное право, как, впрочем, и вся английская культура, оказалось намного раньше проникнуто капиталистическим духом и было куда более созвучно коммерческим интересам и рыночным институтам, чем право и культура многих континентальных обществ. Как известно, этот культурный фактор оказал важнейшее влияние на дальнейший ранний взлет английского капитализма и первую в мире промышленную революцию. В то же время, как мы видели, и английское право в эпоху Средневековья испытывало сильнейшее давление со стороны идеологии коллективизма, справедливости и милосердия и было готово, хотя и менее интенсивно, все же вводить патерналистские ограничения свободы договора.

---

[1] *Samuel G.* Law of Obligations & Legal Remedies. L., 2001. P. 361; *Simpson A.W.B.* A History of the Common Law of Contract. 1996. P. 113–118.

[2] Например, знаменитое решение лорд-канцлера Фрэнсиса Бэкона по делу Joy v. Bannister (Chan. 1617). Подробнее см.: *Dawson J.P.* Economic Duress-an Essay in Perspective // 45 Michigan Law Review. 1947. P. 262.

[3] *Simpson A.W.B.* The Horwitz Thesis and the History of Contracts // 46 University of Chicago Law Review. 1979. P. 561, 562.

Некоторые итоги

Подводя некоторые итоги, можно отметить, что в период Средневековья продолжалось дальнейшее развитие принципа свободы договора в смысле права сторон заключать любые консенсуальные соглашения, как прямо указанные в законе, так и отсутствующие в нем. Произошла концептуализация универсальной идеи договора как соглашения сторон, порождающего обязательства сторон в силу соединения воль, и формировались условия для дальнейшей абсолютизации автономии воли сторон и «волевой теории» договорных отношений. Но эта тенденция сочеталась с тем, что в тот же самый период свобода определения содержания отдельных договорных условий значительно сужалась, подпадая под всевозможные этически обусловленные, а порой и просто произвольные ограничения. Большое влияние церкви и доминирование христианской морали обусловливали рост патернализма в регулировании договорных отношений, который сильно контрастировал с индивидуалистическими началами, характерными для классического римского права[1].

Глава 2. Эпоха laissez-faire

§ 1. Экономические предпосылки

Общие замечания

Описанная выше общая социально-экономическая ситуация и состояние культуры и доминирующей этики в передовых западных странах начали меняться по мере перехода к капиталистической экономической формации. Европа к концу XVIII в. неуклонно вступала в эпоху капитализма.

Некоторые европейские торговые центры оказались поглощенными капиталистическим экономическим «духом» еще в Средние века. Но капитализм этих городов-государств (Венеция, Генуя и некоторые другие) тогда носил сугубо торговый характер и выражался в основном в обеспечении международной торговли. Рынок не был укоренен в производственном сегменте экономик этих маленьких капиталистических анклавов. В остальных же европейских странах рыночный формат экономических отношений долгое время не выходил на первые роли. Как пишет Кристан Лаваль, «капитализм как цельная, доминирующая и глобальная система сложился позднее, а вот индидуальный капиталист существует и проявляет активность уже в Средние века»[2].

[1] *Squillante A.M.* The Doctrine of Just Price // 74 Commercial Law Journal. 1969. P. 334.

[2] *Лаваль К.* Человек экономический: эссе о происхождении неолиберализма. М., 2010. С. 39–40.

Развитие капиталистических отношений интенсифицировалось в позднем Средневековье. Жесткая цеховая система в городах начала разлагаться в XIV–XVI вв.[1] Возникающие в разных уголках Европы мануфактуры не подчинялись цеховым ограничениям и быстро вытесняли ремесленное производство за счет большей эффективности и экономии на масштабе. На селе же начался процесс постепенного освобождения зависимых крестьян, получавших все бóльшую свободу в своих договорных оношениях с феодалом. Отношения между феодалами и крестьянами все меньше напоминали отношения хозяина и раба, в которых не было места для договорной свободы, и все больше походили на договорные отношения лично свободных арендодателя и арендатора. В области финансов и торговли религиозные догматы, с подозрением относящиеся к спекуляции и протестующие против взимания процентов, постепенно ослабевали, что влекло снятие ряда ограничений ценовой свободы и открывало каналы для интенсификации рыночных отношений. Постепенно начали отменяться некоторые щедро раздаваемые средневековыми монархами монопольные права[2], что усиливало конкуренцию и экономическую свободу. Огромный объем экономического оборота, ранее существовавшего долгое время вне договорных рамок, постепенно перетекал в формат свободного договорного обмена.

Тем не менее полноценный подъем капитализма и рывок его промышленной составляющей в масштабах крупных европейских держав начались именно в XVIII в. В Англии все новые и новые мануфактуры начали поглощать труд постепенно вытесняемых со своих земель крестьян и наполнять своей продукцией весь цивилизованный мир. Все более интенсивные торговля и промышленные проекты требовали аккумуляции все более значительных коллективных инвестиций. Формировался достаточно могущественный слой коммерчески ориентированной элиты (в том числе так называемое обуржуазненное дворянство мантии), который постепенно стал вырывать реальную политическую власть из рук нищающего старого «дворянства шпаги», не желавшего расставаться с феодальными стереотипами и предубеждениями против коммерции.

Голландия многими исследователями характеризуется как первая крупная страна, вставшая на путь современного капиталистического развития. Уже в XVII в. протестантские Соединенные провинции были охвачены «капиталистическим духом» и являли собой образец

[1] Подробнее см.: *Коммонс Дж. Р.* Правовые основания капитализма. М., 2011. С. 247, 248; *Тимошина Т.М.* Экономическая история зарубежных стран: Учебное пособие. М., 2010. С. 102.

[2] *Коммонс Дж. Р.* Правовые основания капитализма. М., 2011. С. 249.

для капиталистических революций и реформ для других европейских стран[1]. Но капиталистический успех Голландии был основан в первую очередь на могуществе ее торгового флота и торговом посредничестве. Голландский капитализм был в значительной степени продолжением того сугубо торгового капиталистического развития, которое наблюдалось в свое время в Римской империи и итальянских торговых центрах Средневековья.

В XVIII в. к Голландии присоединилась Англия, также успешно начавшая капиталистическую трансформацию и к середине XVIII в. превратившаяся в полноценного мирового экономического и военно-политического гегемона (после последовательного устранения конкурентов в лице Испании, Франции и Голландии в результате ряда военных столкновений в XVI–XVII вв.). К концу Средневековья английская культура и социальная структура в силу ряда причин (среди которых и кальвинистская трудовая этика, и ориентация на морскую торговлю, и ослабление влияния классических дворян крови благодаря кровопролитным гражданским войнам, и ряд иных причин) оказались крайне благосклонны к предпринимательской деятельности, которая во многих континентальных странах того времени рассматривалась как недостойное занятие. Это способствовало быстрому укоренению коммерческого духа и стимулировало предпринимательскую активность, а также экономические и технологические инновации[2].

Именно Англия, опираясь на деловую активность своего крайне предприимчивого населения, военно-морскую мощь, колониальные ресурсы и рынки сбыта, одна из первых начала трансформацию капитализма из сугубо торгово-посреднического в индустриальный, обеспечив перетекание капитала, производственных и трудовых ресурсов в сферу промышленного производства и создав необходимые условия для долгосрочных инвестиций и инноваций. Первая в мире промышленная революция[3]

[1] *Зомбарт В.* Собрание сочинений. В 3 т. Т. 1: Буржуа: к истории духовного развития современного экономического человека. СПб., 2005. С. 188.

[2] Вернер Зомбарт отметил, что английские элиты и все английское общество в позднем Средневековье оказались проникнуты «торгашеским мировоззрением» и полностью коммерциализировались (см.: *Зомбарт В.* Собрание сочинений. Т. II. СПб., 2005. С. 12–18). Дэвид Ландес писал: «...английская коммерция XVIII века – по сравнению со странами континента – была поразительно энергичной, предприимчивой, открытой к нововведениям. Ни одно государство не реагировало более активно на запросы коммерческих классов... Нигде решения предпринимателей не отражали в меньшей степени нерациональные соображения престижа и обычая... Нигде талант не был более готов ринуться в бизнес, составление проектов, изобретательство... Это был народ, зачарованный богатством и коммерцией сообща и поодиночке...» (цит. по: *Олсон М.* Возвышение и упадок народов: экономический рост, стагфляция и социальный склероз. Новосибирск, 1998. С. 135).

[3] Само понятие «промышленная революция» в экономической науке иногда оспаривается как не вполне точно отражающее скорость происходившей индустриализации

обеспечила выход английской рыночной экономики на принципиально новый уровень.

Впоследствии рыночная трансформация и индустриализация несколькими волнами поглощали все новые и новые европейские страны (Бельгия, а затем Франция, Швеция, Германия, Швейцария и т.д.), революционно или эволюционно разрушая в этих странах ancien régime, и в конечном счете перенеслись в некоторые бывшие колонии (в первую очередь в США, другие бывшие колонии Великобритании, а затем в Японию). Так для ведущих мировых экономик сформировалась продолжающаяся (с некоторыми существенными изменениями и страновыми различиями) до сих пор эпоха, которую Саймон Кузнец назвал эпохой современного экономического роста[1].

Из каких же элементов состояла эта постепенно развивающаяся система экономической конкуренции, промышленного развития и рыночного обмена? Упрощая картину, можно зафиксировать четыре основные предпосылки успешного развития рыночной экономики европейских государств Нового времени.

Во-первых, торжество личной свободы участников оборота. Стремительный экономический рост невозможен в условиях, когда участники рыночных отношений не являются свободными. В определенные периоды и в определенных масштабах использование рабского или крепостного труда могло обеспечивать экономическое развитие. Но под воздействием этических, культурных, религиозных и экономических соображений этот ресурс оказался заблокирован или дискредитирован, уступая более эффективной и этически приемлемой системе организации экономического взаимодействия свободных граждан. В конечном счете рабский труд оказался менее эффективным по сравнению с трудом свободных граждан, имеющих стимулы к росту производительности. Эксплуатация труда несвободных людей могла быть эффективной, но до определенного предела. Не разрушив крепостное право и сельскую общину, ограничивающих экономическую свободу своих членов, и не отменив рабство, России и соответственно США было бы сложно обеспечить урбанизацию, насытить рынок труда дешевой рабочей силой, направить последнюю в промышленную сферу экономики, которая в то время могла обеспечить максимально эффективное ее приложение, и в конечном счете шагнуть в индустриальную эру.

Только свободный человек способен на активное предпринимательство и инновации, и только свободный человек, являющийся хозяи-

(см.: *Камерон Р.* Краткая экономическая история мира от палеолита до наших дней. М., 2001. С. 205). Мы используем это понятие в качестве укоренившегося в нашем языке, не занимая позицию в этом споре.

[1] *Kuznets S.* Modern Economic Growth: Rate, Structure and Spread. 1966.

ном результатов своего труда, способен стремиться к их максимизации и наиболее выгодному обмену. Поэтому важный процесс, без которого капиталистическая трансформация была бы невозможна, это процесс освобождения основной массы граждан от феодальной, общинной и иной личной зависимости в большинстве европейских государств.

Во-вторых, особое значение для развития рыночной экономики имело и имеет такое проявление личной свободы, как свобода выбора сферы приложения своей производственной деятельности. Чем сильнее профессиональная мобильность населения, тем больше шансов на то, что каждый будет заниматься именно тем, к чему у него имеются наибольшие природные способности и что вызывает у него личный энтузиазм. В Средние века эта свобода всячески ущемлялась феодальными, сословными, кастовыми, цеховыми и иными ограничениями. Человек, имеющий прекрасные предпринимательские навыки, но рожденный в среде дворян, имел мало шансов применить свои способности в сфере торговли или банковского дела. Равным образом потенциально прекрасный мастер не мог свободно посвятить себя тому или иному промыслу, не войдя в соответствующий цех и не проработав долгое время в учениках другого мастера. Так, Михаилу Ломоносову пришлось проявить настоящие чудеса смекалки и поймать немалую долю удачи, чтобы вырваться из тяжелых сословных ограничений и проявить свой талант на благо российской науки. Все эти искусственные, но столь характерные для феодализма профессиональные и сословные барьеры крайне ограничивали возможности свободного экономического обмена.

Процесс разрушения этих барьеров начался еще в период позднего Средневековья, что играло важную роль в медленном, но верном увеличении экономической эффективности и росте производительности труда. Окончательное разрушение сословных, цеховых и многих иных профессиональных и социальных барьеров и табу в ряде европейских стран в XVIII–XIX вв. создало крайне благоприятные условия для промышленной революции и бурного экономического роста, а изначальное отсутствие подобных барьеров (не считая расовых) в США сыграло важную роль в экономическом чуде, которое в рекордные сроки поставило Штаты вровень с наиболее развитыми экономическими странами мира.

В-третьих, безусловно, неотъемлемым условием формирования рыночного хозяйства является свобода частной собственности. Если бы средства производства и результаты экономической деятельности в виде земли, иных средств производства, товарных излишков и денег не находились в полном и абсолютном господстве соответствующего участника оборота и не было бы гарантий от их силовой экспроприации, то значительно снижались бы стимулы к инвестициям в производство экономических благ и накоплению капитала. Поэтому во все време-

на те общества, которые обеспечивали лучшие гарантии прав частной собственности, и те правители, которые ограничивали себя в желании отобрать имущество у своих более удачливых и успешных подданных, в долгосрочной перспективе получали больший размер общего экономического «пирога» и более стабильную экономическую базу для успешного развития. Без частной собственности никогда не будет устойчивого и динамичного экономического развития[1].

В последнее время вышел целый ряд исследований, демонстрирующих центральную роль защищенности и четкого оформления прав частной собственности в экономическом развитии[2]. И этот вопрос сейчас мало у кого вызывает сколько-нибудь серьезные сомнения. Следует признать, что без гарантированности частной собственности все личные свободы, включая свободу заключения договоров, теряют свое реальное значение[3].

В-четвертых, свобода осуществления экономического обмена. Для того чтобы рыночная система работала эффективно, количество искусственных ограничений обмена экономическими благами должно стремиться к минимуму. Чем свободнее условия обмена, тем проще те или иные экономические блага циркулируют в обороте и тем выше эффективность обмена. В обществах свободных людей, где обеспечивается свобода профессиональной деятельности и защищаются права частной собственности, но при этом сильно ограничивается свобода экономического обмена, процветания ожидать очень сложно. Более того, сама идея частной собственности во многом профанируется, если собственник лишается права распоряжаться своей собственностью по собственному разумению.

Идея свободы договора является юридическим проявлением именно этого последнего условия успешного функционирования рыночной

[1] Здесь нужно согласиться с тем, что сами капиталисты в период первоначального накопления капитала зачастую подходили к этой идее достаточно односторонне, попросту грабя и мошенничая, беззастенчиво нарушая права собственности общин (например, огораживание в Англии), приобретая экспроприированную государством собственность монастырей, присваивая собственность периодически попадающих в опалу евреев, силой прибирая к рукам колонии (многие голландские, французские и английские колонии находились в управлении частных компаний) или захватывая имения и земли аристократов и церкви в периоды революций. Но как только основная собственность оказалась в руках тех, кто является наиболее эффективным ее владельцем и ориентирован на наибольшую отдачу от ее использования (т.е. капиталистов), им потребовалась абсолютная защита вновь приобретенных прав. См.: *Кагарлицкий Б.* От империй – к империализму. Государство и возникновение буржуазной цивилизации. М., 2010. С. 262.

[2] См.: *Де Сото Э.* Загадка капитала. Почему капитализм торжествует на Западе и терпит поражение во всем остальном мире. М., 2004; *Беттел Т.* Собственность и процветание. М., 2008 и др.

[3] *Беттел Т.* Собственность и процветание. М., 2008. С. 231.

экономики. Как справедливо отмечал Саватье, «свобода обмена означает свободу договора»[1]. Свобода договора отражает в праве идею о децентрализации принятия экономических решений, лежащую в основе рыночной экономики[2]. Экономическая свобода находить пути сбыта результатов своего труда и распоряжаться собственностью проявляется в первую очередь в праве заключать договор с любым контрагентом по своему усмотрению. Экономическая свобода определять параметры обменных операций проявляется в свободе выбора типа договора, заключения непоименованных и смешанных договоров, а также в праве определять предмет, цену и иные условия договора по своему усмотрению.

Идея свободы договора набирала силу пропорционально тому, как укреплялось понимание важности обеспечения свободы экономического оборота. Утверждение в европейских странах полноценных рыночных экономик неминуемо приводило к формированию тех или иных форм «волевой теории» контракта, примата автономии частной воли и свободы договора.

Эти коренные изменения в области производственных и торговых отношений приводили к формированию запроса на экономическую экспертизу и правовое регулирование, которые должны были создать максимально комфортные условия для функционирования набирающей мощь рыночной экономики. Постепенно укрепляющая свои позиции буржуазная элита и часть встроившейся в капиталистический мир аристократии получили (вследствие буржуазных революций или в результате естественного политического процесса) контроль над законотворческой программой правительств. Это не преминуло сказаться и на реальной экономической политике, на развитии гражданского права и на правовом отражении принципа свободы договора.

Интеллектуальная, деловая и бюрократическая элиты ведущих европейских стран в период коммерциализации экономического оборота и начала капиталистического перехода кардинально отличались от горстки грамотных монахов, всюду гонимых ростовщиков, пребывающих в вечном страхе экспроприации торговцев и низкопрофессиональных чиновников времен Крестовых походов. Новая структура элиты, так или иначе вбиравшая в себя буржуазный социальный элемент, была готова к восприятию новой экономической и правовой парадигмы, которая могла бы легитимировать складывающуюся гегемонию интересов прорыночных сил. В этих условиях принцип свободы договора,

[1] *Саватье Р.* Теория обязательств. М., 1972. С. 175, 176.

[2] *Furubotn E.G., Richter R.* Institutions and Economic Theory. The Contribution of the New Institutional Economics. 2000. P. 124 (русский перевод: *Фуруботн Э.Г., Рихтер Р.* Институты и экономическая теория: достижения новой институциональной экономической теории. СПб., 2005. С. 161).

который в прежние эпохи не претендовал на сколько-нибудь важную роль, да и попросту был не отрефлексирован как некий универсальный концепт, постепенно становился центральным звеном системы гражданского права.

Этот процесс выделения принципа свободы договора, как мы видели, шел в течение всего Средневековья. Постепенно идея свободы договора кристаллизировалась глоссаторами и постглоссаторами на основе интерпретации римских источников, подкреплялась идеями канонической традиции права и концептуализировалась в рамках естественно-правовых исследований. Но для того, чтобы эта идея взошла на пьедестал центральных принципов частного права Нового времени и получила широкую поддержку правительств европейских государств, не хватало четкого понимания ее политико-правовых преимуществ и в первую очередь ее роли в развитии новой экономики.

Эта задача начала решаться только в XVIII в. Отсутствие концентрированной и систематизированной экономической научной мысли вплоть до второй половины XVIII в. мешало осознанию реальных причин успешного функционирования экономики и принципа свободы экономического оборота в частности. Экономические воззрения испанских поздних схоластов иногда были достаточно точны, но, как правило, не оформлялись в некую систему экономических знаний и так и не сформировали отдельный научный домен экономической мысли.

Кроме того, для реализации здравых теоретических экономических идей представителей испанской саламанкской школы была необходима политическая надстройка, способная соответствующие меры последовательно проводить в жизнь. В то же время испанское государство, чье военно-политическое могущество за счет заморских открытий в начале XVI в. достигло своего зенита, в реальности управлялось из рук вон плохо и страдало от фатального отсутствия внятной долгосрочной экономической политики (изгнание евреев и мусульман, неумелое управление внешней задолженностью, неспособность обратить небывалый приток заморского золота в развитие производства внутри страны и т.п.) и уже во второй половине XVI в. перешло в режим стагнации, а затем экономического и политического упадка[1]. Есть основания считать, что в обществе, управляемом сугубо абсолютистским, истово католическим и феодальным политическим режимом, последовательная реализация идеалов laissez-faire и в целом продуманной капиталистической регулятивной стратегии, некоторые элементы которой действительно проступали в экономических воззрениях поздних схоластов, была попро-

[1] О близорукости экономической политики испанских королей см.: *Камерон Р.* Краткая экономическая история мира от палеолита до наших дней. М., 2001. С. 168–173.

сту заблокирована. На мудрые экономические воззрения не предъявлялся реальный спрос со стороны тех, кто имел возможность эти идеи реализовать.

Для реализации рыночно ориентированной регулятивной политики был необходим приход к политической власти тех сил, которые отстаивали интересы буржуазных кругов. Такие политические условия в Новое время сложились прежде всего в Голландии и впоследствии в Англии после соответствующих буржуазных революций.

Католическая и философская основы многих работ испанских схоластов и теологов затрудняли восприятие этих идей политическими элитами тех протестантских стран, которые в силу ряда причин оказались в XVII–XIX вв. в авангарде рыночной трансформации. Прозрения испанских католических теологов и схоластов были, видимо, крайне далеки от того, что читали политики в протестантской Англии, видевшие в католической Испании основного политического противника, и Голландии, только что сбросившей гнет испанской короны и инквизиции в результате кровопролитной национально-освободительной войны.

В силу этих и ряда иных причин к XVIII в. основы экономической теории в этих протестантских странах, вступивших на путь капиталистической экономики, представляли собой в большей степени «рассеянное знание», недостаточно структурированное и доступное, чтобы превратиться в некую идеологическую основу для последовательной прорыночной экономической политики этих стран. В этой связи огромную роль в формировании целостного представления о важности, сути и экономической роли принципа свободы договора сыграло возникновение в ряде наиболее развитых стран второй половины XVIII в. нового домена научной мысли – политической экономии (экономической теории).

К концу XVIII столетия широкие круги интеллектуальной и политической элиты стран, наиболее продвинувшихся в капиталистическом отношении, начали наконец систематизировать и осознавать общий комплекс закономерностей рыночного экономического развития, а также признавать роль позитивного права как неотъемлемого элемента обеспечения благоприятной для этого институциональной среды. Это в свою очередь ускорило осознание законодателями, судьями и иными представителями властной элиты политико-правовой важности идеи свободы договора и слом неоправданных барьеров, мешающих функционированию свободного экономического оборота. В результате тенденции по кристаллизации принципа свободы договора, намеченные в рамках сугубо догматического научного дискурса Средневековья, получили широкую политическую легитимацию и усиление.

Таким образом, когда в наиболее развитых странах Западной Европы и США к концу XVIII в. пришли к доминированию идеологии laissez-

faire, взывающей к последовательному отказу государства от активного ограничения свободного экономического оборота[1], окончательно созрели условия для возведения принципа свободы договора в ранг абсолютно приоритетных начал гражданского права.

Возникновение экономической теории

Первые систематические атаки против ограничения экономической свободы и свободы частных коммерческих сделок начались еще в конце XVII – начале XVIII в. В 1730-е гг. Ричард Кантильон, успешный банкир с испано-ирландскими корнями, живший то в Лондоне, то в Париже, написал книгу, которая некоторыми расценивается как первый систематизированный трактат по экономической теории рыночной экономики, – «Очерк об общей природе торговли». В ней он одним из первых детально охарактеризовал рыночную экономику как самоорганизующуюся систему, которая балансирует спрос и предложение без участия государства[2]. Эта книга так и не была опубликована при жизни автора, что, правда, не помешало ей оказать серьезное влияние на развитие экономической мысли и воззрения как французских, так и английских экономистов.

В конце XVII – начале XVIII в. многие другие французские купцы и интеллектуалы пытались сопротивляться повсеместным ограничениям контрактной свободы, выдвигая все новые и новые аргументы в поддержку тезиса о необходимости проведения политики laissez-faire и устранения государства от непосредственного и неусыпного контроля над экономическим оборотом. Среди них звучал и позднее популяризированный Адамом Смитом тезис о том, что общественное благо реализуется путем стремления каждого конкретного индивида к личному успеху[3].

Идея laissez-faire была одной из центральных тем французских физиократов XVIII в. (Ф. Кенэ и его последователей), сформировавших, пожалуй, одну из первых полноценных экономических школ.

---

[1] Термин-призыв «laissez-faire» (вольный перевод: «дайте возможность вести себя по собственному усмотрению») традиционно приписывается купцу Лежандру, который в XVII в. в ответ на вопрос Кольбера, чем французское правительство может помочь ему, ответил, что лучшей помощью будет дать возможность свободно работать. Но, видимо, первым, кто письменно зафиксировал данный призыв, был известный защитник свободной торговли маркиз д'Арженсон, который в 1751 г. писал: «Laissez-faire – таким должен быть девиз любой общественной власти... Laissez-faire, черт побери! Laissez-faire!» См.: *Кейнс Дж.М.* Конец laissez-faire // Истоки. Вып. 3. М., 2001. С. 265.

[2] *Rothbard M.N.* An Austrian Perspective on the History of Economic Thought. Vol. I: Economic Thought Before Adam Smith. 2006. P. 359, 360.

[3] Подробный анализ этого французского предреволюционного дискурса об экономической свободе см.: *Rothbard M.N.* An Austrian Perspective on the History of Economic Thought. Vol. I: Economic Thought Before Adam Smith. 2006. P. 254–274.

Данная идея разделялась известным французским экономистом и последователем многих идей физиократов А.Р.Ж. Тюрго. Тюрго в 1750–1760-е гг., за два десятилетия до выхода основной работы Смита, активно выступал против государственных мер по ограничению цен, защищал рыночную свободу и конкуренцию как механизмы балансирования спроса и предложения[1]. Он достаточно убедительно пытался продемонстрировать пагубность государственного патернализма в отношении экономического оборота и сферы контрактных отношений. Для Тюрго свобода договора была центральным механизмом обеспечения экономической жизни, и поэтому государство должно было воздерживаться от ее ограничения. Он писал, что в некоторых случаях невмешательство государства позволит мошеннику обмануть неопытного в делах контрагента. Но Тюрго считал этот побочный эффект приемлемым: в следующий раз обманутый контрагент будет осторожнее и умнее. В любом случае практика злоупотреблений, на его взгляд, не может быть сильно распространена, так как коммерсанты вынуждены заботиться о своей репутации. Государственный же патернализм, основанный на желании предотвратить обман и злоупотребления при заключении договоров, по мнению Тюрго, создает больше проблем, чем решает: во имя защиты отдельных «праздных людей», не желающих быть внимательными в своих делах, он сдерживает развитие экономической динамики, усиливает роль бюрократов и коррупцию, а также возлагает на общество налоговое бремя по содержанию этого аппарата. Как отмечал Тюрго, «предполагая, что все потребители простофили, а все торговцы и фабриканты – мошенники, мы разрешаем им быть таковыми и унижаем всю работающую часть нации»[2].

Получив пост генерального контролера финансов, Тюрго начал реализовывать на практике некоторые идеалы laissez-faire в реальной экономической политике (например, пытался ликвидировать некоторые монополии, расширить сферу свободной торговли, упразднить торговые гильдии и ремесленные цеха)[3]. Реформы Тюрго в конечном счете не нашли понимания у короля и были свернуты. Французская абсолютная монархия, равно как и испанские короли ранее, не была готова к последовательной реализации этой прорыночной регулятивной стра-

[1] *Кенэ Ф.*, *Тюрго А.Р.Ж.*, *Дюпон де Немур П.С.* Физиократы: Избранные экономические произведения. М., 2008. С. 533, 534.

[2] Там же. С. 557, 558. Знакомство с трудами Тюрго дает нам некоторые основания усомниться в тезисе Карла Поланьи, который считал, что идеи саморегуляции рынков и laissez-faire не были осознаны французскими физиократами XVIII в. в полной мере (см.: *Поланьи К.* Великая трансформация: политические и экономические истоки нашего времени. СПб., 2002. С. 152, 153).

[3] *Тимошина Т.М.* Экономическая история зарубежных стран: Учебное пособие. М., 2010. С. 207.

тегии. Тем не менее работы физиократов способствовали популяризации идеологии laissez-faire и оказали большое влияние на формирование английской экономической теории и теории Адама Смита в частности.

Аналогичный дискурс о важности сохранения экономической свободы начиная с XVII в. все громче звучит и в английской литературе[1].

Адам Смит

Переломным моментом в процессе осознания экономической роли принципа свободы договора был, по мнению большинства исследователей, 1776 г., когда была опубликована знаменитая книга Адама Смита «Исследование о природе и причинах богатства народов» и по большому счету окончательно сформировалась классическая экономическая теория[2].

Судья Оливер Уенделл Холмс в свое время в свойственной ему ироничной манере писал, что «все книги умирают через 25 лет после их опубликования, но, по счастью, публика не всегда догадывается об этом»[3]. При всем уважении к Холмсу следует признать, что есть ряд книг, чей интеллектуальный потенциал реализуется и продуцирует рефлексию столетиями. «Богатство народов» Смита, безусловно, относится к разряду таких великих книг-долгожителей.

Долгое время в англо-американском мире Смит считался основателем экономической науки в современном ее понимании. В последние годы после публикации знаменитого исследования истории экономической мысли Йозефа Шумпетера[4] и выхода других исторических работ (например, М. Ротбарда) слава Смита как первооткрывателя несколько померкла. Нам напомнили о том, что большая часть центральных идей «Богатства народов» ранее уже выдвигалась отдельными мыслителями и использовалась в реальной экономической политике[5]. Как отмечается некоторыми авторами, английское государство стало освобождать экономическое развитие от своего неусыпного контроля еще с начала XVIII в.[6] Идея о «невидимой руке рынка», преобразующей эгоистичное стремление к максимизации своего благосостояния в инструмент

[1] *Rothbard M.N.* An Austrian Perspective on the History of Economic Thought. Vol. I: Economic Thought Before Adam Smith. 2006. P. 309–338.

[2] *Смит А.* Исследование о природе и причинах богатства народов. М., 1962.

[3] Цит. по: *Atiyah P.S.* Essays on Contract. 2001. P. 70.

[4] *Schumpeter J.A.* History of Economic Analysis. 1986 (русский перевод см.: *Шумпетер Й.* История экономического анализа. СПб., 2004).

[5] Как отмечал Вильфредо Парето, «когда шедевр Адама Смита... попал в руки тогдашних политиков, он должен был казаться им не столько новым словом в промышленной экономике, сколько теоретическим обобощением практических выводов, к которым опыт уже многократно подводил» (*Парето В.* Трансформация демократии. М., 2011. С. 41).

[6] *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of Freedom of Contract. 1979. P. 74.

обеспечения общего блага, витала в английском интеллектуальном пространстве в течение всего XVIII в.[1] Соответственно практически мгновенный успех книги Смита был обусловлен в том числе и тем, что многие из высказанных в ней идей уже так или иначе разделялись значительной частью английской правящей элиты[2].

Иначе говоря, Смит, видимо, не был открывателем основных экономических законов рынка. Но ему удалось относительно удачно систематизировать некоторые более ранние наблюдения и теории, опубликовав некий целостный трактат в момент, когда для комплексного восприятия этой системы идей созрели соответствующие социально-экономические и интеллектуальные условия. В отличие от испанских схоластов и французских физиократов, выступавших со своими идеями в эпоху господства в своих странах феодальных элит, opus magnum Смита вышел в наиболее развитой и прогрессивной мировой державе тех лет, в которой к этому времени уже произошла буржуазная революция и утвердилось влияние буржуазных интересов на государственную политику. Английские политические элиты были готовы абсорбировать основные выводы либеральной экономической теории.

Выйдя в свет в нужное время и в нужном месте, эта книга действительно сформировала фундамент классической политической экономии, объединив многие важные эмпирические наблюдения в единую согласованную систему взглядов, и смогла оказать определяющее влияние как на развитие экономики эпохи промышленной революции, так и на экономическую идеологию на многие годы вперед. Именно книга А. Смита стала идеологической основой эпохи laissez-faire в Англии и США в XIX в.

Распространение экономической политики laissez-faire в Англии, США, Германии, Франции, Швеции и других передовых западных странах происходило преимущественно посредством осмысления идей, заложенных в работе Смита, а не исходных идей испанских схоластов, Кантильона или физиократов. Нет никакой уверенности в том, что, не появись эта систематизационная работа в конце XVIII в., фрагментарных экономических суждений средневековых схоластов, неопубликованного исследования Кантильона, трудов физиократов, вышедших из фавора при французском дворе после провала реформ Тюрго, а также отдельных призывов, речей и полемических статей ряда других английских и французских деятелей, бизнесменов и мыслителей было бы достаточно для формирования полноценного научного базиса рыночной экономики, ускоренной популяризации идеалов laissez-faire и пе-

[1] См.: *Блауг М.* Экономическая мысль в ретроспективе. М., 1994. С. 27; *Автономов В.С.* Модель человека в экономической науке. СПб., 1998. С. 59–62.

[2] *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of Freedom of Contract. 1979. P. 294.

рехода ряда наиболее передовых государств к более уверенной реализации данной экономической политики. В этом плане мы склонны скорее согласиться с мнением Йозефа Шумпетера, который писал: «...хотя «Богатство народов» не содержало ни одной по-настоящему новой идеи и как интеллектуальное достижение не может идти в сравнение с «Происхождением видов» Дарвина или «Началами» Ньютона, оно представляет собой великое произведение и целиком и полностью заслужило выпавший на его долю успех»[1].

Что же на самом деле открыл или систематизировал Смит? Максимально упрощая основной тезис этой работы, его можно представить в виде ставшей теперь банальной идеи о «невидимой руке рынка» – о тех естественных закономерностях, которые направляют экономическое развитие общества в сторону максимальной эффективности на основе свободы договорных отношений и частной собственности и без активного участия со стороны государства.

Основные выводы, которые Смит сделал, наблюдая за работой английских мануфактур и размышляя над закономерностями функционирования экономического обмена, могут быть кратко и в несколько осовремененном прочтении выражены следующим образом[2].

1. В экономическом обороте имеются четкие и естественные закономерности, по которым он развивается. Эти никем специально не придуманные, а сложившиеся спонтанно, в силу естественных склонностей человеческой натуры закономерности работают независимо от того, замечаем ли мы этот процесс или нет. Они приводят к обогащению отдельных участников оборота, тем самым подспудно толкая общество в целом к большему процветанию. Осознание этих закономерностей позволяет правительствам воздерживаться от искусственных вмешательств в ход естественного развития экономики и тем самым не создавать искусственные преграды экономическому процветанию. Так как экономическое процветание нации должно быть первейшей целью любого правительства, государству следует понять важность невмешательства в сферу производства и экономического обмена ради достижения этих целей.

2. Важным условием для успешного функционирования этого спонтанного порядка рыночных отношений является разделение труда, при котором каждый участник оборота специализируется на той экономической деятельности, в которой у него имеются сравнительные преимущества и возможности производить больше продукции за меньшее вре-

[1] *Schumpeter J.A.* History of Economic Analysis. 1986. P. 180.

[2] Дальнейший конспект основных идей Смита приводится по кн.: *Смит А.* Исследование о природе и причинах богатства народов // Антология экономической классики. В 2 т. Т. 1. М., 1991.

мя и с меньшими издержками. Если человек, имеющий лучшие способности к некому виду труда, будет специализироваться именно на нем, не рассеивая свои силы на производство иных благ, то на произведенный излишек он может приобрести то, что ему требуется. В результате такой специализации общий объем произведенных экономических благ значительно возрастает, так как человек получает возможность полностью посвятить себя определенному занятию и совершенствовать свои навыки. В итоге все общество превращается в совокупность своего рода торговцев, стремящихся выменять на рынке результаты своего сугубо специализированного труда на максимально возможные блага, производящиеся другими индивидами.

3. Разделение труда способно функционировать только в условиях существования системы свободного экономического обмена произведенными благами, т.е. рынка. Именно свободный экономический обмен позволяет перераспределять блага между различными людьми, каждый из которых вовлечен в систему разделения труда и не может сам удовлетворить свои потребности в тех или иных товарах и услугах. Рынок подспудно формирует уникальную систему взаимодействия миллионов людей по всему миру, при которой каждый занимается тем, что у него лучше всего получается, а результаты распределяются между всеми, формируя длинные производственные цепочки и позволяя создавать крайне сложную продукцию усилиями сотен и тысяч разных людей, зачастую не видящих друг друга в глаза и разделенных большими расстояниями.

4. Логика функционирования рыночного механизма реально работает в силу того, что человек, выбирающий свою роль в системе разделения труда и пытающийся продать его результаты, как правило, ведет себя сугубо эгоистично и желает лишь увеличения собственной выгоды. Он пытается найти ту сферу трудовой деятельности, к которой он лучше предрасположен и в которой он способен достичь больших успехов, чем в других сферах деятельности. Выходя же на рынок результатов своего труда, он ищет максимально выгодные условия их продажи. Выразив эту мысль, Смит тем самым заложил краеугольный камень современной экономической науки, наметив контуры того, что впоследствии стало обозначаться как теория рационального выбора. Но самое важное, что такое эгоистичное экономическое поведение, будучи «направляемо невидимой рукой», действует в общих интересах[1]. Стремление каждого к росту собственного благосостояния в конечном счете

[1] Эта идея, так же как и многие другие мысли Смита, не была абсолютно нова. В начале XVIII в. аналогичную идею о возможности обращения недостатков отдельных членов общества на общее благо в стихотворной форме озвучил Б. Мандевиль в своей «Басне о пчелах» (см.: *Мандевиль Б.* Басня о пчелах, или Пороки частных лиц – блага для общества. М., 1998. С. 14).

позволяет обеспечить наилучшее использование ограниченных ресурсов и удовлетворение материальных запросов других членов общества. В ставшем затем знаменитом отрывке из своей книги Смит писал, что «не из-за доброжелательности и щедрости мясника, пивовара или пекаря мы получаем наш обед, но только благодаря их собственной эгоистической выгоде. Мы обращаемся не к их гуманизму, а к их эгоистичной любви к самим себе и никогда не говорим им о наших необходимостях, а только об их выгоде». Из открытия Смита вытекало, что только система, которая позволяет эгоизму, а не альтруизму индивидуума работать на общественное благо (читай – рыночная экономика), способна обеспечить экономическое развитие.

5. Но как стремление к личной выгоде отдельных участников оборота приводит к росту общего благосостояния? Вот здесь и выходит на первый план роль добровольного контракта. Как показал Смит, вопреки распространенному ошибочному мнению экономический оборот не является «игрой с нулевой суммой»: обогащение одного участника сделки происходит не за счет ограбления другого. Сделка никогда бы не была заключена, не выигрывай от нее оба контрагента. Соответственно в результате реализации свободной сделки экономического обмена каждый из ее участников оказывается в более выгодном положении, чем он был до заключения сделки. Для конкретного участника оборота, производящего некоего продукта больше, чем ему требуется для личного потребления, излишек сам по себе не представляет значимой ценности в отрыве от его способности быть обмененным на блага, которые производят те, кто специализируется в иных секторах экономики. Приобретение тех или иных экономических благ в обмен на этот излишек напрямую или опосредованно через деньги перераспределяет блага в пользу тех, для кого данные блага имеют наибольшую ценность. В результате свобода экономического оборота и вовлечение в него все большего числа людей приводят к росту общего благосостояния.

6. Важнейшим условием успешного функционирования этой сложнейшей системы спонтанного порядка на протяжении веков являлась система свободного ценообразования. Как верно заметил Смит, текущая рыночная цена любой продукции определяется под воздействием объема спроса и предложения. При росте спроса на продукцию или падении предложения образуется дефицит и производители поднимают цены, так как основной мотив их деятельности состоит в извлечении максимально возможной прибыли. При падении спроса или расширении предложения произведенный товар оказывается нераспроданным и производители вынуждены снижать цены, чтобы распродать то, что было уже произведено. В результате изменения спроса и предложения происходят естественные колебания цен.

7. Колебания цен в ответ на изменение спроса и предложения выступают как первичная реакция. В чуть более отдаленной перспективе благодаря этим колебаниям цен сам объем спроса и предложения устремляется к нахождению точки равновесия. Так, например, при росте цен, вызванном ростом спроса или падением предложения, прибыль производителей возрастает, что создает для самих производителей стимул увеличивать производство, а для других владельцев капитала – стимулы для вхождения на соответствующий рынок продукции. Одновременно рост цен посылает покупателям сигнал снижать потребление, экономить или искать субституты. В результате обоих встречно направленных процессов в конечном счете спрос и предложение балансируются и цены перестают расти. При падении же цен в силу уменьшения спроса или неоправданного роста объема предложений прибыль производителей снижается. В результате после осознания происходящего они отвечают снижением выпуска продукции, а некоторые из них уходят с рынка. Одновременно падение цен стимулирует рост покупок данного товара. Оба этих встречнонаправленных процесса приводят в конечном счете в соответствие спрос и предложение, и цены перестают падать. Как показал Смит, рост и падение цен выполняют важнейшую сигнальную и стимулирующую функцию, обеспечивая динамическое балансирование спроса и предложения, при котором может быть в полной мере удовлетворен имеющийся спрос без затоваривания складов производителя и образования дефицита.

8. Соответственно, как показал Смит, если бы цена на некое благо, которое стало дефицитным в силу роста спроса или сужения предложения, в ответ не поднималась бы, то покупатели бы не получали стимулы к снижению потребления этого блага, а производители – к увеличению производства для удовлетворения возросшего спроса. Одновременно если бы в ответ на падение спроса или неоправданный рост предложения рыночные цены не могли бы падать, то покупатели не получали бы стимул к увеличению покупок, а производители – стимул к уменьшению объема производства. Ограничения свободных колебаний рыночных цен неизбежно приводят к затовариванию или дефициту и поэтому не являются ни морально, ни юридически допустимыми. Согласно теории Смита реальная рыночная цена под воздействием колебаний спроса и предложения может отклоняться в большую или меньшую сторону от своего «естественного» равновесного значения, но после того, как колебания цен приводят к балансированию спроса и предложения, рыночные цены устремляются к своему естественному уровню. Соответственно, как правило, любая рыночная цена, сложившаяся в условиях конкуренции, является справедливой и соответствующей интересам общества, даже если некоторое время отклоняется от естествен-

ной (равновесной) цены, так как сам по себе факт этого расхождения выполняет важную функцию координации поведения всех участников экономического оборота, а следовательно, общественно полезен. В результате идея поздних схоластов и таких мыслителей, как Т. Гоббс, о том, что справедливой ценой является рыночная цена, наконец получила достаточно внятное и убедительное, как минимум с утилитаристских позиций, экономическое обоснование.

9. Таким образом, одним из основных препятствий для эффективного функционирования рыночных механизмов является неоправданное государственное вмешательство в систему ценообразования. На взгляд Смита, попытки государства устанавливать минимальные или максимальные цены в краткосрочной перспективе оказываются вредными, а в долгосрочной перспективе – бесполезными. Подобные меры мешают рынку самостоятельно координировать и балансировать спрос и предложение, способствуя консервации дефицита или перепроизводства. В долгосрочной же перспективе подобные ограничения неминуемо формируют «черный рынок», на котором данный товар будет незаконно продаваться по рыночной цене (т.е. цене, соответствующей текущему соотношению спроса и предложения), лишая ограничительные меры государства еще и действенности. Смит критиковал конкретные законы, ограничивающие свободу ценообразования (например, законы о максимуме заработной платы, максимуме цен на хлеб и др.).

10. При этом важно сделать одну оговорку. Адам Смит видел, что в основе данного уникального рыночного механизма согласования спроса и предложения, не требующего государственного вмешательства, лежит фактор свободной конкуренции. Только в условиях свободной конкуренции между различными производителями данный рыночный механизм склоняет рыночные цены к естественному уровню. В условиях монополии или иных искусственных ограничений конкуренции, которые, по мнению Смита, как правило, формируются по инициативе или под покровительством государства, работа рыночных механизмов оказывается искусственно подорванной и цены могут продолжительное время удерживаться на уровне, сильно отличающемся от естественного. В этой связи Смит выступал за снятие такого рода искусственных ограничений конкуренции как преград, мешающих естественной работе «невидимой руки рынка». Он критиковал многие конкретные законы, направленные на ограничение конкуренции (например, знаменитые «законы об ученичестве», которые ограничивали конкуренцию в среде ремесленников и обеспечивали поддержание архаичной цеховой системы).

11. Принципиально также то, что Адам Смит не был радикальным сторонником абсолютизации laissez-faire и допускал ограниченное втор-

жение государства в работу рынка. Этот очевидный антидогматизм Смита следует особенно отметить, учитывая то, что у многих людей теория Адама Смита ошибочно ассоциируется с идеей об абсолютном самоустранении государства от регулирования рынка и цен. Это искажение теории Смита делает ее более удобной для критики путем подмены ее сути. В реальности же Смит считал нужным введение ограничений свободы договора в отношении монополий (например, не возражал против введения государственного регулирования цен на товары первой необходимости в условиях существования монополии), допускал издание некоторых законов, которые будут так или иначе защищать интересы работника как слабой стороны договора (например, поддерживал запрет на соглашения о выплате заработной платы продуктами), не протестовал против самой идеи установления максимума процента по займам во избежание «вымогательства ростовщиков», а также считал разумным и ряд иных точечных ограничений свободы договора. Но при этом, на его взгляд, любые такие ограничения должны быть всерьез оправданны теми выгодами, которые все общество получает в результате. Поэтому на том, кто призывает осуществить такое вмешательство, лежит бремя доказывания того, что в данной конкретной ситуации в отличие от общего правила интересы нации будут защищаться в большей степени при ограничении свободного экономического оборота, чем при работе «невидимой руки рынка». Адам Смит был, пожалуй, одним из первых, кто де-факто сформулировал теорию невмешательства государства в функционирование системы свободного экономического обмена и недопустимости ограничения договорной свободы в качестве опровержимой презумпции.

«Богатство народов», без сомнения, не лишено недостатков и некоторых неясностей (например, в отношении теории стоимости). Но в книге были систематично и последовательно изложены основные причины, по которым государству без крайней необходимости не стоит вмешиваться в свободный рыночный оборот. Именно за эти практические рекомендации работа Смита стала цениться столь высоко и именно к их восприятию и реализации британская политическая элита была уже готова.

Книга Смита, опубликованная в 1776 г., уже к 1780–1790-м гг. завоевала огромный авторитет, цитировалась в Парламенте и стала оказывать определяющее влияние на реальную политику английского правительства.

С выходом в свет данной книги английская экономическая политика стала смещаться в сторону принципов laissez-faire еще быстрее и последовательнее. В том числе в результате именно такой политики английская экономика набрала невиданные темпы роста, первая вступила в эпоху промышленной революции, оказалась наиболее инновацион-

ной, динамичной и устойчивой в мире, помогла Британии одолеть своих геополитических противников и превратиться в громадную и мощнейшую империю, обеспечив в итоге тотальную гегемонию этой страны в мировой экономике и политике в течение всего XIX в.[1]

Последователи Смита

Идеи Адама Смита имели широкий резонанс далеко за пределами сообщества экономистов. Его призывы осознать важность свободы экономической деятельности и обмена поддержал, в частности, выдающийся английский мыслитель, философ и юрист Иеремия Бентам, который в 1793 г. писал: «Девиз или лозунг, которым должно руководствоваться правительство: «быть незаметнее»... Это требование, которое сельское хозяйство, промышленность и торговля предъявляют правительствам, представляется таким же.... разумным, как просьба Диогена к Александру: «Не заслоняй мне солнце»»[2]. Бентам, как известно, относился крайне скептически к естественно-правовой аргументации как к метафизической благоглупости и всю политику права пытался вписать в создаваемую им утилитарную этическую парадигму. Соответственно его позиция заключалась в том, что свобода договора оправданна утилитарно, так как при ее реализации общество в целом выигрывает. Разъясняя утилитарную пользу от свободы заключения контрактов, Бентам писал: «...мы можем признать за общее правило, что всякое отчуждение предполагает выгоду, – из него всегда истекает какое-либо благо. При мене происходит два отчуждения, и каждое из них имеет свои особые выгоды. Выгода для каждого участвующего в мене состоит в различии между ценой для него той вещи, которую он отдает, и той, кото-

[1] Здесь, правда, не стоит думать, что экономическая политика laissez-faire являлась единственной причиной взлета английской экономики. Существует и множество других политических, правовых и иных факторов. Среди них следует особо выделить возникшую после «Славной революции» (1688–1689 гг.) и окончательного свержения Стюартов уникальную политическую систему парламентского типа, а также относительно эффективное сочетание элементов правового государства, независимой судебной системы и максимально возможных для того времени гарантий прав частной собственности. Как отмечается в литературе, когда Вольтер прибыл в Англию, «он попал из мира тирании в страну, где закон пусть и суров, но люди подчиняются законам, а не прихотям» (подробнее см.: *Беттел Т.* Собственность и процветание. М., 2008. С. 107–130). Кроме того, огромную роль играла и структура английской феодальной элиты, которая достаточно рано абсорбировала коммерческий дух. Английские джентри были вовлечены в рыночный обмен и ориентированы на рационализацию производства намного сильнее, чем континентальная дворянская элита. Не будь в наличии этих и ряда иных факторов, одной лишь реализации властью экономической программы laissez-faire было бы явно недостаточно для столь раннего промышленного рывка Британии.

[2] Цит. по: *Кейнс Дж.М.* Конец laissez-faire // Истоки. Вып. 3. М., 2001. С. 266.

рую приобретает. Каждая сделка такого рода порождает два новых наслаждения. В этом и состоит благо торговли»[1].

Более того, Бентам в своем знаменитом произведении «В защиту ростовщичества» 1787 г. («Defense of Usury»[2]) пошел еще дальше самого Смита в развитии его базовой установки на laissez-faire, убедительно показав, что нет никакого смысла не только в запрете процентных займов, но и в поддержанном Смитом законодательном ограничении размера процентной ставки, которое создает дефицит кредитных средств и противоречит воле сторон.

Многие аспекты новой экономической теории впоследствии уточнялись другими представителями по сути сформированной Смитом классической экономической школы. Здесь в первую очередь следует отметить знаменитую книгу Давида Рикардо «Начала политической экономии»[3], вышедшую в 1817 г., а также книгу «Принципы политической экономии» Джона Стюарта Милля, опубликованную в 1848 г. Эти фундаментальные исследования составили вместе с «Богатством народов» Смита триаду ключевых работ, сформировавших парадигму классической экономической теории в ее британской версии.

Давид Рикардо добавил наработкам Смита бóльшую аналитическую стройность и одним из первых попытался представить рыночные механизмы в качестве непреложных «экономических законов», из которых неизбежно дедуцируются те или иные частные аксиомы. При этом позиция Рикардо применительно к доктрине laissez-faire была куда более догматичной, чем у Адама Смита. Рикардо считал, что все заключенные в здравом уме и по свободной воле контракты должны быть защищены от какого-либо вмешательства со стороны государства. В частности, в отличие от Смита Рикардо категорично отвергал разумность любых попыток государства прямо ограничивать ставки процентов на заемный капитал во имя борьбы с ростовщичеством[4].

Авторитетная работа «Принципы политической экономии»[5] Джона Стюарта Милля, выдающегося философа и экономиста, оказывала определяющее влияние на экономическую политику английского правительства вплоть до окончания эпохи laissez-faire в конце XIX в. В этой книге, как, впрочем, и во втором своем бестселлере, эссе «О свободе», Милль выражал гораздо более умеренные взгляды, чем Рикардо.

---

[1] *Бентам И.* Основные начала Гражданского кодекса. Ч. II. Гл. II // *Бентам И.* Избранные сочинения. Т. 1. 1867 (книга доступна в Интернете на сайте: www.sotsim.ru).

[2] Доступно в Интернете на сайте: www.archive.org

[3] *Рикардо Д.* Сочинения. Т. 1: Начала политической экономии и налогового обложения. М., 1955.

[4] *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of Freedom of Contract. 1979. P. 315.

[5] *Милль Дж.С.* Основы политической экономии. В 3 т. М., 1981.

Согласно знаменитой теории Милля свобода личности может быть ограничена ровно в той мере, в какой ее проявления могут затронуть интересы других личностей. Ограничение свободы индивида, совершаемое государством во имя блага самого этого индивида (патернализм), по общему правилу недопустимо. Но в силу того, что любая экономическая сделка, как показал Смит, всегда прямо или косвенно влияет на общее экономическое благосостояние, принципы либерализма не исключают осторожное вмешательство государства в сферу свободы договорных отношений.

Милль старался уточнить и приблизить к реальности те аксиомы, которые Рикардо и некоторые иные классики-догматики выводили в отношении законов экономического развития и нормативных рекомендаций законодателям. Это часто приводило Милля к признанию необходимости государственного вмешательства в сферу свободы договора в целях устранения тех или иных сбоев в работе рыночного механизма. Он пытался найти золотую середину между чрезмерным государственным вмешательством в свободу экономического оборота, свойственным некоторым континентальным странам, и закрепившимся на Альбионе обратным уклоном в сторону куда более последовательного laissez-faire[1].

Дифференцированный подход Милля к вопросу о государственном вмешательстве в вопросы свободной торговли можно проиллюстрировать на следующих примерах. Так, Милль вслед за Рикардо и Бентамом и вопреки мнению Смита выступил последовательным противником законодательного установления максимума процентной ставки по ссудам. Развивая яркую критику, которую Иеремия Бентам ранее обрушил на законы, направленные против ростовщичества, Милль удивлялся, по какому такому критерию государство, которое не ограничивает участников оборота в праве свободно распоряжаться целыми имениями, вдруг проявляет такой патернализм по отношению к контрактам по привлечению заемных средств; почему человек в здравом уме, который применительно к любым другим сделкам рассматривается способным быть лучшим блюстителем собственных экономических интересов, в случае с привлечением им займа рассматривается государством как заслуживающий особенного покровительства? Милль не видит смысла в подобных ограничениях. Он пишет, что «ни один закон не в силах помешать расточителю разориться». Единственным последствием таких законодательных ограничений является то, что заемщики, которым кредиторы будут не согласны давать займы под законодательно установленный процент, будут вынуждены обращаться к «черному рынку» заемного капитала (к «бесчестным кредиторам») и получать займы под еще более

[1] *Милль Дж.С.* Основы политической экономии. В 3 т. Т. 3. С. 145, 146.

высокий процент, чем они получили бы на легальных рыночных условиях[1]. Иначе говоря, Милль не видел, каким образом законодательное ограничение процентных ставок может способствовать защите общего блага, и отвергал саму эту идею.

С другой стороны, Милль показывал, что в силу различных психологических причин поведение простых граждан, не являющихся профессиональными коммерсантами, часто отличается от тех абстрактных моделей, которые обычно строили экономисты[2], что оправдывает некоторые отступления от принципа laissez-faire в отношении договоров коммерсантов с обывателями. Так, например, Милль отстаивал идею об утилитарной обоснованности введения законодательного максимума рабочего времени. Такой патернализм Милль считал допустимым, так как он способствует защите долгосрочных экономических интересов рабочих и работодателей[3]. Милль также допускал прямые ограничения свободы договора там, где стороны принимают на себя обязательства на долгосрочную перспективу (например, по контрактам пожизненного найма или многолетним договорам оказания услуг), но не оговаривают при этом каких-либо возможностей для отказа от исполнения договора. Этот патернализм, как считал Милль, оправдывается тем, что человеку достаточно сложно предвидеть свои интересы в отдаленном будущем. Здесь государство может отойти от идеи о том, что человек является лучшим оценщиком своих собственных интересов, и проявить ограниченный патернализм[4].

При этом Миль одним из первых обратил внимание на то, что устранение государства из сферы договорных отношений в принципе невозможно хотя бы потому, что суды вынуждены защищать права кредиторов при нарушении договоров и рассматривать споры между контрагентами. И если практику судов по приведению в исполнение договорных обязательств еще можно объяснить тем, что суды проводят в жизнь волю сторон, то неизбежное участие судов и законодателей в создании правил, которые могли бы применяться при отсутствии уговора сторон на тот или иной случай, в установлении необходимых формальностей, в определении тех типов сделок, которые будут признаваться судами, демонстрирует куда более важную и активную роль, которую государство вынуждено играть в обеспечении свободного экономического оборота. Иначе говоря, государство обязано не только проводить в жизнь волю участников сделки, но и формировать условия и способствовать

[1] *Милль Дж.С.* Основы политической экономии. В 3 т. Т. 3. С. 322, 323.

[2] Там же. Т. 2. С. 178.

[3] Подробнее см.: *Rosenfeld* M. Contract and Justice: The Relation Between Classical Contract Law and Social Contract Theory // 70 Iowa Law Review. 1984–1985. P. 802.

[4] *Милль Дж.С.* Основы политической экономии. В 3 т. Т. 3. М., 1981. С. 362.

реализации свободного экономического обмена, а также в ряде случаев и ограничивать оный в ситуации, когда иные соображения в отношении общего блага того требуют[1].

Таким образом, де-факто Милль возвращался к изначальной идее Смита о невмешательстве государства в свободу экономического оборота как некой презумпции, отступление от которой может быть оправданно в отдельных случаях. Эту идею он выразил достаточно четко: «Из сказанного достаточно ясно, что общепризнанные функции государственной власти простираются далеко за пределы любых ограничительных барьеров, и функциям этим вряд ли можно найти некое единое обоснование и оправдание, помимо соображений практической целесообразности. Нельзя также отыскать какое-то единое правило для ограничения сферы вмешательства правительства, за исключением простого, но расплывчатого положения о том, что вмешательство это следует допустить исключительно при наличии особо веских соображений практической целесообразности»[2]. В другом месте он выразил эту крайне важную идею еще более лаконично. Милль писал, что «laissez-faire должно быть общим правилом» и «всякое отступление от него будет очевидным злом», если только оно не оправдывается «какой-либо громадной пользой»[3].

Но некоторые из сторонников данного направления зачастую отступали от умеренности взглядов Смита и Милля и нередко пытались доводить идею о государственном невмешательстве до абсолюта. Одним из таких авторов был знаменитый английский философ и социолог Герберт Спенсер. В своей известной книге «Социальная статика»[4], вышедшей в 1851 г. и часто ассоциирующейся с идеей об абсолютизации доктрины laissez-faire, он попытался продемонстрировать, что человеческое развитие осуществляется эволюционным путем. Еще до публикации «Происхождения видов» Дарвина Спенсер начал развивать разрабатываемую ранее рядом философов теорию, которая впоследствии стала известна как социальный дарвинизм. Согласно данной теории социальная эволюция и развитие происходят только в условиях, когда выживает сильнейший и наиболее приспособленный. Тотальная кон-

[1] *Милль Дж.С.* Основы политической экономии. В 3 т. Т. 3. С. 148–152.

[2] Там же. С. 151, 152.

[3] Там же. С. 350.

[4] *Спенсер Г.* Социальная статика: Изложение социальных законов, обуславливающих счастье человечества. СПб., 1906. Английское издание данной книги (*Spencer H.* Social Statics, *or The Conditions Essential to Happiness Specified and the First of Them Developed. 1851*) доступно в Интернете на сайтах: www.archive.org и http://oll.libertyfund.org) См. также: *Спенсер Г.* Справедливость. СПб., 1898 (доступно в Интернете на сайте: www.oldlawbook.narod.ru). Развитие взглядов Спенсера в отношении необходимости устранения государства из экономики см.: *Спенсер Г.* Опыты научные, политические и философские. Минск, 1999. С. 1150–1203.

куренция приводит к закреплению наиболее успешных и адаптированных к текущим условиям практик и успеху наиболее предприимчивых и сильных, а также к отмиранию неудачных решений и проигрышу менее способных участников конкурентной борьбы. В результате ничто не может так помешать прогрессу, как вмешательство государства в свободу экономического оборота и патернализм, которые препятствуют социально-экономической эволюции и отменяют результаты свободной конкуренции.

В теории Спенсера свобода договора является центральным механизмом, обеспечивающим экономический порядок и прогресс, разумным компромиссом между полной анархией и тотальной тиранией. Согласно мнению Спенсера попытки государства ограничивать свободу экономической деятельности, сколь бы благородные цели они ни преследовали, формируют условия для все новых и новых ограничений, приводя в конечном счете к полноценному рабству[1]. При этом Спенсер допускал ограничение свободы договора, но только в двух случаях – в отношении сделок об обращении в рабство и сделок, заключенных в условиях военного времени. В остальных случаях справедливость, коей он считал обеспечение полной свободы, ограниченной равной свободой других людей, не допускает ограничение государством договорной свободы[2]. Как мы видим, в теории Спенсера сфера свободы договора расширялась, а ее ограничения допускались намного реже, чем то предполагали воззрения Смита или Милля. Благодаря стараниям представителей классической экономической школы и успехам британской экономической политики, во многом основанной на их рекомендациях, либеральная экономическая теория и доктрина laissez-faire к 1830–1850-м гг. достигли своего апогея. Как пишет Альфред Маршалл, «изменения, которые до этого происходили медленно и последовательно, внезапно стали стремительными и резкими... Свободная конкуренция... свобода производства и предпринимательства получили возможность ринуться вперед, подобно исполинскому дикому чудовищу, не разбирая дороги»[3]. Как язвительно отмечает Карл Поланьи, в тот период «экономический либерализм загорелся энтузиазмом крестоносного движения, а laissez-faire стал символом воинствующей веры»[4].

Либертарианские экономические воззрения из Англии и США постепенно, хотя и не без труда, проникали на Континент, завоевывая там сторонников среди экономистов (например, во Франции – Жан Ба-

[1] См.: *Спенсер Г.* Личность и государство. СПб., 1908.

[2] *Спенсер Г.* Справедливость. СПб., 1898. С. 111–115.

[3] *Маршалл А.* Основы экономической науки. М., 2008. С. 66, 67.

[4] *Поланьи К.* Великая трансформация: политические и экономические истоки нашего времени. СПб., 2002. С. 154.

тист Сэй[1], Клод Фредерик Бастия[2] и др.) и политиков. Повсюду звучали голоса рассуждавших о свободе экономической деятельности и обмена, необходимости устранения государства от вмешательства в экономику, об отмене протекционистских мер, о разрушении всех средневековых барьеров для свободного предпринимательства и снятии средневековых ограничений договорной свободы. Более того, во многих наиболее развитых странах эти призывы не только определяли интеллектуальный фон, но и реально влияли на экономическую политику.

При этом не стоит питать иллюзии. Гегемония идеологии laissez-faire нигде не была абсолютной. Эксцессы необоснованного государственного вторжения в свободный экономический оборот случались постоянно. Поэтому было бы ошибкой думать, что XIX в. в западных странах был веком чистого либерализма. Как верно замечал Людвиг фон Мизес, либеральная программа нигде и никогда не была реализована полностью[3]. То, что характеризовало XIX в. в истории экономик наиболее развитых стран, – это *существенное* и отчасти даже взрывное расширение экономической свободы.

Конечно, степень проникновения либеральной экономической теории в реальную политику различных западных стран была разной. Безусловно, викторианская Англия и особенно мощно развивающиеся США представляли тогда наиболее яркие примеры достаточно широкой реализации принципов laissez-faire.

На первых порах ценности экономической свободы под влиянием английских успехов вышли на первый план и в таких странах, как Германия и Франция[4]. Сторонники конкуренции, свободного оборота и минимизации государственного вмешательства в экономику в начале XIX в. стали доминировать здесь как в экономической науке, так и в реальной политике. Но здесь имелись свои нюансы. Так, например, экономическая теория немецких государств XVIII в. находилась под сильным влиянием камерализма – немецкого варианта учения об умелом государственном управлении экономикой, в центре которого находились не предприниматели, потребители и их взаимодействие, а государство и его политические интересы. Конкуренция считалась опасным разъединяющим нацию фактором, свободная внешняя торговля ограничивалась из меркантильных соображений, а экономика

[1] См.: *Сэй Ж.-Б.* Трактат по политической экономии // *Idem*. Трактат по политической экономии; *Фредерик Бастиа*. Экономические софизмы. Экономические гармонии. М., 2000. С. 7–88.

[2] См., напр.: *Бастиа Ф.* Грабеж по закону. Челябинск, 2006.

[3] *Фон Мизес Л.* Либерализм. М., 2001. С. 7.

[4] *Rothbard M.* An Austrian Perspective on the History of Economic Thought. Vol. II: Classical Economics. 2006. P. 441 ff.

должна была находиться под неусыпным контролем многочисленных бюрократов, направлявших ее в сторону обеспечения первоочередных задач государства. Достаточно вспомнить, что состоящая из тысяч параграфов прусская гражданская кодификация (Прусское земское уложение) 1794 г. стремилась урегулировать все нюансы экономического и личного поведения, включая порядок грудного вскармливания детей. Эта прусская экономическая и регулятивная модель ярко диссонировала с теми идеалами, которые вместе с работой Смита стали проникать в немецкие земли в конце XVIII в. В конечном счете идеалы laissez-faire к началу XIX в. все-таки вытеснили камерализм, сформировали почву для ряда либеральных экономических реформ и доминировали в экономической науке в первой половине XIX в.[1]

Но во второй половине XIX в. и особенно после объединения Германии ценности экономической свободы столкнулись с приобретшей имперский масштаб прусской этатистской традицией, стремлением имперских политиков обеспечить национальную солидарность, а также с возникшей в середине XIX в. и приобретшей мощное влияние исторической школой экономики (Лист, Шмоллер и др.). Немецкая историческая экономическая школа не была настроена антикапиталистически, но пыталась сопротивляться проникающей из Англии классической экономической теории, построенной на представлении об эгоизме человеческой природы, космополитизме, индивидуализме, конкуренции и разделении труда. Историческая же школа делала упор на «национальном духе» экономического развития, зачастую гораздо менее уважительно относилась к идеалам laissez-faire, готова была жертвовать конкуренцией ради национальной солидарности, часто склонялась к патернализму в отношении менее защищенных участников оборота и государственному регулированию экономики в целом. Так, основной предтеча исторической экономической школы Фридрих Лист в своем главном произведении писал, что laissez-faire близко сердцу воров, грабителей и плутов не менее, чем купцов. И интересы отдельных купцов отнюдь не всегда совпадают с интересами национальной экономики в целом[2].

Все эти и некоторые другие политические, социально-экономические, культурные и идеологические причины в конечном счете определяли несколько менее последовательное отражение принципов экономической свободы в реальной экономической политике возникшей

[1] См. подробнее: *Balabkins N.* Not by Theory Alone... the Economics of Gustave von Schmoller and its Legacy to America. 1988. P. 22 ff; *Rothbard M.N.* An Austrian Perspective on the History of Economic Thought. Vol. I: Economic Thought Before Adam Smith. 2006. P. 498.

[2] *List F.* National System of Political Economy. Vol. II. 2005. P. 169, 170.

в 1870-е гг. Германской империи с ее милитаристским и бюрократическим уклоном.

Тем не менее и в Германии, и во Франции период с начала XIX в. до 1880–1890-х гг. характеризовался существенным ослаблением государственного контроля над свободным оборотом, раскрепощением частной инициативы и усилением защиты коммерческих интересов и сделок от государственного вмешательства.

Расцвет эпохи laissez-faire в передовых западных странах отнюдь не означал полный уход государства из экономики. В этой сфере государство продолжало играть колоссальную роль. Но общая идеология государственного вмешательства была коренным образом изменена. В новых условиях «государство», приватизированное буржуазной элитой, вместо того, чтобы ограничивать свободу экономического оборота и чинить помехи интересам национальной буржуазии, стало выполнять функции военного, политического и правового их обеспечения. Без государственного обеспечения священности прав собственности, без совершенствования системы государственного принуждения в отношении нарушителей договоров и повышения эффективности судебной системы, без геополитического покровительства национальной рыночной экономики, без военной защиты интересов национальной промышленности и обеспечения рынков сбыта ее продукции, без всего этого экономический рост и промышленный рывок многих передовых западных стран не были бы столь внушительны. Ф.А. фон Хайек писал, что следует остерегаться ошибочного упрощения, согласно которому признание святости частной собственности и свободы договора само собой решает все проблемы и отменяет необходимость сколько-нибудь серьезного государственного регулирования. В частности, государственное позитивное регулирование играет и должно играть значительную роль в формировании удобного и способствующего свободному экономическому обороту договорного права[1]. Поэтому когда говорят о XIX в. как об эпохе laissez-faire, то имеют в виду не утрату интереса государства к экономической политике, а вполне конкретное изменение ее модели[2].

[1] См.: *Хайек Ф.А.* Индивидуализм и экономический порядок. М., 2001. С. 120–125.

[2] В этой связи, видимо, прав Карл Поланьи, который на основе подробного анализа истории формирования условий для английского рыночного рывка в XIX в. констатирует, что «принцип laissez-faire был проведен в жизнь усилиями государства», а утверждение экономического либерализма потребовало громадного расширения административных функций бюрократического аппарата, который был задействован в реализации масштабных задач, поставленных сторонниками экономического либерализма. Для того чтобы свалить «махину» феодальных, общинных, коллективистских, общественных, экономических и правовых институтов и создать условия для гегемонии рыночной экономической парадигмы, требовалась не минимизация роли государства, а ее многократное

С учетом этих уточнений можно согласиться с тем, что в целом ряде стран (в первую очередь в Голландии, Англии и США) рыночная свобода в XIX в. стала политической доминантой, определившей бурный промышленный и экономический рост экономик этих стран. И безусловно этот процесс играл решающую роль в возвышении принципа свободы договора в правовой науке, законодательстве и судебной практике. Договорная свобода под теми или иными названиями была одной из центральных тем всех описанных выше ключевых работ по экономической теории и жарких публичных дискуссий. В условиях, когда верх в последних в XIX в. все чаще одерживали сторонники laissez-faire, а государства выстраивали правовое регулирование на основе этих идей, не стоит удивляться тому, что принцип свободы договора, подготовленный столетиями эволюции римского и средневекового частного права, приобрел в тот период новое, политико-экономическое звучание и был возведен в ранг одного из «символов веры» (наряду с абсолютом частной собственности) буржуазных государств. Без особого преувеличения можно сказать, что авторитет принципа свободы договора в XIX в. был сопоставим со статусом идеи прав и свобод человека во второй половине XX в.

§ 2. Социально-этическая основа наступления эпохи laissez-faire

Как не трудно догадаться, наступление к концу XVIII в. эпохи экономической свободы основывалось не только на успехах промышленности и финансовых рынков, росте политического влияния буржуазной элиты и открытиях в области экономической теории. Немаловажную роль сыграли и существенные изменения в области доминирующей этики. Развитие и утверждение принципа свободы договора происходили под сильным влиянием становления идеалов личной свободы.

Индивидуализм и идея свободы личности созревали медленно. Большое влияние на их развитие оказали подвижки в экономическом базисе и постепенное формирование буржуазных отношений, для которых коллективизм был препятствием к раскрытию конкурентного потенциала личного стремления к успеху и обогащению. Но в не меньшей степени имело значение и развитие, начиная с эпохи Возрождения, современной светской гуманистической философии, ставящей личность человека в центр социальной и культурной жизни.

Именно индивид, его стремления, воля, красота и права постепенно переместились в центр внимания философов, писателей, художни-

усиление. Вопрос соответственно был не в уходе государства из экономики, а в новой парадигме взаимодействия государства и рынка. Подробнее см.: *Поланьи К.* Великая трансформация: политические и экономические истоки нашего времени. СПб., 2002. С. 156.

ков и ученых. Не традиция, не Божественный промысл, не интересы группы, а потребности, интересы и воля индивида стали оказываться в центре социальной системы. В итоге новая этика рационализма, личной свободы и индивидуализма в XIX в. в передовых европейских странах и США существенно потеснила старую этику традиции, иерархии и коллективизма.

Конечно же наступление эры индивидуализма не было некой неожиданной революцией, но подготавливалось столетиями эволюции реального социально-экономического базиса, культуры и интеллектуальных споров. Как пишет З. Бауман, оранжереи, в которых позднее проросли ростки современной идеи свободы, были построены еще в Средневековье[1]. Такие структурные изменения не происходят в одночасье[2]. Тем не менее только в XVIII–XIX вв. все было готово к тому, чтобы в ряде западных стран почувствовавшая свою силу личность заявила о своих правах во весь голос, бросив вызов унаследованным с первобытных времен коллективистским и возникшим на их основе этатистским установкам и гнету традиций. Именно тогда постепенно складывалась идея о неотъемлемых и естественных правах и свободах личности. Постепенно человек признается обладающим целым рядом прав и свобод, которые общество (коллектив или государство) не может нарушать.

Утверждение в интеллектуальных, а затем и в самых широких социальных слоях представлений о естественных правах человека и «негативной» свободе личности от общественного и государственного вмешательства в ее дела в результате интенсивной социальной и идеологической борьбы, революций и войн происходило практически во всех западных странах. В некоторой степени история западной культуры в XVIII–XIX вв. – это прерывистый, а в некоторых странах и крайне витиеватый, но в целом уверенный рост и укрепление либеральной этической программы[3]. Последняя была результатом глубинных процессов разрушения тысячелетней коллективистской социальной структуры и постепенной рационализации и индивидуализации человеческих взаимоотношений, которому во многом способствовали такие выдающиеся мыслители прошлого, как Локк, Монтескье, Гумбольдт, Токвилль, Констан, Милль, Спенсер и многие другие.

[1] *Бауман З.* Свобода. М., 2006. С. 52.

[2] Подробнее о развитии соотношения личности и коллектива в недрах средневековой культуры см.: *Гуревич А.* Индивид и социум на средневековом Западе. СПб., 2009.

[3] Под либеральными ценностями и либеральной политикой мы будем понимать то, что понимали под этими терминами сторонники негативной концепции свободы и основоположники классического либерализма XIX в., ставящие в качестве основной своей цели ограждение индивида от вторжения в сферу его частной автономии со стороны общества и государства. Современное американское понимание либерализма, перевернувшее все с ног на голову, нами здесь игнорируется.

Нельзя не обратить внимание на тот замечательный факт, что как у экономического, так и у философско-этического либерализма можно условно обнаружить единый «год рождения» – это 1776 г. В этот год в Британии вышло в свет обсуждавшееся выше «Исследование о природе и причинах богатства народов» Адама Смита. Но по странному стечению обстоятельств в этом же году по другую сторону Атлантики – в США – была принята написанная по проекту Томаса Джефферсона Декларация независимости, в которой были на государственном уровне закреплены те идеи либерализма и свободы личности, которые до этого развивались лишь отдельными философами. Права на «жизнь, свободу и стремление к счастью», закрепленные в этом документе и положенные в фундамент нового американского государства, знаменовали собой начало торжественного шествия идеи о естественных правах и свободах личности в человеческой истории.

Одним из важных последствий этой глобальной культурной трансформации стало превращение идеи добровольного контракта в базовый этический концепт, на котором строится вся социальная структура нового общества. Известный социолог и правовед сэр Генри Мэйн (Maine) в свой книге «Древнее право» высказал впоследствии ставшую крайне популярной идею о том, что прогресс цивилизации шел «от статуса к договору»[1]. Начав с положения, в котором почти все более или менее добровольные общественные отношения строились на межгрупповом уровне, а внутри этих групп индивиды были вовлечены в сеть принудительных социальных связей, социальная структура в итоге пришла к тому состоянию, в котором все общественные отношения основаны на рациональном и взаимовыгодном сотрудничестве индивидуумов, оформленном частными добровольными соглашениями.

Аналогичные взгляды высказывали и другие социологи. Так, Эмиль Дюркгейм, Макс Вебер и Питирим Сорокин отмечали, что в новую эпоху тотальной рационализации «механическая солидарность», основанная на традиционно заданном, императивном порядке взаимодействия людей в жестко стратифицированном обществе, уступала место «органической солидарности», основанной на рационально осознанной необходимости взаимовыгодного и добровольного сотрудничества людей в условиях разделения труда и разрушения жестких социальных барьеров. Контрактная парадигма взаимодействия вытесняла принудительный, облигаторный алгоритм взаимодействия людей, формируя условия для возникновения нового, «контрактного общества»[2]. В XIX в.

[1] *Maine H.S.* Ancient Law. 1908. P. 151 (книга доступна в Интернете на сайте: www.archive.org).

[2] См.: *Дюркгейм Э.* О разделении общественного труда. М., 1996; *Weber M.* Economy and Society. 1978. P. 669; *Сорокин П.* Кризис нашего времени: социальный и культурный обзор. М., 2009. С. 213–221.

на Западе наступил «золотой век» контрактуалистской парадигмы социального развития[1].

Известный американский теоретик laissez-faire Уильям Г. Самнер (Sumner) уточнял природу этого перехода от статуса к контракту так: «В Средние века люди были пожизненно сгруппированы обычаем или законом в ассоциации, сословия, гильдии и сообщества различного рода». Соответственно, на его взгляд, общественные отношения оказались зависимы напрямую от статуса его членов, в современном же государстве «и в США более, чем где-либо, социальная структура основана на контракте». Он писал, что в таком современном обществе взаимосвязи между людьми строятся на сугубо рациональных началах и сохраняются ровно до тех пор, пока это отвечает разумным интересам контрактующих сторон. В результате такого изменения в осознании природы общественных отношений на смену тем или иным формам принудительного коллективизма приходил индивидуализм, основанный на добровольных и рационально просчитанных сделках лично свободных людей[2].

Как справедливо резюмировал Мизес, «межличностный обмен товарами и услугами сплел те связи, которые объединяют теперь людей в обществе, и новая формула социального взаимодействия выражается в идее do ut des («даю, чтобы ты дал»)[3]. В некотором смысле в центре внимания философов, юристов, социологов и экономистов в XIX в. оказался «человек контрактующий»[4].

В этих условиях договор стал являть собой центральный инструмент обеспечения новой системы рационального и добровольного взаимодействия, а его свобода стала рассматриваться как проявление новой индивидуалистической этики наступающей эпохи. В условиях, когда личная свобода в XIX в. постепенно становилась одной из центральных этических ценностей западных обществ, не приходится удивляться тому, что все более этически ценной стала казаться возможность осуществления свободной экономической деятельности и заключения договоров в частности. Роль же государства применительно к этим контрактным взаимодействиям индивидов согласно воззрениям классической либеральной традиции XIX в. должна быть минимальной. Все, что требуется от государства как «ночного сторожа», это бороться с преступ-

[1] *Сорокин П.* Кризис нашего времени: социальный и культурный обзор. М., 2009. С. 215.

[2] *Sumner W.G.* What Social Classes Owe to Each Other. 1920. P. 24–27 (книга доступна в Интернете на сайте: www.archive.org).

[3] *Фон Мизес Л.* Человеческая деятельность: трактат по экономической теории. Челябинск, 2008. С. 184.

[4] *Уильямсон О.* Экономические институты капитализма. СПб., 1996. С. 91.

ностью, защищать людей от насилия со стороны сограждан, оберегать общество от внешних врагов, пресекать откровенные мошенничества и кражи, а также приводить в исполнение контрактные обязательства, но ни в коем случае не вмешиваться в содержание того частноправового порядка, который люди считают для себя приемлемым и фиксируют своим добровольным соглашением. В принципе какие-то отдельные исключения, выводящие роль государства за эти крайне узкие рамки, большая часть интеллектуальной элиты того времени допускала. Как замечал известный американский экономист Аарон Директор, «laissez-faire являлся лишь призывом в защиту того, что любое расширение государственной активности следует презюмировать ошибкой»[1]. Для опровержения данной презумпции считалось необходимым привести крайне веские основания, а любые попытки государства вторгаться в свободный оборот рассматривались с крайним подозрением[2].

§ 3. Отражение в области частного права

Новые тенденции

Сейчас трудно дифференцировать роль, которую в утверждении авторитета идеи свободы договора сыграли изменения экономического базиса, капиталистическая трансформация, развитие классической экономической теории, с одной стороны, и подвижки в области доминирующих этических ценностей, крах коллективизма, возвышение индивидуализма и либеральной этики, с другой стороны. Оба данных политико-правовых тренда, дополняя друг друга и закрепляя наработки догматического и естественно-правового дискурса прошлой эпохи, предопределили понимание политико-правового значения и абсолютизацию принципа свободы договора в XIX в. На связь между возвышением доктрины свободы договора в XVIII–XIX вв. и наступлением эпохи экономического либерализма и индивидуализма указывают многие авторы по обе стороны Атлантики (Уиллистон, Атийя, Гилмор, Дюги, Саватье, Виакер и др.)[3].

Наступление коммерческих интересов и обслуживающих их классической экономической теории и либеральной этической идеологии на феодальную структуру частного права стимулировало отвержение

[1] *Director A.* Parity of The Economic Market Place // 7 Journal of Law and Economics. 1964. P. 2.

[2] Подробнее см.: *Mayer D.N.* The Myth of «Laissez-Faire Constitutionalism»: Liberty of Contract During the Lochner Era // 36 Hastings Constitutional Law Quarterly. 2008–2009. P. 242, 243, 258, 259.

[3] Обзор таких взлядов см.: *Gordley J.* The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. 1991. P. 214, 215.

тех юридических доктрин, которые мешали предпринимателям оформлять свои трансакции, формировать инвестиционные и деловые планы, полагаться на взаимные обязательства и закрепление тех юридических концептов, которые этим целям способствовали. В литературе в этой связи отмечается следующее: «Свобода договора и максимальное ограничение вмешательства государства в хозяйство были боевым знаменем буржуазии в ее борьбе против феодального неравенства и абсолютистского государства, пытавшегося мелочной регламентацией и всевозможными ограничениями искусственно задержать рост производительных сил и сохранить обветшалую и негодную для новых экономических условий правовую и государственную форму. Лозунг свободы договора был одним из самых популярных в эпоху борьбы буржуазии за власть»[1].

Постепенно, по мере того как буржуазный элемент вытеснял феодальный во власти, государства все чаще отменяли многие из тех законодательных ограничений свободы договора, которые вводились в прежние эпохи гегемонии феодальной структуры частного права, архаического формализма и канонических представлений о справедливости обмена. Повсеместно позитивное право отказывалось от многих внедренных ранее инструментов обеспечения содержательной справедливости договорных отношений и иных не устраивающих коммерческое сословие ограничений свободы договорных отношений. Эта тенденция вполне объяснима не только возвышением буржуазии и ее интересов, но и глубинной трансформацией экономической жизни и нравственных начал, определяющих должный формат экономических отношений. В феодальную эпоху оборот был в основном замкнут внутри небольших социальных анклавов (городов, феодальных доменов, местных общин, купеческих гильдий и т.п.) и поэтому испытывал серьезное влияние этических и традиционных установок малой группы, в которой, как правило, состояли оба участника сделки. В таких условиях контрагенты испытывали серьезное нравственное или социальное давление в случаях выхода их сделок за рамки коллективных представлений о должном их содержании. По мере перестройки экономики на коммерческих, а затем и на индустриальных началах участие в обороте теряло эти характеристики, рынок становился все более глобальным и обезличенным. Пользоваться слабостью своего партнера для выгадывания наилучших условий в ситуации, когда обе стороны проживают в одной деревне или являются членами узкого круга купцов, намного сложнее, чем тогда, когда контракт заключается между теми, кто друг друга скорее всего никогда не видел ранее и не увидит более, или теми, кто разделен религией, традициями или национальной принадлежностью. В то время как

[1] *Халфина Р.О.* Договор в английском гражданском праве. М., 1959. С. 184.

коммерческие интересы требовали предоставления участникам договора свободы в определении договорных условий и освобождения от внешних ограничений автономии воли сторон, сама социальная структура глобального рынка приводила к естественному ослаблению хватки коллективистских представлений о должных параметрах обмена. Иначе говоря, отступление идеи справедливости обмена и возвышение свободы договора было предопределено в тот период множеством факторов и было, по-видимому, вполне естественным в заданных условиях.

Если в средневековом праве приоритет отдавался справедливости и нравственности договора, в новых условиях роль центрального принципа договорного права занял абсолют договорной свободы. Законодательство, судебная практика и научная доктрина наиболее развитых в экономическом отношении стран с началом XIX в. взяли достаточно четкий курс на расширение сферы свободы договора и адаптацию позитивного права к потребностям бурно развивающейся рыночной экономики. Принцип laissez-faire бесцеремонно вторгся в договорное право[1].

Формирование универсальной концепции договора в континентально-европейских странах

Бурный рост в развитии с конца XVIII в. капиталистических отношений, долгосрочных инвестиций, корпоративной формы ведения бизнеса, рынка акций и заморской торговли требовал признания юридической силы договора как инструмента контроля над будущим. Поэтому вместо примитивной модели одномоментного обмена по принципу «из рук в руки» основной моделью контракта становится договор, определяющий права и обязанности сторон на будущее и фиксирующий санкции за те или иные отступления от этих договоренностей. Каждая из участвующих в коммерческом обороте сторон нуждалась в гарантиях исполнения другой стороной всех согласованных договорных условий, и позитивное право в новых условиях начало эти гарантии обеспечивать. Универсальная конструкция консенсуального договора, порождающего обязательства сторон в силу одной лишь их воли и голого факта ее выражения в заключенном договоре, стала центральным инструментом частного планирования, постепенно вытесняя идею реального договора на периферию[2]. Она позволяла не только распределить риски, связанные с исполнением договора, между сторонами, но и обес-

[1] *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.

[2] *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 74, 76, 220 ff.

печить их ожидания возможностью принудительной реализации обязательств судами, предоставляя своего рода «контроль над будущим»[1].

Рост популярности консенсуальных договоров неминуемо привлек повышенное внимание к основной особенности таких сделок – феномену возникновения обязательств, имеющих судебную защиту в силу одного лишь факта волеизъявления сторон. В этой связи неудивительно, что уже в XVIII в. во многих странах стали господствующими те или иные формы волевой теории, связывающей возникновение правовых последствий с волей контрагентов[2]. Различный акцент здесь делался на реальной воле сторон или на формальном волеизъявлении. Но это не меняло общего настроя оценивать контракт как реализацию имманентной природе людей автономии воли, которая должна быть иммунизирована от произвольных вмешательств извне[3].

Было бы неверно видеть в популяризации в XIX в. волевой теории некую революцию. То, что обязательства сторон могут возникать из самого факта достижения соглашения, было известно уже многие столетия и признавалось (хотя и с некоторыми ограничениями) еще в римском праве. Как мы помним, Аквинат требовал неукоснительного исполнения обязательств и считал эти обязательства законом для должника. Великий французский цивилист Ж. Дома еще в XVII в. отмечал, что обязательства проистекают из одного лишь факта заключения добровольного и осознанного соглашения, и повторял тезис Аквината о том, что содержание такого соглашения имеет силу закона для сторон, его заключивших[4]. Робер Потье, оказавший огромное влияние на кодификацию гражданского права во Франции, еще в XVIII в. в своем знаменитом трактате по обязательственному и договорному праву писал, что согласия сторон по общему правилу достаточно для возникновения договора[5]. Унаследованные от римского права технические и догматические затруднения в виде проблем с признанием непоименованных договоров были в устранены еще в XVI–XVIII вв., что в значительной степени способствовало переосмыслению значения консенсуального договора. Соответственно волевая теория договора, ставшая столь популярной в XIX в., по сути была основана на доктринальных основаниях, заложенных многими предыдущими поколениями юристов. Новыми были та сила, с которой юристы XIX в. стали проповедовать фактор свобод-

[1] Подробнее см.: *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of Freedom of Contract. 1979. P. 420, 421.

[2] *Gordley J.* Contract, Property and the Will – the Civil Law and Common Law Tradition // The State and Freedom of Contract / Ed. by Harry N. Scheiber. 1998. P. 67.

[3] *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. II. М., 1998. С. 8.

[4] *Domat J.* The Civil Law in Its Natural Order. Vol. I. 1850. P. 162, 165, 167 (доступно в Интернете на сайте: http://www.archive.org).

[5] *Pothier R.* A Treatise on the Law of Obligations or Contracts. Vol. I. 1806. P. 9.

ной воли, та роль, которая теперь отводилась автономии воли сторон в научной доктрине и судебной практике, а также готовность законодателя эту волевую природу договора прямо кодифицировать[1].

В XIX в. о совпадении воль сторон договора как о силе, создающей обязательства, писали французские цивилисты (например, М. Планиоль[2]). Именно на этой идее строилась разработанная немецкими пандектистами в XIX в. теория сделок как актов, влекущих правовые последствия в силу одного лишь волеизъявления. Классик немецкой пандектной школы Г.Ф. Пухта писал, что именно «воля действующего лица определяет содержание юридической сделки»[3]. Эта идеология в итоге отразилась в утвердившемся в немецком праве к концу XIX в. понятии сделки как «частного волеизъявления, направленного на правовые последствия, которые право санкционирует в силу того, что на это направлена воля сторон»[4]. Теория воли постепенно через рецепцию немецкой пандектистики внедрилась и в российское дореволюционное право. Так, в России И.А. Покровский писал, что «зиждущей силой всякого договора является соглашение сторон, то есть их воля. Юридические последствия договора принципиально наступают именно потому, что их желали авторы договора»[5].

В результате экспансии волевой теории контракт становился если не священным, то как минимум практически иммунизированным от вмешательства со стороны государства именно потому, что являл собой выраженную в соглашении волю сторон. В результате основная инновация в области осмысления договорного права в XVIII–XIX вв. состояла в возведении элемента выраженной в соглашении воли сторон в ранг своего рода базового принципа, от которого частные нормы договорного права должны отталкиваться.

Степень формализации процесса согласования воль значительно снизилась. Все более интенсивный оборот требовал снижения трансакционных издержек (издержек контрактирования), и государства отвечали на этот запрос, постепенно ослабляя требования к форме заключаемых договоров и основаниям для признания юридической силы договорных обязательств, сохраняя лишь те требования, которые были минимально необходимы для достоверного определения воли сторон. Расцвет волевой теории привел, в частности, к тому, что в ряде стран (например, в Германии) к XIX в. доктрина каузы сделки была отверг-

[1] *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 232.
[2] *Планиоль М.* Курс французского гражданского права. Петраков, 1911. С. 265.
[3] *Пухта Г.Ф.* Курс римского гражданского права. Т. 1. М., 1874. С. 161.
[4] *Hogg M.* Promises and Contract Law. Comparative Perspectives. 2011. P. 157.
[5] *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 245.

нута, а вопрос о серьезности намерений сторон стал считаться вопросом доказывания[1].

Возвышение принципа автономии воли сторон в континентально-европейских странах

В парадигме волевой теории справедливость содержания контракта, столь важная для юристов, философов и теологов прошлых эпох, в значительной степени теряла свою актуальность, при условии, что при составлении контракта были соблюдены все нужные формальности, не имелось пороков воли и не нарушались те или иные фундаментальные аспекты публичного порядка или добрых нравов[2]. В XIX в. общим принципом нового договорного права стала прозвучавшая еще в Corpus Juris Civilis и отвергнутая в период Средневековья идея о том, что контрагенты, за редкими исключениями, могут легитимно стремиться обхитрить друг друга и использовать свои преимущества для выгадывания наилучших для себя условий, на которые готов добровольно согласиться партнер, не переступая при этом черту, за которой начинается мошенничество, попрание свободы волеизъявления, нарушение закона или добрых нравов[3].

Принципы справедливости обмена и добросовестности в тот период хотя и не игнорировались вовсе, но не признавались большинством юрисдикций в качестве фундаментальных начал договорного права.

Такой формальный подход значительно расширял сферу реальной договорной свободы, порывая с римскими, каноническими и феодальными ограничениями, мешавшими развитию рыночной экономики.

---

[1] В Германии (§ 278 ГГУ) суд теперь определяет серьезность намерений сторон из всего комплекса доказательств. Презумпция серьезности сделки опровергается, если будет доказано, что лицо, сделавшее соответствующее волеизъявление, не желало возникновения юридически значимых обязательств (например, просто шутило) и имело основания рассчитывать на то, что у адресатов волеизъявления не возникнет сомнений в отношении несерьезности волеизъявления. См.: *Hogg M.* Promises and Contract Law. Comparative Perspectives. 2011. P. 151, 278.

[2] *Gordley J.* Equality in Exchange // 69 California Law Review. 1981. P. 1654.

[3] Ранние проводники волевой теории (как Жан Дома) отмечали, что явная несправедливость цены по общему правилу хотя и противоречит естественному праву, но в силу сложностей в определении ее справедливого уровня и во имя стабильности оборота не может порочить сделку. В то же время тогда часто считали, что в ряде исключительных случаев несправедливость цены или иных условий (например, явно заниженная цена товара в договоре купли-продажи недвижимости) все же может быть признана правом основанием для оспаривания договора (см.: *Domat J.* The Civil Law in Its Natural Order. Vol. I. 1850. P. 194, 208, 209, 217). Правоведы же XIX в., как правило, допускали оспаривание цены или иных согласованных условий только при очевидном мошенничестве или иных пороках воли и отказывались считать возможным основанием для такого вмешательства суда несправедливость договора как таковую.

Именно с этим временем связана доктринальная разработка вопросов, связанных со свободой договора. Как отмечалось ранее, во времена римского права и в Средние века исследовались лишь отдельные аспекты, связанные со свободой договора (юридическая сила непоименованных договоров, допустимость и пределы вмешательства государства в регулирование отдельных видов договоров и др.). Но концепция «свобода договора» не была выделена и осмыслена в качестве базового принципа гражданского права.

В условиях, когда большое число экономически активных участников оборота стало заинтересовано в создании стабильного правопорядка, который мог бы позволить им строить свои экономические планы и инвестировать капитал в расчете на отдаленную прибыль, правотворцы все больше уделяли внимание разработке норм договорного права, направленных на обеспечение порожденных договором ожиданий контрагентов, а не вопросу о справедливости сделки. Приоритет долгосрочных интересов над краткосрочными пронизывал все договорное право эпохи расцвета свободы договора в XIX в.[1]

В договорном праве воцарился правовой формализм. Роль суда сводилась к устранению неоправданных препятствий для совершения частных сделок и обеспечению принудительного исполнения достигнутых соглашений[2]. Поскольку формирование договорных условий являлось прерогативой сторон, суд выполнял пассивную функцию и лишь интерпретировал достигнутые договоренности (как правило, в соответствии с их буквальным значением). В его задачи не входила корректировка условий договора, для того чтобы обеспечить справедливый баланс интересов сторон[3]. Кратко существо нового подхода можно выразить формулой: «Что основано на договоре, то справедливо»[4].

В европейской правовой науке вопросы, касающиеся политико-правовых оснований ограничения свободы договора, как правило, глубоко не анализировались. Сторонники экзегетической школы частного права во Франции и пандектного учения в Германии, доминирующих в соответствующих странах во второй половине XIX в., превозносили автономию воли. Как уже отмечалось, в основе этих учений лежали философия индивидуализма, либерализма и laissez-faire[5]. Сколько-нибудь детальное обсуждение проблематики контроля справедливости

[1] *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of Freedom of Contract. 1979. P. 354.

[2] Подробнее см.: *Teeven K.M.* A History of the Anglo-American Common Law of Contract. 1990. Ch. 6.

[3] *McKendrick E.* Contract Law: Text, Cases and Materials. 2nd edn., Oxford, 2005. P. 17.

[4] *Fouillée.* La science sociale contemporaine. Paris, 1880. P. 410 (цит. по: *Beale H., Hartkamp A., Kotz H., Tallon D.* Cases, Materials and Text on Contract Law. 2002. P. 120).

[5] См.: *Dawson J.P.* The Oracles of the Law. 1968. P. 458; *Stein P.* Roman Law in European History. 1999. P. 122; *Gordley J., von Mehren A.* An Introduction of Comparative Study of Pri-

договорных условий, как и сами такие слова, как «справедливость» или «защита слабой стороны», не было свойственно сугубо догматическому дискурсу цивилистов того времени. Достаточно просто изучить основополагающие для развития частного права того времени и, к счастью, переведенные на русский язык работы об обязательствах и сделках таких авторов, как Ф.К. Савиньи[1], Г.Ф. Пухта[2] или Б. Виндшейд[3], чтобы получить наглядный пример того, что цивилисты второй половины XIX в. не интересовались проблематикой справедливости содержания договоров, а любые намеки на естественно-правовые или иные политико-правовые аргументы исключались из цивилистического дискурса в принципе. Немецкая правовая доктрина к середине XIX в. исходила из того, что свобода договора является чуть ли не абсолютным принципом[4]. Аналогичный вывод можно сделать и в отношении написанного в конце XIX в. объемного курса французского гражданского права М. Планиоля, в котором проблематика ограничений свободы надлежащим образом заключенного договора практически вовсе не упоминается[5].

«Зиждущая сила» воли сторон во всех этих работах эпохи laissez-faire указывается как источник возникновения обязательств, а ограничения свободы договора (если не считать односложных упоминаний о недействительности сделок, противоречащих закону или принципам нравственности[6]) не считались сколько-нибудь важной темой для обсуждения. Некоторое увеличение внимания к политико-правовому анализу ограничений свободы договора можно обнаружить в работах ряда цивилистов в самом конце XIX в. (например, Г. Дернбурга[7]), но для классической пандектной правовой науки это было не характерно и являло собой признаки приближения краха пандектной методологии и догматической научной гегемонии в целом.

Безусловно, в отличие от цивилистической науки, погрузившейся во второй половине XIX в. в чистый догматизм и переставшей вовсе упо-

vate Law: Readings, Cases and Materials. 2006. P. 60; *Reimann M.* Nineteenth Century German Legal Science // 31 Boston College Law Review. 1989–1900. P. 892.

[1] *Савиньи Ф.К.* Обязательственное право. М., 1876.

[2] *Пухта Г.Ф.* Курс римского гражданского права. Т. 1. М., 1874.

[3] *Виндшейд Б.* Об обязательствах по римскому праву. СПб., 1875.

[4] *John M.* Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany: The Origins of Civil Code. 1989. P. 4.

[5] *Планиоль М.* Курс французского гражданского права. Петраков, 1911.

[6] *Виндшейд Б.* Об обязательствах по римскому праву. СПб., 1875. С. 150, 151.

[7] См.: *Дернбург Г.* Пандекты. Т. 2: Обязательственное право. М., 1911. С. 45–47. Здесь можно встретить нетрадиционные для классической пандектистики соображения о необходимости защиты слабой стороны договора от явно несправедливых и кабальных договорных условий.

минать вопросы справедливости или практической пользы[1], в реальной судебной практике вопросы справедливости договорных условий так или иначе вставали. Так, например, один американский судья в начале XIX в. отмечал в решении, что «было бы огромным злом для общества и ударом по идее справедливости... если бы явно неравноправные договоры, навязанные благодаря обману, неожиданности или искусному ведению дел умными людьми своим слабым, неопытным или попавшим в нужду контрагентам, не могли бы проверяться и отклоняться судами»[2]. Но степень влияния ценностей справедливости на конкретную судебную практику в XIX в. значительно снизилась.

Суды, желающие подвергнуть содержание договоров контролю и ограничению, были вынуждены использовать различные искусственные маневры, тщательно маскируя патернализм. В самых вопиющих случаях они использовали ссылки на доктрины обмана, насилия, принуждения, каузы сделки, принципы толкования договора и другие институты договорного права, не предназначенные для защиты контрагента от несправедливости договорных условий[3]. Но в отсутствие формального признания в позитивном праве инструментов прямого контроля справедливости содержания договора и на общем идеологическом фоне, когда не приветствовался такой патернализм в принципе и абсолютизировались автономия воли сторон и ответственность за свои обещания, интенсивность такой практики значительно снизилась по сравнению со средневековыми временами.

Во многих западных странах, особенно тех, которые наиболее последовательно старались реализовывать экономическую программу laissez-faire, отменялись законы об ограничении процентных ставок по ссудам. По мере повышения значимости заемного капитала для финансирования инвестиций подобные ограничения стали идти вразрез с потребностями оборота. Идея о том, что требование вознаграждения за предоставление денег взаем является априори чем-то предосудительным или греховным, во многих (особенно протестантских) странах потеря-

[1] Для того чтобы прочувствовать этот фундаментальный разрыв, достаточно сравнить работы Дома (XVII в.) и Потье (XVIII в.) с пандектами немецких романистов второй половины XIX в. В первых постоянно упоминается справедливость, естественное право, соображения практической пользы и иные политико-правовые факторы. Во вторых же весь научной анализ предстает в виде абстрактной формальной логики и герменевтики римских источников, а ссылки на политику права практически никогда не приводятся. Автор мог на страницах своей книги упомянуть сотни раз Гая или Папиниана и ни разу – справедливость.

[2] Подробнее см.: *Horwitz M.J.* The Transformation of American Law. 1780–1860. 1977. P. 164, 165.

[3] О практике использования таких инструментов для ограничения договорной свободы в английском праве XIX в. см.: *Kenny M.*, *Devenney J.*, *O'Mahony L.F.* Unconscionability in European Private Financial Transactions: Protecting the Vulnerable. 2010. P. 26–34.

ла свою моральную или утилитарную легитимность и правовую основу еще в XVII в. В XIX в. новая экономическая идеология заставила ряд стран отказаться и от контроля процентных ставок, стирая разницу между ценой договора купли-продажи и процентами, вознаграждающими займодавца. Так, например, под влиянием ценностей laissez-faire потолки процентных ставок были отменены в Германии в 1867 г.[1] Во Франции принятое в начале XIX в. законодательство, устанавливающее максимальный размер процентов по ссудам[2], было подвергнуто критике многими современниками, ссылавшимися на то, что законодатель не может ограничить свободное определение процентов по займу, так как эта величина относительна и зависит от конкретных условий заключения сделки, репутации заемщика, оценки рисков и других факторов. Под давлением критики эти ограничения были отменены в 1886 г. в отношении торговых займов, когда эпоха laissez-faire в Европе достигла своего апогея. В отличие от Германии эти ограничения во Франции сохранились в отношении займов общегражданских[3].

Попытки прямого ограничения цен на те или иные товары и услуги в XIX в. иногда практиковались в форме точечных законодательных вмешательств в свободный экономический оборот, но воспринимались как экстраординарные меры, часто подвергались критике и были по сравнению со средневековым периодом достаточно редки. Накопленный эмпирический опыт и экспертное мнение таких авторитетов, как А. Смит и многие другие первые теоретики экономической мысли, доказывали, что в большинстве случаев указанные меры неэффективны и вредны для нормального развития экономики.

В этих условиях неудивительно, что в Европе доктрина laesio enormis начала утрачивать свою популярность. Во Франции постепенное ограничение расширенной в Средневековье доктрины laesio enormis и возвращение ее в изначально заданные в Corpus Juris узкие рамки происходили в течение XVII и XVIII вв.[4] Так, в XVII в. Жан Дома считал невозможным применение данной доктрины ко всем двусторонним договорам и допускал ссылку на несоразмерность цены для оспаривания договора только в отношении строго ограниченных случаев, среди которых основным являлась купля-продажа недвижимости[5]. Потье в XVIII в. отмечал невозможность применения доктрины laesio enormis в случаях,

[1] *Zimmermannn R.* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford. 1996. P. 174 ff.

[2] *Brissaud J.* History of French Private Law. Boston, 1912. P. 525.

[3] См.: *Годэмэ Е.* Общая теория обязательств. М., 1948. С. 214.

[4] *Dawson J.P.* Economic Duress and the Fair Exchange in French and German Law // 11 Tulane Law Review. 1936–1937. P. 367.

[5] *Domat J.* The Civil Law in its Natural Order. Vol. I. 1850. P. 194, 208, 209, 217.

когда сложно установить справедливую цену (например, применительно к договорам страхования), а также ее неприменимость к договорам продажи движимых вещей и аренды[1].

В XVIII в. на доктрину справедливой цены обрушился немецкий правовед и философ Кристиан Томазий, отмечавший вслед за Гоббсом, что цена благ относительна и что значение имеет не то, какую цену считают справедливой люди, а то, на какую цену согласились стороны конкретной сделки[2]. Само по себе существование отклонения договорной цены от рыночного уровня переставало считаться поводом для оспаривания сделки, хотя в ряде случаев и могло признаваться одним из признаков некого дефекта воли.

К XVIII–XIX вв. созрели условия для более решительного отхода от доктрины laesio enormis на уровне гражданских кодификаций. Такой отход осуществлялся в различных странах по-разному.

Во-первых, в ряде гражданских кодексов (например, как мы покажем далее, во Французском гражданском кодексе) прямо указывалось на то, что несоразмерность цены сама по себе не порочит договор, допуская обратное только в отдельных прямо указанных в законе случаях (как правило, купля-продажа недвижимости).

Во-вторых, другой вариант сужения сферы применения данной доктрины представляет нам Прусское земское уложение 1794 г., которое в § 58 также прямо указывало, что несоразмерность цены сама по себе не порочит сделку, но в § 59 допустило, что расхождение цены более чем в два раза вводит опровержимую презумпцию того, что договор заключался под влиянием заблуждения, которое дает право на его оспаривание.

В-третьих, австрийское право использовало еще один вариант сужения сферы действия данной доктрины. В § 934 Австрийского гражданского уложения 1811 г. (далее – АГУ) доктрина laesio enormis была закреплена в том широком формате, который сложился в средневековом праве, и применялась к любым двусторонним договорам, в которых цена была несоразмерна встречному предоставлению более чем в два раза. Но в реальности сфера применения данной нормы была значительно сужена за счет § 935, в котором в полной мере нашли свое отражение нарождавшиеся в начале XIX в. ценности laissez-faire. Здесь предусматривался целый перечень случаев, в которых применение доктрины laesio enormis исключается. В частности, в изначальной редакции § 935 упоминались следующие исключения: 1) случай согласования сторонами прямого отказа от ссылки на доктрину laesio

[1] *Pothier R.* A Treatise on the Law of Obligations or Contracts. Vol. I. 1806. P. 22, 23.

[2] Цит. по: *Gordley J.* The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. 1991. P. 201.

enormis; 2) ситуация, когда сторона осознанно приняла предложенную цену, зная о реальной рыночной стоимости блага; 3) заключение возмездного договора с несоразмерной ценой по причине наличия желания одарить контрагента в части соответствующей ценовой разницы; 4) продажа с аукциона[1]. Важно особо отметить, что АГУ, развивая идеи средневековых глоссаторов, дало сторонам право прямо в договоре отказаться от применения доктрины laesio enormis. По сути это означало, что смысл доктрины сводился не столько к обеспечению справедливого обмена, сколько к тому, чтобы обеспечить осознанный выбор сторон и исключить случаи, когда стороны заблуждаются в отношении цены.

В-четвертых, в ряде стран произошла прямая отмена доктрины laesio enormis применительно к сделкам между коммерсантами с сохранением данной доктрины в той или иной усеченной форме в отношении остальных контрактов. Однозначное исключение применения доктрины laesio enormis к контрактам между коммерсантами было закреплено в § 286 Общегерманского торгового уложения 1861 г. и действовало на территории немецких земель и Австрии. Австрийское законодательство, которое, как мы видели, в Гражданском уложении 1811 г. (§ 934, 935) хотя и с рядом серьезных исключений, но признавало доктрину laesio enormis, после принятия Общегерманского торгового уложения исключило применение доктрины laesio enormis еще и в отношении контрактов между коммерсантами.

В-пятых, некоторые европейские законодатели в середине XIX в. в целом исключили применение доктрины laesio enormis в Баварии (1861) и в Саксонии (1863)[2].

При этом в тех странах, где доктрина laesio enormis в той или иной усеченной форме сохранялась в рамках позитивного права, она в XIX в. применялась намного реже[3]. Как отмечает Р. Циммерманн, за весь XIX в. найдется крайне мало случаев запротоколированных судебных дел, в которых ссылка на laesio enormis была бы поддержана судом. Как отмечает этот уважаемый цивилист, доктрина laesio enormis хотя и сохранилась в тексте некоторых старых кодексов, но весь XIX в. жила беспомощной жизнью пенсионера[4]. В некоторых других зарубежных работах ссылки на судебные дела XIX в., в которых доктрина laesio enormis применялась

[1] *Kötz H.*, *Flessner A.* European Contract Law. Vol. I. 2002. P. 131.

[2] *Gordley J.*, *von Mehren A.* An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings. Cases. Materials. Cambridge, 2006. P. 465.

[3] *Arrunada B.*, *Andonova V.* Common Law and Civil Law as Pro-Market Adaptations // 26 Washington University Journal of Law and Policy. 2008. P. 106.

[4] *Zimmermannn R.* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1996. C. 268.

судами, даются[1]. Тем не менее, судя по всему, интенсивность ее применения действительно значительно снизилась.

Причины этой тенденции вполне очевидны. Во-первых, развитие классической экономической науки постепенно дискредитировало идею о том, что у экономических благ имеется какая-то объективная внутренняя ценность, не зависящая от субъективных оценок конкретных контрагентов. И этот тезис оказывал прямое воздействие на взгляды юристов. Теофиль Берлье (Berlier), французский юрист и член Государственного совета Франции времен Наполеона, в начале XIX в. писал, что «вещи как правило не имеют истинной, справедливой цены, они ценны одним больше, другим меньше... и цена становится известной только в результате заключения соглашения»[2]. Аналогичные взгляды высказывали и другие цивилисты XIX в. (Эндеманн, Демоломб, Лоран и др.)[3]. Во-вторых, расцвет волевой теории на волне популяризации ценностей laissez-faire просто подавлял легитимность различных попыток проведения патерналистской политики обеспечения справедливости вопреки выраженной в договоре воле его сторон.

Также новые веяния в политике права привели к тому, что ранее столь популярное правило о праве суда снизить договорную неустойку стало выходить из моды. Так, например, принцип буквального применения договорной неустойки был закреплен, в частности, в Прусском земском уложении 1794 г. (ст. 292, 293) и в целом был характерен для права ряда немецких земель[4]. Показательно, что указания на возможность снижения несоразмерной неустойки не найти, в частности, в работах Савиньи[5], Виндшейда[6]. К концу XIX в., по мере сворачивания политики laissez-faire, усиления интервенционистской экономической политики имперского правительства и роста популярности идей социального государства (начиная со знаменитых социальных реформ Бисмарка), такой жесткий подход стал подвергаться критике[7]. Тем не менее на практике до принятия Германского гражданского уложения снижение неустойки было достаточно затруднено в связи с тем, что

[1] *Dawson J.P.* Economic Duress and the Fair Exchange in French and German Law // 11 Tulane Law Review. 1936–1937. P. 368.

[2] Цит. по: *Gordley J.* Equality in Exchange // 69 California Law Review. 1981. P. 1593.

[3] Обзор мнений см.: *Gordley J.* The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. 1991. P. 202, 203.

[4] *Von Mehren A.* Encyclopedia of Comparative Law. Vol. VII: A General View of Contract. 2008. P. 47.

[5] *Савиньи Ф.К.* Обязательственное право. М., 1876. С. 538–541.

[6] *Виндшейд Б.* Об обязательствах по римскому праву. СПб., 1875. С. 79–83.

[7] Обзор критики ст. 292 и 293 Прусского земского уложения см.: *Пергамент М.Я.* Договорная неустойка и интерес. М., 1905. С. 178, 179.

для пересмотра судом договорного условия о неустойке тогда не было достаточных законных оснований[1].

Происходило и множество иных изменений в частноправовой догме, направленных на расширение сферы договорной свободы. Так, например, с наступлением гегемонии капиталистических отношений право европейских стран перестало сомневаться в наличии у кредитора возможности осуществить уступку прав требований третьему лицу. Включение в число оборотоспособных активов прав требований значительно интенсифицировало оборот и позволяло участникам оборота, нуждающимся в срочном рефинансировании, получать его за счет продажи своих прав требований тем участникам оборота, которые имеют свободный капитал и готовы ждать погашения уступаемого долга. Последние рассчитывали на извлечение прибыли за счет получения от цедента соответствующего дисконта к номиналу долга. Античное и средневековое право исходило из личностной природы обязательственной связи и испытывало сложности с доктринальным принятием самой идеи свободного отчуждения прав требований. Но право капиталистических экономик не могло более мириться с этим препятствием[2].

Европейское частное право явным образом модифицировалось под воздействием бурного развития капитализма и этики индивидуализма.

Великие гражданские кодификации XIX в.

Французский гражданский кодекс

«Золотой век» свободы договора ознаменовался рядом кодификаций, которые закрепили формирование классического договорного права, основанного на концепции консенсуального договора и абсолюте автономии воли сторон.

Здесь в первую очередь следует вспомнить Французский гражданский кодекс 1804 г. (далее – ФГК). Взамен отброшенных институтов феодального прошлого в основу развития общества были заложены и законодательно закреплены основные либеральные и либерально-экономические ценности: абсолютный характер права собственности, свобода завещания и возведенная в ранг фундаментального принципа идея свободы договора[3].

В ст. 1134 ФГК была торжественно закреплена формула, ранее озвученная Фомой Аквинским, а затем Жаном Дома, согласно которой «со-

[1] *Дернбург Г.* Пандекты. Т. 3: Обязательственное право. С. 157.

[2] Подробнее об истории признания допустимости уступки прав требований см.: *Zimmermann R.* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1996. С. 58 ff.

[3] *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. М., 2000. С. 118.

глашения, заключенные надлежащим образом, имеют силу закона для тех, кто их заключил»[1]. Бельгийский цивилист Лоран (Laurent) комментировал ст. 1134 ФГК следующим образом: «Судья должен рассматривать решения сторон договора как имеющие силу закона и не изменять их, прикрываясь идеями справедливости. Воля стала единственным источником обязательств сторон, и не существует никаких более высоких стандартов, в соответствии с которыми она может быть оценена или восполнена»[2]. То, что законодатель сравнил силу заключенных договоров с авторитетом закона, отражало вполне четкое стремление сделать акцент на абсолютном статусе воли сторон[3].

Этот либерально-экономический и индивидуалистический «дух», пропитавший первую полноценно буржуазную гражданскую кодификацию XIX в., проявлялся в целом ряде других норм. Так, в силу ст. 1118 ФГК устанавливалось, что несоразмерность встречного удовлетворения может опорочить контракт только в случаях, которые указаны в Кодексе. Тем самым, как уже отмечалось, французский законодатель в качестве общего правила прямо исключил применение доктрины laesio enormis. Как описывает мотивы данного разрыва с этой средневековой доктриной Евгений Годэмэ, авторы Кодекса осознавали, что такое ограничение свободы договора в современных условиях невозможно. В силу затруднительности определения цен, зависящих от конкретных обстоятельств и предпочтений контрагентов, такая мера стесняла бы все торговые отношения, формировала бы стимулы для лиц, не желающих исполнять договор, недобросовестно оспаривать его по причине несоразмерности цены и тем самым порождала бы неиссякаемые судебные споры[4].

Другой пример: ФГК прямо запретил снижение неустойки судом (абз.1 ст. 1152), порывая тем самым со складывавшейся веками со времен византийского права практикой судебного контроля соразмерности неустойки и демонстративно проигнорировав мнение таких основоположников французского договорного права, как Дома и Потье. Как отмечается в литературе, это был еще один пример проникновения в договорное право идеалов laissez-faire[5]. Идея о том, что в силу принципа корректива справедливости компенсационные меры не должны обогащать пострадавшего кредитора, оказалась подчиненной по отно-

[1] Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / Пер. с фр. В. Захватаева. Киев, 2006. С. 385.

[2] *Laurent F.* Principes de droit civil français. 1869. XV, § 485. Цит. по: *Gordley J.* Myths of the French Civil Code // 42 American Journal of Comparative Law. 1994. P. 478.

[3] *Де ла Морандьер Ж.* Гражданское право Франции. Т. 2. М., 1960. С. 42.

[4] *Годэмэ Е.* Общая теория обязательств. М., 1948. С. 85.

[5] *Arrunada B., Andonova V.* Market Institutions and Judicial Rulemaking // Handbook of New Institutional Economics / Ed. by C. Ménard, M.M. Shirley. 2005. P. 237.

шению к принципу свободы договора[1]. Это правило буквального применения условия о неустойке в XIX в. находило поддержку во французских судах и доктрине[2]. Даже в конце XIX в. ведущий французский цивилист Марсель Планиоль продолжал настаивать на том, что «соглашение о неустойке представляет собой закон для сторон», а суд не вправе снижать неустойку и ограничивать таким образом свободу договора[3]. Соглашение о неустойке является всего лишь одним из условий договора, которое в силу ст. 1134 ФГК не могло быть подвергнуто оценке судом и имело «силу закона».

Наконец, важное проявление новой политико-правовой идеологии состояло в самом использованном в ФГК методе регулирования договорных отношений. Подавляющее число норм договорного права рассматривались как диспозитивные и направленные лишь на восполнение пробелов в договоре. Императивность нормы, касающейся прав и обязанностей сторон договора (если она не была прямо выражена в самом тексте нормы), выводилась судами путем ее толкования достаточно редко[4]. Гражданско-правовое регулирование договорных отношений тем самым ориентировалось не столько на ограничение автономии воли, сколько на вспоможение сторонам, не отразившим тот или иной вопрос в договоре.

Тем не менее нельзя сказать, что вопрос справедливости договорных условий ФГК игнорировал вовсе. Как мы уже писали, французский законодатель отказался от закрепления доктрины laesio enormis в том ее широком формате, который стал популярен в Средневековье, и прямо закрепил, что несоразмерность цены сама по себе приводит к недействительности договора. Но при этом контроль соразмерности цены в качестве исключения был установлен применительно к ряду немногочисленных случаев, среди которых главный – купля-продажа недвижимости. Иначе говоря, французское право вернулось к изначальной ограниченной версии доктрины, которая и была закреплена в Corpus Juris Civilis. Статья 1674 ФГК устанавливала, что если продавец согласно договору получает оплату в размере менее $^{7}/_{12}$ цены недвижимости (не $^{1}/_{2}$, как в римском праве), он может требовать признания продажи недействительной (институт lesion). В ходе подготовки проекта ФГК высказывались как предложения не включать в Кодекс механизмы контроля

[1] *Miller L.* Penalty Clauses in England and France: a Comparative Study // 53 International and Comparative Law Quarterly. 2004. P. 86.

[2] См., напр.: Определение Палаты по гражданским делам 23 мая 1940 г. (ссылка дается по кн.: *Морандьер Л.Ж.* Гражданское право Франции. Т. 2. М., 1960. С. 341.

[3] *Планиоль М.* Курс французского гражданского права. Часть первая: Теория об обязательствах. Петраков, 1911. С. 44.

[4] См.: *Годэмэ Е.* Общая теория обязательств. М., 1948. С. 211; *Nicholas B.* The French Law of Contract. 2003. P. 230, 231.

соразмерности встречных предоставлений, так и идеи о необходимости обеспечения эквивалентности. Так, например, по мнению Наполеона, принимавшего активное участие в обсуждениях проекта ФГК, «нельзя говорить о договоре купли-продажи, если лицо не получает эквивалента того, что оно предоставляет»[1]. «Будет ли соответствовать принципам социальной справедливости возможность лица распоряжаться наследием предков и родовым имением своих детей в моменты собственной глупости?!» – восклицал Наполеон[2]. В итоге был достигнут компромисс. По общем правилу контроль эквивалентности был отменен, но применительно к недвижимости как наиболее ценному по тем временам объекту оборота становящиеся все более убедительными к тому времени соображения об утилитарной нежелательности вторжения государства в сферу автономии воли сторон уступили дорогу идеям коммутативной справедливости и патернализму.

Тем не менее далеко не все восприняли с энтузиазмом присутствие данной нормы в ФГК – уж больно она не соответствовала духу эпохи царившей тогда laissez-faire. Как пишет Доусон, многие французские цивилисты такую странную избирательность французского законодателя, равно как и установление каких-либо четких ценовых пропорций в целом, считали абсурдом и жестко критиковали[3]. Отмечалось, что цена является категорией субъективной, переменной и относительной, а нерыночный уровень цен сам по себе не может порочить любой договор, в том числе и сделки купли-продажи недвижимости[4]. По мнению ряда авторов того времени, вещь, которая для одного из контрагентов имеет одну цену с точки зрения его чисто коммерческих соображений, может оцениваться совсем по-иному другим контрагентом в зависимости от его потребностей и вкусов[5]. Несмотря на эту критику, норма ст. 1674 ФГК не была французским законодателем отменена.

Однако наиболее существенным потенциальным ограничителем свободы договора в ФГК являются ст. 1131–1133. В соответствии с данными статьями обязательство, которое имеет незаконное основание, не может иметь силы. При этом под незаконным основанием договора понимается противоречие закону, добрым нравам или публичному порядку. Данные нормы тесно связаны с другой статьей ФГК – ст. 6, в со-

[1] *Gordley J., von Mehren A.* An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings. Cases, Materials. Cambridge, 2006. P. 464.

[2] *Von Mehren A.* The French Doctrine of Lésion in the Sale of Immovable Property // 49 Tulane Law Review. 1974. P. 326.

[3] *Dawson J.P.* Economic Duress and the Fair Exchange in French and German Law // 11 Tulane Law Review. 1936–1937. P. 372.

[4] *Gordley J.* Equality in Exchange // 69 California Law Review. 1981. P. 1594; *Demolombe C.* Cours de Code Napolèon 24 (1854–1882), § 194.

[5] *Laurent F.* Principes de droit civil français. 1869. XV, § 485.

ответствии с которой отступление от законов, касающихся публичного порядка и добрых нравов, путем отдельных соглашений не допускается. Определения понятий публичного порядка и добрых нравов не были закреплены в ФГК. Поэтому роль определения их содержания была отведена судам, которые должны были в каждом конкретном случае учитывать существующие на момент рассмотрения дела представления о добрых нравах и публичном порядке. Таким образом, ФГК изначально содержал механизм контроля над содержанием условий договора в тех случаях, когда убедительные политико-правовые мотивы будут явно указывать на необходимость ограничения договорной свободы. Тем самым, несмотря на сильную приверженность идеалам свободы договора, французский законодатель оставил судам достаточно гибкое средство ограничения свободы договора.

Однако на практике эти признанные законом оценочные ограничения свободы договора мало использовались французскими судами как минимум в течение первых двух третей XIX в. Суды той эпохи старались не вдаваться в вопросы политики права, которые лежат в основе понятий «публичный порядок» и «добрые нравы». Ссылки на публичный порядок и добрые нравы использовались судами в основном для ограничения сделок, явно нарушающих общепризнанные этические стандарты семейной или сексуальной жизни, неоправданно ограничивающих личную свободу или носящих явный антигосударственный характер. Использование данных норм в патерналистских целях защиты контрагента от навязанных ему несправедливых условий было очень ограниченным[1].

Германское гражданское уложение

Другой великий кодификационный акт XIX в., Германское гражданское уложение (далее – ГГУ), готовился в течение всей последней трети XIX в. и вступил в силу в 1900 г. В отличие от ФГК, который принимался на заре эпохи laissez-faire, в пору надежд на прекрасное будущее общества свободных людей и неограниченных возможностей рыночной экономики, рубеж XIX–XX вв. знаменовал собой начало совсем иной эпохи. То был период больших перемен для немецкого общества, которое все быстрее трансформировалось из аграрного в индустриальное. В Германии крупный монополистический бизнес приходил на смену множества мелких и активно конкурирующих предпринимателей, ускорялась урбанизация, нарастали классовые противоречия, усиливалось идеологическое давление со стороны социалистических течений, а мир

[1] General Clauses and Standards in European Contract Law: Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification / Ed. by S. Grundmann and D. Mazeaud. 2006. P. 3, 4.

в целом стоял на пороге колоссальных экономических, политических и военных потрясений. Эпоха laissez-faire подходила к концу. Однако, несмотря на столь серьезные перемены в социально-экономическом базисе, сама кодификационная надстройка эти изменения в общем и целом игнорировала. Как писал Радбрух, ГГУ, вступившее в силу на самом рубеже веков, все же было «конечным продуктом скорее 19 в., нежели начала 20 в.»[1]. Уложение отражало «ценности мира, который был обречен на исчезновение»[2].

Германское гражданское уложение исходило из тех же начал классического буржуазного права, что и Французский гражданский кодекс, – из формального равенства перед законом и автономии воли. Будучи апофеозом влияния пандектного учения, ГГУ в полной мере отразило катехизис экономической программы laissez-faire в частном праве и в первую очередь такие либеральные ценности, как абсолют частной собственности, свободы договора и свободы завещания[3].

Несмотря на то что ГГУ не содержит отдельной статьи или параграфа, посвященного свободе договора (подобно ст. 1134 ФГК), идея свободы договора пропитывает все Уложение. В Мотивах к проекту Уложения принцип свободы договора неоднократно упоминается как руководящий[4]. Например, здесь отмечается, что «основной принцип, который господствует в обязательственном праве, – свобода договора»[5], а также указывается на то, что «в силу принципа свободы договора, господствующего над правом обязательственных отношений, стороны могут определить по взаимному добровольному соглашению свои взаимные правовые и коммерческие отношения...»[6].

Немецкие цивилисты, разрабатывавшие ГГУ, как и их французские коллеги того времени, отказывались замечать проблему неравенства переговорных возможностей в договорах личного найма и в сделках с монополистами. Для авторов ГГУ архетипом субъектов, контрактные взаимоотношения которых регулировались Уложением, был не рабочий на фабрике или мелкий потребитель, а состоятельный буржуа или

[1] *Цвайгерт К.*, *Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. М., 2000. С. 228.

[2] *Kötz H.* Civil Code Revision in Germany: the Experience in the Field of Contract Law // 20 Israel Law Review. 1985. P. 8; *Zimmermannn R.* The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives. Oxford, 2005. C. 20.

[3] *Gordley J.*, *von Mehren A.* An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings. Cases. Materials. Cambridge, 2006. P. 60.

[4] *Markesinis B.*, *Unberath H.*, *Johnston A.* The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2-d ed. Entirely Revised and Updated. Oxford, 2006. C. 45.

[5] Motive zu dem Entwurfe eines Bürglichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. I. Berlin; Leipzig, 1888. S. 173.

[6] Ibid. S. 2.

землевладелец, имеющий достаточно опыта и реальных возможностей рационально использовать свободу договора[1]. На основе этих базовых идеологических установок зафиксированные в ГГУ ограничения свободы договора были минимизированы.

Подавляющее большинство положений, относящихся к обязательственному праву, представляли собой диспозитивные нормы (dispositives Recht), которые применялись, если стороны не изменили их своим волеизъявлением[2]. Количество императивных норм было крайне незначительным. Они считывались судами в рамках толкования закона в основном только в тех редких случаях, когда законодатель устанавливал прямые запреты на согласование тех или иных условий. Диспозитивность норм, определяющих права и обязанности сторон договора, фактически презюмировалась[3]. Это означало, что основная цель введения в ГГУ норм, определяющих права и обязанности сторон договорных отношений, состояла не в том, чтобы ограничить свободу договора, а в том, чтобы заполнить пробелы в контракте.

Доктрина laesio enormis была прямо отвергнута разработчиками ГГУ как не соответствующая новым экономическим реалиям и не укладывающаяся в принципы договорного права. Так, в Мотивах к проекту ГГУ отмечалось, что данная доктрина устарела, опасна для стабильности договорных отношений, спорна, а также не соответствует общим принципам, лежащим в основе Уложения[4]. Как уже отмечалось, еще до принятия ГГУ соответствующие положения были отменены в ряде немецких земель, а в отношении предпринимательских сделок – в модельном Общем торговом уложении (1861 г.), принятом впоследствии в немецких землях, вошедших в конфедерацию, а затем действовавшем в Империи вплоть до принятия новых гражданских и торговых кодификаций в самом конце XIX в.[5] Тем не менее во многих землях даже в конце XIX в. данная доктрина была все еще частью гражданского позитивного права в отношении контрактов, участниками которых не являются коммерсанты[6]. Проект ГГУ порывал с этой традицией, реши-

[1] *Kötz H.* Civil Code Revision in Germany: the Experience in the Field of Contract Law // 20 Israel Law Review. 1985. P. 8.

[2] *Эннекцерус Л., Кипп Т., Вольф М.* Курс германского гражданского права. Т. I. Полутом 1. М., 1949. С. 173.

[3] Contract Law and Practice. The English System with Scottish, Commonwealth and Continental Comparisons / Ed. by M. Whincup. 5th td. 2006. P. 161.

[4] Цит. по: *Dawson J.P.* Economic Duress and the Fair Exchange in French and German Law // 11 Tulane Law Review. 1936–1937. P. 376.

[5] *Gordley J., von Mehren A.* An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings. Cases. Materials. Cambridge, 2006. P. 465.

[6] *Dawson J.P.* Economic Duress and the Fair Exchange in French and German Law // 11 Tulane Law Review. 1936–1937. P. 368.

тельно отвергая возможность того, что сама по себе несоразмерность цены с превышением какого-либо четкого порога может порочить договор как таковая. Основным аргументом был тот факт, что цена является относительной величиной и не может контролироваться судом.

За недостаточное количество «капель социального масла» и увлеченное отстаивание идеи свободы договора проект ГГУ стал поводом для критики со стороны сторонников более патерналистского подхода, требовавших отражения в кодификации реального неравенства переговорных и социальных возможностей контрагентов[1]. По мнению Отто фон Гирке, в новых экономических условиях принцип свободы договора выступал на практике средством закабаления слабой стороны. Разработчики ГГУ, отмечает он, проигнорировали тот факт, что участниками оборота стали многочисленные корпорации, которые являются заведомо более сильными контрагентами. Поэтому, по мнению Гирке, положения проекта ГГУ о свободе договоров личного найма или об определении размеров процентов по воле сторон служат интересам заведомо более сильной стороны договора и выступают вследствие этого в качестве инструмента социальной эксплуатации[2]. Другой автор применительно к проекту ГГУ писал: «В истории законодательства вообще нельзя найти ни одного законодательного труда, который покровительствовал бы так односторонне интересам состоятельных классов и который обнаружил бы так ясно свое пристрастие, как германский проект»[3].

Эта критика не осталась безрезультатной. Вступившее в силу в 1900 г. ГГУ все-таки отразило некоторые ограниченные уступки и компромиссы. Пандектная научная мысль, сформировавшая основные черты ГГУ, противилась введению в Общегерманский гражданский кодекс нормы о допустимости снижения неустойки. Тем не менее после жарких споров сторонников классического пандектного договорного права с Отто фон Гирке и другими сторонниками социализации частного права в самой последней версии текста проекта Уложения появилась норма о праве суда снизить чрезмерную договорную неустойку (§ 343)[4]. Суть компромисса состояла в том, что согласно принято-

[1] См.: *John M.* Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany: The Origins of Civil Code. 1989. P. 108; *Markesinis B.*, *Unberath H.*, *Johnston A.* The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2-d ed. Entirely Revised and Updated. Oxford, 2006. C. 45.

[2] *Michael J.* Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany: The Origins of Civil Code. Oxford, 1989. P. 110.

[3] *Menger A.* Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Stuttgart, 1891 (цит. по: *John M.* Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany: The Origins of Civil Code. 1989. P. 118 ff).

[4] *Zimmermannn R.* The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. 1996. P. 108.

му в тот же период времени и действующему до сих пор Германскому торговому уложению (далее – ГТУ) в отношениях между профессиональными предпринимателями снижение неустойки было запрещено (§ 348). Тем самым патерналистская коррекция неустойки была признана допустимой, но только не в случае сугубо коммерческого контракта.

Более того, под влиянием обвинений авторов проекта в нежелании защищать слабую сторону договора уже после передачи итогового проекта ГГУ в Рейхстаг в текст законопроекта был внесен п. 2 § 138. Данная норма уточняет применение правила о запрете на заключение сделок, противоречащих добрым нравам, указывая на недействительность сделок, по которым одно лицо, пользуясь стесненным положением, неопытностью, легкомыслием или слабоволием другого лица, в обмен на какое-нибудь предоставление со своей стороны заставляет его пообещать либо предоставить себе или третьему лицу имущественные выгоды, явно несоразмерные указанному предоставлению. Данное положение не было включено в предыдущие редакции проектов ГГУ, поскольку нормы, наделяющие судью правом аннулировать договор из-за несоразмерности встречных удовлетворений и несбалансированности договорных условий в целом, казались опасными для правовой стабильности, противоречащими принципу автономии воли и не соответствующими доминирующей экономической идеологии. Тем не менее в конечном счете под давлением аргументов Гирке и других юристов данная норма все-таки была одобрена[1].

Правда, немецкое законодательство в отличие от средневековой доктрины laesio enormis, французского института lesion, применяемого к сделкам с недвижимостью и ряду иных прямо указанных в законе сделок, и австрийского законодательства не установило никаких четких пропорций, нарушение которых повлечет недействительность договора, и допустило судебный контроль только в тех случаях, когда несоразмерность обмениваемых благ сочетается с дополнительными отягчающими обстоятельствами, связанными с процессом заключения договора (эксплуатация стесненного положения контрагента, а также его неопытности, легкомыслия или слабоволия). Таким образом, сам факт расхождения стоимости обмениваемых благ не является основанием для оспаривания договора. К концу XIX в. было уже достаточно понятно, что одного лишь факта несоразмерности цены недостаточно, чтобы опорочить договор. Поэтому все большее число правопорядков допускало оспаривание договоров с явно несоразмерными встречными предоставлениями только тогда, когда одновременно с этим при заключе-

[1] *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. М., 2000. С. 14.

нии договора имела место эксплуатация слабых переговорных возможностей одной из сторон[1].

Здесь важно отметить и тот факт, что в ГГУ (п. 1 § 138), так же как и в ФГК, была закреплена общая норма о недействительности сделки, противоречащей добрым нравам, а также включен ставший впоследствии знаменитым «золотой» § 242 ГГУ (о добросовестности). Данные нормы носили откровенно «каучуковый» характер. Содержание таких понятий, как «добросовестность» или «добрые нравы», настолько эластично, что судьи могли толковать и применять их совершенно по-разному, в зависимости от специфики конкретных обстоятельств, вкладывая в них зачастую противоположный смысл. Как отмечал Эрлих (Ehrlich), такие общие стандарты могли лишь направлять, но не диктовать судебное решение[2].

Историческая миссия данных общих положений ГГУ о добрых нравах и добросовестности состояла в том, что они вносили в Уложение, в целом пронизанное индивидуалистическими и либерально-экономическими началами, механизм, который по существу мог предоставить судебным органам значительные полномочия по легитимной оценке справедливости содержания договорных условий и поведения контрагентов при их исполнении. Многие юристы, включая, между прочим, такого авторитетного российского цивилиста, как И.А. Покровский, резко критиковали ГГУ за это расширение сферы судебного усмотрения, подозревая, что в будущем суды могут, прикрываясь данными нормами, осуществлять активное правотворчество[3]. И действительно, впоследствии, когда эпоха laissez-faire окончательно ушла в историю (начиная с 1920-х гг.), именно эти интегрированные в ГГУ универсальные оценочные категории стали инструментом, при помощи которого судебная практика, не меняя Уложение, осуществляла масштабное скрытое реформирование гражданского права и ограничение свободы договора, приводя сферу последней в соответствие с новыми социально ориентированными ценностями и экономической идеологией XX в.

Но в конце XIX в. этот процесс предвидеть было сложно. В момент принятия ГГУ колоссальный и верно подмеченный профессором И.А. Покровским потенциал этих общих положений ГГУ не был в полной мере осознан. Авторы немецкой кодификации, так же как и авто-

[1] См.: *Kramer E.A.*, *Probst T.* Defects in the Contracting Process // International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. VII: Contracts in General. Chapt. 11. 2001. P. 183.

[2] *Ehrlich E.* Fundamental Principles of the Sociology of Law. 2002. P. 174.

[3] По мнению И.А. Покровского, такие нормы означают нежелание законодателя затруднять себя мучительным поиском подходящей формулировки и попыткой тем самым переложить всю ответственность на плечи судей. См.: *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 105.

ры Кодекса Наполеона, заложившие в свой труд ссылки на публичный порядок и добрые нравы, не имели в виду того, что суды, используя эти нормы в качестве прикрытия, впоследствии начнут тотальное наступление на принцип свободы договора. Поэтому, думается, в соответствующих статьях о добрых нравах и добросовестности не следует видеть особый замысел немецких кодификаторов наделить суды широкими возможностями по ограничению договорной свободы. Данные нормы задумывались как экстраординарные инструменты, которые судам надлежало использовать крайне осторожно. То, насколько интенсивно эти нормы стали использоваться немецкими судами начиная с 1920-х гг., вряд ли входило в планы разработчиков ГГУ.

Возвышение принципа свободы договора в английском и американском праве

Схожие процессы проходили в XIX в. в английском и американском праве.

Возникшая еще в XVI–XVII вв. концепция консенсуального договора (executory contract), порождающего обязательства в силу самого факта заключения соглашения (при условии того, что договор носил возмездный характер), окончательно утвердилась в качестве основной договорной модели[1].

В новых условиях доктрина встречного предоставления (consideration) оказалась под серьезной угрозой. Многие судьи и юристы перестали понимать смысл ограничения свободы заключать неформализованные в виде «документа за печатью» договоры, не имеющие встречного предоставления. По сути, с учетом того, что договоры, оформленные документом «за печатью», могли обойтись без встречного предоставления, стало понятно, что цель доктрины consideration состоит лишь в подтверждении серьезности намерений сторон[2]. Но у юристов стали возникать серьезные сомнения в отношении оправданности столь жестких ограничений автономии воли, предпринимаемых для решения не такой уж серьезной проблемы. Первые атаки были предприняты во второй половине XVIII в. еще великим английским судьей Мансфилдом и некоторыми другими судьями, которые попытались отвергнуть данную доктрину применительно к письменным (хотя и не оформленным «за печатью») договорам, а также к любым договорам между коммер-

[1] *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of Freedom of Contract. 1979. P. 419 ff.

[2] Цит. по: *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of Freedom of Contract. 1979. P. 453. Подробнее об эволюции доктрины consideration и современной ее роли, состоящей лишь в демонстрации наличия у сторон воли придать своему соглашению принудительную силу, а не в обеспечении эквивалентности обмена, см.: *McKendrick E.* Contract Law. 2000. P. 74–123.

сантами независимо от их формы[1]. В конечном счете английское право не решилось на столь радикальный шаг, и доктрина consideration сохранилась. Но английские суды в XIX в. предпринимали значительные усилия для того, чтобы увидеть встречное предоставление там, где его на самом деле нет, а также отыскать подразумеваемую взаимную выгодность договора. Так, например, обещание отца ежегодно платить 100 фунтов матери своего незаконнорожденного ребенка было признано судом подразумевающим встречное предоставление в виде должного воспитания ребенка[2].

Как отмечает П. Атийя, к середине XIX в. английские суды под влиянием европейских цивилистов (в частности, Потье и Савиньи) окончательно признали волевую теорию контрактных обязательств. От суда требовалось проводить в жизнь волю сторон и ни в коем случае не оценивать справедливость содержания договорных условий[3]. Суд должен был применять принуждение в отношении контрагента, давшего надлежащим образом оформленное обещание, независимо от справедливости вытекающей из договора структуры прав и обязанностей[4]. В английских трактатах по договорному праву XIX в. вопросам ограничения свободы договора уделялось крайне мало внимания[5]. В общем и целом здесь царили правовой формализм и вера в непререкаемый авторитет автономии воли сторон.

Известный английский судья лорд Девлин отмечал, что в те времена «для юристов общего права свободное контрактирование (free dealing) приравнивалось к справедливому контрактированию (fair dealing)»[6]. В качестве своего рода апогея принципа свободы договора можно рассматривать подход, олицетворяемый часто цитируемым высказыванием судьи Джессела (Jessel M.R.): «Если и существует какая-либо вещь, которая в наибольшей степени отражает требования правовой политики, так это то, чтобы полноправный и дееспособный человек обладал наибольшей свободой в заключении договоров и чтобы договоры, заключенные свободно и добровольно, рассматривались как священные и пользовались судебной защитой»[7].

Суды в тот период окончательно утвердили намеченную ранее практику, согласно которой несоразмерность (или даже символичность)

[1] См.: *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 205, 236, 237; *Hogg M.* Promises and Contract Law. Comparative Perspectives. 2011. P. 144.

[2] *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 238, 239.

[3] *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of Freedom of Contract. 1979. P. 406–408, 417–419.

[4] Ibid. P. 448, 449.

[5] *Waddams S.* Principles and Policy in Contract Law: Competing or Complementary Concepts? 2011. P. 100 ff.

[6] *Lord Devlin*. The Enforcement of Morals. 1965. P. 47.

[7] Printing and Numerical Co. v. Sampson (1875) LR 19 Eq at 465.

встречного удовлетворения сама по себе не являлась поводом для оспаривания контракта[1]. Необходимость исполнения договорных обязательств, несмотря на их невыгодность и несправедливость согласованной цены, была признана в одном из первых полноценных трактатов по английскому договорному праву[2]. Как отмечено в одном из судебных решений 1788 г., во имя обеспечения стабильности оборота суд (за исключением случаев обмана) не должен корректировать договор только потому, что «человек чести его бы не заключил»[3]. Согласно утвердившемуся подходу суд должен проверять наличие встречного предоставления, но не его адекватность. Если договор направлен на отчуждение вещи, которая стоит 1000 фунтов, за 1 фунт, суд должен признать наличие встречного предоставления. В этом английские юристы рубежа XVIII–XIX вв. видели существенное отличие английского права от более подверженного каноническому и естественно-правовому влиянию европейского права, в котором в то время все еще местами признавалась доктрина laesio enormis[4].

На этом фоне неудивительно, что в XIX в. в английском праве происходила постепенная деградация средневековой доктрины противостояния ростовщичеству. Ограничения на размеры процентных ставок здесь были сняты в середине XIX в.[5] В одном судебном решении английский судья признал действительным договор займа под 60% годовых, заключенный алкоголиком, отметив, что «закон не запрещает человеку быть дураком, если он того хочет»[6].

Одновременно с конца XVII в. в английском праве, как и в праве континентальном, под влиянием соображений экономической эффективности развернулся процесс постепенного признания допустимости уступки прав требований и разрушения старой догмы о личностной природе обязательственной взаимосвязи[7]. Во второй половине XIX в. все

[1] *Hogg M.* Promises and Contract Law. Comparative Perspectives. 2011. P. 145, 146. Ссылки на обширную судебную практику и мнения английских и американских правоведов XIX в. (Стори, Поллока, Читти и др.) см.: *Gordley J.* Equality in Exchange // 69 California Law Review. 1981. P. 1594–1598.

[2] *Powell J.* Essay upon the Law of Contracts and Agreements. 1790. P. 229.

[3] Цит. по: *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 209.

[4] См. комментарий английских юристов к вышедшему в начале XIX в. в Англии переводу классической работы Потье по договорному праву, в которой он излагал догматику доктрины laesio enormis (*Pothier.* A Treatise on the Law of Obligations or Contracts. Vol. I. 1806. P. 21).

[5] См.: *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of Freedom of Contract. 1979. P. 550 ff. Об аналогичных процессах в американском праве XIX в. см.: *Horwitz M.J.* The Transformation of American Law. 1780–1860. 1977. P. 237 ff.

[6] Bennet v. Bennet (1876) 43 L.T. at 246.

[7] Так, в Англии некоторые авторы в конце XVII в. жаловались на то, что в Голландии, в которой уступка прав требований была уже признана, оборачиваемость капитала пре-

технические сложности были окончательно устранены и допустимость уступки прав требований перестала подвергаться сомнению[1].

В рамках той же тенденции английские суды XIX в. стали куда менее охотно признавать недействительными согласованные сторонами размеры договорной неустойки. Если в XVI–XVII вв., когда доктрина, ограничивающая стимулирующие договорные неустойки, формировалась в рамках права справедливости, такой патернализм и милосердие к контрагентам со слабыми переговорными возможностями казались естественными, то в XIX в. эти базовые политико-правовые основания идеи об ограничении свободы согласования неустойки пошатнулись. Как пишет Дэвид Иббетсон, практика ограничения договорных неустоек в XIX в. выдохлась, и суды признавали согласованные неустойки недействительными только тогда, когда согласованная сумма неустойки не могла выражать истинные намерения сторон[2]. Палата же лордов откровенно сожалела о том, что она формально не может окончательно отойти от укорененного в многочисленных прецедентах прежних времен правила, ограничивающего стороны в праве согласования размера неустойки[3].

Безусловно, имевшая место абсолютизация договорной свободы имела и свои исключения. Иногда суды общего права брали под контроль справедливость договорных условий на основе расширительной интерпретации тех или иных концепций пороков воли, чаще всего – обмана (fraud)[4]. Более того, вопиющая несправедливость договора часто провоцировала суды (особенно суды справедливости) исходить из презумпции наличия такого обмана[5]. Получила свое дальнейшее развитие и разработанная судами справедливости доктрина недолжного влияния (undue influence), позволяющая защитить от явно несправедливых условий договора сторону, пострадавшую от злоупотребления другой стороной своим влиянием или доверительными отношениями[6]. Наконец, иногда суды приходили на помощь стороне кабальной сделки (например, в делах о спасении терпящих бедствие судов)[7].

вышает английскую в 2–3 раза, и связывали этот разрыв именно с преградами на уступку, сохраняющимися на тот момент в английском праве (подробнее см.: *Коммонс Дж.Р.* Правовые основания капитализма. М., 2011. С. 276).

[1] *Zimmermann R.* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1996. C. 66, 67.

[2] *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 255.

[3] *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of Freedom of Contract. 1979. P. 415.

[4] *Waddams S.* Principles and Policy in Contract Law: Competing or Complementary Concepts? 2011. P. 102.

[5] См.: *Gordley J.* The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. 1991. P. 147, 150; *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 210.

[6] *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 209.

[7] Примеры см.: *Waddams S.M.* Unconscionability in Contracts // 39 Modern Law Review. 1976. P. 385.

Иначе говоря, в английской судебной практике XVIII–XIX вв. встречались случаи патерналистского контроля справедливости цены или иных договорных условий, основанные на расширительном применении правил о пороках воли, а также ряда разработанных в недрах права справедливости специальных доктрин (недолжное влияние, запрет на неустойки и т.п.)[1].

Кроме того, судебная практика также несколько смягчала жесткость абсолюта свободы договора еще и посредством ранее уже упоминаемой нами доктрины, согласно которой суд справедливости мог отказать в вынесении решения об исполнении в натуре обязательства, вытекающего из явно несправедливой сделки[2]. Рассмотрение такого рода исков об исполнении обязательства в натуре находилось в компетенции судов справедливости (до момента их упразднения в 1870-е гг. в рамках правовой реформы), а само удовлетворение или неудовлетворение иска находилось на усмотрении суда. Это давало суду справедливости возможность учесть фактор несправедливости договора при рассмотрении такого требования. Но, правда, если кредитор обращался в суд общего права с исками о взыскании долга или об уплате убытков, то он чаще всего избегал таких ограничений[3].

В исторической литературе имеется некоторое разногласие в отношении того, насколько в XIX в. случаи применения этих доктрин в целях прямого или косвенного обеспечения справедливости договора стали редки[4]. Тем не менее как минимум тогда, когда кредитор обращался не в суд справедливости, а в суд общего права и требовал взыскания денежного долга или убытков, формализм английского договорного права XIX в. значительно ограничивал способность судов осуществлять патерналистский надзор за справедливостью договорных условий[5].

---

[1] *Gordley J.* The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. 1991. P. 146 ff.

[2] Ibid. P. 157.

[3] *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 209.

[4] Современные историки договорного права крайне активно спорят о том, насколько интенсивно английские суды блокировали несправедливые сделки до XVIII в., насколько сдержанны они были в этом вопросе в XIX в. и соответственно насколько существенным было само это изменение. С одной стороны, Хорвиц и Атийя делают акцент на существенном ограничении патерналистского контроля справедливости договора, произошедшем в XIX в. на волне развития идеологии экономического либерализма (*Horwitz M.* The Historical Foundations of Modem Contract Law // 87 Harvard Law Review. 1974. P. 923 ff; *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of Freedom of Contract. 1979. P. 398 ff). С другой стороны, ряд авторов (Симпсон, Гордли) отмечают, что это изменение отнюдь не было столь революционно, как минимум если сравнивать XVIII и XIX вв. (*Simpson A.W.B.* The Horwitz Thesis and the History of Contracts // 46 University of Chicago Law Review. 1979. P. 561 ff; *Gordley J.* The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. 1991. P. 214–229).

[5] *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 209.

Как мы видим, определенное препятствие на пути полного отказа от принципов контрактной справедливости во имя обеспечения абсолюта автономии воли сторон и стабильности оборота представляло собой право справедливости (law of equity), построенное в Средневековье на идее обеспечения справедливости вопреки формализму и ригидности общего права (common law). Слияние в 1870-х гг. права справедливости и общего права было во многом направлено на ограничение идеи прямого воздействия соображений справедливости на разрешение экономических споров и стабилизацию правоприменения[1]. После слияния выработанные в праве справедливости инструменты ex post ограничения свободы договора (недолжное влияние, ограничение неустоек и т.п.) не были вовсе отвергнуты, но возможности введения новых были несколько ограничены.

Также английские суды и авторы трактатов по договорному праву XIX в. приняли на вооружение крайне осторожный подход к возможности ограничения свободы договора со ссылкой на публичный порядок. Такие решения, конечно, выносились. Но доминирующим стал взгляд на то, что такого рода ограничения находятся в компетенции законодателя, а не судов. Суды XIX в. выражали серьезные сомнения в своем праве ограничивать договорную свободу на основе соображений публичного порядка, считая, что учет этих соображений дестабилизирует оборот и «как необъезженная лошадь может увлечь всадника в непредсказуемом направлении»[2].

Американские суды с начала XIX в. и вплоть до 1930-х гг. также были настроены против введения новых ограничений свободы договора и старались по возможности преодолеть английские феодальные прецеденты, ранее такие ограничения вводившие[3]. Сформированное к середине XIX в. классическое американское договорное право было построено на принципе автономии воли сторон, обязательства стали считаться проистекающими из самого факта заключения соглашения, а влияние средневекового английского права справедливости на контроль содержания контрактных условий в значительной степени было ограничено[4]. Научные трактаты цитировали открытые классическими экономистами законы ценообразования, спроса и предложения, выводя из них невозможность объективной оценки согласованных сторонами цен, и оправдывали свободу договора даже в случаях существенного неравенства переговорных возможностей сторон[5].

---

[1] *Horwitz M.J.* The Transformation of American Law. 1780–1860. 1977. P. 265.

[2] В отношении английской судебной практики XIX в. по этому вопросу см.: *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 249, 250.

[3] *Horwitz M.J.* The Transformation of American Law. 1780–1860. 1977. P. 180 ff.

[4] Ibid. P. 160, 185.

[5] Ibid. P. 182, 183.

Самым ярким примером этой тенденции в американской судебной практике было одно из самых знаменитых и спорных решений Верховного суда США по делу Lochner v. New York (1905), в котором суд признал неконституционным ограничением догмы свободы договора нью-йоркский закон, вводящий максимальный 10-часовой рабочий день для работников городских пекарен. По мнению судьи Р. Пекхэма, написавшего «решение большинства», введение такого закона не обосновано сколько-нибудь существенными соображениями морали или защиты здоровья пекарей и является патерналистским вторжением государства в частные контрактные взаимоотношения работодателей и работников, а следовательно, нарушением Четырнадцатой поправки к Конституции США о надлежащем процессе (due process) ограничения прав индивида (недопустимости произвольных и несправедливых ограничений прав и свобод)[1].

Судья Верховного суда США О.У. Холмс, выразивший особое мнение в решении по этому делу, считал, что в новых условиях экономической жизни ограничение принципа свободы договора в сфере трудовых контрактов соответствует ценностям большинства населения. Закрепление в Конституции недопустимости необоснованных ограничений частной автономии, на взгляд Холмса, должно толковаться исходя из современных представлений о пределах свободы, и судьи не должны думать, что право навечно закрепляет ту или иную экономическую теорию или те или иные ценности[2]. По Холмсу, суд, прикрываясь ссылками на Конституцию, не вправе мешать социальным правительственным реформам.

Спор между Холмсом и его коллегами отразил глубинный идеологический конфликт, назревший к началу XX в. Правовые принципы, которые лежали в основе решения большинства судей в деле Lochner, уходили корнями в правовую идеологию XIX в. и были предопределены доминировавшими в XIX в. экономическими воззрениями laissez-faire и этическими ценностями индивидуализма, в то время как Холмс уловил приближение новой регулятивной эры социального государства и возврат ценностей патернализма.

Это решение стало квинтэссенцией целого периода, называемого в честь этого знакового дела «эрой Лохнера». В эту «эру» (продлившую-

[1] *Paul E.F.* Freedom of Contract and the «Political Economy» of Lochner v. New York // 1 New York University Journal of Law and Liberty. 2005. P. 521, 522.

[2] Как отмечается в его особом мнении, Конституция США имеет нейтральный по отношению к различным экономическим теориям характер и не закрепляет какую-либо конкретную экономическую идеологию, будь то регулятивный патернализм или laissez-faire. В историю вошла его известная фраза из данного особого мнения: «Четырнадцатая поправка не закрепляет «Социальную статику» мистера Герберта Спенсера». См.: *Paul E.F.* Freedom of Contract and the «Political Economy» of Lochner v. New York // 1 New York University Journal of Law and Liberty. 2005. P. 525.

ся вплоть до 1930-х гг.) Верховный суд США, в котором доминировали умеренные сторонники либертарианской экономической теории, время от времени пытался противостоять попыткам законодателей штатов ограничивать признаваемую вытекающей из Конституции США свободу трудовых договоров. В целом Верховный суд в тот период был готов опровергать признанную конституционной презумпцию договорной свободы намного менее охотно, чем это соответствовало прогрессистским устремлениям многих законодателей и правительств американских штатов. В частности, вплоть до середины 1937 г. суд всячески сопротивлялся введению законодателем минимального уровня оплаты труда, считая эту меру неоправданным ограничением конституционного принципа свободы договора[1].

Сказанное не значит, что свобода договора в американском праве в XIX в. не ограничивалась вовсе. Тем не менее, судя по доступным источникам, это происходило достаточно редко и зачастую только при самом вопиющем уровне аномальности договора. Когда несправедливость договора была настолько шокирующей, что разум и совесть судьи восставали против придания договору юридической силы, суд цеплялся за самые малейшие признаки принуждения или процессуальные злоупотребления, чтобы признать договор недействительным[2]. В таких случаях суды иногда искусственно применяли правила об обмане, принуждении или иные подобные классические доктрины, направленные не на контроль справедливости содержания договора, а на противодействие порокам воли, манипулировали принципами толкования договора и использовали иные пути легитимации своих решений. Так, например, классик американского договорного права Артур Корбин в начале XX в. писал, что значение таких доктрин, как правила об обмане, о принуждении, введении в заблуждение и недолжном влиянии, настолько широко, что при желании суды могли использовать их и для контроля сбалансированности и добросовестности договорных условий[3]. Наконец, некоторые сделки судами блокировались на основе публичных интересов или в силу противоречия их содержания фундаментальным

[1] Ключевым решением здесь являлось решение по делу Adkins v. Children's Hospital (1923), в котором суд указал, что хотя конституционная презумпция свободы договора и не абсолютна, политико-правовые аргументы, обосновывающие прямое вмешательство государства в ценообразование в области трудовых контрактов, не являются достаточно весомыми, чтобы эту презумпцию преодолеть. Показательно, что и в этом деле, решенном судом в «духе Лохнера», судья Холмс опять выступил с особым мнением и поддержал право законодателей ограничивать не только продолжительность рабочего дня, но и свободу определения цены труда.

[2] *Коммонс Дж.Р.* Правовые основания капитализма. М., 2011. С. 71, 72.

[3] Цит. по: *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. М., 2000. С. 13.

основам нравственности. Законодатели же иногда также ограничивали свободу договора в области железнодорожных перевозок, безопасности продуктов питания, найма труда, формирования профсоюзов, цен на базовые продукты питания и некоторых иных областях[1].

Тем не менее такая практика была скорее исключением. Договорная свобода в целом воспринималась как непререкаемый принцип договорного права, отступление от которого возможно только в самых серьезных случаях. Данный принцип рассматривался в тот период как отражение в американском праве идеологии триумфально шествующей рыночной экономики, а любое его ограничение – как прямая атака на основы этого рыночного порядка[2].

Глава 3. Конец эпохи laissez-faire

§ 1. Социально-экономический аспект

Экономические вызовы доктрине laissez-faire

Если вчитаться в труды умеренных представителей классической экономической школы, становятся отчасти понятными те причины, которые в конечном счете положили конец эпохе laissez-faire. Как мы помним, ни Смит, ни Милль, ни даже такие радикалы, как Спенсер, не выступали принципиально против любого вмешательства государства в свободу экономического обмена там, где имеются убедительные аргументы в пользу того, что такое вмешательство приведет в конце концов к результатам более предпочтительным, чем оставление ситуации на откуп «невидимой руке рынка». Иначе говоря, сторонники laissez-faire, как правило, не были анархистами, а выступали лишь за удержание государства от активного вовлечения в процесс естественного развития рыночных отношений[3]. Так, например, Бентам, резко протестовавший против законодательного ограничения размера процентов по ссудам, допускал в ряде случаев прямое ограничение цен на зерно[4]. Позиции сторонников либеральной экономики XIX в. отличались только по количеству допустимых исключений из общего правила. Некоторые

[1] Подробный анализ примеров такого вмешательства см.: *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of Freedom of Contract. 1979. P. 523 ff.

[2] *Horwitz M.J.* The Transformation of American Law. 1870–1969. The Crisis of Legal Othodoxy. 1994. P. 33.

[3] *Viner J.* An Intellectual History of Laissez-Faire // 3 Journal of Law & Economics. 1960. P. 45.

[4] История экономических учений / Под ред. В. Автономова, О. Ананьина, Н. Макашевой. М., 2009. С. 101.

(такие как Спенсер) допускали отступление от презумпции экономической свободы в двух-трех случаях, в то время как другие (например, Смит и Милль) признавали несколько большее количество исключений и даже некоторый ограниченный патернализм. При этом одним из главных условий, которое оправдывает государственное вмешательство в сферу свободы договорных отношений, многим виделось несоблюдение условия свободной конкуренции.

Бурное экономическое и промышленное развитие Англии, США и ряда континентально-европейских стран на протяжении всего XIX в. существенно изменило ту картину экономической жизни, которую в конце XVIII в. наблюдал Смит. Экономическая теория совершенной конкуренции среди атомистических фирм и частных предпринимателей стала казаться все менее реалистичной. Рост крупных корпораций приводил к образованию огромных индустриальных монополий, получавших за счет эффекта масштаба значительные преимущества над мелкими производителями, способных диктовать рынку свои условия и ведущих себя отнюдь не так, как это предполагалось в учебниках по классической экономической теории[1].

Более того, выяснилось, что договорная свобода может использоваться в антиконкурентных целях для формирования картелей. Так, например, немецкая экономика после того, как имперские суды, руководствуясь принципом свободы договора, в конце XIX в. отказались ограничивать картельные соглашения, стремительно монополизировалась. К 1905 г. в Германии насчитывалось около 400 картелей в различных секторах промышленности. К 1911 г. количество картелей достигло 600, а в 1925 г. их насчитывалось уже 3000. Эта тенденция приводила к тотальному ограничению интенсивности конкуренции[2].

Монополизация экономики, по мнению многих, нарушала важное условие эффективности политики laissez-faire. Безотносительно к тому, насколько эффективными являлись государственные меры по борьбе с монополиями, которые начали приниматься в США еще с конца XIX в. (Закон Шермана 1890 г.), а в других странах только в XX в.[3], вполне очевидно, что гегемония монополий на многих рынках в глазах об-

[1] См.: *Гэлбрейт Дж.К.* Экономические теории и цели общества. М., 1976. С. 40; *Норт Г.*, *Уоллис Дж.*, *Вайнгаст Б.* Насилие и социальные порядки: концептуальные рамки для интерпретации письменной истории человечества. М., 2011. С. 212.

[2] См.: *Ойкен В.* Основные принципы экономической политики. М., 1995. С. 242, 243; Социальное рыночное хозяйство в Германии: истоки, концепция, практика / Под общ. ред. А.Ю. Чепуренко. М., 2001. С. 103.

[3] В науке иногда высказывается крайне критическая точка зрения на эффективность и концептуальную оправданность современной стратегии антимонопольного регулирования. См.: *Арментано Д.* Антитраст против конкуренции. М., 2005.

щественности оправдывала активное вмешательство государства в сферу экономической (и в том числе договорной) свободы.

Возникли основания считать, что свобода договора должна ограничиваться, если она приводит к ограничению конкуренции. Одновременно эксплуатация монополистом своей подавляющей рыночной власти при заключении формально добровольно согласованного договора стала вызывать общественное возмущение, стала ставиться под сомнение с этической точки зрения и не вполне соответствовала парадигме свободного контрактирования, которая была заложена в основание теории рыночной экономики.

Кроме того, промышленный рывок и урбанизация привели к обострению взаимоотношений между крупными предпринимателями и наемными работниками. В эпоху Адама Смита не было столь очевидно, насколько велик разрыв в переговорных возможностях крупного бизнеса и рабочих, ведущих зачастую крайне жалкое существование, столь красочно описанное в произведениях Чарльза Диккенса. В условиях глобальных структурных изменений принципов организации экономики феномен неравенства переговорных возможностей сторон такого рода договоров становилось невозможно игнорировать. Постепенно все большее число интеллектуалов начинало осознавать необходимость повышенной заботы об интересах рабочих и о компенсации неравенства переговорных возможностей за счет того или иного патерналистского вмешательства государства в сферу свободы договора. В результате усугубление дисбаланса переговорных возможностей сторон трудовых отношений и осознание этого феномена обществом сформировали юридический, политический и моральный базис существенного отхода от свойственного эпохе laissez-faire абсолюта договорной свободы в этой сфере[1]. Данная тенденция усиливалась за счет развернувшегося в конце XIX в. активного рабочего движения и роста популярности социалистических теорий.

Вполне естественно, что огромные массы людей оказывались неспособными протиснуться к открывшимся в XIX в. «социальным лифтам» и извлечь от добровольного договорного взаимодействия внутри контрактуалистской социальной парадигмы выгоду, сопоставимую с той, которую получало небольшое число наиболее трудолюбивых, предприимчивых, талантливых и удачливых сограждан. Эта армия «неудачников» свободного рынка постепенно самоидентифицировалась, начинала открыто возмущаться несправедливостью экономического неравенства и все чаще подвергать сомнению легитимность экономи-

[1] *Barnhizer D.D.* Power, Inequality and the Bargain: the Role of Bargaining Power in the Law of Contract – Symposium Introduction // 2006 Michigan State Law Review. 2006. P. 841.

ческого оборота, основанного на идеях частной собственности и договорной свободы[1].

Большую роль сыграла также и демократизация общества. Расцвет политики laissez-faire в Англии приходился на период, когда до участия в выборах допускалось меньшинство населения, состоявшее из наиболее состоятельных граждан. Поэтапное, но неуклонное снижение избирательного ценза к концу XIX в. постепенно вовлекало в процесс выборов все более и более обездоленные слои населения. Новая капиталистическая экономика предъявляла запрос на в той или иной степени образованных работников. Побочным эффектом роста образованности населения была вынужденная демократизация. Если ранее элиты могли не допускать до участия в выборах неграмотных крестьян достаточно безболезненно, то в новых условиях не пускать на выборы образованных городских рабочих было просто опасно с точки зрения сохранения политической стабильности. Одновременно все больше считаться с социальными запросами рабочих масс приходилось и во многих других европейских странах, не решавшихся на переход к полноценной демократии, но вынужденных заигрывать с новым слоем городского пролетариата. В результате в прямой или косвенной форме мнение миллионов рабочих, составлявших большинство населения крупных городов, начинало оказывать серьезное давление на реальную экономическую политику и правовые реформы. Это в свою очередь неминуемо сказывалось на расширении патерналистского вмешательства государства в трудовые отношения и отходе от ранее священного принципа свободы договора как минимум в этой сфере.

Принцип laissez-faire сам по себе достаточно циничен, поскольку поощряет сильных, умных и удачливых и жесток к слабым, неспособным и пострадавшим от превратностей судьбы. Это особенно ярко продемонстрировал абсолютный в своем цинизме социальный дарвинизм Герберта Спенсера. Но сильных, умных и удачливых всегда подавляющее меньшинство. Соответственно в условиях, когда доминируют интересы экономической элиты, защита принципа laissez-faire выглядит вполне логично. Но в условиях демократизации проводить столь же жесткую политику, не идя на компромиссы, оказывается намного труднее. Недаром многие сторонники радикального либертарианства (например, представители австрийской школы) воспринимали демократию как систему правления весьма настороженно[2]. Они отчетливо понимали, что последовательное проведение в жизнь демократических

[1] *Сорокин П.* Кризис нашего времени: социальный и культурный обзор. М., 2009. С. 237, 238.

[2] *Фон Мизес Л.* Человеческая деятельность: трактат по экономической теории. Челябинск, 2008. С. 811.

идей может помешать внедрению принципов экономической свободы и поставить долгосрочную экономическую политику в зависимость от сиюминутных прихотей широких масс.

Конечно, было бы наивно утверждать, что в условиях демократии государство не защищает интересы экономической элиты. Просто здесь приходится в ряде случае учитывать мнение менее успешного большинства и идти на определенные компромиссы между эффективностью и экономическим ростом, с одной стороны, и социальной справедливостью и солидарностью – с другой. Ведь оставлять совсем не удовлетворенными запросы и интересы бедных слоев избирателей становится просто опасно для правящей политической элиты, так как их оппоненты, используя популистские лозунги и обещая те или иные патерналистские и перераспределительные меры, смогут легко завоевать электорат. Инкорпорация масс в процесс принятия политических решений делает правовую систему более восприимчивой к идеям защитить слабую сторону договора и лишить сильного его естественных преимуществ[1].

Допуск широких масс народа к участию в выборах был элементом важнейшего социального компромисса, в рамках которого в обмен на выживание капиталистической системы как таковой и снятие избыточного напряжения, вызываемого порождаемым такой системой неравенством, бизнес-элита научилась соглашаться с определенными тактическими ограничениями своих интересов. В результате государство было готово смягчать действие «невидимой руки» и хотя зачастую и неискренне, но все более и более заботиться о минимальной социальной справедливости, равномерности распределения благ и защите слабой стороны договора[2]. В итоге экономическая элита ради сохра-

[1] *Норт Г.*, *Уоллис Дж.*, *Вайнгаст Б.* Насилие и социальные порядки: концептуальные рамки для интерпретации письменной истории человечества. М., 2011. С. 222.

[2] Многие экономисты, пытаясь понять истоки отхода от политики laissez-faire на рубеже XIX и XX вв., к сожалению, игнорируют ту роль, которую в усилении социального и патерналистского начала в экономическом регулировании играла демократизация политической надстройки. Типичный пример игнорирования данного фактора можно обнаружить в уже не раз цитированной здесь работе Карла Поланьи «Великая трансформация». Справедливо обращая внимание на то, что неимущие и рабочие в Англии получили право голоса только тогда, когда элита уверилась в том, что эти группы населения в целом интернализировали рыночную экономическую парадигму, расстались со своими коллективистскими идеалами и не станут подрывать гегемонию нового капиталистического порядка, Поланьи не идет дальше и не замечает влияния демократизации на синхронно происходящий отход от жесткого laissez-faire в экономической политике (см.: *Поланьи К.* Великая трансформация: политические и экономические истоки нашего времени. СПб., 2002. С. 167, 193). В то же время нетрудно заметить, что в значительной степени демократизация и отход от постулатов экономического либерализма, произошедшие в конце XIX в., взаимосвязаны. И то, и другое может в некоторой степени рассматриваться как элементы единого стратегического выбора элит, вынужденных в дальнейшем отступать от жесткости принципа laissez-faire во имя сохранения социальной стабильности, но тем

нения стабильности своего положения оказалась готовой идти на уступки в болезненных для рабочих и иных менее удачливых групп населения, но на самом деле не столь принципиальных вопросах. Элита делилась частью своих выгод от сохранения сердцевины капиталистической институциональной системы путем согласия на частичные и локальные ее ограничения.

Степень этой социализации и «патернализации» государственной роли в экономическом обороте различалась в разных странах. Пожалуй, наименьшей она была долгое время в США, где за счет крайне высокой вертикальной мобильности населения, действительно широких экономических возможностей и умелой пропаганды, обещающей любому шанс достичь успеха, большинство «вооруженных кольтами» и закаленных годами противостояния с дикой природой и воинственными аборигенами американцев отнюдь не страдали комплексом жертвы, нуждающейся в защите государства. Но даже здесь постепенная урбанизация и начало Великой депрессии в конце 1920-х гг. сдвинули вектор общественных настроений, и государство под сильным общественным давлением было вынуждено начать активно реализовывать политику вмешательства в сферу, где прежде безраздельно властвовала неограниченная экономическая и договорная свобода.

Одновременно шел и иной процесс. Бурное развитие массового спроса, задаваемого все более расширяющимся средним классом, приводит к формированию невиданных доселе объемов розничной торговли. Во всех развитых странах появляются крупные торговые сети и неминуемо обостряется проблема потребителя. Большинство избирателей составляли как раз именно такие потребители, ежедневно покупающие продукты, лекарства или автомобили, ходящие в кино или пользующиеся услугами врачей, фактически не имея реальных переговорных возможностей влиять на содержание заключаемых ими договоров. Поэтому не стоит удивляться тому, что в течение XX в. то в одной, то в другой стране возникали условия для введения специальных законодательных или судебных ограничений свободы договора в целях защиты интересов потребителя. При этом основой для такого вмешательства было признание колоссального разрыва в переговорных возможностях потребителей и профессиональных продавцов. Стало общепризнанным, что этот дисбаланс, как верно замечал еще Милль, мешает в полной мере положиться на волю потребителя как на осознанный и рациональный выбор.

Кроме того, не стоит забывать, какой переполох в западных странах вызвала победа большевиков в России. В первые десятилетия советской

самым сохранявших и окончательно институализировавших саму суть рыночной экономической парадигмы. Верную, на наш взгляд, интерпретацию этому важнейшему социальному компромиссу дает Колин Крауч (см.: *Крауч К.* Постдемократия. М., 2010. С. 23).

власти многие западные интеллектуалы (особенно левого толка) и даже некоторые известные экономисты вполне серьезно относились к советскому эксперименту по полной и окончательной отмене рыночной экономики и свободы экономического обмена с их заменой на план, централизацию и административное определение цен, объемов производства и каналов сбыта. Так, выдающийся австрийский экономист Йозеф Шумпетер в 1942 г. в своей самой известной книге вполне серьезно допускал, что рыночный капитализм потерял конкурентный динамизм, монополизировался, бюрократизировался и обречен на медленную смерть, а плановая экономическая модель может в перспективе оказаться успешной[1].

Первые «успехи» советской власти на ниве индустриализации, умелая пропаганда и сокрытие тех жертв, ценой которых достигалось выполнение очередных плановых заданий, долгое время укрывали от взора многих зарубежных наблюдателей фундаментальные дефекты и издержки плановой экономики. В итоге правительства западных стран долгое время были вынуждены находиться перед постоянной угрозой роста левых настроений в обществе, испытывая своеобразную конкуренцию на ниве заботы о правах трудящихся и в целом простых граждан с советской Россией. Это подталкивало правящие элиты западных стран идти на те компромиссы и уступки, на которые они, возможно, и не пошли бы, не будь этого идеологического давления со стороны «красной угрозы».

Кроме того, одним из самых важных факторов, способствовавших популяризации идеи о пользе более активного государственного вмешательства в свободный экономический обмен, являлась в целом достаточно удачная практика временного отхода от laissez-faire во многих западных странах в период Первой мировой войны, затем повторенная в еще больших масштабах во время Второй мировой войны. Как писал выдающийся английский экономист и нобелевский лауреат Джон Хикс, в период Первой мировой войны государства с удивлением для себя почувствовали ту огромную экономическую власть, которую имеет современная бюрократия[2]. Так, например, в течение Первой мировой войны немецкая экономика под неусыпным надзором и руководством имперских властей и таких выдающихся деятелей, как Вальтер Ратенау, стала в значительной степени планово-мобилизационной. Это позволило Германии в течение четырех лет вести войну на два фронта и снабжать армию всем необходимым. Немецкую мобилизационную экономику времен Первой мировой войны Дж. Скотт называет «тех-

[1] Подробнее см.: *Шумпетер Й.* Капитализм, социализм и демократия. М., 1995.
[2] *Хикс Дж.* Теория экономической истории. М., 2004. С. 206.

нократическим чудом»[1]. Этот опыт значительно усилил веру простых людей, экономистов и политиков в возможности планирования и государственного ограничения свободного оборота.

В межвоенный период рынок вернул себе значительную часть потерянного в годы Первой мировой войны влияния, но плановые «зерна» были посеяны. Аргументы «классиков» о тотальной неэффективности государственного вмешательства в свободный экономический оборот теперь уже не казались столь однозначно верными.

Когда Европа погрузилась в хаос Второй мировой войны, уверовавшая в свои возможности бюрократия была готова к новому наступлению на экономическую свободу. Вторая мировая война привела к беспрецедентному росту влияния правительств на экономическую жизнь (введение карточной системы, фиксация цен и зарплат, запрет на производство ряда гражданских товаров, жесткие экспортно-импортные ограничения и т.п.)[2].

В итоге обе мировые войны XX в. показали государствам то, что бюрократия может быть куда более эффективным заменителем «невидимой руки», чем ранее казалось. И хотя большинство признавало эту роль оправданной чрезвычайными обстоятельствами, про laissez-faire вспоминали все реже.

Наконец, колоссальную роль в дискредитации laissez-faire сыграли и экономические потрясения первой половины XX в. Разрастание кризисных явлений в экономике некоторые страны стали испытывать сразу после окончания Первой мировой войны (например, гиперинфляция[3] и катастрофическое обесценение немецкой марки[4] в начале 1920-х гг. в Германии).

В США же экономический коллапс наступил в 1929 г. Здесь в 1920-е гг. («ревущие двадцатые») в период максимально возможного устранения государства от регулирования свободных рынков «мыльные пузыри» на рынках недвижимости и рынках ценных бумаг возникали один за другим. Спекулянты всех мастей уверовали в возможность бесконечного и легкого обогащения, привлекая все новые и новые кредиты для игры на повышение на фоне безумного ажиотажа. Но крах Нью-Йоркской биржи и разрыв «пузыря» на фондовом рынке вкупе с неумелыми действиями Федеральной резервной системы погрузили экономи-

[1] *Скотт Дж.* Благими намерениями государства. М., 2005. С. 163.

[2] *Фридман М.*, *Фридман Р.* Свобода выбирать. М., 2007. С. 111.

[3] Инфляция в Веймарской республике в 1923 г. исчислялась миллионами процентов в год. Стоимость хлеба за год выросла со 130 марок до 100 млрд марок. См. подробнее: *Травин Д.*, *Маргания О.* Европейская модернизация. Кн. 1. С. 463–498.

[4] На 15 ноября 1923 г. 1 доллар стоил 4,2 трлн марок (см.: *Камерон Р.* Краткая экономическая история мира от палеолита до наших дней. М., 2001. С. 437).

ку США в невиданную доселе депрессию, оставив без работы миллионы граждан и разорив бóльшую часть предпринимателей и компаний[1].

Все это сформировало у американских граждан устойчивый спрос на государственный патернализм. Если бы такие экономические катаклизмы происходили в середине XIX в., скорее всего этот спрос не был бы удовлетворен в силу неразвитости государственной бюрократической машины, отсутствия необходимых государственных ресурсов, относительно незначительного влияния широких масс на экономическую политику и отсутствия серьезных идеологических альтернатив либеральной экономической программе. Но в условиях более современных государственных аппаратов, набравшихся опыта в период Первой мировой войны, имеющихся у государств значительных ресурсов, накопленных в период бурного экономического роста в эпоху laissez-faire, демократического устройства государств и популяризации социалистических взглядов среди рабочего класса правительства многих государств были просто вынуждены все дальше отступать от принципов laissez-faire. Разрыв между презюмируемым в праве формальным равенством контрагентов и реальным имущественным и переговорным неравенством в условиях экономических потрясений и разорения миллионов граждан уже не мог более игнорироваться государством хотя бы во имя собственного самосохранения.

В этих условиях экономический либерализм стремительно выходил из моды. Достигнутые в годы свободной экономики, промышленной революции и быстрой коммерциализации инноваций успехи стали восприниматься как само собой разумеющееся и перестали удовлетворять массы. Картезианская установка на рационализацию всех сфер человеческой жизнедеятельности породила веру в возможность более интенсивного и программируемого экономического роста и немедленного избавления от общественных и экономических пороков (циклических кризисов, сохраняющейся бедности и т.п.).

Как писал Черчилль, «люди были свободны, но также свободны были голод и холод», и обществу захотелось чего-то большего, чем свобода, что и предопределило стремительное падение популярности идеологии laissez-faire[2]. Общество не хотело ждать, пока невидимая рука рынка обеспечит всем достойную жизнь и решит все социально-экономические проблемы. Долгосрочный расчет в общественном сознании стал все чаще подменяться стремлением достичь быстрых результатов в краткосрочной перспективе.

[1] Подробный разбор истории Великой депрессии см.: *Гэлбрейт Дж.К.* Великий крах 1929 года. Минск, 2009.

[2] Цит. по: *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of Freedom of Contract. 1979. P. 587.

В итоге взоры простых людей, измученных экономическими потрясениями Великой депрессии и невиданными по размаху войнами, стали все чаще устремляться к государству с его все возрастающими регулятивными возможностями и амбициями как социальному инженеру. На взгляд многих, оно было способно путем точно просчитанных декретов, планирования, ограничений свободного оборота и макроэкономических манипуляций если и не заменить невидимую руку рынка, то как минимум помогать ей надежнее направлять социальный и экономический прогресс.

Экономическая и договорая свобода, в частности, в период 1920–1940-х гг. существенно ограничивалась повсеместно. В некоторых западных странах это давление было несколько сильнее (например, в гитлеровской Германии), в других – несколько слабее (например, в Англии), но в любом случае достаточно существенно. На Западе повсеместно и неуклонно шел процесс, который в зарубежной литературе часто называют «возвышением регулирующего государства» (rise of regulatory state)[1].

Ответ экономической теории

В результате всех этих процессов в экономической науке разгорелись жаркие споры.

Отход от некоторых установок классической экономической теории начался уже в конце XIX в. с появлением «неоклассической школы экономики» (Альфред Маршалл, Леон Вальрас, Уильям Джевонс и др.). Помимо ряда не относящихся к нашему вопросу новелл (например, активное использование феномена убывающей предельной полезности, так называемого маржинального анализа и математических моделей) сторонники данной школы устремили свое внимание на точные экономические расчеты, направленные на описание рыночного равновесия и иных микроэкономических закономерностей. Такой более пристальный анализ среди прочего стал выявлять и такие случаи, когда свободная экономика не способна обеспечить рост общего благосостояния и дает сбои. Экономисты вначале все еще достаточно осторожно, а затем все более активно в ответ на эти открытия стали прописывать лечение в форме той или иной формы государственного вмешательства. Этот «рецепт» становился все более популярным в академических кругах по мере нарастания политического и идеологического давления на сферу рыночной свободы экономики.

[1] *Glaeser E.L.*, *Shleifer A.* The Rise of the Regulatory State // XVI Journal of Economic Literature. 2003. P. 401–425 (статья доступна в Интернете на сайте: http://www.economics.harvard.edu/faculty/shleifer/files/rise_reg_state.pdf).

Осмысление «провалов рынка» (таких, например, как монополизм или негативные экстерналии) или проблем драматического социального неравенства, которые сторонники классической теории либо не замечали, либо глубоко не исследовали, формировало в рамках экономической науки некое новое референтное поле. В рамках этого поля более активное государственное вмешательство становилось куда более оправданным, чем казалось даже таким умеренным сторонников классической экономической теории, как Милль[1].

В первой половине XX в. экономисты начинают разрабатывать проблематику общественного благосостояния, государственного стимулирования его развития и ограничения в этих целях экономической свободы. Так, например, Артур Пигу в своей известной работе «Экономика благосостояния»[2] достаточно подробно изучает сбои рыночного механизма и государственные инструменты их устранения. В частности, он сформулировал идею о праве государства ограничивать свободный оборот в ситуации возникновения того, что сейчас принято обозначать негативными экстерналиями. Он считал, что разрыв между частным и общественным благом, иногда возникающий при заключении сделок, не может быть преодолен самими контрагентами, так как этот разрыв возникает из-за ущерба третьим лицам и обществу в целом, чьи интересы контрагентами, как правило, не учитываются. Соответственно задача государства состоит в устранении этого разрыва путем той или иной формы вмештельства в естественные рыночные процессы[3]. Это открытие проблемы негативных экстерналий вполне предсказуемо дало в руки критиков свободы договора сильный аргумент в пользу чисто правовых ограничений[4].

В той же работе Пигу подробно анализирует и иные несовершенства свободного рынка и хотя и делает целый ряд оговорок, в принципе не отвергает такие инструменты ограничения рыночной свободы, как контроль рыночных цен в военных условиях, ограничения колебаний размера заработной платы, ограничения цен в случае резких колебаний спроса и предложения и т.п. Как пишет Пигу, такие ограничения следует допускать с достаточной осторожностью и путем анализа всех возможных последствий в силу того, что государство далеко не всегда способно смоделировать результаты с точки зрения общественного благосостояния лучшие, чем обеспечиваются несовершенным рыночным процессом. Тем не менее рост качества английской демократиче-

[1] Подробнее см.: *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of Freedom of Contract. 1979. P. 602 ff.

[2] *Pigou A.C.* The Economics of Welfare. 1920 (издание 1932 г. доступно в Интернете на сайте: http://www.econlib.org/library/NPDBooks/Pigou/pgEW.html).

[3] *Pigou A.C.* The Economics of Welfare. 1920. P. 149–168.

[4] *Trebilcock M.J.* The Common Law of Restraint of Trade. 1941. P. 37.

ски контролируемой бюрократии того времени внушал ему веру в то, что эффективное государственное вмешательство теперь может осуществляться чаще и интенсивнее, чем это было в принципе возможно в прежние времена[1].

Постепенно в науке распространялось мнение, что полностью полагаться на «невидимую руку» рынка и рациональность самих участников оборота в случае наличия у частной сделки негативных побочных эффектов, монополизма и других несовершенств рыночной модели в целом нельзя, если государство хочет обеспечить максимально рациональное использование имеющихся ресурсов и рост общественного благосостояния.

При этом западные экономисты первой половины XX в. в основной своей массе продолжали считать, что рынок и свободные контракты, как правило, являются оптимальным способом организации экономического оборота, но допускали вмешательство государства, если будут приведены весомые аргументы в пользу сбоя рыночного механизма[2]. Иначе говоря, для представителей сформировавшегося к началу XX в. экономического «мэйнстрима» серьезные сбои в работе «невидимой руки», которые мешали ей обеспечить рост экономического благосостояния (welfare), могли легитимно исправляться государством посредством тех или иных правовых инструментов, включая ограничение свободы договора[3].

За более активное участие государства в ограничении, планировании и моделировании экономического оборота выступали и представители ставшей популярной в первой половине XX в. институционалистской школы экономики (Дж. Коммонс, У. Митчелл и др.)[4].

Нельзя не отметить и влияние авторитета Джона Мейнарда Кейнса, чей научный и политический авторитет оказался в зените в 1930-е гг. и стал меркнуть только к 1970-м гг. Основная идея Кейнса состояла в существенном усилении интенсивности государственного вмешательства в сферу рыночной экономики. Его советы по выходу из Великой депрессии, искусственному созданию рабочих мест и стимулированию роста спроса были во многом положены в основу нового курса президента США Теодора Рузвельта. На предупреждения критиков, указывающих на долгосрочные риски такой интервенционистской политики, подрывающей институциональные основы успешной работы «невидимой

[1] *Pigou A.C.* The Economics of Welfare. 1920. P. 297 ff.

[2] *Гэлбрейт Дж.К.* Экономические теории и цели общества. М., 1976. С. 45.

[3] См.: *Parisi F.* Autonomy and Private Ordering in Contract Law // 1 European Journal of Law and Economics. 1994. P. 216–218.

[4] См.: *Commons J.R.* Legal Foundations of Capitalism. 2007. P. XIV, XV; История экономических учений: Учебник / Под общ. ред. А.Г. Худокормова. М., 2007. С. 90.

руки» и свободной экономики[1], Кейнс бросал свою знаменитую фразу о том, что «в долгосрочной перспективе мы все – покойники»[2]. Его заботило решение насущных проблем, которые он предлагал решать самым, на его взгляд, эффективным и действенным образом – путем выстраивания системы государственного вмешательства в сферу рыночных отношений на макроэкономическом уровне[3].

В 1926 г. вышла его знаковая статья «Конец laissez-faire»[4]. В ней Кейнс, развивая мысль Пигу, доказывал, что установка на невмешательство государства в работу «невидимой руки» рынка могла быть оправданной в условиях того крайне неэффективного и коррумпированного государственного аппарата, который существовал во многих странах в прежние времена. Кейнс писал, что «почти все, что делалось государством в XVIII в. сверх его минимальных функций, было или казалось вредным и неудачным»[5]. Но в новых условиях относительно четко и эффективно работающие демократически избранные бюрократические машины таких государств, как Англия или США, вполне могут справиться с задачей смягчения шоков, вызванных цикличностью экономического развития, обеспечения полной занятости и иными задачами вспоможения «невидимой руке», которые ранее правительствам доверять и не следовало.

Он жестко критиковал установку на ортодоксальную приверженность laissez-faire любыми средствами как основывающуюся на некоторых базовых ошибках и пытался показать, что в современных условиях пора от нее отказаться. Кейнс предлагал мыслить прагматически и антидогматически. В одних ситуациях лучше дать свободу рынку, в других – усилить роль государства в управлении и манипулировании экономическим развитием. Он пытался показать, что в современных условиях у догмы принципиального невмешательства государства исчезли разумные основания, но умы интеллектуальной и экономической элиты все еще скованы этими установками[6]. На взгляд Кейнса, если государства начнут проводить в жизнь более прагматическую и деидеологизированную экономическую политику, это позволит им обеспечивать более сбалансированное развитие рыночной экономики, смягчая или избегая глубочайших экономических кризисов.

---

[1] Критику Людвигом фон Мизесом идей об искусственном стимулировании экономического роста для выхода из экономической депрессии см.: *Фон Мизес Л.* Австрийская теория экономического цикла // Бум, крах и будущее. М.; Челябинск, 2002. С. 103–111.

[2] Цит. по: *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of Freedom of Contract. 1979. P. 650.

[3] Некоторые современные экономисты считают, что программа расширенного государственного вмешательства в рыночную экономику только затянула естественный выход из кризиса. Другие, наоборот, придерживаются позитивных оценок.

[4] *Кейнс Дж.М.* Конец laissez-faire // Истоки. Вып. 3. М., 2001. С. 260–278.

[5] Там же. С. 263.

[6] Там же. С. 273.

При этом Кейнс замечал, что он не претендует на отмену капитализма и призывает лишь поправить некоторые важные заблуждения и необоснованные предубеждения. Он не видел необходимости ломать фундамент рыночной экономики – инстинктивное стремление людей к личной выгоде и частную инициативу как основную движущую силу экономического развития[1].

Здесь следует сделать важное уточнение. Основная идея Кейнса состояла в усилении государственного участия в экономике на макроуровне (стимуляция спроса за счет увеличения денежной массы, искусственная поддержка занятости и т.п.). По сути Кейнс первым сформировал макроэкономическую теорию. Вопросы микроэкономики и государственного вмешательства в частные трансакции (например, с целью защиты слабой стороны договора) не были в центре его теории. Тем не менее косвенно фиксация Кейнсом несовершенства свободного рынка, совпавшая по времени с разрушительными последствиями мирового экономического кризиса 1920–1930-х гг., усиливала недоверие к свободному рынку и на микроэкономичесом уровне.

Вполне естественно, что популяризация идеи о глобальных по своим масштабам провалах нерегулируемого рынка и усиление уверенности бюрократии в своих возможностях по управлению экономическим процессом на макроуровне показывали рост недоверия к работе «невидимой руки» рынка применительно к частным трансакциям и легитимности более интенсивных ограничений договорной свободы на микроуровне.

Более того, в первой половине XX в. во многих западных странах (например, в Англии, Франции, Германии, Италии) реальная экономичская политика начала все интенсивнее интегрировать идеи «государства всеобщего благосостояния» (анг. welfare state) и «социального государства» (нем. sozialstaat). Рыночная экономика, совмещенная с активной ролью государства как регулятора и корректора, в этот период соединялась также и с политикой обеспечения социальной справедливости и защиты интересов неудачников конкурентной борьбы. Пожалуй, впервые это новое понимание патерналистской роли государства начало развиваться в Германии еще во времена Бисмарка[2]. Впоследствии эти идеи были концептуализированы в середине XX в. в Германии Альфредом Мюллер-Армаком в рамках теории балансирования стремления к экономическому росту и социальной солидарности[3], а также отрефлексированы и признаны в качестве руководства для социальной и экономической политики во многих других странах.

[1] *Кейнс Дж.М.* Конец laissez-faire // Истоки. Вып. 3. М., 2001. С. 278.

[2] *Травин Д., Маргания О.* Европейская модернизация. Кн. 1. М., 2004. С. 440.

[3] Социальное рыночное хозяйство: теория и этика экономического порядка в России и Германии. СПб., 1999. С. 91.

В рамках данной идеологии защита интересов слабых участников оборота становится важнейшим приоритетом государственной экономической политики. Основные элементы этой новой политики – высокие налоги и их перераспределение в пользу малоимущих в виде социальной или иной помощи, бесплатная медицина и образование, сильные профсоюзы и относительно мягкая бюджетная политика. Но помимо прямых трансфертов из бюджета и государственного финансирования социально важных услуг в центре внимания «государства всеобщего благосостояния» (или «социального государства») оказывается защита прав слабых участников оборота посредством ограничения договорной свободы, компенсирующего реальное неравенство контрагентов (в первую очередь патерналистская защита интересов работников и потребителей). Понять активизировавшийся в межвоенный период процесс спецификации регулирования трудовых отношений и начало победного шествия потребительского права в отрыве от восхождения идеологии «государства всеобщего благосостояния» просто невозможно.

В условиях глобальных экономических потрясений 1920–1930-х гг. (например, краха Нью-Йоркской биржи и начала Великой депрессии в США) макроэкономическая программа кейнсианства, политика обеспечения всеобщего благосостояния и общее усиление государственного регулирования и контроля оказались востребованы в реальной экономической политике. Уже к концу 1930-х гг. классическое либертарианство и идеи laissez-faire начали восприниматься большинством в качестве анахронизмов как на макроэкономическом, так и на микроэкономическом уровне. Когда Фридрих фон Хайек в 1944 г. опубликовал свою знаменитую книгу-манифест «Дорога к рабству»[1], в которой этот выдающийся экономист и мыслитель попытался показать всю губительность отхода от принципов свободной рыночной экономики, он подвергся буквальному остракизму (в том числе и со стороны своих коллег-экономистов, обвинивших Хайека в ортодоксальном ретроградстве). Ко Второй мировой войне умеренно антирыночные идеи стали оказывать все большее влияние на умы политиков и реальные правовые реформы во многих странах мира.

Дело дошло до того, что, как писал Людвиг фон Мизес, на родине либерализма, в Англии, этот термин оказался де-факто вне закона[2]. В США же термин «либерал» вовсе изменил свой смысл, обозначая теперь сторонника интенсивного участия государства в экономике, в то время как сторонники laissez-faire были вынуждены в целях устранения путаницы обозначать себя как либертарианцы[3].

[1] *Фон Хайек Ф.А.* Дорога к рабству. М., 2005.

[2] *Фон Мизес Л.* Либерализм. М., 2001. С. 8.

[3] См.: *Раквиашвили А.А.* Либерализм: эволюция идей. М., 2010. С. 56, 57; *Боуз Д.* Либертарианство: история, принципы, политика. Челябинск, 2009. С. 26.

Opus magnum Кейнса «Общая теория занятости, процента и денег» (1936 г.)[1] стала настольной книгой в кругах политической элиты во многих странах мира, а работы других представителей кейнсианской макроэкономической теории и апологентов всеобщего благосостояния пользовались все большим авторитетом[2]. Отрицать роль государства в обеспечении социальной справедливости и противодействии реальному неравенству сторон частных сделок на этом фоне политикам становилось все сложнее и сложнее.

На этой интеллектуальной волне некоторые ученые умы шли в своих оценках имманентных пороков свободного рынка намного дальше признания (в духе Пигу или Кейнса) того факта, что иногда рынок можно ограничивать. В 1944 г. выдающийся экономист и социолог Карл Поланьи безапелляционно признал идеи свободных рынков, экономической саморегуляции и laissez-faire величайшей авантюрой, крах которой привел к экономическому коллапсу, повсеместному установлению диктатур и обеим военным катастрофам первой половины XX в.[3] На его взгляд, к середине XX в. созрели все условия для глобальной реформы сложившейся ранее рыночной парадигмы, построенной на порочном и противоестественном стремлении людей к максимизации своей прибыли и утопии саморегуляции[4].

Тем не менее, судя по всему, большинство представителей западной научной мысли в межвоенный период сходились на том, что сама рыночная экономика на тот исторический момент не имела альтернатив, но эта система не могла функционировать без неусыпного надзора и корректирующего воздействия государственного аппарата. Иначе говоря, ценность экономической свободы в тот период полностью не девальвировалась и даже не потеряла свой системообразующий статус. Соответственно когда говорят о конце эпохи laissez-faire, имеют в виду лишь то, что пространство этой свободы начало заметно сжиматься. На Западе и даже в таких странах, как гитлеровская Германия, речь не шла о тотальной отмене рыночной экономики и окончательном разрыве с основными идеями Смита. Соответственно происходило лишь существенное увеличение количества исключений из общего правила экономической свободы. Если Смит или Милль признавали лишь очень небольшое число случаев, требующих государственного вмешательства, то к середине XX в. количество таких исключений стало значительно возрастать, а многие страны продвинулись в деле усиления бюрократи-

[1] *Кейнс Дж.М.* Общая теория занятости, процента и денег. М., 1978.

[2] *Акерлоф Дж.*, *Шиллер Р.* Spiritus Animalis. М., 2010. С. 36.

[3] *Поланьи К.* Великая трансформация: политические и экономические истоки нашего времени. СПб., 2002. С. 15.

[4] Там же. С. 271.

ческого вторжения в рыночные процессы настолько, что стало принято говорить о смешанной (т.е. рыночно-плановой) экономике.

Происходило очевидное смещение идеологического фона, и идея о крайней нежелательности ограничения свободного экономического обмена была отчасти дискредитирована. В рамках этой новой экономической парадигмы государственное вмешательство непосредственно в сферу автономии воли сторон договора получает куда более яркий зеленый свет, чем допускали самые смелые и прагматичные сторонники классической экономической школы.

§ 2. Социально-этические предпосылки краха laissez-faire

Происходившие с начала XX в. фундаментальные пертурбации в социально-экономическом базисе западных стран приводили к тому, что этическая ценность личной негативной свободы и частной автономии постепенно переставала играть столь же важную роль, как это было прежде. Экономические и политические потрясения отчасти вернули популярность ценностям солидарности и коллективизма. В итоге во многих странах весь XX в. прошел под знаком обострившегося конфликта по линии личность – общество/государство[1].

Вполне очевидно, что эта борьба ценностей индивидуализма и солидарности не могла (и, видимо, не может) закончиться однозначной победой той или иной системы ценностей. Стремления к личной свободе и к солидаризации с обществом являются неотъемлемыми элементами человеческой природы[2]. Предмет спора, о котором здесь идет речь, состоял и состоит в утверждении того или иного видения баланса этих ценностей. Нетрудно заметить, что в одни периоды доминировали коллективистские (этатистские) ценности солидарности, а в другие на первый план вырывалась идеология личной свободы и индивидуализма.

Как мы уже отмечали, XIX в. во многих западных странах знаменовал собой отчетливое движение маятника в сторону ценностей свободы. С 1870-х гг. США и передовые западноевропейские страны вступили в эпоху невиданного ранее прогресса, экономического роста и ста-

[1] Так, например, в Германии государство, особенно со времен образования Империи, никак не хотело признавать свою второстепенную роль, пытаясь сплотить миллионы немцев в единый национальный кулак и искусственно продлить жизнь коллективистской социальной и культурной парадигмы. Но этатизм Пруссии и объединенной Империи был лишь прелюдией к тому радикальному разрыву с ценностями свободы и индивидуализма, который произошел в годы национал-социалистической диктатуры. Немецкий фашизм отражал страшную попытку реакции на взросление и эмансипацию свободной личности в XIX в.

[2] *Бауман З.* Свобода. М., 2006. С. 73.

бильности. Человечество жило в абсолютной вере во всесилие разума, в культурный и научный прогресс и неизбежное приближение эпохи процветания. Этот оптимистический настрой (своего рода мелиоризм) был крайне благоприятен для развития индивидуалистических ценностей свободы и частной автономии. Соответственно коллективизм и подавление частной автономии не пользовались популярностью.

Но с нарастанием социальных противоречий, разрастанием экономического кризиса, возникновением фашистской и советской угрозы и безумием двух мировых войн западный мир столкнулся с серьезным и устойчивым вызовом, от ответа на который зависела в целом его судьба. Индивидуализм и идея личной негативной свободы оказываются менее актуальными перед лицом столь глобальных угроз, что неминуемо влечет некоторое снижение их популярности[1]. Возник устойчивый спрос на социальное сплочение и усиление государственного вмешательства в свободный оборот с целью обеспечения большей дистрибутивной справедливости и солидарности, а также стратегических государственных интересов и военно-политических планов.

Это изменение ценностей легко объяснить. Стремление человека солидаризироваться с группой и разделить с нею свои ресурсы и проблемы в силу вполне понятных мотивов усиливается в периоды войн, экономического краха, экологических катастроф и социальной нестабильности и ослабевает в эпоху мира, процветания и стабильности. Человек тем сильнее готов ассоциировать себя с интересами коллектива и отказываться от части своих индивидуальных преимуществ и потенциальных возможностей личного успеха, чем сильнее внешняя угроза его личному благополучию. В условиях постоянных войн, голода и экономических шоков люди теряют былую уверенность в своих способностях индивидуально ответить на глобальный вызов извне и ищут реальную защиту и компенсацию своих страхов в групповой самоидентификации. В таких шоковых внешних условиях люди готовы жертвовать своими сиюминутными личными интересами ради получения гарантий, которые предоставляет им слияние с группой.

По мере дискредитации церкви и разрушения общин основным инструментом обеспечения сплочения и солидаризации является национальное или имперское государство, от которого люди начинают ожидать активной роли в защите от возникающих угроз. Соответственно формируется вполне четкий социальный запрос на ограничение личной свободы отдельных лиц во имя обеспечения интересов группы, социальной справедливости и взаимопомощи. Если в условиях стабиль-

[1] *Arrunada B.*, *Andonova V.* Common Law and Civil Law as Pro-Market Adaptations // 26 Washington University Journal of Law and Policy. 2008. P. 110, 111.

ности, процветания и уверенности в будущем такую стратегию поддерживает меньшинство наименее обеспеченных граждан, то в условиях кризиса и социального стресса в защите начинает нуждаться подавляющее большинство, которому государство не может и зачастую не хочет отказывать. Этот социально-терапевтический запрос на патернализм, ограничение личной свободы и государственное принуждение напрямую влиял на крах экономической политики в духе laissez-faire. Политика laissez-faire просто казалась слишком жестокой и индивидуалистичной в тяжелых условиях войн, безработицы, гиперинфляции, повальных банкротств и разорений, накрывших Европу и США начиная с Первой мировой войны.

В итоге снижение авторитета принципа свободы договора было во многом предопределено не только экономическими и другими утилитарными соображениями, но и кризисом индивидуализма[1] как базовой этической предпосылки этого правового принципа. Аргументы в пользу того, что договор священен и слабая сторона договора не заслуживает патерналистской помощи, потеряли свою убедительность. В новых условиях общественный запрос на сплочение и солидаризацию требовал от сильного контрагента гораздо большего учета интересов слабого, чем это считалось необходимым ранее. И государства повсеместно отвечали на этот запрос.

§ 3. Влияние краха идеологии и политики laissez-faire в области права

Возникновение новых экономических условий и теорий, а также социализация доминирующей этики способствовали фундаментальным изменениям в сфере реального законотворчества и судебной практики. Эти тенденции начали проявляться уже в конце XIX в., но под давлением указанных выше социально-экономических, политических и идеологических подвижек они усилились к 1920–1940-м гг. Укоренение интервенционистских установок и социально ориентированных ценностей в мышлении политических элит, избирателей, законодателей и судей формировало условия для невиданных ранее правовых реформ, направленных на ограничение свободы договора.

Первая половина XX в. – это период падения формализма в правовой науке в целом и в договорном праве в частности[2]. Атака на пандектный догматизм концепций в немецком праве, экзегетическую методологию

[1] О кризисе индивидуализма см.: *Сорокин П.* Кризис нашего времени: социальный и культурный обзор. М., 2009. С. 296.

[2] *Movsesian M.* Formalism in American Contract Law: Classical and Contemporary // 12 IUS GENTIUM. 2006. P. 115, 116.

формального и систематического толкования текста кодексов во французском праве и так называемый лэнгделлианский формализм в США была подготовлена еще Йерингом в 1870-е гг. Впоследствии поддержанная такими правоведами, как Эрлих, Канторович, Фукс, Хек, Жени, Саллей, Ламбер, Карбонье, Холмс, Паунд, Ллевеллин, и многими другими по обе стороны Атлантики, эта атака привела к фундаментальным изменениям в научной методологии и правовой идеологии[1]. В центре правового анализа постепенно оказывается содержательная рациональность права (справедливость и практическая целесообразность), которую правоведы XIX в., как правило, в своих работах не упоминали. Юристы стали видеть свою функцию не в том, чтобы копаться в текстах законов и исторических источников, пытаться их согласовать и комментировать, а в том, чтобы попытаться найти такие правовые решения актуальных социальных, экономических и этических проблем, которые могли бы сбалансировать различные социальные и частные интересы и ценности. Право стало восприниматься как инструмент социальной инженерии и контроля. Иначе говоря, социализация права приводила к реинкарнации забытых и просто неактуальных в эпоху laissez-faire идей реального равенства, коммутативной и отчасти дистрибутивной справедливости, а равно социальной солидарности.

Аналогичный процесс происходил и в судебной практике, и в законодательстве. Если в середине XIX в. английский судья мог написать в решении, что задача юриста состоит лишь в том, чтобы исследовать и применять право так, как оно есть (зафиксировано в законах, прецедентах, авторитетных доктринальных источниках или выводимо из этих источников), но ни в коем случае не спекулировать на тему о том, что́ является оптимальным для общества, то в XX в. другой английский судья пишет, что задача судьи состоит в том, чтобы найти решение, которое, на его взгляд, является справедливым, и поэтому в реальности «суд составляет контракт за стороны, как бы крамольно это ни звучало»[2].

Идеи господства абсолюта частной собственности и частной автономии конечно же не пали как таковые, но утратили свой былой абсолютный статус[3]. Слепые дедукции из устоявшихся ранее правовых концепций и догм, таких как свобода договора и волевая теория, уже не устраивали ученых и судей. Справедливость, сбалансированность, честность, добросовестность договорных условий – все эти факторы вторгались в практически неприкосновенную в XIX в. сферу автоно-

[1] Подробнее см.: *Карапетов А.Г.* Политика и догматика гражданского права: исторический очерк // Вестник ВАС РФ. 2010. № 4. С. 6–69; № 5. С. 6–56.

[2] *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 249, 250.

[3] См. подробнее об этой трансформации в контексте французского права: *Дюги Л.* Общие преобразования гражданского права со времен Кодекса Наполеона. М., 1919.

мии воли сторон и формализма свободы договора и стали расцениваться как не менее этически ценные[1]. Так, Эмиль Дюркгейм писал, что для полной юридической силы договора «недостаточно, чтобы он был предметом выраженного согласия», отмечая, что «необходимо также, чтобы он был справедливым, а одно только... соглашение не делает его справедливым»[2]. Российский цивилист Г.Ф. Шершеневич в 1915 г. писал, что «безграничная свобода договора, которая выставлялась недавно как необходимое условие гражданского быта и основной принцип законодательной политики... подвергается стеснениям под возрастающим давлением общественных интересов»[3]. В 1937 г. выдающийся компаративист Джон Ф. Доусон отмечал, что «система «свободного» договора, описанная учеными в 19 веке, сейчас все больше признается миром фантазий, слишком искусно сконструированным и слишком гармоничным, чтобы соответствовать реальности»[4].

Наиболее ярко эта тенденция проявилась в немецком праве. В самом конце XIX – начале XX в. Германия окончательно вступила в период ускоренной индустриализации и последовавшей за этим социокультурной трансформации. Формационные подвижки в базисе не могли не создавать трения с устаревающей правовой надстройкой пандектного частного права. Достаточно привести в качестве примера вышеупомянутое обострение отношений между крупным капиталом и рабочим классом, которые должны были в рамках пандектной парадигмы регулироваться нормами классического римского договорного права. Пандектисты не смогли прочувствовать назревающие проблемы, порождаемые концентрацией экономической власти и новыми формами организации возникающей индустриальной экономики[5]. К 1920-м гг. тот мир, который наблюдали пандектисты, остался в прошлом. Послевоенный крах немецкой экономики, обнищание населения, политическая нестабильность Веймарской республики приводили к росту спроса на более интенсивное ограничение свободы договора во имя идей справедливости и солидарности. В результате с 1920-х гг. на место пандектной школы, преимущественно игнорировавшей социально-этическую составляющую права и подспудно интернализировавшей сугубо либерально-экономические идеи[6], пришла теория юриспруденции интере-

[1] *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 248.

[2] *Дюркгейм Э.* О разделении общественного труда. М., 1996. С. 392.

[3] *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. Т. 2. М., 1915. С. 79.

[4] *Dawson J.P.* Economic Duress and the Fair Exchange in French and German Law // 11 Tulane Law Review. 1936–1937. P. 345.

[5] *Dawson J.P.* The Oracles of the Law. 1968. P. 464.

[6] *Gordley J., von Mehren A.* An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings. Cases. Materials. Cambridge, 2006. P. 60.

сов с ее прагматическим акцентом на балансировании различных интересов и ценностей.

Проводником реализации признанных большинством необходимыми ограничений договорной свободы стали немецкие суды, а инструментом – вышеупомянутые «каучуковые» нормы ГГУ о добрых нравах, добросовестности, навязывании неравного обмена путем эксплуатации стесненных обстоятельств и т.п. Как уже отмечалось, при внедрении в текст Уложения подобных инструментов, которые могли бы теоретически ограничить свободу договора, предполагалось, что сфера их применения будет достаточно узкой. Так, например, норма о запрете нарушения добрых нравов (п. 1 § 138 ГГУ) задумывалась как экстраординарная и подлежащая весьма ограниченному толкованию. Норма § 242 ГГУ о добросовестности вообще не была направлена на ограничение свободы договора, всего лишь требуя соблюдения принципа добросовестности при исполнении договора. И действительно, в первые годы после вступления в силу ГГУ суды активно не применяли эти нормы. Частое использование норм о добросовестности, добрых нравах и иных подобных оценочных категориях считалось дурным тоном и предпочтение отдавалось формализованной аргументации со ссылкой на конкретные нормы ГГУ и идее автономии воли.

Но ситуация начала меняться с 1920-х гг., когда суды стали использовать подобные «каучуковые» параграфы в качестве своего рода «универсальных корректоров» свободы договора[1]. Уложение стремительно устаревало по мере разрушения старого мира классического экономического и этического либерализма и суды были вынуждены де-факто модернизировать гражданско-правовое регулирование путем использования этих оценочных конструкций. Джон Ф. Доусон (Dawson) назвал этот феномен истории немецкого права «революцией судебного правотворчества»[2], а немецкий правовед Юстус Гедеман (Hedemann) в своей известной одноименной книге именовал его «бегством в общие положения»[3].

Вооружившись такими мощными инструментами коррекции воли сторон, как доктрины добросовестности и добрых нравов, немецкие суды в 1920-х гг. начали отступать от принципа pacta sunt servanda и расторгать сделки из-за того, что резко изменившиеся экономические обстоятельства (например, гиперинфляция) сделали их явно несправедли-

[1] См.: *Rheinstein M.* The Struggle between Equity and Stability in the Law of Post-War Germany // 3 University of Pittsburgh Law Review. 1936. P. 99; *Чантурия Л.Л.* Введение в общую часть гражданского права (сравнительно-правовое исследование с учетом некоторых особенностей советского права). М., 2006. С. 72.

[2] *Dawson J.P.* The Oracles of Law. 1968. P. 432.

[3] Цит. по: *Wieacker F.* A History of Private Law in Europe. 2003. P. 377.

выми и несбалансированными, а также ограничивать свободу договора там, где условия договора изначально выглядели как явно несправедливые и эксплуатирующие неравенство переговорных возможностей.

Аналогичные процессы происходили и во Франции времен Третьей республики с начала XX в. Как писал в тот период применительно к французскому праву Л.Ж. де ла Морандьер, под влиянием вторжения в частное право социальных интересов и ценностей и популяризации идей управляемой экономики свобода договора переставала быть абсолютной догмой[1].

В США формализм концепции абсолюта свободы договора был свергнут социологической юриспруденцией Роско Паунда, пожалуй, самого выдающегося американского правоведа первой половины XX в. и автора господствующей до сих пор в США концепции права как инструмента социальной инженерии и примирения противоборствующих социальных интересов. Окончательно добита идея абсолютизации свободы договора была за счет усилий многочисленных представителей прогрессистского движения и движения правовых реалистов. Правоведы больше не желали мириться с тем, что договорная свобода может порождать несправедливые результаты, и отказывались видеть в воле сторон абсолютную и самодостаточную ценность. Усилия ученых, законодателей и судей были теперь устремлены на поиск разумных ограничений свободы договора во имя обеспечения социальных интересов и этических ценностей[2]. Как отмечал в начале 1920-х гг. классик американского договорного права С. Уиллистон, вопрос о пределах допустимых ограничений свободы договора в новых условиях становится «вопросом степени» и «Конституция не ограничивает возможность разумных экспериментов в этой области»[3].

Если немецкие суды использовали для отмены явно несправедливых договорных условий, навязанных слабой стороне контракта, ссылки на заложенные в ГГУ принципы добросовестности и добрых нравов (§ 138 и 242), то в США, где долгое время отсутствовала кодификация договорного права, у судов возникали серьезные формальные затруднения в расставании с абсолютом договорной свободы. В этой связи при подготовке Единообразного торгового кодекса, впервые опубликованного в 1952 г. (далее – ЕТК), этот запрос был учтен. Решение проблемы было оформлено в рамках доктрины недобросовестности (unconscionability) договорных условий. Это произошло после того, как Карл Ллевеллин, будучи одним из авторов ЕТК, внедрил в него знаменитый § 2:302, дававший судам право отказывать в признании юриди-

[1] *Де ла Морандьер Ж.* Гражданское право Франции. Т. 2. М., 1960. С. 204.
[2] *Pound R.* Liberty of Contract // 18 Yale Law Journal. 1909. P. 454 ff.
[3] *Williston S.* Freedom of Contract // 6 The Cornell Law Quarterly. 1920–1921. P. 379.

ческой силы недобросовестных договорных условий. На основе данного универсального положения, пожалуй, на тот момент не имевшего аналогов в мире, в США начала распространяться практика оспаривания явно несправедливых условий, навязанных слабой стороне сделки при разрыве в переговорных возможностях.

После того как на предоставление судам права на снижение согласованного сторонами размера неустойки решился немецкий законодатель при принятии ГГУ, за ним последовали и во многих других правопорядках. Судебный контроль размера неустойки был предусмотрен в п. 3 ст. 163 Швейцарского обязательственного закона 1911 г., в ст. 1382–1384 нового ГК Италии 1942 г. и ряде иных зарубежных кодификаций того времени. В условиях наметившейся социализации и патернализации договорного права защищать классическую римскую концепцую несниженной договорной неустойки становилось все сложнее и зарубежные кодификаторы постепенно от этой идеи стали отступать.

Повсеместно в западных странах регулирование трудовых отношений стало выделяться из домена классического договорного права за счет введения множества ограничений свободы договора. В США применительно к трудовым контрактам идея договорной свободы, столь ярко кристаллизовавшаяся в судебной практике «эры Лохнера», в первой трети XX в. оказалась под серьезным давлением. Особое мнение Холмса в деле Лохнера становилось все более популярным. Его ярко поддержал Роско Паунд, критиковавший суды, которые, осуществляя формальную дедукцию из принципа свободы договора, приходили к выводу о неконституционности законов, ограничивающих свободу трудовых договоров[1]. В одной из своих наиболее известных статей он писал, что суды во имя абстрактного принципа договорной свободы упорно отказывались прислушаться к элементарному здравому смыслу и заметить, что в реальности отношения работодателя и работника по существу значительно отличаются от сделки по продаже лошади между двумя фермерами и требуют соответственно особого отношения[2].

Далее еще более агрессивную критику на «слепоту» принципа договорной свободы, применявшегося к феномену неравенства переговорных возможностей сторон трудового договора, обрушили социалисты и сторонники прогрессистских реформ, такие, например, как Роберт Л. Хэйл. Последний яростно защищал тезис о том, что вера в свободу волеизъявления применительно к некоторым сферам договорных отношений иллюзорна и лицемерна: в реальности человек, физическое выживание которого зависит от доброй воли работодателя, зачастую

[1] *Pound R.* Mechanical Jurisprudence // 8 Columbia Law Review. 1908. P. 616.
[2] *Pound R.* Liberty of Contract // 18 Yale Law Journal. 1909. P. 454, 455.

не имеет выбора, а свободный рынок и свобода договора обеспечивают в таких условиях своего рода скрытое принуждение[1].

Под давлением новых социально-экономических условий, экономической идеологии и общественных ценностей Верховный суд США был вынужден делать серьезные уступки. В 1908 г. он признал конституционным введение максимальной 10-часовой продолжительности трудового дня для женщин, занятых физическим трудом на фабриках и иных производствах, в знаменитом деле Muller v. Oregon[2]. Затем в 1917 г. Верховный суд был вынужден признать конституционными введение законодателем ограничения свободы определения продолжительности рабочего дня и установление 10-часового максимума в отношении работников, занятых физическим трудом, независимо от половой принадлежности (решение по делу Bunting v. Oregon). После этого принцип, закрепленный в деле Лохнера, продолжал некоторое время применяться в отношении работников, не занятых в промышленности. Но по сути к 1920-м гг. право законодателей ограничивать свободу договора посредством введения максимальной продолжительности рабочего дня перестало вызывать конституционные возражения[3].

Аналогичные процессы эмансипации и спецификации регулирования трудовых контрактов как подчиняющихся гораздо более императивному режиму происходили и в странах континентальной Европы.

Более того, в период Первой мировой войны, жесточайшего экономического кризиса 1930-х гг. и Второй мировой войны законодатели

[1] Подробнее см.: *Hale R.L.* Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State. 1923.

[2] Здесь суд «отличил» данное дело от решения по делу Лохнера на том основании, что в новом деле речь шла только о труде женщин (а значит, матерей), чье здоровье имеет важнейшую для общества ценность и поэтому заслуживает особой опеки. Суд был убежден социологическими, медицинскими и этическими аргументами, заключениями ведущих физиологов, справками о зарубежном опыте и другими материалами, которые представили защищавшие конституционность этого закона юристы в так называемой справке Брэндайса (использованной вначале адвокатом Брэндайсом, а затем и другими американскими адвокатами формы аргументации позиции по делу прямыми ссылками на политико-правовые соображения и факторы – Brandeis brief).

[3] Позднее, в 1937 г., суд окончательно подвел черту под «эрой Лохнера», пойдя на признание конституционным введения минимального уровня заработной платы (решение по делу West Coast Hotel v. Parrish). После начала Великой депрессии и прихода к власти администрации Рузвельта идея о допустимости интенсивного ограничения свободы трудовых договоров окончательно пробила себе дорогу. В результате серьезного политического противостояния Верховного суда с администрацией президента Рузвельта по поводу конституционности нового курса на активное регулирование экономики во второй половине 1930-х гг. судебная практика окончательно перестала сопротивляться данной политике. Подробнее об этой борьбе вокруг конституционности ограничения свободы трудового договора в начале XX в. см.: The State and Freedom of Contract (Making of Modern Freedom) / Ed. by H.N. Scheiber. 1998. P. 161–236.

США и ряда других западных стран стали все чаще вводить прямое ценовое регулирование в отношении ряда товаров и услуг, устанавливающее как максимумы, так и минимумы цен. При этом суды постепенно стали поддерживать эту практику. Так, например, в 1934 г. Верховный суд США признал допустимым ограничение свободы договора в виде установления минимальной цены на молоко, введенное нью-йоркским законодателем в целях поддержки разоряющихся в условиях Великой депрессии фермеров[1]. Похожие радикальные меры ценового регулирования время от времени применялись как в США, так и в других странах в условиях экономических потрясений или военного времени. Так, например, в Англии после Второй мировой войны правительство лейбористов проводило широкомасштабное замораживание заработной платы[2]. Аналогичным образом во Франции сразу же после освобождения от немецкой оккупации в результате двух ордонансов о ценах, принятых летом 1945 г., было введено тотальное ограничение цен на большую часть товаров и услуг.

Со времен Первой мировой войны в целях защиты интересов бедных слоев населения в их взаимоотношениях с собственниками жилых помещений в ряде американских и европейских городов стали вводиться местные законы, ограничивающие размер арендной платы при найме жилья[3].

Одновременно разочарование в возможностях саморегуляции рынков, вызванное экономическим коллапсом 1920–1930-х гг., привело правительства многих стран к идее ограничения свободы договора в финансовой сфере. Так, например, в США в 1933–1934 гг. были приняты законы, запретившие многие экстравагантные спекулятивные сделки (ограничены инсайдерские сделки и некоторые формы коротких продаж, введено регулирование размеров брокерской маржи и др.), а сделки на фондовом рынке были поставлены под неусыпный контроль Комиссии по ценным бумагам и биржевой деятельности[4].

Одновременно к середине XX в. началось торжественное шествие «потребительского права» – серии ограничений свободы договора в отношении сделок с потребителями и слабой стороны договора в целом[5]. Американские и европейские суды в середине XX в. начали развивать обширную практику по ограничению договорной свободы в сфере до-

[1] Решение по делу Nebbia v. New York (1934).

[2] *Тимошина Т.М.* Экономическая история зарубежных стран: Учебное пособие. М., 2010. С. 180.

[3] *Epstein R.A.* Rent Control and the Theory of Efficient Regulation // 54 Brooklyn Law Review. 1988–1989. P. 741 ff.

[4] *Гэлбрейт Дж.К.* Великий крах 1929 года. Минск, 2009. С. 220.

[5] Подробнее см.: *Хондиус Э.* Свобода контракта и конституционное право в Нидерландах // Правоведение. 2000. № 6. С. 78–97.

говоров на стандартных условиях (договоров присоединения), которая во второй половине XX в. во многих странах была в той или иной форме кодифицирована.

В ряде европейских стран несколько подзабытый в годы laissez-faire институт laesio enormis как инструмент контроля эквивалентности обмена уже не казался юристам столь архаичным. Так, например, Доусон отмечает, что во Франции в XX в. стало развиваться представление о необходимости расширения сферы применения института Lesion за рамки сделок с недвижимостью[1]. В этот период, как пишет Р. Циммерманн, происходит своего рода ренессанс laesio enormis[2].

Кроме того, во многих странах в первой половине XX в. все сильнее стало ощущаться, что свобода договора может быть использована в целях картелизации экономики и подавления конкуренции[3]. Соответственно право все большего количества стран стало вводить те или иные ограничения на сделки, направленные на подавление рыночной конкуренции. В США такие меры начали реализовываться еще в 1890 г., когда был принят Закон Шермана, в достаточно общих терминах запретивший соглашения, направленные на прямое или опосредованное ограничение конкуренции. В 1914 г. данный Закон был уточнен Законом Клейтона, который прямо запретил ценовую дискриминацию, соглашения, ограничивающие свободу одного из контрагентов взаимодействовать с конкурентами другого («связывающие» соглашения), а также соглашения об эксклюзивном сотрудничестве, если в результате таких договоренностей существенно ограничивается конкуренция или формируется монополия на том или ином рынке. В Германии антимонопольные ограничения договорной свободы были введены в 1923 г., когда был принято регулирование, запрещавшее злоупотребление экономической властью.

В тот период ограничение свободы договора в антимонопольных целях еще не приобрело масштабов, характерных для второй половины XX в. Так, например, в эпоху нового курса президента Рузвельта давление антимонопольной политики было существенно ослаблено в целях обеспечения устойчивости крупной промышленности. Половинчатость же немецкого антимонопольного законодательства состояла в том, что сами антимонопольные соглашения закон не запрещал, ограничивая лишь некоторые формы злоупотреблений монополистов[4].

---

[1] *Dawson J.P.* Economic Duress and the Fair Exchange in French and German Law // 11 Tulane Law Review. 1936–1937. P. 374.

[2] *Zimmermann R.* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. 1996. P. 269.

[3] *Ойкен В.* Основные принципы экономической политики. М., 1995. С. 243.

[4] Там же. С. 245, 246.

Тем не менее еще до Второй мировой войны свобода договора оказывалась под некоторым давлением со стороны в том числе и антимонопольного регулирования.

Эти тенденции по сужению сферы свободы договора были характерны практически для всех западных стран, в том числе для Англии, являвшейся в XIX в. образцом экономического либерализма и пристанищем договорной свободы[1].

Таким образом, идея свободы договора сдавала все больше завоеванных в XIX в. позиций. Начиная с рубежа XIX–XX вв. количество исключений из общего принципа свободы договора неуклонно возрастало, что и позволило многим говорить о том, что в первой половине XX в. эпоха laissez-faire как на уровне экономической идеологии, так и в области договорного права подошла к концу.

Классическая концепция договора уступила место концепции неоклассической, продолжающей исходить из презумпции договорной свободы[2], но допускающей ее куда более интенсивное опровержение, в том числе в целях обеспечения социально-экономической стабильности или публичных интересов, поддержания конкуренции, защиты отдельных социально значимых категорий производителей, а также работников, квартиросъемщиков, потребителей или иных контрагентов, обычно являющихся слабой стороной договора. Стало популярным высмеивать веру юристов XIX в. в абсолют свободы договора и автономии воли. В отличие от советского гражданского права свобода договора в рамках зарубежной юриспруденции продолжала признаваться базовой презумпцией, но уже лишенной того «сакрального» смысла, который ей придавался ранее[3].

Это изменение не стоит понимать как кончину самого принципа свободы договора. Речь шла скорее о количественном, а не о качественном изменении подхода. Государства стали значительно чаще вторгаться в сферу автономии воли контрагентов, навязывать императивные законодательные нормы, под предлогом недобросовестности договорных условий защищать интересы слабой стороны (рабочих, потреби-

[1] Подробнее см.: *Parry D.H.* The Sanctity of Contracts in English Law. 1959.

[2] На презумптивную природу принципа свободы договора, сохранявшуюся, несмотря на резкое возрастание числа случаев, когда право стало признавать допустимым ограничение этого принципа, и на сохранение бремени доказывания необходимости ограничений на тех, кто такие меры предлагает, указывал, в частности, Уиллистон. См.: *Williston S.* Freedom of Contract // 6 The Cornell Law Quarterly. 1920–1921. P. 379.

[3] В этой связи неудивительно, что французский правовед Рене Саватье без каких-либо сомнений объявил мифом абсолютизацию принципа автономии воли сторон. На его взгляд, действительно именно воля является основным источником обязательств сторон, но она далеко не всемогуща и значительно ограничивается и должна ограничиваться позитивным правом. См.: *Саватье Р.* Теория обязательств. М., 1972. С. 178, 179, 200, 201.

телей и т.п.), запрещать оборот тех или иных товаров (например, алкоголя в США), устанавливать минимальные уровни заработной платы или максимальные ставки арендной платы. Но никто всерьез не пытался запретить фундаментальное для капиталистической экономики право сторон свободно искать партнеров и определять цены и иные условия большинства сделок. Поэтому наступление на принцип договорной свободы, развернутое во всех западных странах с кончиной эпохи laissez-faire, в целом логически укладывалось в презумптивную логику свободы договора, которую наметил Смит и отстаивал Милль. Каждая из отмеченных выше попыток государственного вмешательства в сферу свободного экономического обмена серьезно обосновывалась теми или иными политико-правовыми соображениями (например, справедливости или устранения «провалов рынка»). Тут достаточно привести в качестве примера многостраничные решения Верховного суда США того периода, значительное место в которых занимали прямой и подробный анализ и балансирование политико-правовых аргументов за и против тех или иных ограничений свободы договора. Не всегда эти обоснования на поверку оказывались достаточно убедительными, а ограничения соответственно оправданными и уместными. Но сама презумптивная логика функционирования идеи свободы договора сохранялась: западные государства даже в период беспощадной экономической депрессии и в военные годы по общему правилу не отменяли свободу договора как таковую, вторгаясь лишь тогда, когда для этого, по мнению соответствующих законодателей и судов, имелись доводы, оказывающиеся более вескими, чем те очевидные преимущества, которые экономическая саморегуляция и договорная свобода, как правило, обеспечивают.

Глава 4. После второй мировой войны и до наших дней

§ 1. Экономический аспект

Борьба идей

Реальная экономическая политика первых послевоеннх десятилетий в целом следовала наметившемуся в середине XX в. синтезу неоклассических микроэкономических и кейнсианских макроэкономических установок («неоклассическому синтезу»)[1], совмещенному с регулятив-

[1] Подробнее см.: История экономических учений: Учебник / Под общ. ред. А.Г. Худокормова. М., 2007. С. 11, 13, 43, 56, 57.

ной программой все более популярной теории «государства всеобщего благосостояния».

Во многих западных странах торжествовала идеология смешанной экономики. Во второй половине XX в. основным учебником по экономической теории в мире становится «Экономика» нобелевского лауреата Пола Энтони Самуэльсона[1], видного сторонника теории смешанной экономики и более активной роли государства в отношении экономического оборота. Тем не менее эта система взглядов не оставалась без критиков.

В первой трети XX в. сформировалась австрийская экономическая школа, в ряде важных нюансов серьезно разошедшаяся с классической и неоклассической экономическими теориями. Применительно к нашей теме важно отметить, что «австрийцы» (основатель этой школы Карл Менгер[2] и несколько поколений его последователей, таких как Людвиг фон Мизес[3], Ойген фон Бем-Баверк[4], Фридрих фон Хайек, Мюррей Ротбард[5], Израэл Кирцнер[6], Уэрта Де Сото[7] и др.) выступали категорически против сворачивания laissez-faire, и наоборот, настаивали на радикальном расширении экономической свободы. На их взгляд, правительственное вмешательство в функционирование свободного экономического обмена, как правило, ничего, кроме вреда, не несет (плодит коррупцию, снижает экономический рост, провоцирует кризисы, формирует «пузыри» и т.п.). Соответственно чем больше свободы экономического оборота, тем лучше для страны и ее экономики.

Развивая идею, намеченную еще Спенсером[8], Мизес писал, что как только правительства из патерналистских соображений начинают запрещать торговлю алкоголем, то теряется резон воздерживаться от аналогичных запретов в отношении табака, кофеина и др. Далее государства начнут регулировать, что людям есть, как заниматься спортом и т.п. Остановиться будет очень сложно, и каждый такой шаг, ограничивающий людей в их неотъемлемом праве, не причиняя ущерба интересам

[1] Восемнадцатое издание данного всемирно известного учебника, на котором выросло не одно поколение экономистов, переведено на русский язык. См.: *Самуэльсон П.Э., Нордхаус В.Д.* Экономика. М., 2010.

[2] *Менгер К.* Избранные труды. М., 2005.

[3] См., напр.: *Фон Мизес Л.* Либерализм. М., 2001.

[4] *Бём-Баверк О.* Капитал и процент. Т. 2, 3. М., 2010.

[5] См.: *Ротбард М.* Власть и рынок: государство и экономика. Челябинск. 2003; *Он же.* К новой свободе: Либертарианский манифест. М., 2009; *Он же.* Этика свободы (доступно в Интернете на сайте: http://libertynews.ru/node/142).

[6] *Кирцнер И.М.* Конкуренция и предпринимательство. М., 2001.

[7] *Уэрта де Сото Х.* Деньги, банковский кредит и экономические циклы. М., 2008.

[8] *Спенсер Г.* Личность и государство. СПб., 1908 (доступно в Интернете на сайте: www.sotsium.ru).

других, свободно определять свое поведение и участвовать в экономическом обороте (при желании – даже во вред себе), приведет в конце концов к окончательной утрате свободы[1]. Для «австрийцев» среднего пути не было: «либо капитализм, либо социализм»[2]. Смешанная экономика для них была путем к катастрофе. Любые уступки государственному патернализму и дирижизму выстилают, по их мнению, «дорогу к рабству». Поэтому в соответствии с идеями основателя австрийской школы Карла Менгера и его последователей одной из главных забот наций является устранение всех препятствий для свободного экономического обмена[3].

Австрийская школа в середине XX в. практически в одиночку противостояла поощряемому неоклассической школой наступлению государства на свободную экономику под флагом борьбы с «провалами рынка», подпитываемому кейнсианским учением, откровенному интервенционизму на уровне макроэкономической политики и все более популярной теории «всеобщего благосостояния»[4].

При этом «австрийцы» отнюдь не признавали свободный рынок совершенно эффективным и находящимся в неком равновесном состоянии. Но они считали, что рынок формирует институциональную среду, оптимальную для стремления к открытиям и творчеству, инновациям и социальной динамике, добровольному межличностному взаимодействию и прогрессу, при этом не влекущую неприемлемого ограничения сферы личной свободы граждан. Согласно взглядам сторонников австрийской школы уникальный «спонтанный» и самовоспроизводящийся рыночный порядок является единственной формой разумной организации экономики. По мнению представителей австрийской экономической школы, свободный рынок в краткосрочной перспективе может приводить к частным сбоям, заключению неэффективных или несправедливых контрактов, разорению отдельных участников оборота и не способен в одночасье накормить всех голодных и решить все иные социальные проблемы. Но в долгосрочной перспективе именно либеральная организация экономической жизни и воздержание государства от соблазна вмешиваться в естественный ход вещей и исправлять краткосрочные сбои своими регулятивными манипуляциями способствуют наиболее устойчивому экономическому росту и процветанию общества.

---

[1] *Фон Мизес Л.* Либерализм. М., 2001. С. 54–56.

[2] Там же. С. 79.

[3] *Менгер К.* Избранные труды. М., 2005. С. 198.

[4] Подробнее об австрийской экономической школе см.: *Уэрта де Сото Х.* Австрийская экономическая школа: рынок и предпринимательское творчество. М., 2009. Популярное изложение основных идей австрийской школы см.: *Кэллахан Д.* Экономика для обычных людей: основы астрийской экономической школы. Челябинск, 2006.

В этом акценте на долгосрочной эффективности и справедливости экономической свободы «австрийцы» серьезно расходились со многими сторонниками неоклассической экономической школы, кейнсианства и теории «всеобщего благосостояния», которые не были готовы мириться с краткосрочными проблемами и торопились вручить государству мандат на ограничение экономической свободы ради исправления сбоев рыночного механизма и несправедливости его результатов.

Середина XX в. в экономической теории прошла во многом под знаком споров сторонников активной государственной роли в экономике и «австрийцев»[1]. И хотя в ту пору победу явно одерживали первые, непреклонная позиция таких либертарианцев, как Мизес и Хайек, продолжала озвучиваться и оказывать некоторое сдерживающее влияние на умы политиков и интеллектуалов.

Примечательно, что если Менгер, Мизес и Хайек требовали минимизации роли государства в экономике и вмешательства в сферу частных трансакций[2] и в целом отстаивали экономическую свободу скорее с утилитарных позиций как оптимальную систему организации экономики, то некоторые другие либертарианцы австрийской школы доходили в ряде случаев до некоторого анархизма, продвигая более радикальные взгляды вплоть до полного удаления государства из экономики, приватизации практически всех государственных функций и объявления вне закона любых попыток юридическими инструментами ограничивать свободу экономического обмена.

Так, например, в книге, опубликованной в 1969 г., «Власть и рынок: государство и экономика» известный представитель австрийской школы Мюррей Ротбард представляет нам замечательный пример непреклонного либертарианского фундаментализма (анархо-капитализма). Он подробно разбирает и развенчивает все принятые на Западе способы государственного вмешательства в свободный экономический оборот и ограничения свободы договора в частности, доходя в ряде случаев до совсем уж абсурдных выводов (например, о приватизации полицейских и судебных услуг)[3]. В книге «К новой свободе» Ротбард развивает эти взгляды, доказывая, что исключить неоправданные вмешательства государства в сферу абсолютной экономической свободы можно только путем полного устранения государства как такового[4]. Если для

[1] *Фон Хайек Ф.А.* Дорога к рабству. М., 2005. С. 229.

[2] В этой работе А.Ф. фон Хайек допускал в некоторых исключительных случаях адекватность государственного вмешательства и ограничения свободы экономической деятельности и свободы договора в частности (см.: *Фон Хайек Ф.А.* Дорога к рабству. М., 2005. С. 60, 61). Правда, впоследствии он корил себя за ряд неоправданных уступок государственному патернализму, допущенных в этой работе.

[3] *Ротбард М.* Власть и рынок: государство и экономика. Челябинск, 2003.

[4] *Ротбард М.* К новой свободе: Либертарианский манифест. М., 2009.

умеренных либертарианцев (таких, например, как Роберт Нозик) государство необходимо, но его влияние на экономику и личную свободу должно быть минимизировано, то Ротбард не признает никаких компромиссов: государство должно исчезнуть, а люди оставлены на произвол свободного рынка, частных и конкурирующих между собой больниц, полиции и судов.

Представители этого радикального направления либертарианской теории обычно характеризуются тем, что в отличие от многих классических либералов в XIX в. и сторонников свободной экономики в XX в. они отказывались оценивать экономическую свободу, проявляющуюся в том числе в абсолюте частной собственности и свободе договора, а также иные проявления экономической свободы через призму утилитарных соображений. Для таких мыслителей, как Ротбард, в целом не важно, влечет ли свобода договора рост экономической эффективности или нет. Их представления об экономической свободе абсолютны и априорны. Экономическая свобода ценна не потому, что она влечет те или иные общественно полезные результаты, а потому, что она естественна и безусловна. Ее ограничение возможно только в случае, когда осуществляется насилие над свободой другого индивида.

На взгляд либертарианцев-фундаменталистов, крах идеи laissez-faire в конце XIX в. был вызван прежде всего тем, что сторонники свободной экономики (частной собственности и свободы договора) перестали верить в абсолютное значение своих идеалов и восприняли утилитарную парадигму мышления. Это, по мнению Ротбарда, привело к ослаблению их интеллектуальных позиций и проигрышу сторонникам сильного, интервенционистского государства, которые под прикрытием перераспределительных, патерналистских, националистических и милитаристских лозунгов в духе Бисмарка соблазнили людей лицемерной заботой о наименее защищенных согражданах, перспективами национального могущества и в конце концов лишили людей их исконной свободы[1].

Априорный и антиутилитарный подход к экономической свободе таких авторов, как Ротбард, проявился и в их взглядах непосредственно на сферу автономии воли сторон договора. Согласно этим взглядам договорное право должно строиться на идее об абсолюте свободной воли. Но, проводя последовательно априорный принцип негативной свободы и не примешивая в анализ утилитарных соображений, сторонники данной системы взглядов приходят к выводу о том, что человек не может быть лишен права передумать и не может быть подвергнут судебному принуждению только лишь на основе своих закрепленных в договоре обещаний. На взгляд Ротбарда, свобода договора абсо-

[1] *Ротбард М.* К новой свободе: Либертарианский манифест. М., 2009. С. 22–26.

лютна, но принцип pacta sunt servanda в большинстве случаев противоречит либеральной этике[1].

Подобные фундаментализм, непреклонный дедуктивизм и редукционизм конечно же помешали теории радикальных либертарианцев быть принятой широким научным сообществом и сколько-нибудь серьезно повлиять на реальную экономическую политику. Трудно представить себе чиновников, которые бы всерьез отнеслись к таким утопическим идеям, или избирателей, которые согласились бы поступиться всеми иными этическими ценностями и интересами ради абсолюта личной свободы, договорной свободы, частной собственности и всерьез требовать ликвидации государства.

Но в оппозиции к интервенционистской экономической политике и нарастающему давлению на идею свободы договора находились далеко не только «австрийцы». В частности, куда большее влияние имели труды либертариански настроенных, но более умеренных представителей «чикагской экономической школы» (Милтона Фридмана, Джорджа Стиглера), представителей новой институциональной экономической теории (Рональда Коуза), а также таких рыночных «империалистов», как Гэри Беккер. Взгляды этих и многих других выдающихся американских нобелевских лауреатов по экономике второй половины XX в. отличаются от взглядов умеренных представителей австрийского течения (Хайека и Мизеса) по целому ряду важных аспектов (например, использование математических моделей в экономическом анализе, бóльшая склонность идти на компромиссы и т.п.), но касательно интересующего нас вопроса в общем и целом смыкаются с ними. Фридман, Стиглер, Коуз, Беккер и многие другие, используя зачастую разные аргументы, упирали на необходимость обеспечения свободной экономической деятельности и оборота, а также минимизации (хотя и не полного устранения) государственного вмешательства в сферу свободы частной собственности и свободы договора. Их аргументы, в отличие от абсолютизма этических дедукций Ротбарда, носили преимущественно утилитарный

[1] По Ротбарду, принуждение к нарушителю договора может быть применено, только если нарушение выражается в присвоении собственности кредитора (т.е. только тогда, когда кредитор успел реально передать должнику некую свою собственность, а неисполнение должником своих обязательств лишает кредитора этой собственности). Никакие вызванные подорванными ожиданиями кредитора убытки, будь то упущенная выгода или реальный ущерб, компенсироваться не должны, если они проистекают из одних лишь обязательств, не подкрепленных фактической передачей собственности должнику. Как считает Ротбард, ожидание кредитора не есть его собственность, а следовательно, принуждение в виде взыскания убытков применяться не должно, так как здесь нет кражи. Положившемуся на взятые должником обязательства и несущему убытки из-за их оппортунистического нарушения кредитору Ротбард советует смириться с непредсказуемостью жизни (см. подробнее: *Ротбард М.* Этика свободы. 2008. Гл. 14 (доступно в Интернете на сайте: http://libertynews.ru/node/142).

характер и зачастую подкреплялись серьезными эмпирическими исследованиями. Экономическая свобода для таких экономистов не могла вытекать из неких научно не доказанных моральных аксиом. В век рационализма, цинизма и неверия в любые абсолюты критически настроенным умам требовались реальные верифицируемые доказательства того, что экономическая свобода оказывается более общественно полезной, чем государственное моделирование оборота. И многие выдающиеся экономисты второй половины XX в. их находили и представляли на суд общественности.

Так, особенно заметную роль в научных, политических и публичных баталиях по вопросам экономической теории во второй половине XX в. играл выдающийся американский экономист Милтон Фридман, который в вопросе о свободе экономической деятельности и допустимости вмешательства в нее государства выступал в унисон с Хайеком и другими «австрийцами» – с позиции апологетики laissez-faire[1]. В своих публикациях Фридман пытался продемонстрировать вред, который приносят, как правило, неумелые попытки правительства вмешаться в естественный ход экономического развития, и последовательно дискредитировал различные ограничения свободы предпринимательской деятельности и свободы контрактных отношений в частности. Так, например, он доказывал абсурдность установления какого-либо государственного контроля за ценами (например, ограничений цен в периоды дефицита, «потолков» арендной платы и т.п.).

Другой выдающийся американский экономист чикагской школы – Джордж Стиглер доказывал на основе солидного эмпирического материала всю вредность избыточного государственного регулирования свободного оборота, демонстрируя, что в результате таких мер чаще всего выигрывают крупные корпорации и монополии. Последние, как считал Стиглер, в силу своей большей способности к координации, экономической мощи и лоббистского ресурса неизменно «приватизируют» регулирование, направляя его в сторону, соответствующую их интересам, – подавление конкуренции и в конечном счете ущемление интересов потребителей и других участников рынка. Соответственно усиление государственного вмешательства в свободный оборот во имя тех или иных благих целей, по его мнению, очень часто оборачивается ущербом для общественного благосостояния[2].

Вплоть до конца 1970-х гг. австрийское, чикагское и иные ориентированные на расширение экономической свободы течения в экономи-

[1] См.: *Фридман М.* Капитализм и свобода. М., 2006; *Фридман М.*, *Фридман Р.* Свобода выбирать. М., 2007.

[2] *Stigler G.J.* The Theory of Economic Regulation // 2 Bell Journal of Economics and Management Science. 1971. P. 3–21.

ческой теории довольствовались вторыми ролями. В рамках доминировавших в тот период представлений о желательной экономической политике вмешательство государства в свободный оборот считалось возможным и желательным ради обеспечения большей устойчивости экономики на макроуровне, а также ради блокирования негативных экстерналий, монополий и иных провалов рынка и защиты слабой стороны договора на микроуровне. Именно этот синтез взглядов оказывал определяющее влияние на реальное правовое регулирование оборота в большинстве рыночных стран, отводя «австрийским» и «чикагским» сторонникам laissez-faire роль оппозиционеров[1].

В результате степень зарегулированности экономического оборота все это время была достаточно высокой. В различных странах эти государственные вторжения в свободный оборот могли быть более (Франция) или менее (США) интенсивными и могли преследовать разные цели. При этом реальная экономическая политика продолжила начавшееся в довоенный период движение в сторону от идеалов laissez-faire.

В каждой из европейских стран конкретное сочетание рыночного, интервенционистского и социального элементов могло быть разным (более интервенционистская французская, более либеральная немецкая и более социальная скандинавская модели и т.п.)[2]. Мы здесь не можем позволить себе углубляться в эти различия, но хотели бы остановиться на традиционно важном для российского цивилиста опыте Германии.

Социальное рыночное хозяйство в Германии и государство как конструктор прорыночной институциональной среды

После краха Третьего рейха в ФРГ утвердилась экономическая политика «социальной рыночной экономики». Она была в значительной степени основана на теории ордолиберализма фрайбургской школы (в первую очередь на трудах таких экономистов, юристов и социологов, как Вальтер Ойкен, Франц Бем, Вильгельм Репке, Александр Рюстов и др.)[3], оценивающей свободный оборот в качестве важнейшего прио-

[1] В этом контексте показательно, что в США президент Никсон, которому как представителю республиканской партии, казалось бы, было положено критиковать усиление роли государства в экономике, в 1971 году уверенно заявил, что «мы все теперь кейнсианцы» (цит. по: *Бьюконен П.* Правые и неправые. М., 2006. С. 270).

[2] См. подробнее: *Хаттон У.* Мир, в котором мы живем. М., 204. С. 322–342.

[3] О школе ордолиберализма и построенной на его основе теории социального рыночного хозяйства см.: *Ойкен В.* Основы национальной экономики. М., 2007; *Он же*. Основные принципы экономической политики. М., 1995; Теория хозяйственного порядка. «Фрайбургская школа» и немецкий неолиберализм. М., 2002; Социальное рыночное хозяйство в Германии: истоки, концепция, практика / Под общ. ред. А.Ю. Чепуренко. М., 2001; Социальное рыночное хозяйство: теория и этика экономического порядка в России и Германии. СПб., 1999; *Эрхард Л.* Полвека размышлений: речи и статьи. М., 1993.

ритета, но требующей активного государственного участия в установлении и поддержании институциональных (и правовых в частности) условий для его функционирования.

Сторонники ордолиберализма видели опасность в наметившейся тенденции, которая приводит рыночную экономику к монополизации и подавлению предпринимательского духа[1]. В отличие от австрийской школы, представители которой верили в спонтанную координацию рыночных сил, сторонники ордолиберализма выделяли важнейшую роль государства в установлении регулятивных рамок, формирующих оптимальные условия для сохранения конкуренции и свободной экономики. Сторонники этой теории считали, что исконной и главнейшей задачей государства остается создание рамок порядка, внутри которых гражданин должен иметь полную экономическую свободу[2]. Без такого регулятивного вмешательства, на взгляд немецких ордолибералов, свободная экономика имеет тенденцию скатываться в состояние гегемонии монополий. Парадоксальным образом рыночная свобода и laissez-faire, по их мнению, могут привести к подавлению конкуренции, без которой рыночная свобода превращается в диктат[3]. Соответственно без участия государства в защите конкуренции рыночная экономика обречена.

Кроме того, вмешательство государства оказывается просто необходимым, когда общество переживает процесс слома прежней тоталитарной парадигмы, в которой экономическая свобода была минимизирована. Спонтанное «самовыстраивание» практически с нуля системы реально функционирующей рыночной экономики может оказаться достаточно долгим и вызвать опасные социальные и институциональные перекосы. Поэтому государство, на взгляд немецких ордолибералов, должно было сыграть решающую роль в формировании верной институциональной и правовой среды для быстрого и сбалансированного экономического восстановления и развития.

В рамках рассматриваемой системы взглядов государство должно воздерживаться от непосредственного регулирования параметров оборота и ни в коем случае не участвовать в обороте само, но может и должно устанавливать экономический и юридический порядок, в рамках

[1] *Вилльгеродт Г.* Зачем нужно государственное планирование в рыночном хозяйстве? // Теория хозяйственного порядка. «Фрайбургская школа» и немецкий неолиберализм. М., 2002. С. 289.

[2] См.: *Эрхард Л.* Полвека размышлений: речи и статьи. М., 1993. С. 586; Социальное рыночное хозяйство в Германии: истоки, концепция, практика / Под общ. ред. А.Ю. Чепуренко. М., 2001. С. 117.

[3] *Ойкен В.* Основные принципы экономической политики. М., 1995. С. 30, 247, 266. Аналогичную позицию защищает и А. Мюллер-Армак (см.: Социальное рыночное хозяйство: теория и этика экономического порядка в России и Германии. СПб., 1999. С. 82, 83).

которого этот оборот должен проистекать[1]. Эти правила должны были обуздать тенденции к монополизации и сформировать правовой режим, способный стимулировать субъектов значительной экономической власти вести себя так, как если бы существовала совершенная конкуренция[2], а всю экономику – восстанавливаться из послевоенной разрухи максимально быстрыми темпами.

Соответственно сторонники ордолиберализма видели основную цель государственного вмешательства в экономику не в манипулировании экономическими процессами и прямом корректирующем участии государства в экономическом обороте, а в быстром создании дружелюбной для активного предпринимательства институциональной среды, способствующей свободному экономическому обороту и конкуренции[3].

Такое вмешательство государства оказалось особенно востребовано в Германии в условиях послевоенного восстановления, когда правительству приходилось выстраивать правила рыночного порядка в значительной степени с чистого листа.

При этом среди основных идей, руководствуясь которыми свободный рыночный порядок должен был быть построен согласно воззрениям сторонников ордолиберализма, выделяются идеи о частной собственности и свободе частных сделок[4]. Согласно лидеру этой школы В. Ойкену свобода договора есть центральный элемент адекватно организованной рыночной экономики. Но при этом договорная свобода должна ограничиваться там, где она сама начинает использоваться в целях ограничения конкуренции, а также там, где монополист навязывает несправедливые условия зависящему от него контрагенту[5].

Совмещение идей ордолиберализма, с одной стороны, и укорененной в немецкой истории доктрины патерналистского социального государства (Sozialstaat), с другой стороны, в конечном счете сформировало идеологическую основу для компромиссной политики «социальной рыночной экономики». Эта политика позволила Германии за счет высочайшей экономической эффективности и рыночной динамики совершить послевоенное экономическое чудо, за несколько десятилетий восстать из руин и стать государством с ведущей европейской экономикой.

Творец этого преображения, министр экономики в правительстве Конрада Аденауэра, а впоследствии глава правительства Людвиг Эр-

[1] *Освальт В.* Свободная от власти рыночная экономика // Теория хозяйственного порядка. «Фрайбургская школа» и немецкий неолиберализм. М., 2002. С. 455, 456.

[2] *Ойкен В.* Основные принципы экономической политики. М., 1995. С. 429.

[3] История экономических учений: Учебник / Под общ. ред. А.Г. Худокормова. М., 2007. С. 75, 76, 78, 79.

[4] Там же. С. 79.

[5] *Ойкен В.* Основные принципы экономической политики. М., 1995. С. 363, 364.

хард, был убежденным сторонником учения Ойкена и провел сложнейшие реформы, сформировавшие условия для возрождения свободного экономического оборота[1]. В тот период в ФРГ проводилась достаточно либеральная экономическая политика. При этом Эрхард, будучи противником активной реализации идей государства «всеобщего благосостояния»[2], в тактическом плане допускал ограниченное налоговое перераспределение части «экономического пирога» в пользу менее состоятельных слоев общества, «покупая» тем самым демократическую легитимность основной сути своих реформ и обеспечивая политическую стабильность. Как отмечается в литературе, в реальности, в понимании Эрхарда в концепции «социального рыночного хозяйства» основной упор делался на понятии «рыночный». Государство осуществляло инвестиции в экономику (особенно в жилищное строительство) и активно устанавливало правовые рамки свободной рыночной экономики, но ограничения свободного оборота и откровенный интервенционизм, ставший в Германии нормой со времен Первой мировой войны и активно практикуемый в то время во Франции, были минимизированы[3].

В полной мере экономическая программа Ойкена и других ордолибералов с их акцентом на радикальной борьбе с любыми ограничениями конкуренции не была реализована[4]. Эрхарду приходилось идти на серьезные компромиссы как в области социального патернализма, так и в области антимонопольной политики. Несмотря на это, именно благодаря расширению сферы рыночной экономики и свободы договора в рамках умело формируемых государством институциональных рамок и правил немецкая экономика с 1945 по 1970-е гг. совершила головокружительное преображение[5].

---

[1] Воззрения Эрхарда см.: *Эрхард Л.* Благосостояние для всех. М., 1991; *Он же*. Полвека размышлений: речи и статьи. М., 1993.

[2] *Эрхард Л.* Полвека размышлений: речи и статьи. М., 1993. С. 276–278, 334–336, 345.

[3] *Травин Д., Маргания О.* Европейская модернизация. Кн. 1. М., 2004. С. 523.

[4] См.: *Ойкен В.* Основные принципы экономической политики. М., 1995. С. 26; Социальное рыночное хозяйство в Германии: истоки, концепция, практика / Под общ. ред. А.Ю. Чепуренко. М., 2001. С. 63.

[5] Этот пример немецкого экономического чуда наглядно демонстрировал, что рецепты радикальных либертарианцев (личная свобода, частная собственность и никакого государства), умеренных «австрийцев» (спонтанное, постепенное формирование свободного экономического порядка и государство как «ночной сторож»), неоклассиков (свободная экономика и вмешательство государства в научно доказанных случаях устойчивого «провала рынка») зачастую не учитывали потребности и контекст экономики стран «догоняющего развития». Когда рыночная экономика выстраивается «прогрессивными» правительствами с нуля в обществе, где прежде господствовала феодальная, тоталитарная, коммунистическая, архаичная, племенная или иная подобная институциональная среда, у этих стран нет другого способа осуществить быстрый догоняющий прыжок, кроме как делегировать государству роль конструктора прорыночной правовой и институциональной среды. Такую среду не требовалось в XX в. создавать в США и Англии. Поэтому

Завершая этот экскурс, следует заметить, что в послевоенные годы подавляющее большинство западных экономистов и политиков признавало (1) неизбежность и полезность государства, (2) его значение, несколько большее, чем роль «ночного сторожа», (3) функции по формированию институциональной (в том числе правовой) среды для успешного развития рыночной экономики. Различие состояло лишь в том, что доминирующая экономическая политика во многих капиталистических государствах в период с 1945 по 1970-е гг. опиралась на мнение той группы из «большинства», которая шла дальше и требовала от государства более интенсивного вторжения в саму «игру», моделирование ее результатов и активный социальный патернализм, в то время как такие страны, как Германия времен Эрхарда, отводили государственному интервенционизму и патернализму несколько меньшую роль.

Правый поворот в экономической политике в 1980–1990-е гг.

Ситуация начала меняться к 1980-м гг. Серьезный экономический кризис 1970-х гг. во многих западных странах, спровоцированный отчасти неумелыми действиями государственных регуляторов, и выявление внутренних противоречий внутри кейнсианской макроэкономической теории (сочетание начавшейся инфляции и стагнации экономики, необъяснимое в рамках кейнсианской теории) пошатнули веру в ее непоколебимость и частично дискредитировали идею о желательности более активного государственного вмешательства в экономический оборот.

Неэффективность национализованных в годы «интервенционистского угара» предприятий вернула понимание важнейшей роли частной собственности. Все популярнее становился тезис о том, что «вся дрянная продукция производится государственным сектором», а «все «превосходные вещи – частными предприятиями»[1]. В свою очередь попытки государства регулировать цены на ряде рынков все чаще показывали свою вредность. Так, например, введение в ряде штатов США регулирования цен на бензин в период нефтяных кризисов 1970-х гг. вызвало дефицит и огромные очереди[2]. Одновременно, как оказалось, установ-

даже столь талантливые экономисты, как Хайек, иногда просто упускали из виду проблематику развития стран третьего мира. Ратуя за постепенное индуктивное вырастание «правил игры» из судебной практики, плавную эволюцию и формирование спонтанного порядка без моделирующего участия государства, они зачастую напрочь забывали о том, что в таких государствах, как Сингапур, Южная Корея, послевоенная Германия, бывшие социалистические страны, эта выжидательная стратегия хоронит шансы на сколько-нибудь быстрое сокращение отставания от ведущих экономик и ставит под угрозу выживание нации в условиях жесточайшей геополитической конкуренции.

[1] *Фридман М., Фридман Р.* Свобода выбирать. М., 2007. С. 222.

[2] *Фридман М., фон Хайек Ф.А.* О свободе. М., 2003. С. 35.

ление максимума цен на аренду квартир в ряде городов США в долгосрочной перспективе привело к дефициту и снижению качества свободного жилья[1]. Сама жизнь наглядно напомнила обществу несколько подзабытые базовые законы экономической жизни, которые в разные времена выучивали на своих примерах многие другие авторы ценового регулирования от Диоклетиана до советских генсеков.

Сформированная к середине XX в. модель экономической политики, построенная на смешении неоклассической теории свободного рынка, программы государственного манипулирования макроэкономическими процессами, по Кейнсу, и мер обеспечения социальной справедливости, верой и правдой служила многим странам в течение нескольких десятилетий, обеспечивая достаточно быстрое восстановление послевоенных экономик ряда европейских стран и социальную стабильность. Но в конце концов она начала давать сбои. Под давлением все возрастающей инфляции и падения темпов роста вновь стали популярными идеи о более умеренной роли государства и необходимости высвобождения рыночной экономики из тесных оков государственного контроля. Все это вкупе с умелой антисоветской пропагандой, накачкой избирательных фондов прорыночных политических партий и слабостью национальных правительств ряда западных стран привело к заметному смещению экономической политики в сторону подзабытых либертарианских ценностей[2].

[1] Неэффективность мер по установлению максимума арендной платы сейчас рассматривается как классический пример неразумного ограничения договорной свободы. В 1992 г. опрос членов Американской экономической ассоциации выявил, что 93% его членов уверены в том, что контроль ставок арендной платы снижает количество и качество доступного жилья (см.: http://www.nytimes.com/2000/06/07/opinion/reckonings-arent-affair.html). Еще в 1946 г. эту простую истину отстаивали Милтон Фридман и Джордж Стиглер (http://fee.org/library/books/roofs-or-ceilings-the-current-housing-problem/). Подробнее см.: *McDonough C.* Rent Control and Rent Stabilization as Forms of Regulatory and Physical Taking // 34 Boston College Environmental Affairs Law Review. 2007. P. 361 ff; *Epstein R.A.* Rent Control and the Theory of Efficient Regulation // 54 Brooklyn Law Review. 1988–1989. P. 741 ff.

[2] Первые признаки возврата правой экономической политики проявились еще в первой половине 1970-х гг. Так, в 1973 г. в Чили генерал Аугусто Пиночет, свергший законное, но приведшее к чуть ли не к 200%-ной инфляции социалистическое правительство, предоставил практически полный карт-бланш в сфере экономической политики молодым чилийским выпускникам чикагской экономической школы (так называемым чикагским мальчикам). Режим Пиночета обеспечил им возможность на практике проверить тезисы их «духовного отца» Милтона Фридмана о целебной роли рыночной свободы и минимизации государственной роли в экономике. Вдохновленный теплыми напутствиями Милтона Фридмана режим Пиночета начал пытаться реализовывать традиционный набор либеральных экономических мер (приватизацию, дерегулирование, лишение работников многих льгот и т.п.). Об эффективности этой политики и оправданности репрессий спорят до сих пор. Нам здесь лишь важно зафиксировать, что чилийский эксперимент был лишь предвестником приближающегося возврата ценностей свободной рыночной

Падение авторитета кейнсианства, интервенционизма, социализма и патернализма, а также обратно пропорциональный рост популярности ценностей индивидуализма, рыночной свободы, предпринимательства и минимального государства, продолжавшиеся в течение всех 1970-х г., логически завершились сменой политического курса в ряде ведущих западных стран. В Англии (1979 г.) и США (1981 г.) к власти пришли либертариански настроенные кабинеты премьер-министра Маргарет Тэтчер, которая считала Фридмана «интеллектуальным борцом за свободу» и считала Фридриха фон Хайека своим учителем, и президента Рональда Рейгана, провозглашавшего, что «правительство – не решение проблемы, а часть проблемы»[1], и почитавшего Милтона Фридмана как экономического гения. В 1982 г. в ФРГ к власти пришла ориентированная на либерально-экономические реформы коалиция ХДС/ХСС–СвДП[2]. Либертарианские идеи стали все более востребованными в реальной экономической политике и ряда других континентально-европейских и развивающихся стран (например, Гонконга).

В целом ряде стран начался либертарианский поворот, который избиратели, разочаровавшиеся в способностях государства умело манипулировать экономикой во имя общего процветания в годы кризисов и застоя 1970-х гг., как ни странно, поддержали.

Широкое распространение получил так называемый Вашингтонский консенсус – программа реальных мер экономической политики, которую МВФ и американское правительство стали активно навязывать развивающимся странам в качестве условия получения финансовой помощи. Среди десятка основных мер здесь выделяется дерегулирование, т.е. устранение государства от активного ограничения свободного функционирования рынков и договорной свободы[3]. Дерегулирование стало восприниматься как волшебный ключ, открывающий дверь в рай экономического процветания и прогресса. Стало вновь казаться, что государству достаточно защищать права собственности и приводить в силу заключенные на свободном рынке контракты, а остальное произойдет само собой по мановению «невидимой руки» рынка.

экономики на олимп экономической политики. Далее подобные же правые хунты стали приходить к власти и в других странах (например, в 1976 г. в Аргентине).

[1] Цит. по: *Герземанн О.* Ковбойский капитализм. М., 2006. С. 57.

[2] История экономических учений: Учебник / Под общ. ред. А.Г. Худокормова. М., 2007. С. 85, 86.

[3] Понятие Вашингтонского консенсуса ввел экономист Джон Уилльямсон в 1989 г. (см.: *Williamson J.* What Washington Means by Policy Reform, in: Williamson, John (ed.): Latin American Readjustment: How Much has Happened, Washington: Institute for International Economics 1989 (статья доступна в Интернете на сайте: http://www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?researchid=486).

К концу 1980-х гг. «правая контрреволюция» только усилилась. Огромную роль здесь сыграл громкий и позорный развал советской командной экономики и всей советской системы практически во всем мире. Советская плановая система в своей неэффективности, конечно, была далека от идеологии государства «всеобщего благосостояния», но представляла собой некий ориентир, к которому «смешанная» экономика западных стран сдвигалась от крайности laissez-faire в середине века. Когда же этот ориентир продемонстрировал всю свою ущербность, это не могло не дискредитировать частично и более умеренные попытки государственного контроля над рыночной экономикой. Левые взгляды резко теряли свою популярность. Сторонники австрийской школы праздновали свою научную победу. Именно представители этого направления, включая в первую очередь Мизеса и Хайека, на протяжении полувека доказывали обреченность социалистической экономики и предсказывали крах советского эксперимента, который для большинства неоклассиков и кейнсианцев был полнейшим сюрпризом[1].

На этом фоне возрос авторитет австрийской экономической школы, чикагских либертарианцев и иных сторонников laissez-faire. Все большее количество экспертов стали разделять либертарианские идеологические ценности и установку на крайнюю нежелательность вмешательства государства в сферу свободного экономического обмена в частности[2].

Авторитет апологетов экономической свободы в тот период достиг небывалой высоты. С Фридманом советовались такие разные лидеры, как Рейган, Пиночет и лидеры китайской компартии, раздумывавшие о путях осуществления прорыночных реформ. Его ученики из Чикагского университета, а также идеологические последователи из других научных центров становились видными политиками, законодателями, министрами и экономическими экспертами во всем западном мире и в развивающихся странах, занимали ведущие должности в МВФ и других международных финансовых институтах. В 1980–1990-е гг. последователи свободной экономики (такие, например, как молодой гарвардский экономист Джефри Сакс) консультировали правительства многих

[1] *Уэрта де Сото Х.* Австрийская экономическая школа: рынок и предпринимательское творчество. М., 2009. С. 163, 164.

[2] Труды Мизеса, Хайека, Фридмана и других сторонников laissez-faire становились бестселлерами. Так, если работа Фридмана «Капитализм и свобода» (*Фридман М.* Капитализм и свобода. М., 2006), опубликованная в 1962 г., не вызвала широкой поддержки в обществе и в среде интеллектуалов и политиков, в которой Фридмана считали «мечтателем и занудой» (The Rising Role of Recession // Time. 1969. 19 December), то написанная в соавторстве с женой в 1980 г. «Свобода выбирать» (*Фридман М., Фридман Р.* Свобода выбирать. М., 2007), в которой Фридман продолжал настаивать на своих опубликованных ранее тезисах о необходимости предоставления свободы экономическому обмену и минимизации государственного вмешательства, стала мировым бестселлером.

постсоветских и иных государств, решивших перейти к рыночной экономической модели, и во многом определяли их экономическую политику. Таким разным странам, как Боливия, Польша или Россия, неизменно «прописывались» те или иные формы Вашингтонского консенсуса с тотальным и шоковым дерегулированием и снятием ограничений свободы частных трансакций.

США, которые с 1980-х гг. были оплотом этого нового пришествия экономического либерализма, после падения СССР стали единственной мировой сверхдержавой. Масштабные успехи американской экономики в 1980–1990-е гг. выглядели как наглядная иллюстрация преимуществ либертарианской регулятивной стратегии, авторитет которой хотя и оспаривался рядом экономистов и политиков в самих США и Европе, но в целом оказывал сильное влияние на реальное правовое регулирование многих развитых и развивающихся стран.

В результате идеологические позиции сторонников свободной экономики резко усилились. По западному миру прокатилась волна дерегулирования, снятия избыточных ограничений свободы договора, приватизации и устранения государства из ряда сфер экономики.

В этих условиях многие авторы стали провозглашать возврат гегемонии либертарианской идеологии[1]. А некоторые оптимисты стали констатировать, что к началу 1990-х гг. наступил «конец истории» – естественное завершение диалектического поиска оптимальной социальной структуры, которая в плане экономической политики означает окончательный и бесповоротный триумф экономического либерализма[2].

Сила правого поворота и влияние теории свободных рынков были таковы, что даже приход к власти лейбористского правительства в Великобритании (Блэр) и демократического правительства в США (Клинтон) в 1990-е гг. хотя и несколько скорректировал, но принципиально не изменил либеральную экономическую политику, уклон в сторону дерегулирования свободного экономического оборота и не привел к возврату активного интервенционизма, характерного для 1930–1970-х гг.[3]

---

[1] *Боуз Д.* Либертарианство: история, принципы, политика. Челябинск, 2009. С. 1, 3.

[2] Ф. Фукуяма назвал этот, на его взгляд, окончательный триумф экономического либерализма над альтернативными стратегиями экономической политики «победой видеомагнитофона». См.: *Фукуяма Ф.* Конец истории и последний человек. М., 2005. С. 177.

[3] Так, Пол Кругман отмечает, что экономическая политика администрации Била Клинтона была достаточно «правой» и в целом не опиралась на некую четкую и последовательную программу (см.: *Кругман П.* Кредо либерала. М., 2009. С. 11, 291). На это же указывает Джозеф Стиглиц (см.: *Stiglitz J.E.* Freefall: America, Free Markets and the Sinking of the World Economy. 2010. P. 27–38). О правом уклоне экономической политики лейбористского кабинета Блэра в Великобритании в 1990-е гг. см.: *Норт Г.*, *Уоллис Дж.*, *Вайн-*

Тем не менее не следует думать, что в 1980–1990-е гг. произошел полный возврат к политике laissez-faire. Во-первых, угол этого правого поворота зависел от конкретной страны. Далеко не везде эта тенденция проявилась столь же выраженно. Например, скандинавские и некоторые другие континентально-европейские страны поддавались правому повороту куда менее охотно, чем Англия или США. Во-вторых, либерализация затронула в первую очередь финансовые рынки, где были сняты многие ограничения экономической свободы, но куда меньшее влияние оказала на позиции политики «всеобщего благосостояния» и защиты слабых и незащищенных участников оборота (особенно в скандинавских и ряде других европейских стран). Поэтому, даже если оценивать положение в США, где правый поворот был наиболее очевиден, речь не может идти о полном возврате к жесткости laissez-faire XIX в. Это было просто невозможно в демократическом обществе, где правительства были вынуждены считаться с мнением избирателей, которые далеко не абсолютно разделяли «новую» старую идеологию свободных рынков и сохраняли умеренный запрос на государственный патернализм.

Так что, как это часто бывает при развитии идеологий и научных доктрин, колебания между полной экономической свободой, с одной стороны, и последовательным интервенционизмом – с другой, не предполагали полное отвержение вклада предыдущего гегемона. То, что в 1980–1990-е гг. идея экономической свободы вернула себе часть потерянного в прежние годы авторитета, не означает разворот на 180 градусов, так же как кейнсианская революция в свое время отнюдь не означала переход к коммунизму. Западный мир попросту усложнялся и искал оптимальные ответы на все новые и новые вызовы путем диалектического синтеза эмпирического опыта и противоборствующих идей.

При этом к концу XX в., думается, большинство экспертов, политиков и обывателей согласились бы с мыслью Пола Кругмана о том, что уважать свободные рынки не означает обожествлять их[1]. Несмотря на явное усиление либертарианцев в 1980–1990-е гг., незамутненный классический либерализм экономистов XIX в. остался в прошлом. Так что утверждать, что политика laissez-faire в 1980–1990-е гг. в реальности воскресла в той самой форме, в которой она существовала в XIX в., было бы серьезным заблуждением. Речь должна идти об очередном периоде усиления позиций либертарианцев и ослабления позиций интервенционистов. Тем не менее это изменение баланса сил в ряде стран было вполне отчетливым.

гаст Б. Насилие и социальные порядки: концептуальные рамки для интерпретации письменной истории человечества. М., 2011. С. 228.

[1] *Кругман П.* Великая ложь. М., 2004. С. 353.

Современные споры в экономической науке

Даже в период возвращения популярности либертарианских экономических взглядов в 1980-е и 1990-е гг. в экономической теории продолжались жаркие споры. Многие сторонники более активного государственного вмешательства продолжали доказывать, что рынки далеко не совершенны и доктрина laissez-faire приводит к серьезным дисбалансам в экономическом развитии (Джозеф Стиглиц, Пол Самуэльсон, Пол Кругман и др.). Многие эксперты обращали и обращают внимание на то, что реализация масштабного дерегулирования не приводит к ожидаемым результатам, в то время как многие мощно развивающиеся сейчас страны (прежде всего Китай, Сингапур, Тайвань и другие восточноазиатские «тигры» и «драконы») используют противоположные методы экономической политики, дискредитируя тем самым авторитет Вашингтонского консенсуса.

Более того, начиная с 1990-х гг. неоклассическая микроэкономическая теория с ее идеей рациональности волеизъявления контрагентов и неэффективности ограничения договорной свободы в условиях отсутствия очевидных провалов рынка оказалась под серьезным давлением представителей некоторых сторонников новой институциональной экономической школы, поведенческой экономической теории и бихевио-экономического анализа права[1]. Сторонники данных воззрений, как правило, не пытаются полностью опровергнуть теорию рационального выбора (представление о рациональности участников оборота и их способности заключать взаимовыгодные сделки) и не выступают за тотальный государственный патернализм. Тем не менее они обращают серьезное внимание на систематические сбои в работе теории рационального выбора и предлагают ограничивать свободный оборот в патерналистских целях куда чаще, чем это считалось возможным ранее.

Одним из первых влияние особенностей человеческой психологии на экономическое поведение людей выделил Кейнс, который именно в нем видел одну из главных причин экономических колебаний и кризисов. На некоторое время «неудобный» фактор устойчивого сбоя теории рационального выбора был удален на второй план в процессе синтеза кейнсианской макроэкономической и неоклассической микроэкономической систем взглядов в послевоенные годы и долгое время

[1] О бихевио-экономическом анализе права см. подробнее: *Sunstein C.* (ed.). Behavioral Law and Economics. 2000; *Jolls C.*, *Sunstein C.R.*, *Thaler R.* Behavioral Approach to Law and Economics // 50 Stanford Law Review. 1997–1998. P. 1471 ff; *Korobkin R.B.*, *Ulen T.S.* Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics // 88 California Law Review. 2000. P. 1051 ff.

не привлекал значительного внимания[1]. Но впоследствии экономисты ряда экономических школ и психологи (такие как Герберт Саймон, Джордж Акердлоф, Джейкоб Маршак, Рой Раднер, Дэн Ариэли и многие другие) все чаще стали выражать неудовлетворение тем, что ограниченная рациональность контрагентов игнорируется при построении экономических моделей[2]. Так, нобелевский лауреат, представитель новой институциональной экономической теории и ведущий эксперт в области экономической истории Дуглас Норт отмечал, что вопреки аксиомам неоклассической микроэкономической теории индивиды действуют на основе неполной информации и субъективно выработанных и зачастую ошибочных эвристических моделей, которые далеко не всегда корректируются за счет информационной обратной связи. Иначе говоря, на взгляд указанных исследователей, теория рационального выбора, на которой построена идея о невмешательстве государства в сферу частных трансакций, хотя и не может быть отброшена вовсе, но не соответствует в полной мере реальности, а эффект обучения на собственных ошибках, который теоретически должен был бы в долгосрочной перспективе стимулировать рост рациональности и отпадение иррациональных моделей поведения, справляется с этой задачей далеко не всегда.

По мере усиления давления на теорию рационального выбора усиливается политико-правовое давление на принцип свободы договора. Такая реакция вполне понятна, так как чем меньше мы склонны доверять рациональности самих контрагентов, тем легитимнее может казаться вмешательство государства в сферу автономии их воли с целью предотвращения негативных последствий иррациональности[3].

Согласно многочисленным эмпирическим данным, накопленным психологами и специалистами в области поведенческой экономики к концу XX в., участники оборота часто не владеют всей необходимой информацией и склонны совершать ряд устойчивых ошибок при принятии экономических решений и заключении сделок. Соответственно идея о неэффективности ограничения свободы договора как проявление теории рационального выбора оказалась в последние годы под серьезным сомнением. Как пишет Дэн Ариэли, «свободный рынок, основанный на спросе, предложении и отсутствии напряжения между ними, был бы идеальным решением, но только если бы мы сами были поистине рациональными»; «но так как мы иррациональные существа, мы должны принимать этот важнейший фактор во внимание» и поэтому «правительство... должно играть бóльшую роль в регулировании не-

[1] *Акерлоф Дж.*, *Шиллер Р.* Spiritus Animalis. М., 2010. С. 17–19.
[2] *Ходжсон Дж.* Экономическая теория и институты. М., 2003. С. 129–132.
[3] *Акерлоф Дж.*, *Шиллер Р.* Spiritus Animalis. М., 2010. С. 207, 208.

которых областей рынка, даже если это ограничит свободу предпринимательства»[1].

Убедительность доводов критиков теории рационального выбора в стане экономической науки и представителей бихевио-экономического анализа права кажется многим особенно очевидной на примере поведения потребителей. Анализ последнего в рамках многочисленных исследований показал, что потребители, покупая те или иные товары или услуги, проявляют патологическую нерациональность. Они часто не читают контракты, а если и читают, то не уделяют должного внимания сложным и многословным контрактным положениям, в которых могут скрываться серьезные для них риски; не могут верно просчитывать финансовое бремя, возлагаемое на них договором, когда цена представляется не в виде фиксированной сумы, а растворяется в разнородных платежах; недооценивают отдаленные риски в будущем и переоценивают свои реальные возможности, в общем, ведут себя далеко не так, как предсказывает классическая экономическая теория с ее акцентом на рациональном поведении контрагентов[2]. Эти когнитивные сбои потребителей активно используют профессиональные коммерсанты, применяя самые последние наработки в области психологии и маркетинга для навязывания потребителям условий, которые могут максимально защищать интересы коммерсантов, но отнюдь не обязательно влекут обоюдный выигрыш от исполнения договора с учетом непросчитанного потребителем ущерба, который эти условия ему причиняют.

Соответственно начавшееся в последнее время активное обсуждение и постепенная популяризация идей о необходимости учета феномена ограниченной рациональности участников оборота при определении параметров и интенсивности ограничения договорной свободы бросили серьезный вызов теории рационального выбора и сформировали идеологический фон, на котором ограничения договорной свободы выглядят куда более экономически приемлемыми, особенно применительно к сделкам с потребителями. В частности, в последние годы, еще до начала нынешней рецессии, ученые стали всерьез оспаривать разум-

[1] *Ариэли Д.* Предсказуемая иррациональность: скрытые силы, определяющие наши решения. М., 2010. С. 67.

[2] См.: *White A.M.* Behavior and Contract // 27 Law and Inequality. 2009. P. 135 ff; *Edwards M.A.* The Law, Marketing and Behavioral Economics of Consumer Rebates // 12 Stanford Journal of Law, Business & Finance. 2007. P. 362 ff; *McCoy P.A.* A Behavioral Analysis of Predatory Lending // 38 Akron Law Review. 2005. P. 725 ff; *Becher S.I.* Behavioral Science and Consumer Standard Form Contracts // 68 Louisiana Law Review. 2007. P. 117 ff; *Block-Lieb S.*, *Janger E.J.* The Myth of the Rational Borrower: Rationality, Behavioralism, and the Misguided «Reform» of Bankruptcy Law // 84 Texas Law Review. 2006. P. 1481; *Wright J.D.* Behavioral Law and Economics, Paternalism, and Consumer Contracts: An Empirical Perspective // 2 New York University Journal of Law and Liberty. 2007. P. 470 ff.

ность дерегулирования финансовых рынков, которые, оставленные один на один с ограниченно рациональными игроками, оказывались далеки от идеала, рисуемого сторонниками экономического либерализма.

Тем не менее сторонники набравшего очки в 1980–1990-е гг. классического либертарианского подхода все это время продолжали сопротивляться, всячески пытаясь принизить значение феномена ограниченной рациональности, справедливо осознавая, что подрыв теории рационального выбора открывает дорогу для гораздо более активного вмешательства государственного регулирования в сферу автономии воли сторон. Они ставили под сомнение как сколько-нибудь серьезное значение феномена ограниченной рациональности, так и тот факт, что бюрократы могут оказаться более рациональными, чем те, для кого просчеты влекут прямые материальные потери[1]. Но давление от этого не ослабевало.

Значение экономического кризиса

В этих условиях решающую роль, предопределяющую судьбу этой идеологической и политической борьбы на ближайшие десятилетия, как представляется, сыграл разразившийся в 2008 г. серьезный экономический кризис капиталистических экономик, который стал поводом для нового раунда осмысления экономической теории и жарких споров о судьбах свободного рынка и потенциале государственного интервенционизма.

Главный вопрос здесь касается причин кризиса, ответ на который во многом предопределяет дальнейшую динамику колебаний на оси между государственным интервенционизмом и патернализмом, с одной стороны, и максимальным дерегулированием и laissez-faire – с другой, в рамках рыночной экономической парадигмы и соответственно оказывает прямое влияние на усиление или ослабление давления на принцип договорной свободы.

По мнению многих экономистов и юристов, кризис стал результатом либертарианской контрреволюции 1980-х гг. и масштабного дерегулирования[2]. На их взгляд, получившая излишнюю свободу и, как оказалось, не столь безошибочная «невидимая рука рынка» позволила участникам оборота, потерявшим осторожность и опьяненным перспективами бесконечного роста и благоденствия, наделать критическую массу просчетов в оценке рисков и «раздула» в финансово-кредитном секторе громадный «пузырь», громкий разрыв которого и привел к колоссальным потерям, падению жизненного уровня, снижению ВВП, безработице

[1] Подробный обзор этих научных баталий см.: *Choi S.J.*, *Pritchard A.C.* Behavioral Economics and the SEC // 56 Stanford Law Review. 2003–2004. P. 1 ff.

[2] См., напр.: *Patel R.* The Value of Nothing. 2009.

и рецессии, невиданной в течение последних 70 лет[1]. Если такие просчеты со стороны обычных ипотечных заемщиков и участников всяческих пирамид в принципе еще можно списать на финансовую неграмотность, то катастрофические просчеты профессиональных инвесторов, банкиров, финансистов и аналитиков, которым жажда сверхприбылей и общая эйфория помешали верно оценить степень финансовых рисков, многим представляются как симптом вполне убедительный. Такие эксперты считают, что настало время вернуться к активному регулированию и ограничению свободного оборота как минимум в финансовом секторе экономики[2].

Таким образом, распространилось мнение о том, что основной причиной кризиса является недооценка правительствами фактора ограниченной рациональности участников оборота и в первую очередь инвесторов на рынках ценных бумаг и недвижимости[3]. Джордж Акерлоф и Роберт Шиллер пишут: «...переживаемый... кризис не является кризисом капитализма как системы. Надо всего лишь признать, что этому экономическому строю нужны определенные правила». Далее авторы уточняют направленность этих правил: «Мир, где царит иррациональное начало, допускает вмешательство государства. Его роль заключается в том, чтобы создать условия, при которых наше иррациональное начало можно обуздать и направить на благие цели»[4].

Но с этим тезисом не все так просто.

Безусловно, многие эксперты соглашаются с феноменом иррациональности поведения участников рыночного обмена как фактором, вызвавшим нынешние проблемы в экономике. Но ряд из них отмечают, что одной этой иррациональности, причиняющей вред интересам самих иррациональных участников оборота, недостаточно, чтобы описать вызов, с которым столкнулись современные государства.

Так, например, Б. Орбак (Orbach) пишет, что история и Великой депрессии, и многих экономических потрясений в течение XX в., и, наконец, нынешний кризис убедительно демонстрируют то, что интуитивно всегда казалось очевидным, а именно то, что часто люди ведут себя иррационально. Будь Хайек или Фридман живы к моменту начала кризиса 2008 г., они вряд ли изменили бы своим идеям о рациональности участников оборота и непогрешимости свободного рынка. Но это от-

[1] Мнение о недостаточности регулятивного ограничения свободы финансовых операций как факторе, способствующем возникновению нынешнего финансового кризиса, см.: *Wilmarth A.E.*, Jr. The Dark Side of Universal Banking: Financial Conglomerates and the Origins of the Supreme Financial Crisis // 41 Connecticut Law Review. 2009. P. 1047.

[2] *Patel R.* The Value of Nothing. 2009. P. 14, 15.

[3] См., напр.: *Акерлоф Дж.*, *Шиллер Р.* Spiritus Animalis. M., 2010; *Shiller R.J.* Irrational Exuberance. 2nd ed. 2009.

[4] *Акерлоф Дж.*, *Шиллер Р.* Spiritus Animalis. M., 2010. С. 207, 208.

нюдь не означает их правоту. Принципиальный ответ Хайека на этот вызов либертарианской экономической политике состоял в том, что в эволюционном плане крах иррациональных и успех более рациональных участников оборота создают верные стимулы к «научению» и провоцируют адаптивность и рационализацию поведения. Но, по замечанию Орбака, как прежние, так и сегодняшний кризисы демонстрируют, что от иррациональности отдельных игроков страдает вся экономика и вполне рациональные участники оборота в том числе. Иначе говоря, из-за ограниченной рациональности, проявляющейся в ряде сфер экономического оборота, издержки дерегулирования оказываются на порядок выше, чем считали такие видные либертарианцы, как Хайек и Фридман. В этих случаях воздержание от государственного вмешательства в свободный оборот во имя исправления иррациональности его участников теряет свою долгосрочную воспитательную ценность и не может быть, по мнению данного автора, более оправданно. Соответственно Орбак видит наступление новой эры более активного регулятивного интервенционизма, в рамках которого государство будет, воздерживаясь от избыточного патернализма, все же более активным на ниве исправления ошибок «невидимой руки рынка»[1].

При этом другие эксперты, также винящие свободные рынки в нынешних проблемах, идут еще дальше и вовсе сомневаются в существенной роли феномена иррациональности и когнитивных ошибок участников оборота. Так, например, выдающийся современный американский правовед судья Ричард Познер в своей недавней книге «Провал капитализма»[2] приходит к выводу о том, что поведение участников финансовых рынков в условиях роста «пузырей» является вполне рациональным, учитывая те институциональные условия, которые государство им создало, минимизировав ограничения свободного оборота и доверив все «невидимой руке рынка». Соответственно дело не в нерациональности людей, а в самих этих институциональных условиях.

Согласно Познеру проблема в том, что «невидимая рука рынка» сама по себе провоцирует создание негативных общественных экстерналий (т.е. побочных негативных последствий в отношении общества и экономики в целом), игнорирование которых самими участниками оборота является вполне рациональной стратегией в рамках теории рационального выбора. Недооценка рисков, сверхагрессивная гонка за краткосрочной прибылью и «кредитное безумие», раздувающие «пузыри» в экономике, на взгляд Познера, есть проявление вполне рацио-

[1] *Orbach B.Y.* The New Regulation Era – an Introduction // 51 Arizona Law Review. 2009. P. 566, 567, 572, 573.

[2] *Posner R.A.* A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent into Depression. 2009.

нального поведения большинства участников оборота как эгоистичных максимизаторов собственной выгоды. Но это отнюдь не означает, что рациональность поведения отдельных участников оборота в заданных условиях приводит к рациональным результатам в экономике в целом. Люди, стремящиеся к личному обогащению и жестко конкурирующие в поиске новых прибылей, и государство, не желающее вовремя останавливать эту «гонку» там, где она перестает способствовать общему росту благосостояния и начинает создавать ему глобальную угрозу, в совокупности формируют условия, при которых рациональное поведение участника оборота приводит к подрыву долгосрочных интересов общего экономического развития. Соответственно другого способа блокировать эти негативные в отношении экономики экстерналии, кроме как более активное ограничительное регулирование, не существует. Сами рынки, оставленные на произвол судьбы, далеко не всегда способны справиться с этой задачей.

Масштабное дерегулирование экономического оборота 1980–1990-х гг. в США, по мнению Познера, привело к созданию условий, которые не ограничивали негативное влияние стремления к краткосрочному обогащению отдельных игроков на стабильность системы в целом. Соответственно Познер, ранее прямо объявлявший себя либертарианцем, сторонником laissez-faire и минимизации государственного регулирования[1], к удовлетворению многих его оппонентов был вынужден призвать государство вернуться к регулированию и ограничению свободного оборота во имя сохранения долгосрочной стабильности экономической системы.

Еще более решителен и при этом более последователен в своих оценках нобелевский лауреат и (в отличие от Познера) давний критик laissez-faire неокейнсианского толка Джозеф Стиглиц. В свой недавно вышедшей книге он пишет, что нынешний кризис похоронил веру в абсолют свободных рынков и, наконец, продемонстрировал то, что он и его коллеги давно утверждали. Экономическая свобода крайне важна, а «рынок лежит в основе любой успешной экономики», но рынки невозможно оставить без государственного контроля. Систематические «провалы рынка» (монополия, негативные экстерналии и информационная асимметрия) и ограниченная рациональность участников оборота, которая далеко не всегда позволяет полагаться на их рациональный выбор, делают активное государственное регулирование и ограничение свободы экономического оборота неизбежными. При этом особенный акцент Стиглиц делает на тезисе о том, что неограниченный свободный

[1] *Posner R.A.* Law and Economics Is Moral // 24 Valparaiso University Law Review. 1989–1990. P. 165.

рынок приводит к фундаментальным сбоям из-за асимметрии в доступе к релевантной информации, необходимой участникам оборота для осуществления верных расчетов рисков, издержек и выгод, а отказ государства эти искажения исправлять приводит к формированию институциональной среды с абсолютно неверными стимулами[1].

Все, что в этих условиях, на взгляд Стиглица, требуется, это разумный баланс между экономической свободой и государственным регулированием, направленным на исправление сбоев рыночного механизма. Как считает Стиглиц, проблема в том, что в последние 25 лет в США этот баланс, относительно успешно найденный со времен нового курса, был нарушен, что позволило вырасти огромному «пузырю» на рынке жилищного строительства и сформироваться критической массе структурных диспропорций в экономике, которые и стали основной причиной начавшейся в 2008 г. рецессии. В этих условиях ему абсолютно очевидно, что с рыночным фундаментализмом в США окончательно покончено и никто уже больше не поверит в способность рынка к безошибочному саморегулированию и в то, что экономика может спокойно положиться на рациональный выбор участников оборота. Нынешний кризис, по мнению Стиглица, означает для рыночного фундаментализма ровно то же самое, что падение Берлинской стены означало для коммунизма[2]. В итоге Стиглиц в целом настаивает на тотальном провале рыночного механизма, основанного на идее о «невидимой руке» рынка, которую, как он саркастически замечает, «никто не видит, потому что ее попросту нет»[3].

Ставший теперь мировой знаменитостью Нуриэль Рубини, один из немногих экономистов, кто предвидел нынешний кризис, также видит его причины в регулятивной пассивности правительства США в 2000-е гг., основанной на переоценке идей laissez-faire, и призывает к более жесткому регулированию финансовых рынков и ограничению свободы финансовых сделок в целях сдерживания роста «пузырей»[4].

Похожие взгляды высказывают и многие другие эксперты (такие, например, как недавний нобелевский лауреат, известный американский экономист Пол Кругман[5]).

В целом сторонники идеи о том, что кризис стал результатом устранения государства от активного регулирования и возникновения иллю-

[1] *Stiglitz J.E.* Freefall: America, Free Markets, and the Sinking of the World Economy. 2010. P. 90, 91, 175, 176, 242.

[2] Ibid. P. XII, XIII, 12–17, 149, 201, 219, 241, 296.

[3] http://www.chinadaily.com.cn/opinion/2009-12/31/content_9249981.htm

[4] *Roubini N.* Crisis Economics: A Crash Course in the Future of Finance. 2010; *Рубини Н., Мим С.* Нуриэль Рубини: как я предсказал кризис. М., 2011.

[5] *Кругман П.* Возвращение Великой депрессии. М., 2009.

зий в отношении долгосрочной рациональности спонтанного и нерегулируемого экономического порядка, прописывают в качестве лекарства возвращение практики продуманного, но более активного регулирования и ограничений оборота. Интервенционизм возвращает себе потерянные в последние годы позиции. При этом существует и другая, «прорыночная» версия объяснения кризиса, согласно которой винить нужно не «невидимую руку рынка», а «видимую руку» финансовых властей, которые, пытаясь активно моделировать и искусственно подстегивать экономический рост, проводили в корне неверную финансово-кредитную политику искусственно низких процентных ставок и кредитной экспансии, закачивая огромные ничем не обеспеченные деньги в экономику и провоцируя кредитный бум, который «надувал» соответствующие «пузыри» и способствовал просчетам участников оборота (предпринимателей и потребителей) в оценке рисков при заключении сделок, инвестициях и покупках. Так же как и Великая депрессия 1930-х гг., нынешний экономический кризис, по мнению таких экспертов, обязан не провалам свободного рынка (экстерналиям, информационной асимметрии, ограниченной рациональности и т.п.), а интервенционизму государства и ошибкам финансовых мозговых центров капиталистических стран. Соответственно сторонники такого диагноза (например, представитель австрийской экономической школы Хесус Уэрта де Сото[1]) рекомендуют в качестве средства выхода из депрессии не возврат государства как активного регулятора рынков, а, наоборот, расширение политики laissez-faire и прекращение вредных попыток искусственного моделирования экономического развития путем финансово-кредитных манипуляций вплоть до возврата золотого стандарта.

Кроме того, некоторые эксперты выражают серьезную озабоченность намечающимся ростом государственного интервенционизма, предупреждая в духе Хайека и Мизеса, что вставшему на этот путь государству будет крайне сложно принимать верные решения из-за нехватки релевантной информации и при этом удерживать свои регулятивные аппетиты только в рамках той сферы, где ограничения являются, возможно, действительно оправданными[2].

Тем не менее относительная популярность антирыночного диагноза и регулятивного «лечения» в средствах массовой информации, общественном мнении и экспертном сообществе вновь возвращает умы многих экономистов, политиков и юристов к идее о более активном

[1] *De Soto J.H.* Financial Crisis and Recession (http://mises.org/daily/3138).

[2] См.: *Rizzo M.J.*, *Whitman D.G.* The Knowledge Problem of New Paternalism // 2009 Brigham Young University Law Review. 2009. P. 905 ff; *Rizzo M.J.*, *Whitman D.G.* Little Brother is Watching You: New Paternalism on the Slippery Slopes // 51 Arizona Law Review. 2009. P. 685 ff.

участии государства в регулировании и ограничении экономического обмена. Патернализм и интервенционизм определенно вновь входят в моду, а опасения в отношении рисков выхода усиливающегося государственного вмешательства из-под контроля считаются не столь значительными. Вашингтонский консенсус с его упором на дерегулирование стремительно теряет авторитет и многими экономистами и политиками «списывается в утиль».

Было бы самонадеянно здесь высказывать какие-либо собственные суждения по столь острым и сложным вопросам, как причины нынешней экономической рецессии и пути выхода из нее. Но очевидно, что западные страны к концу первого десятилетия XXI в. вступили в новый раунд поиска некого компромисса между интервенционизмом и laissez-faire. Какая комбинация мер докажет свою эффективность и насколько этот новый консенсус окажется долговечнее предыдущих, покажет история.

Что дальше?

Думается, что описанные выше колебания в области экономической идеологии будут продолжаться и дальше и реальная экономическая политика государств будет то немного более интервенционистской, то несколько более либертарианской.

Более того, практически вся экономическая история второй половины XX в. показывает, как в реальности политики прагматически комбинируют соответствующие рецепты. Такой граничащий с постмодернизмом экономический эклектизм и антидогматизм – характерная черта современной экономической политики западных государств[1]. Последовательная и твердая идеология в значительной степени была принесена в жертву политической гибкости и расчету. Повсеместно правые правительства реализуют многие элементы традиционно левой экономиче-

[1] Так, в Германии Людвиг Эрхард проводил либеральные экономические реформы под политическими лозунгами «социальной рыночной экономики», а в Китае коммунист Дэн Сяо Пин и его последователи начинают и углубляют рыночную трансформацию, не порывая с марксизмом. В США эта политическая эклектика еще более показательна. Например, президент Рональд Рейган провозглашал возврат к laissez-faire, одновременно не отменяя многие социальные гарантии (особенно для среднего класса, столь важного в электоральном плане), розданные прежними социально ориентированными демократическими правительствами, проводя по-кейсиански гиперактивную инвестиционную политику и создавая огромный бюджетный дефицит. Республиканец Никсон в 1970-е гг. пел осанну кейнсианству, демократ Клинтон в 1996 г. объявил конец эры большого правительства, а республиканец Дж.У. Буш в 2001 г. завоевал популярность избирателей, заявляя, что правительство несет ответственность перед людьми и поэтому «когда кому-то плохо, правительство обязано принять меры». Подробнее см.: *Бьюконен П.* Правые и неправые. М., 2006. С. 243.

ской повестки, а левые правительства, зачастую формируемые социалистическими или социал-демократическими партиями, не торопятся проводить в жизнь многие свои «перераспределительные» предвыборные лозунги[1]. Мир идеальных типов экономических моделей, таких как коммунизм или laissez-faire, давно в прошлом.

В итоге, как справедливо отмечается в литературе, «ни одно из современных обществ нельзя отнести к одной из этих крайностей» и соответственно большинство стран используют тот или иной вариант «смешанной» экономики[2]. При этом некоторые страны тяготеют чуть больше к идеалу laissez-faire (например, Гонконг или США), в то время как другие (например, Скандинавские страны) традиционно отводят государственному ограничению свободного оборота несколько больше пространства. Причем эти акценты изменчивы и корректируются в зависимости от доминирования в этих странах определенных политических сил, изменения социально-экономических условий, роста и падения популярности тех или иных экономических теорий и ряда иных факторов. В конечном счете все страны ищут какой-либо компромисс[3]. Но этот поиск в большинстве развитых или активно развивающихся стран, по крайней мере пока, ограничен рамками рыночной экономической парадигмы. Большинство критиков неолиберальной волны 1980–1990-х гг., увидевших в начавшейся в 2008 г. рецессии подтверждение своим идеям о фатальных дефектах в работе «невидимой руки рынка», не отвергают рыночную систему как таковую, но пытаются найти пути ее обновления[4].

В настоящее время принцип свободы договора все еще постулируется как фундаментальный. И неоклассическая экономическая школа, и идеология смешанной экономики, и поведенческая экономическая теория, и новая институциональная экономическая теория, и теория государства «всеобщего благосостояния», и другие экономические течения и школы в развитых странах признают большое значение данного принципа. То же касается и правительств, проводящих в жизнь реальную экономическую политику: они часто ограничивают свободу договора по тем или иным политико-правовым причинам, но признают, что свобода договора презюмируется, а для ограничений требуются убедительные аргументы.

Сказанное отнюдь не означает, что когда-нибудь не сможет произойти смещение самой рыночной парадигмы. Возможно, в будущем базовая

[1] См.: *Хаттон У.* Мир, в котором мы живем. М., 2004.

[2] *Самуэльсон П.Э.*, *Нордхаус В.Д.* Экономика. 18-е изд. М., 2010. С. 52.

[3] *Martinek M.G.* Contract Law Theory in the Social Welfare State of Germany – Developments and Dangers // 2007 Journal of South African Law. 2007. P. 18.

[4] См., напр.: *Patel R.* The Value of Nothing. 2009. P. 23.

презумпция свободы оборота будет изменена и возникнет новое понимание желательных параметров экономического развития. Можно допустить, что при накоплении критической массы исключений и частных сбоев в работе образующих рыночную парадигму презумпций сама парадигма окажется под сомнением и созреют условия для ее смещения. Вся история показывает нам, что иногда то, во что верят практически все эксперты, может в одночасье оказаться опровергнутым или существенно модифицированным неким новым открытием. Возможно, в будущем, как бы мы лично в этом ни сомневались, возникнет некое новое понимание природы экономической жизни и будет подорвана сама идея об экономическом процветании как некой фундаментальной цели или идея о презумптивной эффективности работы рыночного процесса.

Тем не менее вряд ли в ближайшем будущем презумптивная верность идеи о рыночном хозяйстве как несовершенном, но сравнительно наилучшем способе организации экономики будет оспорена. Соответственно на ближайшую перспективу споры экономистов и регулятивные эксперименты правительств будут касаться введения или отмены тех или иных исключений из общего правила об эффективности и утилитарной полезности рыночной экономики и свободного экономического оборота. По крайней мере пока неуловимы даже контуры какой-либо внятной альтернативной парадигмы экономической жизни, нам, юристам, не остается ничего другого как спорить об исключениях, не сотрясая сам фундамент рыночного «здания»[1].

§ 2. Социально-этический аспект

Не менее интересные изменения во второй половине XX в. происходили и в области конвенциональной этики западных обществ.

По мере отпадения или снижения внешнеполитических угроз и преодоления экономической депрессии в западных странах отпала необходимость в тех ограничениях личной свободы, на которые избиратели были готовы согласиться ранее. Человек вновь пытается эмансипироваться от группы и утвердить свое индивидуальное бытие. Как абсолютно верно отмечал Людвиг Эрхард, «насколько сильным бывает чувство сплоченности во время самых суровых испытаний, настолько резко ослабевает оно по мере роста благосостояния»[2].

[1] Это не означает, что нет экспертов, которые пророчат закат капитализма. Левые экономисты и интеллектуалы, несмотря на катастрофический провал левой идеологии в 1990-е гг., никуда не исчезли. См., напр.: *Кагарлицкий Б.* От империй – к империализму. Государство и возникновение буржуазной цивилизации. М., 2010. С. 676 (считающий, что на смену капитализму рано или поздно придет некая система «демократического согласования экономических процессов»).

[2] *Эрхард Л.* Полвека размышлений: речи и статьи. М., 1993. С. 382.

Человек, не порывая с социумом окончательно (человек все же социальное животное), возвращается к стратегии извлечения из своих контактов с группой максимальной выгоды и минимизации жертв. Именно поэтому любые тоталитарные и коллективистские общества, судя по всему, обречены на либерализацию по мере развития экономики и роста благосостояния людей. Как только в экономиках западных стран наступила стабильность и процветание, Европа оправилась от войн, а к угрозе, исходящей от СССР, все понемногу привыкли, потребность в ограничении личной свободы во имя блага общества снизилась и созрели социально-культурные условия для частичного возврата экономической политики laissez-faire в 1980-е гг. Карточная система, ценовые максимумы, вмешательство правительств в производственные и торговые отношения и многие другие ограничения личной и в том числе экономической свободы чрезвычайного характера постепенно теряли свою этическую легитимность.

После громкого признания концепции неотъемлемых и естественных прав и свобод человека, увенчавшего разгром фашизма и закрепившегося на уровне ряда международных и европейских конвенций (Декларация прав человека ООН, Европейская конвенция о правах человека), и включения этих прав и свобод в конституции многих западных стран они приобрели статус своего рода новой светской религии. Здесь не место оценивать результат данной культурной трансформации, анализировать реальные причины нового возвышения либерализма и индивидуализма на Западе и прогнозировать их судьбу в мировом масштабе. На эти темы написано слишком много работ и сломано слишком много копий, чтобы погружаться в данную материю в рамках настоящей работы[1]. При любом нашем отношении к этому феномену факт остается фактом – в результате комплекса социальных, экономических, культурных и идеологических процессов в современном обществе личная свобода и частная автономия индивида ценятся выше, чем когда-либо в мировой истории.

Укрепление этики свободы во второй половине XX в. во многом было обязано активному научному и публицистическому творчеству таких выдающихся «публичных интеллектуалов», писателей и философов, как Исайя Берлин[2], Роберт Нозик[3], Фридрих фон Хайек[4] и многие другие.

[1] См., напр.: *Маркузе Г.* Одномерный человек. М., 2009; *Бауман З.* Индивидуализированное общество. М., 2005; *Бодрийяр Ж.* Общество потребления. М., 2006; *Закария Ф.* Будущее свободы. М., 2004; *Фукуяма Ф.* Великий разрыв. М., 2004; *Фромм Э.* Бегство от свободы. М., 2009; *Ортега-и-Гассет Х.* Восстание масс. М., 2003 и др.

[2] *Берлин И.* Две концепции свободы // Современный либерализм. М., 1998. С. 19–43.

[3] *Нозик Р.* Анархия, государство и утопия. М., 2004.

[4] *Фон Хайек Ф.А.* Дорога к рабству. М., 2005.

Но здесь важно отметить, что, так же как и в случае с экономическим либерализмом, доминирование индивидуализма – это вопрос степени. Коллективистские ценности солидарности и патернализма сохраняют свое присутствие в идеологической, культурной и политико-правовой повестке дня западных стран. Финансируемые налогоплательщиками и по своей сути перераспределительные системы медицинского и пенсионного обеспечения и социального страхования, ограничения на оборот наркотических средств, курение в общественных местах и иные меры, направленные на ограничение свободы частного выбора, распространенные в западных странах, демонстрируют, что общество признает пределы личной свободы. Эти ограничения личной свободы считаются приемлемыми, когда они носят четко ограниченный характер и не претендуют на тотальное подавление личной автономии. Современное же государство готово удовлетворять этот запрос вопреки предсказаниям Хайека и других либертарианцев, удерживаясь от соблазна скатиться на «дорогу к рабству».

Соответственно во всех развитых западных странах после Второй мировой войны наметилось определенное сочетание ценностей индивидуализма и личной свободы, с одной стороны, и ценностей коллективизма и солидарности – с другой. Все, что обычно имеют в виду под тезисом о победе либеральной этической идеологии, это то, что сейчас удельный вес ценностей личной свободы оказывается выше, чем когда-либо, и именно либерализм, оформленный в системе прав и свобод личности, становится центральным элементом системы этических взглядов.

При этом в разных развитых странах реальная степень доминирования либеральных этических ценностей оказывается разной. Например, давно замечено, что США и с некоторыми оговорками Англия в целом являются куда более либеральными, чем страны континентальной Европы, в которых социально ориентированная идеология солидарности и патернализма проявляет себя в несколько большей степени[1]. Тем не менее, несмотря на некоторые различия, предопределенные спецификой той или иной западной страны, мы можем абсолютно уверенно говорить о наличии и доминировании здесь четкой либеральной этической парадигмы, в которой права и свободы личности оказываются приоритетными, но опровержимыми презумпциями, отступления от которых требуют серьезного обоснования.

Таким образом, торжество либеральной этической парадигмы во второй половине XX в. в странах Запада не означает отсутствия ограничений личной свободы. Современный либеральный этический консенсус провозглашает, что свобода личности может быть ограничена, когда

[1] См. по этому вопросу: *Хаттон У.* Мир, в котором мы живем. М., 2004.

ее реализация причиняет вред другим личностям или ограничивает их равную свободу либо когда такое ограничение соответствует интересам общего блага и доминирующим в обществе представлениям о справедливости. Ограничение личной свободы взрослого и дееспособного индивида нежелательно, если оно совершается во имя его же интересов и не диктуется какими-то серьезными этическими или утилитарными соображениями. Излишние ограничения государством личной свободы и патернализм, как абсолютно верно замечали Милль и многие другие философы, (1) лишают людей чувства ответственности за свою судьбу и превращают их в пассивных иждивенцев, (2) просто неэффективны, так как общество и государство не способны, как правило, верно оценить интересы человека лучше его самого, и (3) могут сформировать условия для полноценного тоталитаризма[1]. Но это не значит, что на патернализм в принципе наложено табу. Либеральная этическая идеология нигде не была и не будет реализована в чистом виде. Здесь, как и в случае с либерализмом экономическим, реально возможен лишь некий компромисс. Если в первой половине XX в. на ценностной оси «коллективизм – индивидуализм» шло очевидное смещение в сторону коллективизма, социальной солидарности и патернализма, то во второй половине XX в. наблюдалось отчетливое движение в обратном направлении.

Некоторые авторы отмечают, что установление во многих западных странах ценностей социального государства и многочисленные ограничения свободы договора, введенные в XX в. в целях защиты потребителей, работников и в целом слабой стороны договора, демонстрируют движение обратно от контракта к статусу[2]. Но, думается, это не вполне верная оценка. То, что современные западные общества допускают участие государства в ограничении личной свободы и свободы договора в частности ради обеспечения тех или иных долгосрочных социально-экономических задач или защиты этических идеалов, никак не возвращает нас в «мир статуса», из которого человечество вырвалось в эпоху рыночной революции. Статус личности, предопределяющий участие человека в социальной и экономической жизни в Средние века, был крайне статичным и жестким и во многих случаях обусловлен рождением. Эта система, механически воспроизводимая ригидностью традиций и строгими табу, была подчеркнуто иррациональна, иерархична и статична. Новая эпоха сформировала свободную личность, динамично вступающую в социальные и экономические взаимосвязи с другими личностями на основе рационального расчета. Социальный поворот

[1] *Милль Дж. С.* О свободе // Утилитаризм. О свободе / Пер. с англ. А.Н. Неведомского. 3-е русское изд. СПб., 1900. С. 358, 417.

[2] Обзор мнений см.: *Pettit M.* Jr. Freedom, Freedom of Contract and the «Rise and Fall» // 79 Boston University Law Review. 1999. P. 265.

экономической и правовой политики в XX в. не менял сути этой новой парадигмы, но восстановил определенный баланс, закрепив устраивающую всех комбинацию сугубо либеральных ценностей и соображений справедливости, общественной пользы и социальной солидарности. Это в некоторой степени синтезировало домодерновые этические традиции и либеральные достижения Нового времени, но отнюдь не в том смысле, что мы вернулись к статичному обществу с врожденными привилегиями, кастами, жесткими социальными стратами и распределению благ согласно месту реципиента в социальной иерархии.

Соответственно дело не в том, что современные общества возвращаются в мир статусов и отказываются от контрактарианской социальной структуры, а в том, что в XX в. исчезла возникшая на короткий период в XIX в. вера интеллектуальных элит в то, что свобода есть единственная ценность. Ценность личной свободы даже в самых либеральных странах XIX в. считалась приоритетной в основном в узких кругах интеллектуальной и бизнес-элит. Этические идеалы миллионов рабочих и крестьян во многом продолжали отражать несколько иные ценностные приоритеты (стабильность, социальную справедливость, патернализм и т.д.). По мере демократизации западных обществ в XX в. произошел неизбежный диалектический синтез идеалов социальной справедливости «низов» и ценности личной свободы, столь близкой сердцу «верхов». Этот синтез во второй половине XX в. позволил обеспечить социальный консенсус, необходимый для успешного развития экономик западных стран.

В итоге в западных обществах утвердилось сугубо прагматическое понимание того, что все ценности имеют относительный вес и допускают балансирование. При этом личная негативная свобода стала восприниматься как своего рода ценностная презумпция, которая может быть опровергнута при наличии достаточно весомых утилитарных или этических аргументов. Таким образом, в современных либеральных демократиях, которые Роберт Даль назвал в свое время полиархиями[1], идея личной свободы от общественного и государственного вмешательства в частные дела, формирующая соответствующие принципы государственного регулирования и регулирования экономического оборота в частности, провозглашается не абсолютной, но доминантной ценностью.

Как понимает любой реалистически мыслящий человек, все конституционно признанные якобы «неотъемлемыми» права благополучно «отъемлются» государством, когда того требуют другие этические стандарты, соображения общественного блага или иные весомые по-

[1] *Даль Р.* Демократия и ее критики. М., 2003.

литико-правовые резоны. Ни одна свобода и ни одно право из набора прав и свобод человека не являются абсолютными и конечно же они не иммунизированы от ограничений со стороны государства. Роль этих прав и свобод именно в том, чтобы задать определенные презумпции и затруднить их опровержение путем возложения бремени доказывания на сторонников введения соответствующего ограничения в правовое поле.

В этом плане свобода личности от вмешательства общества и государства в свои личные дела стала базовым правом из череды такого рода общепризнанных конституционных презумпций.

Разумеется, данные тенденции неизбежно влияли на укрепление представления о свободе людей вступать в экономические отношения и заключать договоры по своему субъективному усмотрению, не будучи принуждаемыми к труду или иному участию в обороте со стороны государства[1]. Свободный экономический обмен свободных граждан в условиях разделения труда стал краеугольным камнем западного этического консенсуса второй половины XX в. и элементом системы прав и свобод личности. В этой связи неудивительно, что в последнее время принцип свободы договора приобрел во многих странах конституционный статус.

Некоторые современные исследователи, работающие в рамках естественно-правовой юридической парадигмы, сейчас включают принцип свободы договора в число базовых принципов естественного права. Так, например, Рэнди Барнетт (Barnett) защищает позицию, согласно которой свобода договора является неотъемлемым структурным элементом либеральной концепции справедливости и естественного права[2].

При этом, как и все остальные проявления личной негативной свободы, свобода договора стала расцениваться как своего рода опровержимая презумпция. Вернувшая во второй половине XX в. большую часть своего прежнего авторитета идея автономии воли контрагентов полностью не вытеснила идею социальной солидарности и справедливости обмена. Но вполне заметно, что современная этика западных стран в этом вопросе намного более индивидуалистична. То, что в коллективистской парадигме рассматривалось как нарушение этических установок (взимание процента, спекуляция и т.п.), теперь воспринимается гораздо более толерантно. В общем и целом общество признает право сторон своим соглашением опрокинуть доминирующие представления о справедливых параметрах обмена. Вмешательство государства происходит только в наиболее вопиющих случаях и в основном в целях защиты интересов

[1] О влиянии развития индивидуализма на становление идеи свободы договора см.: *Rosenfeld M*. Contract and Justice: The Relation Between Classical Contract Law and Social Contract Theory // 70 Iowa Law Review. 1984–1985. P. 776 ff.

[2] *Barnett R.E*. The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law. 1998. P. 64, 65, 83.

слабой стороны договора (потребителя, работника и т.п.). Таким образом, в этическом плане свобода договора, как и любая иная свобода личности, защищена от государственного вмешательства, пока не будут приведены веские доводы в пользу того, что ограничение свободы договора соразмерно более важным целям правового регулирования[1].

Таким образом, хотя умеренное и продуманное ограничение государством свободы участия в экономическом обороте повсеместно допускается (осуществляясь более или менее интенсивно), стало общепризнанным, что подобные ограничения имеют статус исключений из общего правила, требующих серьезной политико-правовой аргументации, балансирования различных интересов и ценностей. Как и в случае с другими конституционными правами и свободами, признание свободы договора проявлением идеи о естественных правах и свободах человека приводит не к тому, что государству никогда и ни при каких условиях не разрешается ее ограничивать, а к тому, что бремя обоснования возлагается на того, кто предлагает опровержение этой презумпции.

Как мы видим, современное понимание идеи свободы договора будет неполным в отрыве от осознания ее социально-этических оснований, заложенных в период становления ныне доминирующего на Западе либерального консенсуса. По крайней мере в западных странах свобода договора – это не только утилитарно удобный инструмент организации экономики, но и проявление важнейшей этической ценности личной свободы и элемент конституционной системы прав и свобод человека.

Соответственно для верного отражения места принципа договорной свободы в праве западных стран и России мы должны помимо демонстрации общепризнанных утилитарных оснований данной идеи вписать ее в рамки доминирующей на Западе и заданной Конституцией РФ этической идеологии приоритета прав и свобод личности.

§ 3. Влияние на частное право

Развитие принципа свободы договора во второй половине XX в.

Реальное состояние дел в области свободы договора во второй половине XX в. во многом зависело от соответствующего баланса политико-правовых условий и факторов в конкретной стране и в конкретный пе-

[1] Здесь нужно сделать одно уточнение. Конечно же идеология прав и свобод личности способствует оправданию принципа содержательной свободы договора, но не может в полной мере объяснить принцип обязательности контракта, так как последний как раз являет собой инструмент ограничения личной негативной свободы.

риод. Тем не менее в общем и целом договорное право западных стран продолжило поиск оптимального компромисса между этической и утилитарной подоплекой идеи свободы договора, с одной стороны, и конкурирующими политико-правовыми ценностями – с другой.

При этом можно выделить две основные, хотя и разнонаправленные, тенденции развития принципа свободы договора.

Первая из них состоит в том, что свобода договора была во многих странах признана в качестве конституционного принципа. Конституциализация частного права и принципа свободы договора в том числе – достаточно характерное явление в современном зарубежном праве. Наиболее ярко этот феномен представлен в немецком праве[1]. Как отмечает Юрген Базедоф (Basedow), в немецкой правовой науке свобода договора сейчас воспринимается как наиболее значительное проявле-

[1] Частное право, в XIX в. рассматривавшееся европейскими цивилистами как самодостаточная и автономная система правил, в которой господствует формальная логика, в XX в. стало оцениваться судами и многими учеными таких стран, как Германия или Голландия, через призму политико-правовых соображений и ценностей конституционного статуса (и в первую очередь прав и свобод человека). В этом контексте как свобода договора, так и ее ограничения стали зачастую выводиться из общих конституционных прав, свобод и ценностей. При этом конституционное влияние на сферу частного права в таких странах, как Германия, имеет в основном опосредованный характер. Некоторые немецкие авторы (например, Канарис) выступали за прямое горизонтальное воздействие конституционных ценностей, принципов и прав, при котором суды, разбирая гражданско-правовой спор, могут прямо мотивировать свое решение, отступающее от догматики частного права, ссылкой на нормы Конституции. Но на практике гораздо чаще немецкими судами применяется принцип косвенного горизонтального воздействия, согласно которому суд мотивирует свое решение, отступающее от догматических установок гражданского законодательства, все же ссылками на частноправовые оценочные нормы-принципы (добрые нравы и добросовестность), наполняемые конституционным смыслом. Немецкие суды по сути «вдавливают» в эти принятые еще в имперские времена «каучуковые» нормы гражданского законодательства совершенно новый смысл, превращая их в гибкие инструменты «самоисправления» гражданского законодательства под влиянием конституционных ценностей и принципов. Решающую роль в конституциализации частного права в Германии сыграло знаменитое решение Конституционного суда ФРГ по делу Lüth (1958 г.). С тех пор накопившаяся практика немецких судов, по мнению современных исследователей, не оставляет никаких сомнений в том, что контрактное право оказалось подчиненным по отношению к основным правам и свободам человека и другим конституционным ценностям. В последнее время этот феномен окончательного падения частного права как автономной системы и вторжения в эту сферу политико-правовых и прежде всего конституционных ценностей, принципов и прав приковывает внимание большого числа ученых. Подробнее о конституциализации частного права Германии см.: Constitutional Values and European Contract Law / Ed. by S. Grundmann. 2008; *Cherednychenko O.O.* Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law with Emphasis on Risky Financial Transactions. 2007. P. 63–89, 104, 115; *Kenny M.*, *Devenney J.*, *O'Mahony L.F.* Unconscionability in European Private Financial Transactions: Protecting the Vulnerable. 2010. P. 9, 10; *Markesinis B.*, *Unberath H.*, *Johnston A.* The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2-d ed. Entirely Revised and Updated. Oxford, 2006. C. 38.

ние частной автономии и гарантия личной свободы[1]. Конституционный суд ФРГ давно признал свободу договора конституционным принципом[2]. В последнее время в той или иной форме (хотя и не без некоторых колебаний) конституционный статус принципа свободы договора признали и суды многих других европейских стран (например, Италии, Франции и др.)[3]. Европейский суд справедливости (высший суд Европейского союза) признал свободу договора в качестве основополагающего принципа гражданского права, вытекающего из закрепленной в ст. 16 Устава ЕС об основных правах свободы предпринимательской деятельности[4]. Кроме того, хотя принцип свободы договора не закреплен в Европейской конвенции о правах человека, Европейский суд по правам человека также выводит принцип свободы договора из других положений Конвенции[5].

В России Конституционный Суд РФ также прямо признает свободу договора конституционным принципом российского права, который может быть ограничен государством, но только тогда, когда ограничение вводится ради «защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства»[6]. Как в западном, так и в современном российском конституционном контексте идея о свободе на заключение любых контрактов с любым содержанием является очевидным проявлением принципа личной свободы, права на свободную трудовую и предпринимательскую деятельность и защиту от необоснованного государственного вмешательства в частные дела.

Вторая, обратная, тенденция состоит в значительном расширении практики защиты слабой стороны договора от несправедливых договорных условий. Если до второй половины XX в. во многих западных странах основная цель ограничения свободы договора состояла в блокировании договоров и условий, противоречащих публичным или об-

[1] *Basedow J.* Freedom of Contract in the European Union // 6 European Review of Private Law. 2008. P. 903.

[2] *Kenny M.*, *Devenney J.*, *O'Mahony L.F.* Unconscionability in European Private Financial Transactions: Protecting the Vulnerable. 2010. P. 9, 10.

[3] Ibid. P. 19, 21–23.

[4] См.: Chitty on Contracts. Vol. I: General Principles. 2008. P. 12.

[5] Ibidem.

[6] Конституционный статус принципа свободы договора был признан Конституционным Судом РФ в Постановлении от 23 февраля 1999 г. № 4-П и впоследствии неоднократно им подтверждался (см., напр., Постановление от 28 января 2010 г. № 2-П). В контексте российского конституционного права свобода договора, прямо не закрепленная в Конституции, выводится Конституционным Судом из толкования нормы п. 1 ст. 8 Конституции РФ о гарантированности свободы экономической деятельности, а также нормы п. 1 ст. 34 о праве каждого на свободное использование своих способностей и имущества для осуществления предпринимательской или иной законной экономической деятельности.

щественным интересам, нарушающих фундаментальные основы нравственности или дестабилизирующих социальную стабильность, чистый патернализм, защищающий самого контрагента от принятия несбалансированных условий, в XIX в. был редок и допускался в самых вопиющих случаях, а в первой половине XX в. защита слабой стороны договора только набирала обороты, то после Второй мировой войны и популяризации идей государства всеобщего благосостояния борьба с несправедливыми договорными условиями превратилась в центральную тему договорного права. Забота о слабом участнике оборота оказывалась в этот период в центре многих экономических и социальных реформ и не могла не отразиться на базовых принципах договорного права.

Главная же роль по внедрению в частное право патерналистских идеалов социального государства и защиты слабой стороны договора в первую очередь была отведена уже обсуждавшимся нами выше оценочным нормам (в их числе добросовестность, разумность, добрые нравы и т.п.) соответствующих гражданских кодификаций[1].

В частности, после Второй мировой войны «каучуковые» параграфы ГГУ о добросовестности и добрых нравах стали использоваться судами как формальные прикрытия для значительного отступления от идеи свободы договора в целях защиты более слабой стороны. Эти нормы стали проводниками конституционных, моральных и утилитарных идей и ценностей и подстраивали регулирование в соответствии с изменившимися условиями. «Конституциализация» частного права не только предполагала признание конституционного статуса принципа свободы договора, но и принимала вытекающие из Конституции основания для ее ограничения. Эти основания находились судами в Конституции ФРГ и закрепленных в ней принципах и ценностях и внедрялись в мотивы судебного решения (следуя принципу «косвенного горизонтального воздействия») посредством ссылок на частноправовые принципы добрых нравов и добросовестности. В итоге для немецких судов открылся значительный простор для ограничения свободы договора, если в конкретных обстоятельствах этого очевидно требуют соображения справедливости и другие этические ценности.

[1] См.: *Kennedy D.* The Political Stakes in «Merely Technical» Issues of Contract Law // 1 European Review of Private Law. 2001. P. 7–28. См. также: *Mattei U.*, *Nicola F.* A Social Dimension in European Private Law – The Call for Setting a Progressive Agenda // 41 New England Law Review. 2006–2007. P. 33. Недаром сторонники либертарианского подхода в рамках школы экономического анализа права крайне недолюбливают оценочные стандарты в законодательстве и предпочитают четкие и однозначные нормы. См.: *Schwartz A.*, *Scott R.E.* Contract Theory and Limits of Contract Law // 113 Yale Law Journal. 2003–2004. P. 618, 619.

Благодаря этому механизму немецким судам удалось создать отсутствующую в ГГУ и де-факто идущую вразрез с закрепленными в нем идеями абсолютной свободы договора доктрину судебного ex post контроля справедливости договорных условий и условий договоров, заключенных на стандартных условиях, в частности Закон об общих условиях сделок 1976 г. (впоследствии интегрированный в новую редакцию ГГУ 2002 г.), детально регулирующий множество ограничений свободы формулирования стандартных условий договора (в том числе и потребительского) и дающий судам общее право не приводить в исполнение большинство потенциально несправедливых условий таких договоров, просто закрепил те решения, которые до этого были выработаны на уровне судебной практики с опорой на § 138 и 242 ГГУ[1].

Но и после появления в Германии специального законодательства об ограничении свободы договоров, заключенных на стандартных условиях, и общего правила о недопустимости включения в такие договоры явно несправедливых условий потребность в общих нормах о добросовестности и добрых нравах остается. Они используются для патерналистских ограничений договорной свободы там, где специальные правила о контроле справедливости стандартизированных договоров не справляются[2].

Опыт немецкого права по внедрению в текст гражданской кодификации «универсальных корректоров», способных в случае явной необходимости легитимировать судебную практику по изменению или отмене условий договора по веским политико-правовым причинам, оказался настолько удачным и общепризнанно эффективным, что был перенят другими странами. Голландские юристы в новом Гражданском кодексе включили детальные нормы, направленные на контроль содержания стандартных условий договора, и дошли даже до того, что в п. 2 ст. 6:2 и п. 2 ст. 6:248 Гражданского кодекса Нидерландов (далее – ГКН) включили потрясающие по своей универсальности правила, согласно которым любое условие договора не подлежит применению, «если это в конкретных обстоятельствах будет неприемлемым в соответствии с критериями разумности и справедливости»[3]. При этом не менее важную роль в ex post ограничении договорной свободы в Голландии играет и знакомый нам феномен конституциализации частного права. Голландские суды, вслед за их немецкими коллегами применяя принцип «косвенного горизонтального влияния», в послевоенный период начали напол-

[1] *Zimmermannn R.* An Introduction to German Legal Culture (in Introduction to German Law) / Ed. by W.F. Ebke and M.W. Finkin. 1996. P. 17.

[2] *Niglia L.* The Transformation of Contract in Europe. 2003. P. 43.

[3] *Hartkamp A.S.*, *Tillema M.M.M.* Contract Law in the Netherlands. 1995. P. 28; Правовая система Нидерландов / Отв. ред. В.В. Бойцова и Л.В. Бойцова. М., 1998. С. 242.

нять общие «каучуковые» (как мы видим, даже более «каучуковые», чем немецкие образцы) нормы о добросовестности, справедливости и т.п. прямым конституционным смыслом[1].

В послевоенный период практически все страны признали право суда снизить завышенную договорную неустойку. Те правопорядки, которые вслед за Германией, Австрией, Швейцарией, Италией и рядом других стран не решились прямо закрепить право суда снизить несоразмерную неустойку в XIX или в первой половине XX в., после Второй мировой войны окончательно сформировали судебную практику, согласно которой суд получил право ограничивать свободу договора применительно к размеру неустойки на основе общих принципов добросовестности (например, в Голландии[2], в Бельгии[3], в Квебеке[4] и др.).

К 1970-м гг. и этого стало казаться мало. Так, во Франции по мере сворачивания laissez-faire цивилисты выражали все большее недовольство тем, что закон не дает судам возможность ограничить драконовские штрафные санкции, которые то и дело встречались при рассмотрении споров[5]. В конце концов, как заметил У. Маттеи (U. Mattei), в XX в. классический французский режим неустойки стал жертвой глобального отката от идеологии свободы договора[6]. После внесения в текст ФГК изменений Законом от 9 июля 1975 г. № 75-597 суд получил право уменьшить согласованную сумму, если она является явно избыточной. По Закону от 11 октября 1985 г. № 85-1097 в дополнение суд получил право пересматривать размер неустойки не только по ходатайству должника, но и по собственной инициативе, ex officio (абз. 2 ст. 1152 ФГК).

Голландский законодатель решился на аналогичный шаг и прямо закрепил право суда снизить неустойку только в 1992 г. (ст. 6:94 ГКН).

Те страны, которые в XIX в., введя институт снижения неустойки, исключили применение этого правила в отношении сугубо коммерческих договоров, во второй половине XX в. вынуждены были смягчать позиции. Так, в Германии утвердилась практика, согласно которой

[1] *Cherednychenko O.O.* Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions. 2007. P. 124, 125.

[2] Introduction to Dutch Law / Ed. by J. Chorus, P.-H. Gerver, E. Hondius, A. Koekkoek. 1999. P. 130.

[3] См.: Principles of European Contract Law. P. I and II / Ed. by O. Lando & H. Beale. 2000. P. 456; Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) / Full Edition; Ed. by C. von Bar and E. Clive. Vol. I. 2009. P. 965.

[4] Agence Maitre Boucher Inc. c. Robert (2009 QCCS 1120).

[5] *Miller L.* Penalty Clauses in England and France: A Comparative Study // 53 International and Comparative Law Quarterly. 2004. P. 87.

[6] *Mattei U.* The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts // 43 The American Journal of Comparative Law. 1995. P. 435.

в случаях явной и «вопиющей» несоразмерности неустойки она, как и любое иное условие договора, теоретически может быть подвергнута судебному контролю путем применения положений о добросовестности сторон и добрых нравах (§ 242 и 138 ГГУ)[1]. В Австрии же, где, как и в Германии, правило о снижении неустойки долгое время не распространялось на коммерсантов, после законодательной реформы 2007 г. новое Предпринимательское уложение отменило данное исключение[2].

Усиление роли судов по ex post ограничению свободы договора прослеживалось по всему спектру развитых правопорядков, но не происходило одинаково интенсивно. Так, например, в то время как немецкое право уже с начала XX в. закрепило право снижать договорную неустойку (за исключением сугубо коммерческих контрактов), а в 1970-е гг. предоставило судам беспрецедентную свободу в патерналистском контроле справедливости условий сделок с потребителями, трудовых контрактов и некоторых иных договоров, заключаемых в условиях явного неравенства переговорных возможностей, в ряде других правопорядков этот процесс не был столь же стремителен. Так, мы отметили, что французское законодательство только в 1975 г. решилось дать судам право снижать неустойку, а французские суды взяли на себя смелость интенсивно ограничивать несправедливые условия потребительских договоров только в 1990-е гг.[3]

Некоторые авторы видят в качестве одной из причин разной интенсивности развития патерналистской защиты слабой стороны договоров во второй половине XX в. различия в структуре экономики разных государств. В таких странах, как ФРГ с ее давними ордолиберальными традициями, экономика со времен Эрхарда была построена на прочных либеральных принципах, а государство в основном выполняло и выполняет функции объективного регулятора (фиксатора правил игры) и перераспределителя налогов в пользу менее обеспеченных. Немецкое государство активного участия непосредственно в самой производственной жизни не принимало. В этих условиях государственным судам было гораздо проще устанавливать и развивать популярную в обществе систему патерналистской защиты слабой стороны договора и ограничения интересов сильной стороны, чем в таких странах, как Франция, где в силу более активного присутствия государства в экономике одними из наиболее сильных участников оборота являлись как раз государственные компании[4]. С другой стороны, более активная роль фран-

[1] Principles of European Contract Law. P. I and II / Prepared by the Commission on European Contract Law; Ed. by O. Lando and H. Beale. 2000. P. 456.

[2] *Beig D.* Austria – the Reform of Commercial Law // 2 European Review of Contract Law. 2007. P. 218j.

[3] *Niglia L.* The Transformation of Contract in Europe. 2003. P. 65–76.

[4] Ibid. P. 7, 8, 50, 67.

цузского государства в экономике, видимо, не только предопределила низкую интенсивность патерналистской опеки слабой стороны договора, но и повлияла на тот факт, что основной мотив ограничения свободы договора во Франции во второй половине XX в. состоял в защите интересов государства.

По всей видимости, степень участия государства в экономике действительно оказывала некоторое влияние на интересующий нас процесс. Достаточно вспомнить, что в плановой экономике система судебного ex post контроля справедливости договорных условий была немыслима по определению в силу того, что условия договоров утверждались прямо или косвенно самим государством. Тем не менее вряд ли стоит абсолютизировать эту закономерность. На интенсивность защиты слабой стороны договоров влияла и масса иных факторов (политических, идеологических и др.). Иначе трудно объяснить, почему в такой стране, как Великобритания, имеющей относительно низкую степень непосредственного участия государства в обороте, система судебной ex post защиты слабой стороны договора вплоть до последнего времени была крайне фрагментарна, и универсальный инструментарий защиты потребителей от несправедливых договорных условий был признан только в 1990-е гг. под давлением соответствующих директив ЕС.

Как бы мы не объясняли разную скорость развития патерналистской опеки слабой стороны договора, ясно, что общая тенденция была достаточно очевидна. К концу XX в. практически все развитые страны предоставили судам достаточно широкую компетенцию по ex post контролю справедливости договорных условий в целях защиты слабой стороны договора.

В результате этих процессов во второй половине XX в. практически во всех западных странах окончательно сформировалось специальное регулирование договоров с потребителями, насыщенное множеством ограничений договорной свободы. Эти ограничения вводились как судами, так и законодателями. На уровне правительства Европейского союза соответствующее регулирование оформляется в виде целого ряда директив, заложивших основу для европейского потребительского права.

Американские законодатели после Второй мировой войны приняли целый ряд законов, ограничивающих свободу договора в сделках с потребителями[1]. В частности, существенно сужалась сфера свободы договора в договорах ипотечного кредитования, применительно к которым законодатели штатов и суды начали вводить множество ограничений договорной свободы с целью защитить заемщика от навязан-

[1] *White A.M.* Behavior and Contract // 27 Law and Inequality. 2009. P. 139.

ных ему контрактных условий, излишне жестко регулирующих последствия просрочки[1].

Кроме того, в целях более эффективного сдерживания предпринимателя от использования несправедливых условий в своих контрактах с потребителями право многих европейских стран (Англии, Франции, Швеции, Германии и др.) в последнее время предоставило ассоциациям и союзам потребителей, а иногда и специальным административным органам (например, в Англии – Департамент добросовестной торговли, Office of Faire Trading) возможность подачи превентивных исков о запрещении на будущее использования тех или иных договорных условий конкретными коммерсантами[2].

В этом контексте неудивительно, что во второй половине XX в. суды многих капиталистических стран стали уделять все большее внимание вопросам о сбалансированности встречных предоставлений и справедливости цены. Так, например, австрийский законодатель в 1979 г. исключил для сторон возможность оговорить неприменение доктрины laesio enormis в договоре[3], а впоследствии распространил действие этой доктрины и на контракты между коммерсантами, правда, допуская в таких случаях право сторон прямо исключить применение данной доктрины[4].

В 1950–1970-е гг. как европейское, так и американское право продолжило начатую в первой половине XX в. спецификацию регулирования трудовых контрактов и усиление императивности соответствующих норм (о минимальном уровне заработной платы, максимальной продолжительности рабочего дня и работе в выходные дни, ограничении произвольного расторжения договора работодателем и финансовых гарантиях увольняющимся и т.п.). Трудовое право все сильнее утверждало свой особый статус в системе частного права.

Одновременно во второй половине XX в. продолжили свое развитие многие намеченные ранее тенденции по ограничению свободы договора в иных целях, не связанных с защитой слабой стороны договора.

---

[1] Подробнее см.: *Dyal-Chand R.* From Status to Contract: Evolving Paradigms for Regulating Consumer Credit // 73 Tennessee Law Review. 2005. P. 303 ff.

[2] *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. М., 2000. С. 36–38.

[3] *Zimmermann R.* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1996. C. 269.

[4] Как уже отмечалось, ранее доктрина laesio enormis к контрактам между коммерсантами не применялась в силу Австрийского торгового уложения (§ 351a). Отказ от этого исключения произошел при принятии Австрийского коммерческого кодекса 2007 г. (§ 951). Теперь согласно § 951 Коммерческого кодекса коммерсанты теряют право ссылаться на доктрину laesio enormis, только если прямо оговорили отказ от права оспаривания договора на этом основании в договоре.

Так, например, повсеместно интенсифицировалось давление на принцип свободы договора со стороны антимонопольного законодательства. Так, в 1950–1970-х гг. во многих странах (например, в ФРГ, Франции, Англии) было принято законодательство, ставящее под запрет или как минимум под серьезный государственный контроль те или иные картельные соглашения, ценовые сговоры, корпоративные слияния и поглощения, а также другие сделки, влекущие значительную экономическую концентрацию и ограничение конкуренции. В США же, в которых достаточно строгое антимонопольное законодательство действовало и ранее, период 1950–1970-х гг. отметился громкими антимонопольными процессами против крупнейших корпораций (например, «Дженерал Моторс», «Алкоа»). Если в первой половине XX в. законодательство многих стран (за очевидным исключением США) саму монополизацию рынков не рассматривало как нечто, чему необходимо жестко противостоять, и право в основном запрещало отдельные злоупотребления монополистической властью в форме навязывания несправедливых условий и монопольных цен, то во второй половине XX в. ситуация начала в корне меняться. Позитивное право начинало интенсивно бороться также и с договорными формами ограничения конкуренции и экономической концентрации, способствующей монополизации рынков. Тезис немецких экономистов ордолиберальной школы о том, что государству следует бороться не только со злоупотреблениями монополистов, но и с самим возникновением оных, становился в этот период все более популярным.

Предопределенные различными макроэкономическими и социальными соображениями ограничения свободного ценообразования во второй половине XX в., хотя и не имели столь интенсивный и масштабный характер, как в бурные 1920–1940-е гг., но и не были чем-то абсолютно немыслимым. В такой форме западные государства иногда реагировали как на проблему монополизации рынков, так и на резкие экономические потрясения и иные вызовы экономической политике государства (например, послевоенное восстановление, нефтяной кризис 1970-х гг.). Особенно характерны ограничения ценовой свободы были для Франции в 1945–1970-х гг.[1], но встречались они и в таких достаточно либертарианских странах, как США[2].

В результате всех этих процессов в научных кругах заговорили о выдвижении в противовес классическому принципу договорной свободы

[1] Существенное снижение активности административного вмешательства государства в рыночное ценообразование на некоторые объекты оборота во Франции произошло только в конце 1980-х гг. См.: *Тимошина Т.М.* Экономическая история зарубежных стран: Учебное пособие. М., 2010. С. 256.

[2] Там же. С. 397.

некого нового базового принципа, способного более точно описать основную идею политики позитивного права в отношении частных договоров. В научной среде разгорелись споры о верном названии данного принципа. Предлагались такие названия, как «договорная справедливость», «договорная солидарность», «социальное договорное право», «принцип уважения и справедливости» и т.п.[1] При этом О. Чередниченко и некоторые другие европейские цивилисты отмечают, что логичнее говорить не о возникновении некого оппозиционного договорной свободе принципа договорного права, а о деформализации и «материализации» самого принципа свободы договора[2]. Если в XIX в. договорная свобода понималась сугубо формально, то в новых условиях акцент начинает делаться на реальной возможности свободно определять условия договора. Потребители, работники и иные контрагенты с ограниченными переговорными возможностями заслуживают защиты во имя обеспечения их реальной договорной свободы.

Сторонники отхода от презумпции свободы договора считают, что в силу значительного неравенства переговорных возможностей, монополизации экономики, информационной асимметрии и распространения стандартизированных договоров свобода договора превращается в своего рода миф и не заслуживает роли базовой презумпции договорного права. Поэтому, на их взгляд, пора прекратить настаивать на принципе свободы договора, чтобы впоследствии перечислять исключения из него. Вместо этого, по их мнению, центр гравитации договорного права должен сместиться от принципа свободы договора к идее о контрактной справедливости, гармонии социальных интересов, честности и солидарности[3]. Так, в 2004 г. Исследовательская группа по обеспечению

[1] См.: *Lurger B.* The «Social» Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness // Towards a European Civil Code. 3-rd ed. 2004. P. 284–286; *Muniz-Argűelles L.* A Theory on the Will Theory: Freedom of Contract in a Historical and Comparative Perspective // 52 Revista Juridica de la Universidad de Puerto Rico. 1983. P. 267; *Kųtz H. Flessner A., Weir T.* European Contract Law. Vol. I. 2002. P. 11, 12.

[2] *Cherednychenko O.O.* Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law with Emphasis on Risky Financial Transactions. 2007. P. 10, 11. Как отмечает Стефан Грундман, «реальный вопрос состоит не в том, должна ли свобода договора быть стартовой точкой, а в том, насколько формально он должен быть выражен или какая степень материализации этого принципа необходима, приемлема и может быть оправдана» (цит. по: *Cherednychenko O.O.* Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law with Emphasis on Risky Financial Transactions. 2007. P. 11).

[3] См., напр.: *Muniz-Argűelles L.* A Theory on the Will Theory: Freedom of Contract in a Historical and Comparative Perspective // 52 Revista Juridica de la Universidad de Puerto Rico. 1983. P. 267. Обзор литературы, в которой обсуждается возможность изменения основного принципа договорного права, см.: *Kųtz H., Flessner A., Weir T.* European Contract Law. Vol. I. 2002. P. 11, 12.

социальной справедливости в европейском частном праве (Study Group on Social Justice in European Private Law) опубликовала манифест, в котором критиковала доминирующий в Европе подход, согласно которому базовым принципом остается принцип договорной свободы, а любое его ограничение возлагает на инициатора такого ограничения бремя приведения убедительных аргументов в пользу этого ограничения. Манифест призывает осуществить инверсию и возложить бремя аргументации на тех, кто обосновывает оправданность договорной свободы и отсутствие необходимости ее ограничения[1].

Такой революционный взгляд во второй половине XX в. не был разделен большинством правоведов и не повлек развенчание принципа свободы договора как базовой презумпции договорного права на уровне законодательства и судебной практики и лишение его конституционного статуса.

В то же время в новых условиях конституционная по своему статусу идея свободы договора вынуждена делить место базового принципа договорного права с практически равноценной идеей защиты слабой стороны договора и контрактной справедливости в целом[2], равно как ценность рыночной экономики в современных западных странах сочетается с идеалами государства «всеобщего благосостояния». Тот факт, что современные западные страны остаются все же скорее рыночными, чем социалистическими, опирается на то, что свобода рыночного процесса и свобода договора сохраняют свою роль презумпций и опровергаются при наличии убедительных на то оснований. Как только этот презумптивный статус рыночной свободы и автономии воли сторон договора будет отвергнут окончательно, можно будет говорить о переходе экономики и договорного права на некий новый уровень, контуры которого, впрочем, пока не ясны.

Как бы то ни было, сохранение презумпции свободы договора не должно скрывать от нас того, что формирование во второй половине XX в. серьезного компромисса между договорной свободой и договорной справедливостью знаменует существенное изменение самого договорного права, с одной стороны, далеко ушедшего от примитивной идеи обеспечения справедливости обмена любой ценой, а с другой – расставшегося с иллюзиями в отношении абсолюта автономии воли сторон.

Влияние «правого поворота» на свободу договора

При этом следует обратить внимание на влияние, которое «правый поворот» 1980–1990-х гг. оказал на сферу договорной свободы в ряде

[1] См.: Study Group on Social Justice in European Private Law. Social Justice in European Contract Law: A Manifesto // 10 European Law Journal. 2004. P. 653–664.

[2] *Hondius E.H.* Consumer Law and Private Law: The Case for Integration / Ed. by W. Heusel. New European Contract Law and Consumer Protection. 1999. P. 19–22.

западных стран. Выход либертарианской экономической идеологии из тени кейнсианства, интервенционизма и государственного патернализма, приход к власти либертариански настроенных правительств в ряде развитых и развивающихся стран в 1980-е гг. и усиление либеральных этических ценностей оказали прямое влияние на реальное регулирование договорных отношений, обеспечив ограниченный отскок к договорному формализму. Общая направленность законодательной политики и судебной практики во многих развитых и развивающихся странах в этот период состояла в последовательном дерегулировании и снижении давления на принцип договорной свободы.

Политико-правовой «маятник» качнулся в сторону расширения договорной свободы, которая начала возвращать себе значительную долю утраченного в 1900–1970-е гг. авторитета.

Эта тенденция была особенно заметна в США. Многие американские авторы в этом контексте отмечают, что в последней трети XX в. договорное право стало возвращаться в эру доминировавшего в XIX в. формализма, в рамках которого право перестает «замечать» реальное неравенство контрагентов и несправедливость условий во имя соблюдения священного принципа автономии воли и идеи свободы договора[1]. Некоторые авторы заговорили о реинкарнации формализма («неоформализме») в договорном праве[2].

В американской правовой науке 1980–1990-е гг. прошли под знаком гегемонии возникшего благодаря трудам Рональда Коуза, Гэри Беккера, Гуидо Калабрези и Ричарда Познера нового научного направления – экономического анализа права. Одна из основных идей классической (чикагской) школы экономического анализа, ассоциируемой сейчас в первую очередь с самым выдающимся и провокационным американским правоведом современности судьей Ричардом Познером, состояла и состоит в необходимости дерегулирования и обеспечения условий для свободного рыночного процесса.

Усилия многочисленных представителей этого нового научного гегемона привели к тому, что в США была существенно снижена интенсивность антимонопольного регулирования, жесткость регулирования рынка ценных бумаг и ряда других экономических сфер. Рост популярности экономического анализа права и применение теории рационального выбора при анализе споров о границах свободы договора приводи-

[1] См.: *Miller M.R.* Contract Law, Party Sophistication and the New Formalism // 75 Missouri Law Review. 2010. P. 500, 501; *Movsesian M.* Two Cheers for Freedom of Contract // 23 Cardozo Law Review. 2002. P. 1529, 1530; *Feinman J.M.* Un-making Law: The Classical Revival in the Common Law // 28 Seattle University Law Review. 2004. P. 1–7; *Charny D.* New Formalism in Contract // 66 University of Chicago Law Review. 1999. P. 842.

[2] The Fall and Rise of Freedom of Contract / Ed. by F.H. Buckley. 1999. P. 2, 3.

ли к усилению веры во всесилие «невидимой руки рынка», рациональности волеизъявления контрагентов и соответственно нежелательности государственного вторжения в сферу автономии воли сторон[1].

Как известно, классическая (чикагская) школа экономического анализа права видела и отчасти видит до сих пор в праве инструмент максимизации экономической эффективности. С учетом того, что, как учат классическая экономическая теория и теория рационального выбора в частности, в сделке отражается общая воля контрагентов на наиболее эффективную аллокацию ресурсов, вмешательство государства во имя обеспечения таких ценностей, как справедливость, защита слабой стороны и т.п., стало считаться подрывающим основную задачу договорного права – обеспечение комфортной институциональной среды для совершения эффективных сделок. Экономический анализ права предполагает, что люди являются лучшими оценщиками своих интересов, и считает свободу договора презумпцией, которая хотя и может опровергаться в отдельных случаях (обман, принуждение и т.п.), но представляет собой основание рыночного экономического порядка[2].

Соответственно реальное правотворчество в США, которое в 1980–1990-е гг. находилось под сильным влиянием либертарианской экономической идеологии и принципов бурно развивающегося в тот период экономического анализа права, «одомашнивающего» эту идеологию внутри позитивного права, взяло свободу договора под особую охрану.

Под воздействием экономического анализа права большую популярность приобрела точка зрения, согласно которой как минимум в сделках между предпринимателями ограничение свободы договора должно быть минимизировано, а все нормы договорного права – сугубо диспозитивными, так как только этот подход способен создать нужные институциональные условия для максимизации экономической эффективности и экономического роста в целом. Отдельные вкрапления императивности и ограничений свободы договора могут быть оправданны в исключительных случаях сбоями рыночного механизма (например, монополии или негативных экстерналий), но ни в коем случае не могут основываться на патерналистских соображениях[3].

Более того, идея о нежелательности ограничения договорной свободы не только проявлялась в отношении коммерческих контрактов, но и проникала в правовое регулирование сделок с частными лицами. Так, например, американские законодатели в тот период несколь-

[1] Подробнее см.: *White A.M.* Behavior and Contract // 27 Law and Inequality. 2009. P. 137–141.

[2] *Veljanovsky C.* Economic Principles of Law. 2007. P. 111.

[3] *Schwartz A., Scott R.E.* Contract Theory and Limits of Contract Law // 113 Yale Law Journal. 2003–2004. P. 541–619.

ко сузили практику принятия законодательных актов, направленных на ограничение свободы договора во имя защиты интересов потребителей и в целом слабой стороны контракта. Интенсивность ограничения свободы договора в целях защиты ипотечных заемщиков снизилась, и данный рынок был в значительной степени дерегулирован[1]. Также небезынтересно, что в тех делах об ограничении свободы потребительских договоров, которые в тот период рассматривал Верховный суд США, суд выступал за сохранение свободы договора и опирался на идею рационального выбора[2]. Д. Карузо пишет, что догма частной автономии вновь стала доминировать в судебной практике, а защита слабой стороны более не в почете. Автор также отмечает, что эта тенденция хронологически совпала с политическим триумфом неолиберализма и концом идеологии государства «всеобщего благосостояния»[3].

Эта тенденция по дерегулированию и ослаблению государственного контроля за содержанием контрактов, безусловно, была более отчетливо выражена в США, Англии и некоторых развивающихся странах, реализующих принципы Вашингтонского консенсуса. Но и в других западных странах данная тенденция в 1980–1990-е гг. была, видимо, в той или иной степени заметна[4]. Так, отмечается, что в конце XX в. тенденция к расширению договорной свободы наметилась и в немецком праве[5].

Более того, в 1980–1990-е гг. идея свободы договора, вновь ставшая популярной, стала постепенно проникать и в иные сферы права. Свобода договора активно вторгалась в корпоративное право (в котором все больший авторитет завоевывала идея о допустимости заключения акционерных соглашений и достаточно диспозитивного регулирования отношений внутри непубличных корпораций), правовое регулирование банкротства (в котором некоторые правовые системы стали допускать межкредиторские соглашения и соглашения между кредиторами и должником в отношении порядка осуществления процедур банкротства и распределения соответствующих прав сторон), гражданский процесс (где активно развивался основанный на волеизъявлении сторон международный коммерческий арбитраж). Договорная свобода проникла даже в экологическое право. Так, контроль за эмиссией парниковых газов, согласно Киотскому протоколу 1997 г., был организо-

[1] *Dyal-Chand R.* From Status to Contract: Evolving Paradigms for Regulating Consumer Credit // 73 Tennessee Law Review. 2005. P. 312, 314.

[2] *White A.M.* Behavior and Contract // 27 Law and Inequality. 2009. P. 140.

[3] См.: *Caruso D.* Contract Law and Distribution in the Age of Welfare Reform // 49 Arizona Law Review. 2007. P. 667.

[4] *Martinek M.G.* Contract Law Theory in the Social Welfare State of Germany – Developments and Dangers // 2007 Journal of South African Law. 2007. P. 17, 18.

[5] См.: Проблемы гражданского и предпринимательского права в Германии. М., 2001. С. 16.

ван посредством формирования рынка свободной торговли квот эмиссии парниковых газов.

В этих условиях, как отмечается в зарубежной юридической литературе, необдуманные заявления о снижении авторитета идеи свободы договора, характерные для 1960–1970-х гг. – к концу XX в. потеряли свою убедительность[1].

Тем не менее следует реально оценивать влияние «правого поворота» на договорное право. Многие институты и нормы, закрепившиеся в период 1900–1970-х гг., период социализации договорного права, не могли быть легко отвергнуты, будучи укоренены в массиве прецедентов, учебниках договорного права и законах, отмена которых могла быть политически нежелательна. Так, например, доктрина недобросовестности договорных условий (unconscionability), внедренная Карлом Ллевеллином в ЕТК, закрепленная в Своде договорного права и подхваченная судебной практикой с середины XX в., так и не была отменена. Власти Нью-Йорка же, несмотря на все доводы как либеральных (Фридман), так и кейнсиански ориентированных экономистов (Кругман), так и не решились отменить законодательное ограничение ставок арендной платы при найме жилья. Не были отменены во многих штатах США законы, позволяющие властям ограничивать цены на жизненно важные продукты и товары в условиях чрезвычайного бедствия[2]. Правовые системы не отказались от контроля этичности, справедливости и сбалансированности договорных условий. Несколько «повысившейся в цене» в 1980–1990-е гг. идее свободы договора теперь все равно приходилось разделять сферы влияния с конкурирующими политико-правовыми ценностями[3]. Система политико-правовых принципов, которые пронизывали все договорное право, в результате эволюции доминирующих экономических и правовых взглядов к концу XX в. оказалась значительно сложнее, чем она казалась юристам и экономистам прошлого, верящим в то, что от договорного права требуется лишь приводить в силу добровольные контракты дееспособных граждан.

Самые последние тенденции

В условиях разразившегося в 2008 г. мирового экономического кризиса и вызванного им явного интервенционистского реванша рост ограничивающего свободный рынок государственного регулирования в фи-

[1] The Fall and Rise of Freedom of Contract / Ed. by F.H. Buckley. 1999. P. 23.

[2] Подробнее об этих законах см.: *Skarbek D.*, *Skarbek B.* The Price is Right!: Regulation, Reputation and Recovery // 6 Dartmouth Law Journal. 2008. P. 235 ff.

[3] *Movsesian M.* Two Cheers for Freedom of Contract // 23 Cardozo Law Review. 2002. P. 1531.

нансовом секторе США и других западных стран оказывается фактически неизбежным. Новый идеологический тренд неминуемо начинает сказываться на реальной сфере допустимой свободы договора. Так, недавно в США был принят новый закон, регулирующий использование кредитных карт, основная цель которого состояла в запрещении целого ряда условий договоров банков с владельцами кредитных карт и установлении императивных норм, ограничивающих свободу договора[1]. Все громче звучат голоса и принимаются законодательные решения в пользу прямого ограничения ряда сделок с производными финансовыми инструментами (деривативами), размера и формы вознаграждений топ-менеджеров финансовых учреждений, коротких продаж ценных бумаг на фондовых биржах и ряда других сделок в финансовой сфере.

Соответственно не стоит удивляться тому, что реальные ограничения договорной свободы в позитивном праве в силу неоднократно показанной в этой работе закономерности начиная с 2008 г. вводятся вслед за новым смещением идеологического маятника в сторону интервенционизма и ограничений свободного оборота. Пока эта накатывающаяся волна ограничений договорной свободы в основном касается сделок в сфере оборота ценных бумаг, кредитования и ипотеки. Но кто может поручиться, что этот тренд не повлечет каскадные ограничения договорной свободы в иных смежных экономических сферах? Думается, что нынешняя идеологическая дискредитация политики laissez-faire, так же как в свое время это произошло в период великих экономических потрясений 1920–1930-х гг., повлечет за собой усиление ограничений договорной свободы далеко за рамками сугубо финансовых рынков.

Глава 5. Итоговые замечания

История свободы договора и влияние политики права

Как было продемонстрировано, изменения в понимании и реальной сфере действия принципа свободы договора нельзя объяснить исключительно некими внутренними закономерностями развития догматики права. Догматика права в общем и целом следует за реальными изменениями социально-экономических и культурных условий жизни и колебаниями в области доминирующих экономических и этических воззрений.

Сейчас данный тезис разделяется большинством современных зарубежных правоведов. Тем не менее нельзя не отметить, что он не остается вовсе без критиков. Так, можно привести мнение Джеймса Гордли, ко-

[1] *Orbach B.Y.* The New Regulation Era – an Introduction // 51 Arizona Law Review. 2009. P. 561, 562.

торый хотя и признает некоторую связь между изменениями в области оценок политики права и эволюцией свободы договора, но предлагает не считать ее решающей[1]. В частности, он считает, что вопреки общему мнению формирование классического договорного права и возвышение принципа свободы договора в XIX в. находилось в слабой зависимости от возвышения идеологии экономического либерализма и этики индивидуализма. Свой тезис он основывает на том, что суды и ученые XIX в. не так часто ссылались на отмеченные выше этические и экономические теории в оправдание своих взглядов на свободу договора, как то должно было бы следовать из тезиса об их сильной каузальной взаимосвязи с догматикой классического договорного права XIX в.

Позволим здесь с Дж. Гордли не согласиться. Воззрения Смита, Рикардо, Милля, Сэя, Гумбольдта, Спенсера и других ученых были крайне популярны в XIX в. и обсуждались в среде интеллектуальной элиты, к которой, безусловно, относились и судьи, и правоведы. Люди, воспитанные в период доминирования такой идеологии (например, в викторианской Англии), просто не могли в той или иной степени не воспринять базовые этические и экономические идеи этих течений. То, что ученые, возможно, не так часто, как можно было бы себе представить, ссылались в своих учебниках по гражданскому или договорному праву на данные политико-правовые факторы, вытекает скорее из догматического уклона научной методологии того времени, а не из отсутствия их существенного влияния. По неписаным правилам в трактатах по гражданскому праву того времени вопросы политики права не затрагивались, равно как они не затрагиваются в большинстве стран в учебной литературе и сейчас. Цель таких книг состоит в том, чтобы системно изложить догматику частного права и прокомментировать соответствующие источники права. Поэтому сами тексты догматической литературы – в принципе плохой критерий для оценки степени влияния политики права на его догматику. Это влияние следует считывать между строк в самих выводах авторов.

Политико-правовая критика и отбор осуществлялись немецкими пандектистами и сторонниками французской школы экзегезы в XIX в. скрытым образом[2]. Так, например, пандектист не мог написать, что независимо от того, признавалось представительство в Древнем Риме или нет[3], оборот и современные запросы общества требуют легализации это-

[1] *Gordley J.* The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. 1991. P. 214–248.

[2] Подробнее см.: *Карапетов А.Г.* Политика и догматика гражданского права: исторический очерк // Вестник ВАС РФ. № 4. 2010. С. 6–70; № 5. С. 6–56.

[3] О постримском происхождении института представительства и невозможности его разработки на основе римских источников см.: *Нерсесов Н.И.* Понятие добровольного представительства в гражданском праве. М., 1878. С. 11.

го института, и призвать судей и законодателей признать его. Вместо этого правила игры требовали во что бы то ни стало найти место для общей теории представительства в разрозненных фрагментах римско-правовых источников. В частности, именно так Ф.К. Савиньи пытался обосновать допустимость представительства. Вместо анализа политики права (в частности, справедливости и эффективности), который бы сразу выявил влияние текущих этических и экономических воззрений на финальные выводы, Савиньи пытался доказать, что вопреки общему мнению современных юристов на самом деле к моменту принятия Corpus Juris Civilis институт представительства из редкого исключения превратился в общее правило[1]. Следовательно, как считал Ф.К. Савиньи, этот институт надо признать элементом действующего права Германии не потому, что он нужен современной практике, а в силу того, что он соответствует римским источникам[2].

Иначе говоря, в реальности за беспристрастными и абстрактными догматическими построениями европейских цивилистов XIX в. скрывалась вполне определенная политико-правовая идеология, которую они привносили в свои догматические построения скрытым образом[3]. И, как отмечают многие исследователи, это была идеология индивидуализма и либерализма[4]. Глубинная идеологическая подоплека правовой науки того времени отражала основные социально-экономические и идеологические установки эпохи laissez-faire[5]. Так, например, Ф. Виакер пишет о том, что «пандектное правовое учение отвечало духу времени» и соответствовало доминирующим в буржуазных элитных кругах интересам в охране автономии свободной воли, личных прав и гарантий частной собственности[6].

Соответственно то, что цивилисты XIX в. не часто цитировали отцов классической экономики и либеральной этики и редко ссылались на практические потребности и условия современной экономической жизни, никак не должно закрывать нам глаза на истинные причины того, почему соответствующие отрывки из римских источников или фразы из кодексов толковались и конструировались именно таким, а не другим образом.

---

[1] *Савиньи Ф.К.* Обязательственное право. М., 1876. С. 382–392.

[2] Там же. С. 402–405.

[3] Подробнее см.: *Карапетов А.Г.* Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2011.

[4] *Stein P.* Roman Law in European History. 1999. P. 122; *Dawson J.P.* The Oracles of the Law. 1968. P. 458; *Merryman J.H.*, *Perez-Perdomo R.* The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America. 3-rd ed. 2007. P. 65.

[5] *Reimann M.* Nineteenth Century German Legal Science // 31 Boston College law Review. 1989–1900. P. 892.

[6] *Wieacker F.* History of Private Law in Europe. 2003. P. 349.

То же относится и к судебной практике. Суды XIX в. (особенно в странах континентальной Европы) просто не практиковали ссылки на политико-правовые аргументы при мотивировке судебных решений, стараясь излагать свои выводы в виде строгих догматических силлогизмов и скрывать истинную политико-правовую (утилитарную или этическую) подоплеку того или иного решения[1]. Поэтому тот факт, что в решениях английских, французских или немецких судов не упоминались Смит, Сэй или Гумбольдт, отнюдь не значит, что идеология свободной экономики не влияла на выносимые судами решения. Также и европейские судебные решения в XX в. редко содержали (и содержат) ссылки на труды теоретиков солидаризма и государства «всеобщего благосостояния», что никак не мешало судам начать активно защищать слабую сторону договора с невиданной в XIX в. интенсивностью и развивать потребительское или трудовое право вопреки устоявшейся в XIX в. догматике классического договорного права.

Тем более странно отрицать влияние политико-правовых факторов на законодательство в сфере договорной свободы (законы против ростовщичества, законы в сфере регулирования труда, потребительское законодательство и т.п.). В самих законах ссылки на политико-правовые основания их введения в большинстве случаев не приводятся, что никак не мешает нам понять истинные, как правило, сугубо политико-правовые мотивы их принятия.

Иначе говоря, судить о влиянии политико-правовых факторов на догматику права (законы, судебную практику и научную доктрину) только на основании наличия прямых отсылок в соответствующих правовых источниках к политико-правовым факторам вряд ли возможно. В этой связи тезис Гордли о том, что развитие договорного права в XVI–XIX вв. в реальности не следовало за изменениями экономических потребностей и условий, а также этических взглядов, вряд ли можно считать убедительно аргументированным. Мы скорее согласимся с большинством зарубежных ученых (Атийя, Тивен, Хорвиц, Циммерманн, Виакер, Цвайгерт, Кетц и многие другие), которые достаточно четко связывают возвышение принципа свободы договора в XIX в. с торжеством идей laissez-faire и этики индивидуализма.

Более того, если, рассуждая о XIX в., в силу сложностей в обработке и оценке источников и могут хотя бы вести споры о степени влияния экономических и этических факторов на возвышение принципа свободы договора, то отрицать влияние этих же факторов на падение авторитета принципа свободы договора (развитие трудового и потре-

[1] Подробнее см.: *Карапетов А.Г.* Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2011.

бительского права, конституциализацию частного права и т.п.) в XX в. просто абсурдно.

Феномен инерционности

Тем не менее отказ от веры в частное право как абсолютно автономную нормативную систему отнюдь не означает отсутствие определенной степени ее инерционности и консерватизма. Скорость восприятия позитивным правом нормативных идей, укоренившихся в текущем политико-правовом контексте, может быть неодинаковой. В ряде сфер договорного права догматика может выказывать достаточно высокую сопротивляемость. Реалии позитивного права, закрепившиеся в прежние эпохи, зачастую долгое время сохранялись даже в условиях кардинального изменения политико-правового контекста. Это зачастую происходило в силу укорененности соответствующих прецедентных и законодательных решений в систематике национального права, политических и иных издержек по их искоренению и идеологии здорового консерватизма, часто (хотя и не всегда) свойственного судьям. Так, например, как отмечал классик американского договорного права С. Уиллистон, даже тогда, когда новое поколение американских судей начала XX в. утратило веру в ту философию и те экономические взгляды, которые доминировали и подкрепляли идею свободы договора в XIX в., было достаточно сложно избежать влияния авторитета введенных в прежнюю эпоху прецедентов[1].

В то же время фактор инерционности не стоит преувеличивать. Достаточно просто вспомнить про то, как в конечном счете канула в Лету «эра Лохнера» в американской судебной практике или рухнула теория абсолютной автономии воли в европейском праве, а также не забывать про те революционные изменения, которые произошли в сфере договорного права в России, КНР и ряде других государств после отвержения коммунистической политико-правовой парадигмы. Вопрос только в том, что в ряде случаев восприятие внешних ценностей и идей может происходить быстрее, в то время как в других случаях – медленнее. И это цивилист, занимающийся анализом проблематики договорной свободы, должен учитывать. Если попытаться углубить вышеуказанное наблюдение, то можно заметить целый ряд закономерностей, опосредующих различную степень инерционности позитивного права применительно к различным областям договорного права в зависимости от степени текущей экономической и политической актуальности проблематики, а также лоббистского ресурса тех, кто заинтересован в изменении status quo.

[1] *Williston S.* Freedom of Contract // 6 The Cornell Law Quarterly. 1920–1921. P. 369.

Во-первых, чем больше и непосредственнее влияние соответствующих сделок на текущее состояние экономики, тем сильнее стимулы для проведения реформы и тем быстрее позитивное право (законодательство и судебное правотворчество) воспринимает изменения в области политико-правовых условий и идей. И наоборот, чем более отдаленное и опосредованное влияние проблематика соответствующих договоров оказывает на современную экономику, темпы его роста и глобальные риски, тем слабее ощущение необходимости соответствующих изменений у правотворцев. Так, например, при возникновении необходимости реформ в области договорной свободы на финансовых рынках, от которых зависят все современные экономики, попытки их реализовать возникают немедленно. Вопрос же о возможном отходе от строго реального характера договора денежного займа, встречающегося преимущественно в отношениях между гражданами, может не вызывать у законодателей интереса десятилетиями.

Во-вторых, большое значение имеет и политическая актуальность проблемы. Если вопрос о введении или отмене того или иного ограничения свободы договора имеет ярко выраженный политический окрас и значим с точки зрения электорального поведения избирателей, скорость реакции правовой надстройки может быть достаточно высокой. Здесь достаточно вспомнить темпы развития потребительского права в ряде демократических европейских стран после Второй мировой войны. Политики в современных демократиях могут быть очень чувствительны к спросу на те или иные реформы со стороны широких масс избирателей. В обратном случае они рискуют предоставить серьезные политические козыри своим политическим оппонентам. С другой же стороны, если влияние реформы на перспективы переизбрания и популярность правящей партии не очевидно, интерес к ее проведению падает, что может обусловить пассивность правовой надстройки. Например, когда отмена того или иного давно устаревшего ограничения свободы договора затрагивает интерес небольшого числа участников оборота, не имеющих достаточного лоббистского ресурса, чтобы привлечь внимание законодателя, он может оставаться индифферентным к этой проблеме достаточно долго. Малочисленность данной группы делает соответствующие усилия малоэффективными с точки зрения циничных реалий современного политического процесса.

В-третьих, не стоит упускать из виду и еще одну закономерность. Оперативность реакции государства во многом зависит от лоббистского ресурса групп, заинтересованных в соответствующем изменении. Чем меньше лоббистские возможности групп, заинтересованных в модернизации правового режима в соответствии с современными реалиями, тем менее охотно политическая надстройка решается на какие-то

реформы, и наоборот. При этом современная теория общественного (публичного) выбора (public choice theory)[1] достаточно убедительно доказывает, что узкие и скоординированные «группы специальных интересов», имеющие большие финансовые возможности, часто оказываются более активными в деле влияния на правотворчество, чем широкие и «рыхлые» массы простых налогоплательщиков, ощущающие свои интересы, но не способные скоординироваться для оказания эффективного влияния на правотворческую повестку дня[2]. Если соответствую-

[1] Подробнее о теории публичного (общественного) выбора см.: *Мюллер Д.* Общественный выбор III. М., 2007; The Encyclopedia of Public Choice. Vol. I / Ed. by C.K. Rowley and F. Schneider. 2004.

[2] О проблемах координации больших рассеянных групп и непропорциональном влиянии на экономическую политику узких «групп специальных интересов» крайне убедительно писал Мансур Олсон. Этот известный ученый справедливо отмечал, что на практике «организованные интересы малых групп побеждают неорганизованные и незащищенные интересы больших групп» за счет того, что хорошо организованные «группы специальных интересов» могут оказать куда более скоординированное лоббистское давление на политику, чем неорганизованная масса «всех людей» или даже такая широкая и плохо скоординированная группа, как деловое сообщество. Сложность координации широких масс заинтересованных в некой реформе людей во многом вызвана отсутствием решения проблемы «безбилетника». Например, в условиях, когда реформа способна улучшить положение миллиона человек (например, потребителей финансовых услуг или малых предпринимателей), рациональная эгоистическая стратегия каждого из членов этой большой группы состоит в том, чтобы избежать необходимых для эффективного давления на политиков инвестиций, усилий, а иногда и рисков, рассчитывая на то, что соответствующее изменение произойдет благодаря инвестициям, усилиям и риску других. И это поведение индивида с сугубо рациональной точки зрения вполне понятно, так как его личный вклад будет крайне незначительным и решающей роли не сыграет. В результате того, что каждый склонен выбирать тактику «безбилетника», организация координации соответствующих коллективных усилий в рамках больших групп оказывается затруднена. В случае наличия широкого круга заинтересованных лиц доля выигрыша, приходящаяся на каждого участника этой группы, может оказаться недостаточно значительной, чтобы спровоцировать сознательный отказ от тактики «безбилетника». Эта проблема координации широких групп заинтересованных в реформе лиц иногда находит свое решение, но часто действительно блокирует способность общества эффективно влиять на политиков с целью проведения реформ, нацеленных на оптимизацию институтов во имя блага широких его слоев. В ситуации же, когда в реформе заинтересован узкий круг представителей некого бизнеса (например, несколько десятков или сотен банков) или несколько доминирующих на рынке компаний, проблема координации может быть решена за счет эффективного коллективного давления на потенциального «безбилетника». Кроме того, в ситуации, когда в реформе заинтересована узкая «группа специальных интересов», выигрыш от реформы при расчете на каждого участника группы оказывается достаточно серьезным, чтобы эффективно стимулировать каждого к активному участию в давлении на политиков (даже несмотря на то, что некоторое количество членов группы уклонится от сотрудничества). Чем меньше группа заинтересованных лиц, тем бóльшую выгоду каждый из членов группы получает на единицу затраченных на лоббизм усилий и средств. В результате «группы специальных интересов», особенно те, которые имеют достаточные экономические ресурсы, часто оказывают крайне эффективное лоббистское давление на правительства и законодательство, провоцируя принятие выгодного им ре-

щий вопрос крайне актуален для стабильности и роста экономики или политических перспектив правящей партии, то нехватка координации широких кругов участников оборота, заинтересованных в изменении, зачастую восполняется активностью бюрократии, для которой в нормально устроенном государстве эти вопросы актуальны с точки зрения собственных политических интересов. Но если влияние соответствующего проявления договорной свободы или, наоборот, ее ограничения на электоральную поддержку и текущее состояние экономики в макроэкономическом плане опосредованно и незначительно, то в сочетании с отсутствием четкого давления со стороны заинтересованной в изменении скоординированной «группы специальных интересов» укорененное в законодательстве решение может крайне долго сохраняться даже тогда, когда оно кажется явно устаревшим. Достаточно привести в качестве примера действующее уже около 20 лет и устаревшее потребительское законодательство РФ, давно заслуживающее обновления, но до сих пор обходимое серьезным вниманием законодателя.

В-четвертых, иногда функцию форсирования решения таких застарелых проблем берут на себя высшие суды, которые, как правило, при разрешении конкретных споров постоянно получают поводы для соот-

гулирования. В этой связи в случае конфликта интересов узкой группы могущественных нефтяных корпораций, банков или страховых компаний и широких масс автолюбителей, заемщиков или страхователей слабое и коррумпированное государство, не способное компенсировать эту естественную диспропорцию влияния, брать на себя ответственность за обеспечение сбалансированной политики и противостоять соблазну поддаться мощному лоббистскому давлению, часто проводит реформы, выгодные немногим и невыгодные большинству. Такие пролоббированные реформы часто направлены на банальное перераспределение благ от плохо скоординированных масс налогоплательщиков в пользу узких «групп специальных интересов», которые Олсон в этой связи иногда называет «перераспределительными коалициями». У этой беспомощности бюрократов и политиков есть свои пределы, предопределенные риском в определенный момент вызвать бурный общественный протест, дать политические козыри оппозиции и потерять власть. Кроме того, в ряде случаев деструктивное влияние той или иной «группы специальных интересов» в некоторой степени компенсируется за счет лоббистского влияния противоборствующих групп. Но в определенных пределах подверженность политической элиты влияниям со стороны таких групп оказывается политически безнаказанной, а социальный ущерб далеко не всегда компенсируется влиянием конкурирующих групп. В итоге такие широкие группы, как потребители или предприниматели в целом, часто ждут важных с точки зрения их интересов реформ десятилетиями, а узкие группы корпораций, работающих в определенной отрасли, и монополисты часто способны обеспечить моментальное принятие парламентами соответствующих стран нужных им законов. В результате в обществах, в которых политики не способны эффективно противостоять давлению «групп специальных интересов», ограничения свободы договора часто могут вводиться или отменяться вопреки интересам экономического роста и стабильности нации в целом. Подробнее см.: *Олсон М.* Логика коллективных действий: общественные блага и теория групп. М., 1995. С. 48–60, 135–138; *Он же.* Возвышение и упадок народов: экономический рост, стагфляция и социальный склероз. Новосибирск, 1998. С. 40, 57–60, 78, 79, 81–84, 264.

ветствующей реформы и не сталкиваются с теми большими издержками, которые связаны с принятием законодательных поправок. Но в данном вопросе многое зависит от идеологии большинства судей соответствующей высшей судебной инстанции. На идеологических изломах истории часто случается, что в силу принципа несменяемости и возрастных причин персональный состав высших судов защищает консервативные ценности ушедшей эпохи, что мешает в ряде случаев высшим судам осуществлять эффективное и быстрое исправление устаревших подходов к ограничению договорной свободы. Так, например, американские судьи в первой трети XX в. не желали выполнять функцию по модернизации права в сторону ограничений договорной свободы и патернализма во многом в силу того, что формирование их идеологии произошло в период гегемонии идеологии laissez-faire. Но в равной степени имеются и иные примеры, когда суды в силу укоренившихся в мышлении судей высших судов ценностных и идеологических предпочтений не могут устранить ограничения договорной свободы, которые общий текущий политико-правовой контекст требует устранить.

Соответственно далеко не всегда высшие суды, которые теоретически могли бы осуществлять функцию оперативного и динамичного обновления правовых подходов к ограничению договорной свободы, способны эффективно эту функцию выполнять. Но этот феномен является проблемой лишь отчасти. Этот естественный консерватизм высших судов может выполнять и вполне здоровую стабилизирующую функцию, предотвращая слишком поспешное проникновение новомодных политико-правовых теорий в право.

В-пятых, ограничения свободы договора, введенные в соответствующий благоприятный этому период на основе популистских и патерналистских соображений в интересах широких масс простых избирателей, имеют высокую степень инерционности. В условиях демократического режима, при наличии активного гражданского общества, мощных профсоюзов и протестной активности населения любая отмена ограничений свободы договора, введенных ранее в целях защиты интересов работников или потребителей, является действием, достаточно сильно умаляющим политический капитал властей. Соответственно без крайней нужды такие популярные ограничения договорной свободы часто не отменяют даже тогда, когда в экономической политике намечается значительный правый поворот. И наоборот, меры по расширению договорной свободы и дерегулированию, введенные в условиях роста популярности laissez-faire и направленные на обеспечение экономической свободы, при следующем затем «левом крене» в экономической политике отменяются несколько оперативнее (в особенности тогда, когда за сохранение свободы договора в этом вопросе не выступает лоб-

бистский ресурс некой влиятельной и хорошо организованной «группы специальных интересов»).

Взлеты и падения свободы договора: трезвый взгляд

В завершение следует еще раз подчеркнуть, что в вопросе о свободе договора, как прежде, так и в последние полвека, все эти колебания в области политики права, наблюдаемые в том числе и в последние 50 лет, имели и имеют колоссальное, но по существу чисто количественное, но не качественное влияние на реальную сферу договорной свободы, не опровергая ее значения как опровержимой презумпции. Более того, если в области, например, свободы внешней торговли можно проследить чередование периодов тотального протекционизма с периодами максимальной либерализации, то в вопросе о свободе определения содержания контрактов амплитуда колебаний была значительно меньше. По крайней мере в западных странах никто всерьез не покушался на базовое право сторон находить себе партнеров и определять в большинстве случаев содержание контрактов по собственному усмотрению. Обратное действие могло бы иметь место только при сворачивании рынка и переходе к командной или иной, нерыночной системе экономики.

Усиление интервенционистской экономической стратегии и ее социальной составляющей сказывалось в области свободы договора в виде локальных ограничений (например, усиления антимонопольных ограничений, введения значительных ограничений свободы договора в области трудовых договоров и сделок с потребителями и т.п.), в то время как отскок к более свободной экономической теории влек обратные локальные изменения. В сущности фундамент самой идеи о свободе договора ни в одной стране (за исключением коммунистических режимов) так разрушен и не был. Изменения выражались в основном в менее или более интенсивном отступлении от общей презумпции.

Конечно, некоторые авторы, наблюдая доминирование той или иной экономической теории и соответствующего этой теории правового регулирования в течение ряда лет, торопились ставить окончательные диагнозы о признании абсолюта свободы договора или, наоборот, смерти договорной свободы как таковой. Так, например, известный американский правовед Грант Гилмор в 1970-е гг. активно пророчил «смерть контракта» и предвидел, что идее свободы договора уже не найдется серьезного места в системе права XXI в.[1] Он писал, что падение классического договорного права в XX в., как и в целом отход от принципов laissez-faire в экономике, отражает общий транзит от индивидуализма XIX в. к со-

[1] См.: *Gilmore G.* The Death of Contract. 1995. P. 1; *Gilmore G.* Introduction to Havighurst's Limitations upon Freedom of Contract // 1979 Arizona State Law Journal. 1979. P. 165, 166.

временным идеалам государства «всеобщего благосостояния». Гилмор фиксировал, что данный транзит так или иначе состоялся, договорное право, основанное на автономии воли, как таковое прекратило свое существование, а институт договора поглощен деликтным правом[1], хотя и благоразумно допускает, что, возможно, когда-нибудь старые времена могут вернуться[2]. Последняя оговорка делает честь осторожности Гилмора, хотя, по всей вероятности, он бы очень удивился тому, как скоро эти старые времена вернутся. Менее чем через 10 лет после публикации его книги ценность свободы договора в США вернула значительную часть потерянного ранее влияния и балом стало править рейгановское глобальное дерегулирование. Как каламбурит автор вводной статьи к очередному переизданию этой известной книги Гилмора по прошествии 20 лет после ее выхода идея «смерти контракта» сама оказалась мертва[3].

Аналогичные реквиемы по свободе договора звучали и на туманном Альбионе. Выдающийся английский теоретик договорного права Патрик Атийя в 1979 г., когда эпохе активного государственного интервенционизма и патернализма в Англии оставалось существовать считанные дни, в своей известной книге «Взлет и падение свободы договора» провозгласил окончательный крах принципа свободы договора[4]. Чуть позже ему приходилось констатировать, что с приходом и успехами правого правительства в Англии в начале 1980-х гг. маховик вновь качнулся в сторону большей свободы договора[5]. В свет выходит сборник статей ряда авторов с умышлено инверсивным названием («Падение и взлет свободы договора»), подчеркивающим, что идею автономии воли сторон договора еще рано списывать со счетов[6].

Соответственно как неправильно называть XIX в. эпохой абсолютной свободы договора[7], так нет и оснований считать, что в XX в. идея свободы договора в праве западных стран девальвировалась. Вместо того чтобы констатировать вслед за П. Атийей «взлеты» и «падения» идеи договорной свободы или вслед за Г. Гилмором соглашаться с тезисом о «смерти» классического договорного права, построенного на идее автономии воли сторон, объективный наблюдатель должен прийти к куда менее сенсационному выводу. Он состоит в том, что на протяжении истории двух последних столетий мы наблюдаем определенные коле-

[1] *Gilmore G.* The Death of Contract. 1995. P. 103, 104.
[2] Ibid. P.111, 112.
[3] Ibid. P. VIII.
[4] *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of Freedom of Contract. 1979.
[5] *Atiyah P.S.* Essays on Contract. 2001. P. 355–385.
[6] The Fall and Rise of Freedom of Contract / Ed. by F.H. Buckley. 1999.
[7] Детальный анализ американской судебной практики в отношении свободы договора конца XIX в. см.: *Pettit M.* Jr. Freedom, Freedom of Contract and the «Rise and Fall» // 79 Boston University Law Review. 1999. P. 263 ff.

бания доминирующей регулятивной политики государства по отношению к свободе договора[1].

В этом плане следует поддержать ряд современных авторов, которые взывают осторожнее относиться к дискурсу о взлетах и падениях свободы договора[2]. На самом деле, как мы постарались показать, изменения сферы допустимой договорной свободы в период XIX–XX вв. в западных странах были достаточно чувствительны, но мало напоминали то, что произошло в советской России, где как раз и имело место то самое полноценное «падение свободы договора». На Западе же шел естественный эволюционный процесс развития договорного права под влиянием идеологических, экономических и иных внешних колебаний и импульсов.

[1] *Chrehkoff A.* Freedom of Contract: A New Look at the History and Future of the Idea // 21 Australian Journal of Legal Philosophy. 1996. P. 55.

[2] *Movsesian M.* Two Cheers for Freedom of Contract // 23 Cardozo Law Review. 2002. P. 1545.

РАЗДЕЛ III. ЭКОНОМИЧЕСКИЕ И ЭТИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ ПРИНЦИПА СВОБОДЫ ДОГОВОРА

Глава 1. Экономические предпосылки презумпции договорной свободы

§ 1. Общие замечания

Как следует из вышеприведенного исторического анализа, благодаря продолжавшимся в XIX и XX вв. научным спорам и накоплению опыта правоприменения современное понимание экономической подоплеки принципа свободы договора и его ограничений в значительной степени углубилось по сравнению с воззрениями Смита, Рикардо, Милля, Кейнса и других классиков экономической науки. Некоторые важные закономерности и методы научного анализа были открыты позднее (например, маржинальный анализ) и уточнялись в процессе споров сторонников разных экономических теорий (например, кейнсианцев, посткейнсианцев, неокейнсианцев, «австрийцев», институционалистов, анархо-капиталистов, сторонников ордолиберализма, монетаристов, апологетов теории государства «всеобщего благосостояния» и др.). Любому читателю, решившему расширить свои знания для лучшего понимания роли договорной свободы в экономическом развитии, можно порекомендовать ознакомиться с рядом современных учебников экономики и институциональной экономики в частности[1]. Там читатель найдет детальное изложение основных законов спроса и предложения, функций свободного колебания цен, причин неэффективности искусственного ограничения свободы договора, деструктивной и позитивной роли монополий, роли трансакционных издержек и иных экономических факторов в возникновении и популяризации конструкции юри-

[1] Из тех учебников, которые изданы на русском языке, можно в качестве примеров привести: *Самуэльсон П.Э.*, *Нордхаус В.Д.* Экономика / Пер. с англ. 18-го изд. М., 2010; *Макконнелл К.Р.*, *Брю С.Л.* Экономика: принципы, проблемы и политика / Пер. с 16-го англ. изд. М., 2006; *Шаститко А.Е.* Новая институциональная экономическая теория. М., 2010; *Кузьминов Я.И.*, *Бендукидзе К.А.*, *Юдкевич М.М.* Курс институциональной экономики: институты, сети, трансакционные издержки, контракты. М., 2006.

дического лица, а также огромный объем иной полезной информации, без которой продуктивный анализ правовой надстройки, в котором все эти экономические закономерности и установки в той или иной степени отражаются, будет затруднен.

При этом многие экономические законы на настоящий момент не вызывают серьезных сомнений у большинства экономистов. Одно из таких воззрений, с которым согласится сейчас, пожалуй, подавляющее большинство экономистов, состоит в том, что свобода договора в сочетании с приданием условиям договора судебной защиты – наиболее эффективная регулятивная стратегия, которую государству стоит реализовывать в сфере договорных отношений как минимум тогда, когда не будут приведены убедительные аргументы в пользу желательности иного подхода. Такая политика отдает определение параметров оборота на усмотрение его участников, обеспечивает стабильность деловых связей и создает уверенность в исполнении принятых обязательств.

Так, например, мало у кого вызывает сомнения, что, как правило, введение законодателем максимума цен на конкурентном рынке приводит к нарушению естественных процессов балансирования спроса и предложения и в конечном счете вызывает дефицит и развитие «черного рынка», а установление минимума цен (или минимальной заработной платы) чаще всего приводит в той или иной степени к затариванию складов (или к безработице).

Одновременно большинство современных экономистов верят в то, что вмешательство государства в свободное функционирование рыночной экономики и свободу контрактных отношений возможно и даже неизбежно в некоторых случаях, когда эффективность такого исключения из общего правила убедительно обоснована. В частности, большинство экономистов признают, что определенные меры по регулированию цен иногда могут оказаться оправданными в условиях отсутствия конкуренции и наличия монополий и что иногда издержки такого регулирования даже при отсутствии монополизма (например, рост безработицы при установлении минимальной заработной платы) оказываются не столь значительными и в любом случае менее важными для общества, чем решаемые такими мерами фундаментальные этические и социальные проблемы.

Как мы видим, современное понимание экономической свободы и свободы договора, в частности, далеко от догматизма и упрощений, свойственных радикальным либертарианцам и коммунистам. Подавляющее большинство экономистов пытаются найти некий разумный компромисс между государством и рынком. Это стремление объединяет как сторонников laissez-faire, так и критиков этой теории. Так, Милтон и Роуз Фридманы пишут, что «вопрос не в том, что вмешательство

правительства не может быть оправдано, а в том, что бремя оправдания должно лежать на его сторонниках»[1]. Похожую мысль высказывает и ярый оппонент Фридмана, нобелевский лауреат Джозеф Стиглиц, отмечающий, что реальная проблема сейчас состоит в нахождении между рынком и правительственным вмешательством разумного баланса, который, безусловно, будет различаться в разное время и в разных местах[2]. В общем и целом эта точка зрения разделяется сейчас подавляющим большинством экономистов, не считая разве что немногочисленных сторонников анархо-капитализма и плановой экономики, далеких от экономического мэйнстрима.

Иначе говоря, большинство современных экономистов согласны с тем, что договорная свобода должна рассматриваться как базовая презумпция, споря по сути лишь о количестве исключений. В условиях двухвекового доминирования этого базового экономического консенсуса идея свободы договора как опровержимой презумпции стала краеугольным камнем в фундаменте современной рыночной экономики развитых и активно развивающихся стран.

§ 2. Теория рационального выбора как основание принципа свободы договора

Выше мы уже неоднократно ссылались на теорию рационального выбора и ее критику. Теперь же необходимо попытаться разобраться в роли данного «закона» в утверждении идеи договорной свободы.

Как справедливо отмечал Дуглас Норт, «в явном или скрытом виде все теоретические исследования в области социальных наук опираются на некоторые концепции человеческого поведения»[3]. Действительно, в области социальных наук (будь то экономика или юриспруденция) любая теория не может не опираться на некое обобщающее представление о природе человека и доминирующих моделях его поведения. В полной мере осознавая наличие исключений, ученые, работающие в рамках одной научной парадигмы, обычно соглашаются в отношении неких базовых характеристик индивида и мотивов его поведения. В доминирующих в XIX–XX вв. экономических теориях и во многом производных от них теориях договорного права таким базовым методологическим консенсусом о природе человека (контрагента) являлось согласие по поводу рациональности поведения участников обо-

[1] *Фридман М.*, *Фридман Р.* Свобода выбирать. М., 2007. С. 47.

[2] Интервью Дж. Стиглица см.: http://economistsview.typepad.com/economistsview/2006/10/joseph_stiglitz.html

[3] *Норт Д.* Институты, институциональные изменения и функционирование экономики. М., 1997. С. 34.

рота и более общего феномена рациональности индивидуального выбора (rational choice theory)[1].

В самом общем виде суть данной теории в том, что человек преимущественно ведет себя рационально и стремится максимизировать свою «целевую функцию», т.е. то, как он понимает свои собственные цели.

Данная теория имеет несколько вариантов.

Первый, наиболее строгий вариант теории рационального выбора гласит, что в большинстве случаев основной мотив человеческого поведения – максимизация его экономического благосостояния. Даже если такое понимание человеческого поведения относить лишь к случаям заключения юридически значимых сделок, не претендуя на столь же редукционистское описание человеческого поведения в семейной, религиозной и иных сферах, такая версия представляется достаточно уязвимой. Легко привести примеры того, что люди и некоммерческие структуры, заключая договоры, очень часто имеют и реализуют цели, не связанные непосредственно с приращением материального богатства.

Тем не менее нет никаких сомнений, что эгоистичная нацеленность на максимизацию своего собственного материального благосостояния (богатства) является все же доминирующей поведенческой стратегией подавляющего большинства коммерческих компаний, на которых приходится основная доля экономического оборота.

Более того, стремление к умножению экономического благосостояния крайне характерно и для большинства граждан – участников современной гонки потребления в западных обществах. Люди хотят жить лучше, интереснее и веселее, а деньги и иные материальные блага позволяют эти стремления реализовывать. Поэтому страсть к умножению богатства является достаточно характерной и вполне естественной чертой современного человека. Причем чем выше цена сделки, тем сильнее проявляется эта стратегия. Человек может в глобальном плане считать себя богаче и сложнее неприятного архетипа homo economicus и действительно в ряде вопросов вести себя альтруистично или непосредственно максимизировать свои нематериальные цели без использования денег в качестве «посредника». Тем не менее в сотнях ежедневно заключаемых экономических сделок человек вольно или невольно проводит калькуляции экономических издержек и выгод и, как правило, пытается избежать неоправданных затрат и увеличить материальную выгоду.

[1] Краткое изложение сути данной теории и ее роли в правовом анализе см.: *Ulen T.S.* Rational Choice in Law and Economics // Encyclopedia of Law and Economics / Ed. by B. Bouckaert and G. de Geest. P. 790 ff (доступно в Интернете на сайте: http://encyclo.findlaw.com; статья переведена на русский язык: *Улен Т.С.* Теория рационального выбора в экономическом анализе права // Вестник гражданского права. 2011. Т. 11. № 3. С. 275–315).

С учетом сказанного модель рациональности, описывающую доминантную поведенческую стратегию как нацеленную на приумножение богатства, можно признать частично, хотя и далеко не полностью, верной.

Второй, несколько облегченный вариант теории рационального выбора предполагает, что в большинстве своем люди стремятся к удовлетворению своих эгоистичных интересов и желаний независимо от того, являются ли они сугубо материальными или нет[1]. Многие считают своим приоритетным интересом увеличение свободного времени, рост своего влияния и власти над другими людьми, получение научного признания и другие не сугубо материальные достижения, не считая рост своего богатства оптимальным или доступным путем достижения данных целей. Описанная Гегелем и развитая А. Кожевым[2] идея жажды признания как движущей силы развития человеческой цивилизации предполагает различные способы достижения данного результата помимо максимизации богатства.

Соответственно если человек, заключая сделку, не нацелен на прирост богатства или иного материального удовлетворения, а стремится напрямую удовлетворить свои нематериальные интересы (например, отказывается от более высокой зарплаты, связанной с предлагаемым повышением по службе, из-за нежелания уменьшать свое свободное время, которым придется неминуемо пожертвовать), что он ведет себя сугубо эгоистично.

Думается, подавляющее большинство трансакций в экономике совершается людьми если не для увеличения своего материального благосостояния, то как минимум ради обеспечения иных своих эгоистических интересов. По крайней мере, когда речь идет о заключении юридически значимых сделок, это наблюдение представляется вполне точным. Исключения конечно же будут встречаться. В ряде экономических сфер (например, в области благотворительности или мелких бытовых сделок) целевая функция может быть альтруистична. Тем не менее достаточно очевидно, что по крайней мере в современном рационалистичном и индивидуалистичном мире трудно ожидать того, что большинство людей будет склонно к устойчивой тенденции заключать сделки исключительно ради блага других людей, жертвуя своим собственным интересом.

Расчеты трудносопоставимых издержек и выгод производятся среднестатистическим участником оборота зачастую на интуитивном уровне. Но именно они, как правило, определяют выбор между покупкой про-

[1] Идею о том, что экономическое поведение людей является преимущественно рациональным и инструментальным, но не может ни в коем случае сводиться к максимизации богатства, поддерживал, в частности, Мизес. См.: *Фон Мизес Л.* Теория и история: интерпретация социально-экономической эволюции. Челябинск, 2009. С. 184, 185.

[2] *Кожев А.* Введение в чтения Гегеля. СПб., 2003. С. 615–630.

дуктов в соседнем, но дорогом супермаркете за 5 тыс. рублей или двухчасовой поездкой в дешевый загородный гипермаркет, для того чтобы купить тот же объем товаров за 4 тыс. рублей. При сравнении потери двух часов дороги и экономии 1 тыс. рублей человек вольно или невольно выражает свое предпочтение и совершает ту сделку, которая направлена на увеличение его благосостояния в широком смысле этого понятия. Если он решает купить более дорогой товар и потратить сэкономленное время на просмотр нового кинофильма, значит, ценность этого культурного досуга для него выше, чем потерянная на разнице цен сумма. Соответственно совершенная сделка увеличивает благосостояние как дорогого супермаркета, так и покупателя, несмотря на то что последний при заключении сделки жертвует своей сугубо материальной выгодой.

Когда люди заходят в метро, покупают фрукты, копят на машину, берут кредит для строительства дачи, продают свою квартиру, устраиваются на работу или меняют место работы, а равно когда они принимают сотни аналогичных решений по совершению тех или иных экономических трансакций, именно фактор максимизации собственной материальной или нематериальной выгоды доминирует среди тех или иных эвристических стратегий или по крайней мере наблюдается чаще других. В самом упрощенном виде эта стратегия проявляется в стремлении совершать наиболее выгодные для себя сделки.

При этом в рамках этой второй модели рационального выбора могут быть объяснены и некоторые формы альтруистического на первый взгляд поведения человека, в реальности мотивированного такими эгоистическими интересами, как стремление к славе или общественному признанию,

Наконец, третий, наиболее широкий по охвату вариант теории рационального выбора позволяет объявить рациональным не только эгоистическое, но и альтруистичное поведение в чистом виде. Этот последний вариант интерпретации рациональности, пожалуй, наиболее близок к обыденному пониманию рационального поведения как любого действия, осуществляемого человеком осознанно. В этом случае заключение сделки считается рациональным даже тогда, когда человек делает это не для себя, а во имя блага других лиц или другого контрагента[1]. Здесь человек также преследует свои интересы, просто в данном конкретном случае его интерес и воля состоят в том, чтобы помочь другим. Интересы третьих лиц или другого контрагента (например, при дарении томографа медицинскому центру или покупке телевизора, который любит смотреть жена) «интернализируются» и с точки зрения субъектив-

[1] Ричард Познер пишет, что счастье другого человека вполне может являться частью рациональных предпочтений человека (*Posner R.A.* Economic Analysis of Law. 5th ed. 1998. P. 4). См. также: *Хейне П.* Экономический образ мышления. М., 1991. С. 23, 24.

ной шкалы предпочтений альтруиста оказываются выше, чем то, чем он для этого жертвует. Соответственно рациональный расчет имеет место и здесь. Благотворитель может быть готов потратить на дар 1 млн рублей, но воздержаться от доброго дела, если речь пойдет о сумме в два раза большей. В конечном счете принятие решения о заключении сделки даже альтруиста чаще всего осуществляется на основе того или иного сопоставления издержек и выгод. Тот факт, что здесь выгоды от сделки «экстернализируются», по существу не лишает процесс принятия решения признака рациональности.

Часто ли участники оборота, заключая сделки, преследуют сугубо альтруистические цели? Думается, что в деятельности коммерческих организаций это происходит крайне редко. В то же время многие некоммерческие организации в принципе имеют альтруистические цели своего существования и поэтому ряд своих сделок совершают, преследуя не свою выгоду, а обеспечивая интересы третьих лиц. Достаточно характерно такое поведение и в отношениях между людьми, особенно близкими родственниками. По сути бóльшая часть договоров дарения в нормальных условиях совершается в рамках этой модели рациональности.

Этот наиболее широкий «инклюзивный» вариант теории рационального выбора можно представить в виде следующих основных принципов. Во-первых, в силу ограниченности экономических ресурсов и невозможности удовлетворения всех своих чаяний участник оборота вынужден делать выбор. Во-вторых, осуществляя этот выбор, человек ориентируется на свою субъективную систему предпочтений, но принимает во внимание и имеющиеся ограничения (например, величину собственных доходов и цены на желаемое благо). В-третьих, делая выбор и принимая во внимание свои предпочтения и ограничения, человек стремится оценить доступные альтернативы и сопоставить издержки и выгоды каждой. В-четвертых, оценивая различные альтернативы, человек стремится реализовать свою цель наиболее рациональным образом и пытается сделать такой выбор, который в наибольшей степени отвечает его интересам, максимизируя выгоды, которые могут включать и благосостояние других людей, и минимизируя издержки. В-пятых, информация для верного выбора ограничена, а поиск дополнительной информации влечет рост издержек. Соответственно эти издержки составляют одну из форм ограничений, влияющих на совершаемый выбор[1]. В-шестых, при осуществлении выбора люди, как правило, соблюдают принципы устойчивости и транзитивности своих предпочтений, т.е. основываются на некой осознанной или подсознательной иерархии

[1] Близкий набор принципов теории рационального выбора, в частности, дает В.С. Автономов (см.: *Автономов В.С.* Модель человека в экономической науке. СПб., 1998. С. 10, 11).

своих желаний. Если человек предпочитает поездку в заграничный тур преобретению нового костюма, а приобретение нового костюма ценит выше установки новых окон в своей квартире, то он должен ценить заграничный тур выше новых окон.

Подведем некоторые итоги. Подавляющее число сделок, совершаемых коммерческими компаниями, объяснимо в рамках первой модели рационального выбора (максимизация прибыли). При заключении же договоров гражданами максимизация благосостояния является, безусловно, крайне распространенной целью, но не менее часто контрактирование предопределяется нематериальными эгоистическими и достаточно часто – альтруистическими целями, что может быть объяснено в рамках максимально широкой третьей модели рациональности.

Нам важно отметить, что общественная полезность принципа свободы договора в принципе может быть обоснована путем использования любой из вышеописанных моделей рациональности.

Если в конкретной ситуации оба участника сделки нацелены на максимизацию богатства (как это чаще всего бывает в случае сделки между двумя коммерсантами), факт заключения сделки фиксирует то, что оценка обоими контрагентами экономической отдачи от сделки оказывается положительной и оба в результате заключения сделки приумножают свое материальное благосостояние. Если один из участников сделки стремится в результате ее исполнения максимизировать свои неэкономические интересы, то и в данном случае свобода договора оказывается общественно полезной. Один участник может выигрывать в сугубо материальном плане, в то время как второй может приумножать удовлетворение своих нематериальных интересов. В конечном счете оба выигрывают и получают дополнительное удовлетворение своих интересов, как они их понимают.

Но даже если мы положимся на самый облегченный третий вариант понимания модели рациональности, тезис об общественной полезности свободы договора не менее легко обосновать. Если один из контрагентов видит в сделке инструмент максимизации выгоды для третьего лица, следовательно, он оценивает то, что он отдает при исполнении этой сделки меньше, чем выигрывает от ее исполнения третье лицо. Вряд ли найдется кто-то более приспособленный к тому, чтобы произвести такое сопоставление лучше, чем сам контрагент-альтруист. Поэтому, думается, можно достаточно легко доказать, что даже сделка между «эгоистом» и «альтруистом» общественно полезна: «эгоист» приумножает удовлетворение собственных эгоистичных желаний, а «альтруист», реализуя свои благородные цели, приумножает удовлетворение интересов третьих лиц или общества в целом.

Таким образом, какая бы модель рационального выбора не была задействована, вполне дескриптивно верное предположение о том, что люди в процессе заключения контрактов чаще всего действуют рационально, осознавая издержки, выгоды и стремясь максимизировать реализацию своих целей, как бы они ни понимали выгоды, издержки и сами цели. Соответственно если все эти три элемента не угрожают интересам третьих лиц, общества и государства, а процесс заключения договора был действительно свободным и осознанным (не было пороков воли и иных процедурных дефектов), предположение о том, что сделка скорее всего будет приумножать общественное благосостояние, окажется в большинстве случаев точным. Рациональная природа человека делает его сравнительно наилучшим оценщиком собственных интересов и позволяет правовой системе установить презумпцию юридического признания этого расчета, отраженного в условиях договора. Кто может оценить интересы взрослого человека лучше, чем он сам? Думается, что чаще всего – никто. Отсюда и тезис о презумптивной обоснованности принципа свободы договора.

Конечно же все описанные выше варианты теории рационального выбора являются некими усредненными упрощениями, позволяющими прогнозировать человеческое поведение в условиях той или иной институциональной (в том числе правовой) среды. В ответ на это могут возразить, что человек часто ошибается и принимает далеко не всегда самые оптимальные, с точки зрения его собственной целевой функции, решения. Современные исследования в области поведенческой экономики вскрыли множество сбоев рациональности человеческого поведения. Его предпочтения могут быть неустойчивыми, а выбор – нарушать закон транзитивности. Например, реальный человек, в отличие от теоретической модели homo economicus, может предпочесть А перед Б, Б перед В, но парадоксальным образом предпочесть В перед А.

В ряде случаев человек может заключать сделки под влиянием эмоций, не осуществляя рациональный поиск варианта, максимизирующего его предпочтения. В некоторых случаях его когнитивные возможности настолько ограничены, что он просто не в состоянии просчитать до конца последствия своего выбора. Как с иронией отмечают некоторые исследователи, столь укоренившемуся в неоклассической экономической теории образу «экономического человека» может соответствовать как минимум выдающийся математик[1]. Кроме того, современные рекламные технологии достигли таких высот, что зачастую способны относительно эффективно манипулировать процессом выбора и принятия экономических решений[2]. Наконец, контрагент может не иметь доступ

[1] *Ходжсон Дж.* Экономическая теория и институты. М., 2003. С. 132.
[2] Там же. С. 168.

ко всей релевантной информации для осуществления осмысленного выбора и действовать отчасти интуитивно. В результате теория рационального выбора на практике в ряде случаев не срабатывает из-за проблемы ограниченной рациональности и ограниченного доступа к информации[1]. Как мы далее покажем, отнюдь не все эти сбои теории рационального выбора означают, что человек ведет себя неразумно или глупо, тем не менее конкретные заключаемые им сделки могут на самом деле оказаться не отвечающими его интересам.

Эти замечания, безусловно, абсолютно справедливы. И в ряде подобных случаев сбоя теории рационального выбора право действительно может реагировать путем введения ограничения свободы договора, тем самым считая общую презумпцию опровергнутой. Об этом более подробно речь пойдет в следующем разделе. Но без такого рода усредненной базовой презумпции в отношении доминирующей модели человеческого поведения невозможно понять логику экономического развития. Никакого лучшего объяснения того, как функционирует рыночный гражданский оборот и совершаются сделки, способствующие росту экономического благосостояния, видимо, привести нельзя. Вся система рыночного спонтанного порядка построена на укорененном в природе человека стремлении реализовывать свои интересы, причем чаще всего эгоистичные, а когда речь идет о коммерческих сделках – преимущественно сугубо материальные.

Участники оборота могут ошибаться в расчете ожидаемого прироста своего благосостояния или получения иного удовлетворения от совершения сделки изначально либо их расчеты могут быть подорваны последующими изменениями во внешних условиях. Но такие расчеты бывают чаще всего верными или как минимум оказываются верными чаще, чем при любой другой модели организации экономики. Именно поэтому рыночный порядок существует и развивается столетиями без активного планирующего вмешательства бюрократов или без координирующего центра. Поэтому какой бы нам ни казалась условной и редукционистской идея о преимущественно рациональной и «максимизирующей» природе человеческого поведения и какие исключения мы бы ни приводили, но если мы говорим о современной культуре обществ, прошедших период урбанизации, избавления от патриархального и религиозного уклада жизни и вступивших в эпоху индивидуализма, эта модель доказывает свою достаточно высокую дескриптивную точность и нормативную полезность[2]. По сути эта «эвристическая

[1] Критику реалистичности теории рационального выбора см.: *Green D.P.*, *Shapiro I.* Pathologies of Rational Choice Theory. A Critique of Applications in Political Science. 1994.

[2] Обоснование с помощью теории рационального выбора примитивных дорыночных и внерыночных моделей экономического обмена может вызывать споры. Поэтому

фикция»[1] оправданна ровно до тех пор, пока большинство людей при принятии экономических решений будут как минимум стремиться делать выбор, соответствующий их собственным предпочтениям, т.е. как минимум до тех пор, пока большинство людей на Земле не сойдут с ума или не погрузятся в некую иную форму иррационального помешательства. Иначе говоря, экономический подход исходит из опровержимой презумпции того, что реальные договоры по общему правилу эффективно адаптируются к издержкам и рискам экономического оборота[2].

Так как иррациональность все же является исключением из этого правила и весь экономический оборот состоит из миллионов таких обоюдно оптимизирующих, рациональных сделок, свобода частных трансакций в общем и целом обеспечивает рост общественного благосостояния на макроуровне. Стремление участников экономического оборота к обеспечению своих интересов формирует тот сложнейший механизм конкуренции, координации и кооперации[3], скрытых сигналов и взаимовлияния, который приводит к возникновению уникального по своей сложности спонтанного экономического порядка и экономического роста, без которого наша современная жизнь была бы в принципе невозможна.

Таким образом, сейчас уже не подвергается сомнению, что, возможно, несовершенная, но единственная реально доказавшая свою работоспособность модель организации экономики – доверить производство и обмен миллионам заинтересованных в реализации своей «целевой функции» граждан и предпринимателей, ограничив централизованное вмешательство государства теми случаями, когда такая базовая стратегия не срабатывает (в частности, когда она, вопреки общему правилу, начинает не приумножать, а ущемлять общее благосостояние). Кажущийся хаос рыночных отношений и связанное с ними «броуновское движение», как правило, прекрасно решают основную задачу экономического развития – эффективное производство и распределение ограниченных ресурсов. Аккумулируя и передавая информацию и сигналы именно тем, кто в них кровно заинтересован, стимулируя эффективно и своевременно ее использовать, разоряя неэффективные и возвышая эффективные предприятия и координируя экономическое поведение миллиардов людей, рынок (хотя и не без помощи государств) позво-

речь здесь идет именно о современной экономике. См.: *Автономов В.С.* Модель человека в экономической науке. СПб., 1998. С. 42, 43.

[1] *Mathis K.* Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. 2009. P. 14.

[2] *Veljanovski C.G.* Economic Principles of Law. 2007. P. 112.

[3] *Линдблом Ч.* Рыночная система. Что это такое, как она работает и что с ней делать. М., 2010. С. 52.

лил добиться невиданных ранее успехов в росте благосостояния, вывел из нищеты и прозябания миллиарды людей, помог справиться с ранее неизлечимыми болезнями и в целом сформировал современную цивилизацию такой, какую мы знаем.

Основанная на теории рационального выбора система свободного рынка и свободных цен в подавляющем числе случаев действует настолько эффективно, что мы зачастую не осознаем и не замечаем ежедневную рутинную работу этой «невидимой руки»[1]. Как пишут П. Самуэльсон и В. Нордхаус, эта система великолепно работает, несмотря на то что никто не трудился специально над ее созданием и «не изобретал» это уникальное открытие человечества[2].

По сути теория рационального выбора предопределяет то, что в частном праве облекается в форму принципа свободы договора. Если не доказано иное, каждый удар по принципу свободы договора, означающий недоверие к теории рационального выбора, следует считать вредным для экономического благосостояния нации. Даже самое незначительное ущемление этого принципа может дестабилизировать множество тонких и сложных взаимосвязей в спонтанном порядке рыночной экономики, увеличить трансакционные издержки, сбить те или иные сигнальные эффекты, исказить структуру спроса и предложения и в итоге снизить экономическую эффективность. Когда же таких ударов становится слишком много, экономика и соответственно благосостояние миллионов людей начинает серьезно страдать. Оборот дестабилизируется. Ожидания сторон не обеспечиваются судебной защитой. Многие потенциальные взаимовыгодные сделки и их условия блокируются. Рост экономики оказывается под угрозой. А крупные предприниматели, недовольные сформированной институциональной средой, используют все доступные приемы для увода заключаемых сделок и своих капиталов под покровительство иностранных юрисдикций, способных предложить более сбалансированный регулятивный режим. Именно поэтому столь важными считаются аккуратное отношение к исключениям из принципа свободы договора и внимательный просчет экономических, этических и иных издержек и выгод отступлений от общего правила.

§ 3. Улучшение по Парето

Как мы показали выше, оба участника свободно заключенной сделки, как правило, выигрывают от ее исполнения или как минимум рассчитывают на это. Данный тезис объясняется тем, что стороны по-разному оценивают обмениваемые блага. Если продавец продает квартиру

[1] *Фридман М.*, *Фридман Р.* Свобода выбирать. М., 2007. С. 28.

[2] *Самуэльсон П.Э.*, *Нордхаус В.Д.* Экономика. 18-е изд. М., 2010. С. 84.

за 10 млн рублей, значит, он эту сумму ценит выше, чем саму квартиру (например, потому, что у него есть другая квартира и предельная полезность каждой следующей его квартиры снижается). С другой стороны, тот факт, что эта квартира приобретается покупателем по данной цене, означает, что он ценит квартиру выше, чем принадлежащие ему 10 млн рублей. В итоге квартира оказывается в руках у того, кто ее ценит больше, и оба контрагента выигрывают[1].

[1] Тезис о том, что в результате свободного экономического обмена блага и права стремятся в руки тех, кто ценит их выше и готов предложить более высокую цену, нашел свое развитие в знаменитой статье нобелевского лауреата Рональда Коуза (Coase) «Проблема социальных издержек» (см.: *Coase R.H.* The Problem of Social Cost // 3 Journal of Law and Economics. 1960. P. 1ff; переведена на русский язык в рамках сборника: *Коуз Р.* Фирма, рынок и право. М., 2007). Данная статья является основополагающей для всего экономического анализа права и на настоящий момент является самой цитируемой статьей в американской юридической периодике (см.: *Shapiro F.R.* The Most-cited Law Review Articles Revisited // 71 Chicago Kent Law Review. 1996. P. 751–779). В ней Коуз показал, что экономически эффективные сделки часто блокируются из-за высоких трансакционных издержек (расходов и иных трудностей, связанных со сбором информации, ведением переговоров, заключением договора и обеспечением его исполнения). При наличии нулевых или крайне низких трансакционных издержек вопрос о том, за кем изначально закреплено то или иное право или благо, не столь важен, так как если этот первоначальный обладатель не является тем, кто ценит это благо или право больше других, он все равно продаст их тому, кто их ценит выше. В результате серии сделок это право или благо окажутся в конечном счете у того, кто является наиболее эффективным их «владельцем». Так, например, из этой теории вытекает, что при создании условий для легкого оборота приватизационных ценных бумаг (и соответственно минимизации трансакционных издержек) то, кому в результате приватизации изначально досталась государственная собственность, не столь принципиально, так как в итоге соответствующие чеки будут скуплены тем, кто является наиболее эффективным претендентом на эту собственность. Из этого наблюдения, в частности, вытекает, что важнейшая функция права состоит в том, чтобы издержки свободного оборота снижались, создавая комфортные условия для перетекания благ и прав в руки наиболее эффективных их владельцев, и при этом там, где это невозможно и трансакционные издержки неизбежны, путем регулирования распределять права и обязанности наиболее эффективным образом, т.е. стараясь закрепить тот результат, который был бы достигнут при свободном контрактировании в условиях отсутствия трансакционных издержек. Этот тезис сформировал основной часто оспариваемый посыл экономического анализа права – представление правового регулирования в качестве инструмента максимизации экономического благосостояния в тех случаях, когда такая максимизация не может быть достигнута путем свободного обмена. При таком подходе не только подчеркивается важность свободы договора как приводного ремня роста экономического благосостояния, но и устанавливается модель, которой государство должно придерживаться при регулировании в ситуациях, когда свободный обмен заблокирован. Из теории Коуза вытекало, что задачей позитивного права (законодательства и судебного правотворчества) являются изначальное закрепление прав за тем, кто является наиболее эффективным обладателем этого права (т.е. тем, кто ценит данное право больше всего), и снятие с участников оборота необходимости заключения серии сделок по передаче этого права такому конечному и неизбежному адресату. Так, например, если право возлагает риск случайной гибели не на того из контрагентов, кто может проконтролировать предотвращение данного риска дешевле и проще, а на его партнера, ограниченного в возможностях влиять на этот риск, оно неэффективно. Сторона, на которую правом

Эта закономерность, как мы показали выше, в самых общих словах была предугадана экономистами еще в XVIII в. Об этом, в частности, писал в XVIII в. еще Тюрго[1]. Подробное научное обоснование этого феномена было получено только с окончательным утверждением субъективной теории стоимости в результате так называемой маржиналистской революции, происшедшей в экономической теории в 1870–1880-е гг. после публикации «прорывных» работ Вальраса, Джевонса и Менгера, систематизировавших более ранние догадки Бентама, Госсена и других мыслителей и экономистов[2]. Эти выдающиеся экономисты опровергли трудовую теорию стоимости, доминирующую со времени Рикардо и столь близкую сердцу Маркса, а также окончательно дискредитиро-

возложен риск, будет вынуждена включить большие расходы на его контроль или страхование в цену товара, что в итоге уменьшит общую прибыльность сделки для сторон. Если бы риск был возложен на того, кто может проконтролировать или застраховать его дешевле, то в цену товара была бы включена меньшая доля издержек. Соответственно в интересах обеих сторон закрепить этот риск за тем, кто может проконтролировать его дешевле и проще. Поэтому при неудачном распределении риска законодательством контрагенты как рациональные максимизаторы собственной выгоды всего равно перераспределят этот риск между собой так, чтобы он лежал на наиболее адекватном носителе риска, но должны будут при этом нести расходы на согласование соответствующих договорных условий, отступающих от диспозитивной правовой нормы. В тех случаях, когда трансакционные издержки блокируют такое перераспределение, будет консервироваться неэффективная аллокация прав и благ, что как минимум с экономической точки зрения неразумно. В такой ситуации право может способствовать максимизации эффективности, если изначально возложит риск на того, кто может проконтролировать его дешевле и проще. Выраженная в данной статье основная идея, впоследствии названная Джорджем Стиглером «теоремой Коуза» (Coase Theorem), вызвала много интерпретаций и споров в среде юристов, чему, кстати, сам Коуз был немало удивлен. Некоторые интерпретаторы выводили из этой «теоремы» идею о том, что право вообще мало что значит, так как люди все равно перераспределят права и блага так, чтобы они достались тем, кто готов заплатить за них больше. Разделяющие это утопическое представление о «коузианском мире» нулевых трансакционных издержек не замечали того, что предположение об отсутствии издержек контрактирования в статье Коуза – это лишь абстрактное допущение, позволяющее от обратного осознать важнейшую роль права в условиях, когда в реальности трансакционные издержки всегда позитивны и часто достаточно значительны. Сам Коуз в этой статье отмечал, что роль государства и права крайне важна в силу того, что в реальном мире трансакционные издержки велики и могут заблокировать эффективное перераспределение благ, и призывал изучать именно мир положительных трансакционных издержек. Трезвый подход к интерпретации идей Коуза см.: *Farber D.A.* Parody Lost / Pragmatism Regained: The Ironic History of the Coase Theorem // 83 Virginia Law Review. 1997. P. 397 ff; *Veljanovski C.G.* Economic Principles of Law. 2007. P. 5; *Боулз С.* Микроэкономика: Поведение, институты и эволюция. М., 2011. С. 218.

[1] *Кенэ Ф.*, *Тюрго А.Р.Ж.*, *Дюпон де Немур П.С.* Физиократы: избранные экономические произведения. М., 2008. С. 654–656.

[2] О «маржиналистской революции» и ее предтечах см.: *Автономов В.С.* Модель человека в экономической науке. СПб., 1998. С. 83–94; *Блауг М.* Экономическая мысль в ретроспективе. М., 1994. С. 275–306; Эволюция теории стоимости: Учебное пособие / Под ред. Я.С. Ядгарова. М., 2010. С. 94–174.

вали представления об объективной и справедливой стоимости материальных благ. Как стало окончательно понятно экономистам с конца XIX в., у благ не может быть объективной стоимости в отрыве от субъективных оценок их полезности конкретными участниками сделки, а также их редкости (избытка). Как писал Карл Менгер, «ценность не есть нечто присущее благам», «ценность не существует вне сознания людей»[1].

Как показал маржиналистский анализ, стоимость благ не может быть определена абстрактно. Вместо этого определима стоимость конкретной единицы блага. Это связано с тем, что уровень полезности благ, как было доказано, имеет тенденцию к падению по мере насыщения исходной потребности. Соответственно определить стоимость воды в принципе невозможно, а определить стоимость конкретного стакана возможно, если принять во внимание факторы редкости и разности в потребности в этом конкретном стакане. Стакан воды в знойной пустыне может стоить в сотни раз дороже, чем тот же стакан, подаваемый в обычном ресторане.

Впоследствии Альфред Маршалл в конце XIX в. дополнил маржиналистский анализ, делающий упор на субъективную полезность блага для получателя, напоминанием о роли издержек производителя, которые оказываются чаще всего иррелевантными при заключении конкретной сделки, но начинают влиять на цены в долгосрочной перспективе[2]. Если в связи с падением спроса на туры в некую страну в связи с возникшей там политической нестабильностью у туроператора остается пакет нераспроданных туристических туров, на резервирование которых он потратил 10 тыс. рублей в расчете на каждый тур, это не лишает смысла продажу этих туров туристам по цене ниже этого показателя (так называемые горящие туры). Ведь у туроператора выбор состоит либо в том, чтобы потерять все вложенные средства, либо в том, чтобы компенсировать хотя бы часть неизбежных потерь. Если туристы не готовы приобретать туры по цене 10 тыс. рублей, то туроператору приходится продавать зарезервированные туры «себе в убыток». Иначе говоря, уровень издержек туроператора на этом кротком шаге оказывает незначительное влияние на цену сделки, а доминирующую роль играют субъективная полезность блага для покупателя и его готовность платить. Но в долгосрочной перспективе тот факт, что издержки туроператора оказываются выше той цены, по которой туры готовы приобретать туристы, приводит к снижению количества резервируемых туров, банкротству отдельных игроков рынка и сужению объема предложения на рынке. Те туристы, которые хотели бы поехать именно в эту страну и не согласны

[1] Цит. по: *Негиши Т.* История экономической теории. М., 1995. С. 328.
[2] *Маршалл А.* Основы экономической науки. М., 2008. С. 357, 358, 775.

на альтернативу, начинают испытывать дефицит предложения. В конечном счете одновременно со снижением продаж туров по этому направлению происходит рост цен. Как показал Маршалл, в долгосрочном периоде рыночные цены стремятся к уровню предельных издержек.

Соответственно цена конкретной сделки есть функция от соотношения разной оценки одного и того же блага контрагентами, она балансирует спрос и предложение, издержки и потребности сторон.

Если бы обмениваемые блага были эквивалентны, как на том настаивали некоторые другие средневековые мыслители, требовавшие соразмерности обмениваемых благ, то сделка просто бы не состоялась, так как ее участникам не было бы смысла нести трансакционные издержки по ее заключению. Известный представитель австрийской экономической школы О. Бём-Баверк в конце XIX в. отмечал, что интерес сторон по отношению к сделке, а также получаемая ими от нее выгода тем выше, чем значительнее разница между их субъективными оценками стоимости предмета сделки. Соответственно при уменьшении этой разницы выгода от обмена уменьшается, а если она понижается до нуля, то сделка становится экономически невозможной[1].

Сейчас взгляд, согласно которому основная причина совершения экономических сделок состоит в том, что из-за разницы в субъективных оценках полезности (а следовательно, и стоимости) обмениваются неэквивалентные блага, разделяется большинством экономистов[2]. Считается, что эта ex ante неэквивалентность, предопределенная разными субъективными оценками обмениваемых благ участниками сделки, при совершении обмена ex post приводит к общему росту благосостояния обоих контрагентов.

Приведем классический для современной литературы по экономическому анализу контрактного права расчет роста общего благосостояния при совершении добровольной сделки. Допустим, у продавца есть автомобиль, который он готов продать как минимум за 100 тыс. рублей. Эта сумма представляет собой так называемую резервную цену, фиксирующую субъективную ценность товара для продавца. Также имеется покупатель, для которого «резервная цена» составляет 150 тыс. рублей, и это означает, что он ценит благо владения этим автомобилем максимум в эту сумму и не готов (или не способен) заплатить ни копейки более. Эта разность в «резервных ценах», а значит, и в субъективных оценках стоимости одного и того же товара может быть предопределена целым рядом причин. В частности, это может быть связано с тем, что у продав-

[1] *Бём-Баверк О.* Основы теории ценности хозяйственных благ // Австрийская школа в политической экономии. К. Менгер, Е. Бём-Баверк, Ф. Визер. М.: Экономика, 1992. С. 243–426 (доступно в Интернете на сайте: www.sotsium.ru).

[2] *Хейне П.* Экономический образ мышления. М., 1991. С. 174.

ца имеется избыток автомобилей, и в силу признанного как минимум со времен «маржиналистской революции» закона убывающей предельной полезности каждая последующая единица этого товара приносит ему все меньше полезности, в то время как у покупателя наблюдается острая нужда в автомобиле.

Стороны, как правило, не знают «резервных цен» друг друга. Это формирует институциональные условия для начала торга (переговоров), в рамках которых каждая из сторон пытается «прощупать» «резервную цену» своего потенциального партнера, угрожает уйти к конкурентам, нередко блефует и всеми силами стремится ни в коем случае не продешевить и согласовать цену и иные условия, которые бы разделяли общие выгоды от трансакции максимально выгодным для себя образом. При этом сложность этого процесса состоит в том, что искомые условия должны быть такими, чтобы они одновременно не «отпугнули» партнера лишением его всяческой выгоды и стимула заключать сделку, а также не стимулировали его уходить к конкурентам. Процесс торга в своем классическом виде можно наблюдать на восточном базаре. Но, по сути, аналогичное явление в прямой или скрытой форме можно наблюдать повсеместно. Даже тогда, когда компания в одностороннем порядке устанавливает цены и условия сделок с потребителями и, казалось бы, не ведет никаких переговоров, она вынуждена заранее просчитывать реакцию потребителя на предлагаемые ценовые и неценовые условия и в той или иной степени подстраивает условия договора под эти ожидания.

Суть данной игровой модели, глубоко изучаемой сейчас в рамках теории игр в зарубежной юриспруденции, состоит в том, что каждая из сторон переговоров по их результатам должна выиграть. Данная игра не носит характер некооперативной игры «с нулевой суммой», где выигрыш одного обеспечивается равноценным проигрышем другого. Но, с другой стороны, процесс контрактирования не представляет собой и классическую кооперативную игру, в которой интересы сторон не противоречат друг другу. По сути переговоры по заключению взаимовыгодного договора комбинируют конкурентный и конфликтной элемент, с одной стороны, и элемент кооперации и координации – с другой. Томас Шеллинг в своей знаменитой книге «Стратегия конфликта» назвал эту игру игрой со смешанными мотивами[1].

В этих условиях очевидно, что стороны, если будут вести себя разумно, согласуют сделку по цене, находящейся в диапазоне между 100 тыс. и 150 тыс. рублей. Допустим, сделка состоялась по цене 125 тыс. рублей. Перед сделкой у продавца было имущество, которое он оценил

[1] *Шеллинг Т.* Стратегия конфликта. М., 2007. С. 116, 117.

в 100 тыс., а у покупателя имелось 125 тыс. рублей наличными, которые он впоследствии согласился за этот автомобиль заплатить. В совокупности перед заключением сделки у сторон имелось имущество на сумму 225 тыс. рублей. После исполнения сделки продавец получил 125 тыс. рублей, а покупатель – машину, которую он изначально оценил в 150 тыс. рублей. В совокупности по итогам сделки стороны имеют имущество уже на 275 тыс. рублей. В итоге общий прирост благосостояния обоих участников, а значит, и всего общества в целом составил 50 тыс. рублей[1]. Выигрыш покупателя от исполнения сделки составляет то, что экономисты называют потребительским излишком (consumer surplus), – разницу между той максимальной ценой, которую он был бы готов заплатить, и реальной ценой договора. Выигрыш же продавца в виде разницы между той минимальной ценой, по которой он мог бы совершить сделку, и реальной ценой договора обозначается как излишек производителя (producer surplus). В совокупности мы имеем общий кооперативный излишек (cooperative surplus) от состоявшегося факта обмена, т.е. общий выигрыш сторон от реализации сделки. Чем выше этот общий излишек, тем эффективнее конкретная сделка для обоих контрагентов и тем значительнее ее вклад в рост общественного благосостояния[2].

Как мы видим, в результате исполнения договора в стандартной ситуации один контрагент не обогащается за счет другого. Вместо этого от обмена из-за разницы в субъективных оценках ценности предмета договора выигрывают оба участника. Экономисты называют такую ситуацию улучшением по Парето[3]. Данный процесс обозначает такое изменение в распределении благ и прав, при котором хотя бы один из участников соответствующего взаимоотношения выигрывает, в то время как другие либо также выигрывают, либо как минимум не проигрывают. Максимально эффективным (Парето-оптимальным) будет такое распределение благ от исполнения сделки, при котором ни одна из сторон не ухудшает свое положение, при этом выигрыш обеих сторон или хотя бы одной стороны оказывается максимально возможным, т.е. таким, что дальнейшее улучшение положения одной из сторон приведет к проигрышу другой.

На практике из-за когнитивных ограничений, трансакционных издержек и ряда других причин добровольная сделка далеко не всегда бывает Парето-оптимальной, но, как правило, всегда оформляет ту или иную степень улучшения по Парето. Обычно от добровольной сделки

[1] *Kronman A.T.*, *Posner R.A.* The Economics of Contract Law. 1979. P. 2.

[2] *Самуэльсон П.Э.*, *Нордхаус В.Д.* Экономика. 18-е изд. М., 2010. С. 321, 322.

[3] Этот термин получил свое название от имени известного экономиста и политолога Вильфредо Парето.

взрослых и дееспособных участников оборота выигрывают обе стороны[1]. Добровольное согласие на сделку здесь играет фундаментальную роль. Факт состоявшейся добровольной сделки, как правило, означает, что, по мнению ее участников, она увеличивает их благосостояние. Так как лучше их самих вряд ли кто-либо знает наверняка, что сделка приводит к обоюдовыгодному результату, праву по общему правилу остается только положиться на обоснованность субъективной оценки контрагентами своих интересов и свободу договора, в котором эта оценка и была отражена[2].

Из миллионов таких частных сделок и локальных Парето-улучшений агрегируется увеличение благосостояния всего общества за счет более эффективной аллокации ресурсов, т.е. перераспределения их в пользу тех, кто ценит их выше. Этот способ взаимного обогащения участников частной сделки и всего общества, вовлеченного в этот рыночный процесс, является намного более общественно полезным, чем принудительное перераспределение (рабский труд, грабеж и т.п.), именно потому, что представляет собой игру не «с нулевой суммой». Выигрыш одного не обеспечивается за счет проигрыша другого. Это, собственно говоря, основной закон рыночной экономики

Этот закон, безусловно, не бесспорен с этической точки зрения.

Во-первых, функционирование системы Парето-оптимизации посредством свободных договоров и перетекание благ в руки тех, кто ценит их больше, во многом определяются изначальным распределением собственности. Современные общества не соответствуют идеалам эгалитаризма. Одни уже с рождения имеют колоссальные состояния, другие же имеют мало природных и социальных возможностей вырваться из нищеты. Рынок распределяет блага в пользу тех, кто их ценит больше, достаточно эффективно определяя эту субъективную ценность по готовности платить. Но сама эта готовность платить предопределяется во многом изначально неравномерной дистрибуцией богатства в обществе. В силу того, что богатство подчиняется закону убывающей предельной полезности, каждый новый рубль имеет куда меньшую ценность для миллионера, чем для живущего на пособие инвалида. Соответственно первый, может быть, готов заплатить за некое благо значительно больше в абсолютных цифрах, чем второй, не потому, что он ценит это благо выше. В результате свободный рынок иногда приводит к тому, что благо, которое объективно более эффективно может использовать бедный, перетекает в руки богатого, который нуждается в нем меньше, но в силу избытка денег способен заплатить больше, так как 1 тыс. рублей для

[1] *Trebilcock M.J.* The Limits of Freedom of Contract. 1997. P. 7.
[2] Contract Law and Economics / Ed. by G. de Geest. 2011. P. 76.

миллионера равносильна 100 рублям для пенсионера. Соответственно в реальной экономике блага достаются далеко не всегда тем, кому они реально нужнее; часто они уходят к тем, кто свое желание может подкрепить достаточной платежеспособностью. В ряде случаев это расхождение может быть довольно драматичным.

Во-вторых, распределение общего выигрыша может быть несправедливым. В вышеприведенном примере мы предположили, что сделка купли-продажи состоится по цене 125 тыс. рублей, т.е. разделили общий излишек ровно пополам. Но в реальности распределение общего излишка редко бывает равноправным. Чем сильнее переговорные возможности контрагента, тем бóльшую долю общего излишка сильная сторона себе присваивает. Неравенство переговорных возможностей заставляет слабого контрагента заключать договор на условиях, при которых тот хотя и не проиграет, но выиграет крайне мало, в то время как выигрыш сильной стороны окажется максимально возможным.

Как отмечает Амартия Сен, состояние, при котором некоторые люди голодают и испытывают острую нужду, в то время как другие процветают, может быть вполне Парето-оптимальным[1]. И действительно, Парето-улучшение и взаимовыгодный обмен могут происходить при недобросовестном использовании обладателем некого дефицитного лекарства бедственного положения больного, срочно в нем нуждающегося, или при злоупотреблении монополистом своим доминирующим положением.

В-третьих, в ряде случаев общественная мораль восстает против подчинения оборота неких благ принципам свободного рынка и Парето-оптимизации (например, родительские права, донорские органы и т.п.)

Вышеприведенные этические соображения требуют достаточно серьезного внимания. Тем не менее они не означают этический приговор рынку и договорной свободе. Проблема в том, что до сих пор не изобретена достаточно эффективная альтернатива, кроме плановой экономики, которая в свою очередь доказала свою нежизнеспособность. Если ценность благ будет определяться не по реальному платежеспособному спросу, а по некоторым умозрительным соображениям о том, для кого из претендентов соответствующее благо объективно ценнее, то кто эту ценность будет выявлять и сопоставлять? Очевидно, что переход благ в руки тех, кто готов заплатить больше, на основе свободно функционирующей системы рыночных цен и свободного же определения иных условий договорного взаимодействия этически несовершенен, так как предоставляет определенные преимущества более состоятельным людям и не всегда верно определяет наиболее эффективных

[1] *Sen A.K.* Resources, Values and Development. 1984. P. 18.

обладателей благ. Эти этические соображения, как мы далее покажем, в свою очередь иногда приводят к локальной отмене рыночных принципов при обороте некоторых благ или к введению локальных ограничений свободы договора. Но можно ли в принципе отказаться от этого несовершенного инструмента и заменить его на некий иной способ выявления оптимального владельца тех или иных благ и оптимальных условий их передачи в глобальном масштабе? Ответ, который мы имеем сейчас в экономической теории и реальном правовом регулировании, очевиден, и он отрицателен.

Если же мы отвергаем рыночный формат распределения общего кооперативного излишка и пытаемся поставить под тотальный контроль справедливость цены и других договорных условий, то кто будет выступать арбитром и проводить такие расчеты в отношении каждой из миллиардов заключаемых в обороте сделок? Тотальный контроль справедливости условий договора неминуемо по экспоненте увеличивает патерналистскую роль государства в экономике и имеет множество иных издержек, о которых будет сказано далее.

Тем не менее вышеозначенные этические возражения против рыночной свободы не следует вовсе игнорировать в силу того, что анализ политики права не сводится к поиску экономически эффективных решений. Как отмечается авторами самого последнего по времени и наиболее обсуждаемого в среде европейских цивилистов акта унификации частного права («Принципы, определения и модельные правила европейского частного права: проект общей системы координат» (DCFR)), в основе всей их работы лежит не только принцип экономической эффективности, но и принципы свободы, защищенности и справедливости[1]. Такие соображения могут в ряде случаев привести к преодолению презумпции свободы договора даже тогда, когда ограничение свободы договора будет аннулировать или адаптировать Парето-оптимизирующую сделку.

В частности, практикуемая во всех странах защита слабой стороны договора, заключающей договор в состоянии острой нужды или вынужденной контрактировать с монополистом, во многом предопределяется необходимостью обеспечить справедливость распределения общего излишка. Кроме того, в ряде случаев государство применительно к обороту некоторых особенно этически «чувствительных» товаров ограничивает рынок, вводя вместо него иные принципы распределения дефицитных благ (например, жизненно важных лекарств) или попросту беря на себя функции по обеспечению населения соответствующими

[1] Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference. Vol. I. 2009. P. 37 ff.

благами за счет взимания налогов у наиболее состоятельных сограждан (например, бесплатная медицина).

Кроме того, как будет более подробно показано ниже, в ряде случаев сделка, которая влечет улучшение по Парето, может вызвать серьезные утилитарные возражения. Так, например, встречаются случаи, когда выгодные обоим контрагентам договоры ущемляют интересы третьих лиц (например, кредиторов одного из контрагентов), угрожают государственным интересам (например, в фискальной сфере) или подрывают стабильность экономического развития (например, ограничивают конкуренцию или продуцируют системные риски). И все государства мира решают эти проблемы, вводя с той или иной интенсивностью некоторые утилитарно обоснованные ограничения свободы договора.

Как мы видим, идея построения экономического оборота исключительно и только на началах добровольного обмена, автономии воли и Парето-оптимизации не может быть абсолютизирована. В ряде случаев право ограничивает проведение этой идеи в жизнь.

Но государству не стоит забывать, что в основе роста рыночной экономики лежат миллионы ежедневно заключаемых и в большинстве случаев Парето-улучшающих частных сделок. Избыточные вторжения государства в сферу автономии воли сторон препятствуют совершению потенциальных Парето-улучшений и создают помехи для динамичного экономического развития.

Иначе говоря, правовое регулирование договорных отношений не должно упускать из виду одну из основных своих целей, а именно – создание благоприятных институциональных условий для совершения и исполнения приносящих сторонам максимальный экономический излишек (т.е. максимально эффективных) сделок. Безусловно, это не единственная цель норм договорного права, и в некоторых случаях конкурирующие ценности могут стимулировать право ограничивать свободу договора, но было бы большой ошибкой структурировать нормативное регулирование и ограничивать свободу договора, не беря в расчет важнейшую задачу по обеспечению экономической эффективности правовых норм.

§ 4. Ограничения свободы договора и разрушение спонтанного порядка балансирования спроса и предложения

Мало кто сейчас спорит с тем, что плановая экономика, указывающая на то, какие и в каком количестве блага должны производиться, на каких ценовых и неценовых условиях и по каким каналам реализовываться, как правило, приводит к экономическому краху из-за разрушения спонтанного порядка балансирования спроса и предложения.

Так, например, экономисты давно заметили, что введение максимальных цен искажает работу механизма балансирования спроса и предложения и провоцирует формирование устойчивого дефицита и очередей. Если спрос превышает предложение, а продавцы не могут поднять цены настолько, чтобы блага попали в руки тех, кто ценит их и готов заплатить за них больше, имеющийся объем предложения поглощается, а остальная часть спроса остается неудовлетворенной. Поднятие цены послало бы покупателям четкий и чувствительный сигнал сократить потребление дефицитного блага и искать субституты, продавцам – сигнал о необходимости оперативного роста производства для извлечения максимального обогащения из создавшегося положения, а владельцам капитала – сигнал о том, что инвестиции в производство этого блага сейчас могут принести некие сверхдоходы. В результате возникший разрыв спроса и предложения был бы сравнительно быстро устранен за счет создания стимулов к росту предложения и снижению потребления. Фиксация же цен нарушает эту систему спонтанного координирования, сигналов и стимулов, консервирует дефицит.

При этом тот факт, что цена сделки ограничена, отнюдь не означает, что покупатель платит именно столько, сколько предписано законом. В ответ на ограничение естественного роста цен, обусловленного превышением объема спроса над объемом предложения, как правило, неминуемо возникают черные рынки, на которых сделки совершаются по рыночной равновесной цене, превосходящей законодательный максимум. Причем сама нелегальность данной сделки создает риски, которые конвертируются в дополнительную прибавку к цене. В итоге сделки на черном рынке заключаются часто по ценам, превосходящим тот уровень, на котором они бы остановились при отсутствии законодательного максимума.

Кроме того, даже если исключить проблему черного рынка, издержки покупателя все равно превышают ценовой максимум. Эти дополнительные издержки обременяют покупателя не напрямую в виде дополнительной доплаты к прежней цене, а в виде трансакционных издержек стояния в очереди, поиска дефицитного товара и т.п. При этом такие издержки становятся достаточно значительными, если мы примем в расчет не только явные издержки в виде фактически понесенных затрат, но и альтернативные издержки в виде упущенной выгоды от иного использования сил и времени, потраченных на стояние в очереди и поиск дефицита[1].

[1] Альтернативными издержками некой деятельности в экономике называют упущенную выгоду от альтернативного использования своих ресурсов, сил и времени при наличии взаимоисключающих видов деятельности. Величина альтернативных издержек определяется как размер упущенной выгоды от наиболее экономически привлекательной

Если бы продавец из-за превышения спроса над предложением мог бы поднять цену, то дефицитное благо было бы передано в руки тех, кто готов заплатить больше. Другие бы просто отказались от покупки, либо ограничив свои желания, либо найдя субституты. Очередь бы не образовывалась. Но если введен ценовой максимум, распределение ограниченного ресурса происходит не в пользу тех, кто больше готов заплатить за само благо, а тех, кто готов тратить больше усилий на его поиск, стояние в очередях и попытки достать дефицит. Альтернативные издержки в виде упущенной возможности потратить это время на полезную производственную деятельность могут быть в ряде случаев гораздо выше издержек покупателя от необходимости приобретать товар по рыночной цене. Но это происходит далеко не всегда, так как потраченное на стояние в очередях время разных людей имеет разную альтернативную стоимость. Когда общество выбирает «принцип очереди» и вводит максимальные цены, оно на первый взгляд уравнивает бедных и богатых, лишая последних их материальных преимуществ, но в реальности вольно или невольно отдает преимущество менее состоятельным. Это связано с тем, что свободное время менее состоятельных граждан, как правило, куда дешевле, чем время более состоятельных. Соответственно альтернативные издержки получения блага для бедных меньше, чем для более состоятельных сограждан. В итоге «принцип очереди» приводит к тому, что данное благо достается богатому дороже, а бедному дешевле, т.е. обеспечивает идеалы дистрибутивной справедливости, что является мечтой любого «перераспределителя».

Мы в свою очередь допускаем, что, возможно, в некоторых случаях подобная дистрибутивная стратегия и исключение преимуществ богатых за счет ограничения рыночного механизма могут быть оправданны

из отброшенных альтернатив. Например, если человек покупает земельный участок за 1 млн рублей и инвестирует в обработку земли и выращивание зерна еще 500 тыс. рублей («явные издержки»), чтобы в конечном счете извлечь 1 800 тыс. рублей от продажи зерна в год, такая экономическая операция может prima facie показаться экономически эффективной, так как приносит человеку 300 тыс. рублей прибыли. Но этот расчет не учитывает альтернативных издержек. Допустим, что если бы гражданин потратил те же самые 1 500 тыс. рублей на приобретение земельного участка с загородным домом для сдачи в аренду, то он смог бы получить 2 млн рублей арендной платы в год и извлек бы в итоге 500 тыс. рублей прибыли. Последняя сумма и составляет альтернативные (неявные) издержки, которые разумный предприниматель должен в теории принимать в расчет при определении наиболее эффективного приложения своих ресурсов. Если принять в расчет эту величину, то при прочих равных условиях выбор в пользу инвестиций в сельское хозяйство с чисто экономической точки зрения нелогичен, так как альтернативные издержки перевешивают прибыль от выращивания зерна. Это никак не отменяет того факта, что выбор в пользу сельского хозяйства может быть предопределен неэкономическими соображениями (например, личным пристрастием), но сигнализирует об ошибке в расчете, если инвестор ставил перед собой сугубо коммерческие цели.

этически. Тем не менее следует признать, что эта мера часто оказывается в долгосрочном плане достаточно неэффективной. Альтернативные издержки, вызванные стоянием в очереди, и иные издержки, которые покупатели несут для приобретения дефицитного блага, в отличие от прироста цены не посылают нужных сигналов производителям. Эти затраты отражают высокую заинтересованность покупателя в том или ином благе. Покупатель, простаивая в очереди несколько часов, посылает четкий сигнал о своей готовности потратить на этот товар больше, чем он официально стоит. Но эта доплата уходит не продавцу, а распыляется (в форме дополнительных положительных трансакционных издержек) или просто выступает как чистый убыток (в форме альтернативных издержек). В итоге сигнальный и стимулирующий эффект, который подталкивал бы продавца к более оперативному наращиванию объема производства и продаж ставшего дефицитным блага, если бы этот излишек поступал именно ему, сбивается, и он менее оперативно реагирует на рост величины спроса. В итоге фиксация максимальных цен приводит к консервации дефицита на гораздо более длительный срок, чем если бы цены были свободны. В последнем случае на резкий рост спроса продавцы ответили бы столь же резким скачком цен. Но эти сверхдоходы как минимум в условиях наличия достаточной конкуренции простимулируют сравнительно быстрый рост производства, обеспечиваемый продавцами, заинтересованными в максимальном обогащении за счет этого всплеска спроса, и инвесторами, направляющими свободный капитал в производство этого дефицитного товара для извлечения сверхприбыли. В итоге предложение достаточно быстро вырастает, спрос насыщается, а возросшая конкуренция начинает толкать цены вниз.

Все эти закономерности достаточно очевидны. Если речь идет о конкурентной среде и отсутствуют иные «провалы рынка», свободные цены более эффективно обеспечивают саморегуляцию экономического обмена, и государство по общему правилу должно воздерживаться от прямого ограничения ценовой свободы. Многие экономисты считают, что в случае особенно болезненных всплесков цен на жизненно важные блага более разумная регулятивная стратегия – прямые трансферты из бюджета тем, кто действительно нуждается в средствах для их приобретения. Мы не готовы однозначно и безоговорочно принять эту позицию без дополнительного анализа. Тем не менее вполне очевидно, что избыточное и систематическое вмешательство в работу «невидимой руки» рынка и договорной свободы с целью коррекции динамики цен под влиянием колебаний спроса и предложения приводит к дисфункции рынка и крайне неприятным побочным эффектам.

Правда, здесь следует оговориться, что далеко не все редкие блага с точки зрения общественной этики и практической реализуемости

можно распределять путем свободных цен (например, органы, необходимые для трансплантации, или такие общественные блага, как дневное освещение в городах или дороги). Кроме того, далеко не везде и не всегда имеется конкурентная среда. В условиях монополии стимулы к росту объема предложения значительно ниже и монополии могут достаточно долго поддерживать искусственный дефицит. Соответственно в таких случаях иногда может потребоваться вмешательство государства или иного координирующего органа, устанавливающего максимальные цены или вовсе отменяющего рыночный принцип ценообразования[1].

В то же время современные экономики практически всех стран мира и, безусловно, всех развитых и цивилизованных стран считаются рыночными именно потому, что описанные выше примеры, когда те или иные блага распределяются не посредством договорной и ценовой свободы, являются скорее исключениями. Большинство всех дефицитных благ распределяется именно путем свободного ценообразования и согласования иных договорных условий, переходя в руки тех, кто готов заплатить больше. Именно такая система посылает те сигналы, которые стимулируют пропорциональный рост предложения и оперативную ликвидацию разрыва между спросом и предложением. В общем и целом вся система рыночной экономики работает именно на этом двигателе. Впервые выпущенные на рынок «прорывные» лекарства или технологии обычно вначале стоят дорого и достаются богатым, что может показаться несправедливым в краткосрочном периоде. Но в долгосрочном периоде жажда сверхприбыли стимулирует наращивание производства и усиление конкуренции производителей, удовлетворение спроса, усиление конкуренции и снижение цен, делающее данное благо или его заменители доступными любому. Достаточно сравнить стоимость и доступность мобильной связи в 1990-е и 2000-е гг. в России. В отсутствие государственного регулирования цен конкуренция провайдеров сотовой связи привела к тому, что мобильный телефон сейчас может позволить себе практически любой россиянин.

Аналогичная картина наблюдается и при попытке государства реагировать на падение цен на те или иные блага путем установления минимальных цен (как в случае установления минимального уровня заработной платы). Такое вмешательство государства в сферу свободного ценообразования в сфере трудовых отношений, в частности, приводит к тому, что блокируется возможность заключения добровольной сделки по цене ниже законодательно предписанной, даже если работник был бы готов работать за такой небольшой оклад. В итоге работодатель, который был бы согласен взять человека на работу только на зарплату

[1] *Хейне П.* Экономический образ мышления. М., 1991. С. 111, 112.

ниже минимально предписанной, отказывается от найма. В конечном счете это способствует росту безработицы особенно в среде молодых и неопытных работников и чернорабочих[1]. Как категорически заявлял нобелевский лауреат Гэри Беккер, «повысив минимальную заработную плату, вы лишите работы тысячи людей»[2]. Является ли это последствие желательным? Вряд ли. Это не значит, что законы о минимальных размерах оплаты труда вовсе не имеют разумных политико-правовых оснований. Но мы вынуждены признать возможность подобного побочного эффекта: введение ограничения ценовой свободы путем установления ценовых минимумов блокирует естественное балансирование спроса и предложения труда и формирует избыток нереализованного предложения (в данном случае безработицу).

Принципиален и спорен вопрос о степени этого негативного влияния на занятость, но само наличие этого побочного эффекта, видимо, нельзя недооценивать. Когда минимальный уровень заработной платы становится ниже равновесного, он не оказывает фактически никакого влияния на рыночные процессы. Когда МРОТ отсекает лишь совсем маргинально низкие оклады, его влияние на свободное ценообразование будет в целом не столь значительным или вовсе незаметным. Но как только популизм толкает политиков к поднятию этого минимума на уровень, существенно превышающий равновесную рыночную стоимость труда значительной части работников, это оказывает на рынок и занятость достаточно деструктивное воздействие.

§ 5. Проблема неэффективности государства как заменителя рыночного порядка

Как уже отмечалось, у рыночного, спонтанного механизма распределения ограниченных ресурсов в пользу тех, кто ценит их выше и готов заплатить больше, пожалуй, есть единственная альтернатива – делегация функции оценки интересов, издержек и выгод некоему третьему лицу, «всемогущему плановщику». Если право не доверяет контрагентам самим определять цены и иные условия обмена, то единственный субъект, способный реально делать этот выбор, – это государства или некие ассоциации или иные подобные внешние структуры. В принципе они способны разрушать рыночный порядок, определять, какие усло-

[1] Сейчас негативное влияние законодательства о минимальной оплате труда на занятость признается большинством экономистов (см.: *Paul E.F.* Freedom of Contract and the «Political Economy» of Lochner v. New York // 1 New York University Journal of Law and Liberty. 2005. P. 553), хотя, как показывают некоторые исследования, этот негативный эффект сказывается только при значительном превышении минимального уровня оплаты труда над его рыночным значением.

[2] Цит. по: *Самуэльсон П.Э.*, *Нордхаус В.Д.* Экономика. 18-е изд. М., 2010. С. 173.

вия обмена будут действовать независимо от реальных желаний и предпочтений сторон, блокировать процесс перетекания благ в руки тех, кто готов платить за них больше, и прямо ограничивать те или иные виды сделок. Десятки стран, осуществлявших несколько десятилетий XX в. советский эксперимент, демонстрируют нам принципиальную возможность отмены рынка как такового.

Эти возможности подавления рынка небезграничны. У любого государственного или иного внешнего вмешательства в рыночные процессы есть определенные пределы. Неизбежное возникновение в ответ на введение подобных интервенций черных рынков в странах плановой экономики иллюстрирует пределы государственных возможностей.

Тем не менее, даже если отбросить этот нюанс, мы остаемся один на один с вопросом: а судьи кто? Насколько бюрократы способны обрабатывать всю необходимую информацию и координировать работу миллионов граждан и компаний таким образом, чтобы спрос и предложение балансировались? Артур Пигу считал, что у бюрократов имеются определенные возможности заменить свободный рынок, хотя они и носят ограниченный характер. Это, на его взгляд, предопределяет допустимость осторожного государственного вмешательства в рыночные процессы[1]. В то же время многие другие выдающиеся экономисты (такие, например, как Хайек) доказали принципиальную неспособность государства справиться с этой задачей в сколько-нибудь масштабном формате.

Для нас вполне очевидно, что отрицать полностью способности государственной бюрократии исправлять сбои в работе свободного оборота в современных условиях достаточно сложно. В то же время здесь следует проявлять повышенную осторожность.

Рынок способен интегрировать и перерабатывать объем информации (о запасах, динамике издержек, колебаниях спроса, субъективной ценности благ и т.п.), непосильный для любой системы централизованного планирования[2]. Эта информация не централизована и распылена среди миллиардов людей. Каждый человек наблюдает лишь ту крупицу этой общей информационной картины, которая характеризует его потребности и возможности. Свободный рынок создает такую систему стимулов, при которой эта распыленность информации и отсутствие единого центра управления не препятствуют, а, наоборот, формируют основания для координации экономического взаимодействия людей. Как справедливо отмечают некоторые авторы, «система рыночных

[1] *Pigou A.C.* The Economics of Welfare. 1920. P. 296.

[2] См.: *Фон Хайек Ф.А.* Дорога к рабству. М., 2005. С. 236, 237; *Hayek F.A.* The Use of Knowledge in Society // 35 American Economic Review. 1945. P. 526 ff (пер. на рус. яз. см.: *Хайек Ф.А.* Использование знания в обществе. – http://www.liberarium.ru/10062).

цен реагирует на эту децентрализацию информации децентрализацией власти по принятию экономических решений... и передает игрокам рынка именно ту информацию... которая нужна им для принятия разумных решений»[1]. Попытка же организовать командно-административный формат экономического взаимодействия индивидов попросту обречена в силу естественных эпистемологических ограничений. Никакой Госплан не способен справиться с задачей по обработке необходимого объема информации о предпочтениях, ценности благ, издержках, дефиците, рисках, шансах, ожиданиях и других обстоятельствах и более или менее активно выбирать обоюдовыгодные условия миллиардов совершаемых в обороте сделок лучше, чем сами участники оборота, имеющие реальные стимулы к наиболее рациональному поведению.

В силу этих естественных информационных ограничений попытки государства административно навязывать участникам оборота ассортимент и объемы продукции и услуг, цены и параметры обмена в ряде случаев приводят к дефициту и очередям, низкой эффективности и падению производительности труда, производству массы невостребованных обществом благ, снижению инвестиционной и инновационной активности, росту коррупции и в конечном счете к стагнации, что на своем примере почувствовали миллиарды жителей Земли, вольно или невольно оказавшиеся участниками коммунистического эксперимента. Возврат большинства бывших советских государств к рыночной парадигме и принципу свободного экономического обмена был неизбежен и предопределен (что не понимал Шумпетер, но отчетливо видел Хайек). При прочих равных условиях свободный обмен позволяет обеспечить значительно более эффективное распределение ограниченных экономических ресурсов, чем любые иные альтернативы.

Другая проблема вмешательства государства в сферу автономии воли сторон состоит в сложности просчета тех долгосрочных последствий, которые вытекают из принятия тех или иных мер по ограничению свободы договора.

Государство в ряде случаев может более или менее отчетливо представить себе, как экономика отреагирует на принимаемые им меры по ограничению свободы договора в краткосрочной перспективе. Но возможности бюрократов предугадать долгосрочные последствия, как правило, невелики. Для просчета долгосрочного эффекта принимаемых мер требуются очень высокая экспертиза и анализ множества взаимовлияющих факторов. Во многих случаях абсолютно точно просчитать

[1] *Zwolinski M.* Price Gouging and Market Failure // New Essays on Philosophy, Politics and Economics: Integration and Common Research Projects / Ed. by G. Gaus and C. Favor. 2010. P. 333 ff (пер. на рус. яз. доступен в Интернете на сайте: http://www.inliberty.ru/library/study/2538).

такие последствия крайне сложно. При этом часто на короткий период эффект от принимаемых ограничительных мер может вполне удовлетворить регулятора, в то время как долгосрочные последствия могут оказаться крайне нежелательными. Пытаясь бороться с негативными экстерналиями частного оборота, правительства часто невольно провоцируют возникновение негативных экстерналий от своего вмешательства[1]. Более того, опыт показывает, что в долгосрочной перспективе ограничительные меры часто ущемляют как раз те интересы, которые регулятор пытался защитить.

Как мы далее покажем, ограничение свободы договора, введенное в отношении отдельной категории участников оборота, косвенно приводит к увеличению издержек их контрагентов. В то же время в силу известных микроэкономических закономерностей рост издержек производителя в ряде случаев в долгосрочной перспективе приводит к росту цен (что особенно характерно для ситуаций, когда спрос не является абсолютно «эластичным»). Соответственно, как мы покажем далее в одной из глав, такого рода вмешательства часто приводят к тому, что за восстановление справедливости в условиях конкретной сделки платят сами жертвы несправедливости.

В ряде других случаев ограничения свободы договора защищают интересы одних клиентов за счет других. Например, часто ограничения свободы договора создают своего рода эффект кросс-субсидирования, когда избирательное ограничение свободы договора приводит к тому, что одна категория клиентов оплачивает более выгодное положение другой[2]. Так, например, усиление ограничений свободы договора в области трудовых контрактов во имя интересов работников (например, ограничение на увольнение или заключение срочных договоров) в краткосрочной перспективе улучшает положение тех, кто уже работает, но увеличивает издержки предпринимателя, повышая стоимость использования рабочей силы. Это в ряде случаев приводит к тому, что в конечном счете растет безработица. Многие люди, которых работодатель с удовольствием нанял бы, не будь сложностей с последующим увольнением, не получают работу. В частности, в странах с социально ориентированным и эффективно применяемым социальным трудовым законодательством большие сложности в поиске работы испытывают, например, беременные женщины либо молодые или неопытные работники. Их часто не хотят нанимать в силу того, что любая попытка расторжения договора с ними будет неминуемо заблокирована.

[1] *Таллок Г.* Общественные блага: перераспределение и поиск ренты. М., 2011. С. 36.

[2] Подробнее о проблеме кросс-субсидирования в контексте ограничения свободы договора см.: *Slawson W.D.* Binding Promises: the Late 20-th Century Reformation of Contract Law. 1996. P. 100.

Как мы видим, в ряде случаев вызванные ограничением свободы договора этический и экономический выигрыши «сегодня» получаются за счет непреднамеренных экономических и этических издержек «завтра».

Эти проблемы нередко игнорируются государством, которое чаще всего способно просчитать только непосредственный эффект принимаемых мер, не удосуживаясь заглянуть чуть дальше и предугадать, к чему такие благие намерения иногда приводят. В результате во многих случаях от введения тех или иных ограничений свободы договора либо вовсе нет никакого эффекта с точки зрения тех целей, которые были перед такой мерой поставлены, либо «волны» непреднамеренных негативных последствий расходятся крайне широко, деформируя сложные взаимосвязи и провоцируя негативные внешние эффекты далеко за пределами того, что могло предвидеть государство.

Так, например, некоторые недавно опубликованные социолого-экономические исследования показывают, что принятый в Российской Федерации в 2009 г. Федеральный закон «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации», который ввел множество ограничений договорной свободы в отношениях между поставщиками продукции и розничными торговыми сетями (например, ограничил размер «бонуса» за объем продаж, ввел максимальные сроки отсрочки платежа и т.п.), не возымел того эффекта, на который рассчитывали его разработчики. Как отмечает В.В. Радаев, в итоге «малый бизнес выиграл заметно меньше крупного бизнеса, поставщики не получили заметных преимуществ по сравнению с розничными сетями, а вместо конечных потребителей бенефициарами новых условий стали скорее чиновники»[1]. Нам трудно без детального изучения этого специального вопроса согласиться или не согласиться с В.В. Радаевым в этой оценке. Тем не менее такого рода неудачи в достижении целей введения сколько-нибудь интенсивного и масштабного регулирования содержания договорных отношений случаются достаточно часто, а для российского правотворчества являются чуть ли не правилом.

Но даже если бы государство было способно принимать решения, которые оказываются лучшими, чем те, которые естественным образом вытекают из рыночных процессов, возникает проблема стимулов к обеспечению общественного блага. Дело в том, что современные экономисты, политологи и юристы перестали верить в дескриптивную точность и принципиальную реализуемость концепции бюрократии как инсти-

[1] *Радаев В.В.* Возвращение государства к регулированию внутренней торговли в России: анализ процесса разработки, обсуждения и первые последствия принятия Федерального закона о торговле // Государственное регулирование торговой деятельности: основы и противоречия. М., 2011. С. 59.

тута, единственная цель существования которого состоит в обеспечении общественного блага.

Государство, как показывает современная теория публичного (общественного) выбора (public choice theory)[1], не представляет собой некий единый мозговой центр, озабоченный национальным процветанием и справедливостью для всех. Эти идеалистические представления опровергнуты печальным опытом существования государств под властью авторитарных и тоталитарных правителей, а также достаточно циничными реалиями функционирования более или менее демократических государств Нового времени. Современное государство, являющееся или объявляющее себя демократичным, преимущественно состоит из тысяч бюрократов, значительная часть которых либо некомпетентна и плохо образованна, либо коррумпированна и эгоистична, либо не имеет достаточных стимулов, чтобы искренне и всерьез просчитывать наиболее разумные решения, которые следовало бы принимать их гражданам. Законотворчество находится под сильнейшим лоббистским давлением, а политические партии лавируют между лоббистами и «группами специальных интересов», дабы не обмануть ожидания спонсоров, поддержавших их политические кампании или банально их коррумпировавших, и одновременно не сильно подорвать свой имидж в глазах избирателей и шансы быть переизбранными и продолжить максимизировать (или даже капитализировать) свой политический ресурс. Суды же во многих странах либо коррумпированны, либо катастрофически перегружены, либо крайне далеки от реалий рынка, что даже их самые искренние попытки скорректировать волю контрагентов часто оказываются крайне неудачными.

Насколько можно доверять рациональности такого регулятора? Можем ли мы допускать, что мнения бюрократов в отношении параметров экономического обмена окажутся в большинстве случаев более рациональными, чем мнения заинтересованных в обеспечении собственных интересов участников оборота?

Думается, что при наличии всех этих проблем радикально отрицать полезную роль государственного вмешательства невозможно, но верить в то, что государство в масштабном формате или достаточно интенсивно способно заменять своей волей автономию воли дееспособных граждан и предпринимателей и при этом обеспечить лучшие результаты, было бы верхом «регуляторного идеализма».

С учетом этого стоит согласиться с английским философом и экономистом Генри Сиджвиком, который писал, что «вовсе не очевидно, что в тех случаях, когда не работает принцип laissez-faire, целесообраз-

[1] См. подробнее: *Мюллер Д.* Общественный выбор III. М., 2007.

но государственное вмешательство, поскольку неизбежные отрицательные стороны последнего могут в любом конкретном случае перевешивать недостатки частного предпринимательства»[1]. Как минимум часто государство испытывает не меньшие сложности при попытке эффективного и справедливого распределения благ, чем рыночный механизм даже в случаях его «провалов». Это еще раз подчеркивает, что если мы имеем некоторые несовершенства рыночного процесса, это отнюдь не означает, что попытки государства скорректировать эти сбои могут улучшить положение. Любое решение об ограничении свободы договора и опровержении данной базовой презумпции может быть принято только с учетом оценки реальных возможностей государственных институтов и сравнительной эффективности государственного вмешательства в качестве «лекарства» от «болезней» рынка.

§ 6. Некоторые уточнения

Здесь во избежание недопонимания следует сделать важную оговорку. Все вышеприведенные тезисы про преимущественно рациональное поведение человека как лучшего оценщика собственных интересов, Парето-оптимизацию, механику превращения миллионов подобных обоюдовыгодных сделок в основание для роста общего благосостояния и издержки введения ограничений свободы договора носят сугубо презумптивный характер. Все вышеизложенные выводы верны, но лишь в качестве общего правила. На самом же деле существует множество ситуаций, когда эта логика не срабатывает или искажается.

Так, далеко не всегда на рынке имеется достаточно высокая конкуренция. Как уже отмечалось, монополизм влечет менее экономически эффективное состояние рынка, что в ряде случаев, по мнению большинства экономистов и юристов, вполне может оправдывать осторожное и продуманное ценовое регулирование и иные ограничения договорной свободы.

Далеко не всегда контрагенты (например, потребители) способны просчитать все последствия заключения сложных сделок, оценить их эффективность и последствия заключения. Поэтому в ряде случаев полагаться на рациональный выбор контрагентов будет большой ошибкой. Сбой в рациональности усиливается тогда, когда сделка заключается в ситуации явного неравенства переговорных возможностей (в том числе информационной асимметрии).

Мы также далеки от абсолютизации тезиса о некомпетентности государства. Сказанное в предыдущих параграфах отнюдь не означает,

[1] *Sidgwick H.* Principles of Political Economy. 1887 (цит. по: *Zwolinski M.* Price Gouging and Market Failure // New Essays on Philosophy, Politics and Economics: Integration and Common Research Projects / Ed. by G. Gaus and C. Favor. 2010. P. 333 ff).

что государство в принципе не способно контролировать договорные условия или вводить иные ограничения договорной свободы вовсе. Очевидно, что современные бюрократы ведущих стран в целом намного более профессиональны и компетентны, чем они были в XVIII в. В развитых странах коррупция не столь распространена и существуют некоторые стимулы к тому, чтобы на государственную службу шли не искатели коррупционной ренты и наиболее бестолковые и ленивые молодые люди, а талантливые карьеристы, а иногда и идеалисты. Во многих случаях феномен кросс-субсидирования не проявляется столь ярко, а негативные побочные эффекты ограничений договорной свободы не оказываются значительными и не перекрывают тех или иных этических, социальных или утилитарных преимуществ такого шага. Соответственно вышеотмеченные риски вряд ли жестко блокируют логику любых апелляций к государству как корректору сбоев рыночного механизма. В ряде случаев эффективность государственной бюрократии может быть достаточной для реализации ограниченного корректирующего или даже планирующего воздействия. Поэтому современное демократическое государство может в целом проводить осторожные меры по ограниченной коррекции тех или иных проявлений договорной свободы.

Мы лишь хотим привлечь внимание к тем рискам, которые с такого рода искажениями рыночных процессов бывают зачастую сопряжены, и к тому, насколько важны крайне осторожное отношение к вопросам ограничения договорной свободы и стремление просчитать все связанные с этим последствия. Интенсификация вовлечения государства в процесс непосредственного контроля и регулирования параметров миллиардов частных трансакций поднимает планку компетенции настолько высоко, что даже самая эффективная бюрократия не способна обеспечивать соответствие ей в сколько-нибудь масштабном формате. Серьезные проблемы, которые государство начинает испытывать, пытаясь ограничить цены монополистов как в России, так и в других странах, лишь подтверждают проблему неполноты информации и компетенции и демонстрируют, что на бюрократию как на субъекта, способного диктовать условия и параметры рыночного обмена, полагаться если и можно, то в исключительных случаях и крайне осторожно.

Основная функция государства, как справедливо считали представители ордолиберальной экономической школы, все-таки состоит в формировании институциональных условий и поддержании «правил игры», правовых рамок, внутри которых должен осуществляться свободный рыночный оборот. Государство должно помогать рынку, осуществляя налоговые и иные формы стимулирования, формируя благоприятную

институциональную среду или осуществляя военное и политическое покровительство национальной буржуазии, но не подменять его, пытаясь налево и направо ограничивать договорную свободу.

В итоге нельзя сказать, что ограничения свободы договора не могут быть допущены. Просто следует более четко просчитывать последствия принимаемых мер, трезво оценивать возможности бюрократов и осознавать, что для преодоления презумпции рационального выбора и вытекающей из нее производной презумпции свободы договора должны быть приведены достаточно весомые политико-правовые аргументы и по возможности учтены все краткосрочные и долгосрочные издержки «плановой» альтернативы.

Презумпция свободы договора основана на значительном эмпирическом опыте, подтверждающем то, что в большинстве случаев на теорию рационального выбора можно в целом полагаться. Раз уж в большинстве случаев такая модель срабатывает лучше, чем иные альтернативы, с точки зрения экономии интеллектуальных усилий проще принять ее в качестве презумпции, опровергаемой лишь при наличии убедительных аргументов в пользу того, что в данном конкретном случае презумпция несостоятельна.

Такой подход в целом достаточно характерен для экономической науки. Накапливая эмпирический материал, экономисты упрощают реальность, вычленяя из своих наблюдений некие повторяющиеся закономерности, причинно-следственные связи и иные взаимосвязи, а затем создают на их основе презумпции и обращаются к детальному поиску тех случаев, когда эти презумпции подтверждаются или опровергаются. Верность этих презумпций определяется способностью объяснить и предсказать экономическое поведение людей и реальные социально-экономические феномены *в большинстве случаев*[1].

Эти базовые презумпции формируют экономическую основу интересующей нас правовой презумпции – принципа свободы договора. При этом становится понятно, что если первичные презумпции оказываются устойчиво опровергаемыми в конкретных условиях, то как минимум экономическая обоснованность идеи держаться вторичной презумпции свободы договора начинает подвергаться сомнению. В тех случаях, в которых экономическая наука, здравый смысл и эмпирический опыт не указывают нам на примеры регулярного сбоя этих базовых экономических презумпций, экономическая логика безусловно поддерживает принцип свободы договора.

[1] Этот постулат современной экономической науки был наиболее ярко представлен Милтоном Фридманом в одной из его наиболее известных статей. См.: *Фридман М.* Методология позитивной экономической науки // THESIS. Т. 2. Вып. 4. 1994. С. 20–52 (текст доступен в Интернете на сайте: http://igiti.hse.ru/Editions/THESIS/Issue4).

Глава 2. Этические предпосылки принципа свободы договора

§ 1. Свобода договора и идея негативной свободы

Как мы уже отмечали, объяснить феномен договорной свободы на основе анализа исключительно утилитарных соображений вряд ли возможно.

В зарубежной правовой науке принцип свободы договора часто увязывается с развитием идеалов личной свободы и индивидуализма в целом.

Для начала стоит вкратце остановиться на вопросе о том, что же такое личная свобода. Несмотря на кажущуюся очевидность ответа, философы и юристы десятилетиями ломают научные копья, пытаясь истолковать это на самом деле крайне сложное понятие[1].

Основные споры как минимум последние два века велись в отношении узкого и более широкого понимания свободы. Исайя Берлин в своей знаменитой статье «Две концепции свободы»[2] сформулировал достаточно четко суть этого спора. Одни видели и видят в свободе только гарантию от вмешательства в сферу свободного выбора со стороны государства и других лиц («свобода от», негативная свобода). Другие же под свободой понимают в первую очередь свободу иметь необходимые возможности для реализации своих желаний и потенциала («свобода для», позитивная свобода).

Многие либертарианцы, такие, например, как Хайек[3], защищают идею негативной свободы как единственную форму настоящей свободы индивида, считая, что последовательное проведение в жизнь политики обеспечения позитивной свободы чревато формированием тоталитарного государства. В то же время ряд других философов и политиков считают, что личная свобода от чьего-либо внешнего вмешательства и принуждения сугубо формальна и этически бессмысленна, пока люди не имеют свободы реализовывать себя, т.е. свободы реальных возможностей[4]. Последнюю идею достаточно радикально защищали многие марксисты, которые считали, что истинная свобода не может быть достигнута, пока не разрушено классовое общество и не воздвигнута коммунистическая идиллия, обеспечивающая людям равные возможности[5].

---

[1] Подробный обзор различных теорий свободы см.: *Pettit M.* Jr. Freedom, Freedom of Contract and the «Rise and Fall» // 79 Boston University Law Review. 1999. P. 263 ff.

[2] *Берлин И.* Две концепции свободы // Современный либерализм. М., 1998. С. 19–43.

[3] *Hayek F.A.* The Constitution of Liberty. 1960. P. 11.

[4] Подробнее об этих спорах см.: Positive and Negative Freedom // Stanford Encyclopedia of Philosophy (доступно в Интернете на сайте: http://plato.stanford.edu/entries/liberty-positive-negative).

[5] В.И. Ленин писал, что «свобода капиталистического общества всегда остается приблизительно такой же, какова была свобода в древних греческих республиках: свобода

Думается, что по существу этот спор является чисто терминологическим, так как понятие свободы является всего лишь очередным термином, содержание которого определяется соответствующей конвенциональной семантикой. Поэтому в принципе люди могут обозначить в качестве свободы все, что им заблагорассудится. Более того, на наш взгляд, очевидно, что здесь мы имеем дело с «сущностно» оспариваемым понятием (essentially contested concept), т.е. с такой концепцией, которая в семантическом плане в принципе не предполагает возможность выявления некоторого признаваемого всеми смысла и продуцирует «вечные» споры о своем значении[1]. Точно такие же споры ведутся в отношении того, что есть право, государство, любовь, культура, справедливость, добро и зло и т.п. Они будут продолжаться вечно.

Несмотря на это, реальная ставка в спорах о семантике таких понятий имеется и состоит в том, что некоторые понятия благодаря длительному использованию и укоренению в нашей культуре вызывают у людей бессознательные реакции одобрения или отвержения. Соответственно когда кто-то пытается утвердить идею о применимости некого широко используемого понятия в неком смысловом контексте, он вольно или невольно стремится либо закрепить, либо изменить наше отношение к тем или иным вполне реальным вещам.

Свобода является популярным понятием и вызывает у людей крайне позитивные ассоциации. Поэтому аргумент о свободе в спорах о конкретной регулятивной политике имеет особый вес в силу его способности влиять на общественное мнение. Когда политик хочет добавить моральной легитимности идее невмешательства в работу финансовых рынков, он может ссылаться на то, что такая политика защищает ценности свободы, придавая за счет такого приема дополнительную риторическую, убеждающую силу своим регулятивным решениям. И наоборот, другой политик, желающий ограничить естественное функционирование рынка, может также привести в основание своего решения аргумент о свободе, ссылаясь на то, что такое ограничение способствует обеспечению большей свободы людей. Так, например, введение максимальной продолжительности рабочей недели может оправдываться политиками, экономистами или юристами тем, что оставление рабочего один на один с более мощным с точки зрения переговорных возможностей работодателем означает допустить подлинное закабаление

для рабовладельцев» (цит. по: *Розин Э.* Ленинская мифология государства. М.: Юристъ, 1996. С. 136, 137).

[1] Автор столь популярной теперь в зарубежной науке идеи «сущностно оспариваемых понятий» Уолтер Галли относил, в частности, к таким понятиям концепцию демократии, справедливости, искусства, религиозности и т.п. (см.: *Gallie W.B.* Essentially Contested Concepts // Proceedings of the Aristotelian Society. New Series. Vol. 56. 1955–1956. P. 167–198).

и попрание истинной свободы индивида. В обоих контекстах ссылка на необходимость защиты свободы используется как аргумент в пользу вполне конкретных, но прямо противоположных мер регулятивной политики государства. И интервенционисты, и сторонники дерегулирования и минимизации государства в экономике прикрываются понятием свободы, пытаясь тем самым склонить общественность к поддержке своих идей. Этот странный парадокс становится возможным в силу того, что каждая из сторон этого противостояния понимает под свободой разные идеалы.

Иначе говоря, в современном общественно-политическом дискурсе нет единства в этом базовом терминологическом споре о понятии свободы, так как в конечном счете за ним стоят разные представления о допустимой роли государственного вмешательства в сферу частной автономии. А лингвистические игры вокруг значения понятия свободы зачастую лишь прикрывают истинные политические и идеологические предпочтения участников этих споров[1].

Мы здесь не будем погружаться в анализ влияния спорного понятия позитивной свободы на сферу договорной свободы[2] и попытаемся определить, как связана с договорной свободой идея негативной свободы (т.е. свободы от принуждения).

Как признают многие исследователи, расширение сферы личной негативной свободы в развитых странах последних столетий приводило к укреплению веры в важность свободы экономической и свободы вступления в договорные отношения в частности. Но настолько ли очевидно это объяснение?

Представим вначале ситуацию заключения добровольной сделки, каждая из сторон которой хочет ее исполнения как в момент заключения, так и впоследствии. В такой ситуации ограничение свободы договора государством (например, посредством запрещения возмездных сексуальных услуг) является, без сомнения, попранием идеала негативной свободы. Если государство запрещает операцию, которую контрагенты хотят совершить, оно ограничивает их негативную свободу независимо от того, оправдан этот шаг другими политико-правовыми соображениями или нет. Если человек решил реализовать себя в данной сделке и впоследствии не передумал, государство конечно же может ограничивать свободу договора, но здесь мы имеем типичный пример патернализма (т.е. игнорирования государством воли граждан ради их

[1] Близкую оценку данного спора о понятии свободы см.: *Pettit M.*, Jr. Freedom, Freedom of Contract and the «Rise and Fall» // 79 Boston University Law Review. 1999. P. 279, 280.

[2] Об анализе ограничений договорной свободы через призму принципов негативной и позитивной свободы см.: *Kenny M.*, *Devenney J.*, *O'Mahony L.F.* Unconscionability in European Private Financial Transactions: Protecting the Vulnerable. 2010. P. 9.

же собственных интересов) или защиты интересов третьих лиц, общественных или публичных интересов. Соответственно в описанной ситуации свобода договора действительно вытекает из идеалов негативной свободы, а ограничения свободы договора ограничивают личную негативную свободу – возможность гражданина вести себя по своему собственному разумению.

Теперь рассмотрим другой случай. Допустим, что стороны заключили добровольную сделку, но впоследствии одна из сторон оспаривает те или иные ее условия или сделку в целом, и встает вопрос о допустимости ограничения свободы договора. Как мы видим, здесь одна из сторон после заключения договора и выражения своего волеизъявления передумала. В такой ситуации, если государство будет придерживаться идеи свободы договора и связанного с нею принципа pacta sunt servanda, это будет явным образом ограничивать негативную свободу передумавшей стороны. Негативная свобода отражается в добровольном обмене. Но когда одна сторона уклоняется от исполнения, а контрагент требует от государства привести договор в исполнение, он, по сути, требует от государства не устранения, а активного вмешательства в отношения сторон и той или иной формы принуждения другой стороны. Если же государство ограничит свободу договора (признав то или иное условие ничтожным или не придав ему судебную защиту), то оно, наоборот, защитит негативную свободу «уклониста» от договорных пут.

Иначе говоря, если мы берем в фокус нашего внимания соотношение свободы договора и негативной свободы, то становится очевидно, что реализация государством тактики невмешательства может быть однозначно оправдана ценностями негативной свободы тогда, когда речь идет о сделке, ни одна из сторон которой не передумала ее исполнять. Если же одна из сторон оспаривает условия заключенного договора, то воздержание государства от ограничения свободы договора и применение им мер принуждения, наоборот, ограничивают негативную свободу.

Тем не менее и в этом последнем случае негативная свобода ограничивается, хотя и косвенным образом. Как только то или иное императивное ограничение свободы договора, спровоцированное нежеланием одной из сторон конкретного договора его исполнять, закрепляется в правовой системе на уровне судебной практики, это, по сути, ex ante блокирует согласование подобных условий в будущем. В большинстве случаев контрагенты не могут быть уверены в том, что их партнеры не передумают исполнять договор добровольно и дело не окажется в суде. Соответственно осознание юридической ничтожности или как минимум оспоримости соответствующих условий практически исключает возможность их включения в договоры, заключаемые в дальнейшем. А это косвенным образом ограничивает сферу свободы определе-

ния параметров обмена в отношении всех последующих сделок такого рода даже тогда, когда в конкретном случае соответствующее условие будет выгодным и желаемым обоими контрагентами.

Соответственно встает вопрос: означает ли сказанное, что и применительно к ограничениям свободы договора в интересах «уклониста» можно говорить об ограничении негативной свободы от принуждения? Можно ли отказ правовой системы осуществлять принудительное исполнение договорных условий атаковать с позиции негативной свободы граждан? Думается, что в целом на эти вопросы следует ответить утвердительно, только с той оговоркой, что такие ограничения свободы договора ущемляют негативную свободу не тех конкретных контрагентов, кто, заключив договоры с такими запрещенными условиями, их впоследствии добровольно не исполняет, а косвенно блокируют негативную свободу других участников оборота такие условия договора согласовывать.

С учетом этого, думается, не стоит упрощать взаимосвязь развернувшейся в XIX в. борьбы за свободу граждан от государственного принуждения и расширение сферы договорной свободы. Рост популярности идеи личной негативной свободы от принуждения, безусловно, напрямую влиял на расширение сферы применения принципа свободы договора как свободы определять условия сделки по собственному усмотрению и без диктата со стороны государства и общества. Но с учетом того, что расширение сферы свободы договора и придание условиям договора силы государственного принуждения во многих случаях как раз ограничивают негативную свободу конкретного участника сделки, передумавшего ее исполнять, это влияние не было столь однозначным.

Таким образом, думается, взаимосвязь между этикой свободы и принципом свободы договора преувеличивать не стоит. Она, безусловно, присутствует в случаях ограничения договорной свободы в общественных и публичных интересах, но гораздо менее однозначна применительно к случаям патерналистской защиты от несправедливости договорных условий. Как представляется, отказ от милосердия к тому, кто передумал исполнять договор и просит суд освободить его от условий договора, с этической точки зрения объясняется скорее всего не столько ростом популярности этики негативной свободы, сколько возвышением ценностей индивидуализма, «контрактаризацией» общественных отношений и падением популярности ценностей солидарности и коллективизма.

§ 2. Свобода договора и индивидуализм

Как было показано в исторической части книги, возвышение принципа свободы договора в XIX в. совпало по времени с беспрецедентным по своей интенсивности процессом разрушения коллективистских эти-

ческих установок и социальной солидарности, с популяризацией идеалов индивидуализма. И это совпадение не случайно. Два данных процесса находятся в очевидной каузальной взаимосвязи.

Когда индивид перестает рассматриваться преимущественно как элемент группы (общины, цеха, сословия или нации) и добивается признания своей автономии, это не означает, что люди перестают друг с другом взаимодействовать, а предполагает, что это взаимодействие начинает выстраиваться преимущественно на контрактных началах. Как уже отмечалось, важнейшая ценность любого общества – это порядок, защищенность от хаоса. Если в коллективистской парадигме человеческого развития само содержание этого порядка не зависело от воли индивида и навязывалось ему авторитетом группы, традиции или религии либо определялось по воле государства, то в XIX в. удельный вес этого «навязанного порядка» резко снизился. Навязанный порядок в значительной степени был замещен порядком частноправовым, контрактным. Отсюда и экспансия договорной свободы. Без утверждения этого правового принципа взамен старой коллективистской догмы общество погрузилось бы в тотальный хаос.

Борьба за свободу граждан от вмешательства государства в частные дела не исключала необходимость порядка в их отношениях и не ставила под сомнение необходимость принуждения (если не брать во внимание взгляды радикальных сторонников анархо-капитализма). Классический либерализм (например, в лице Джона Стюарта Милля) боролся за то, чтобы это принуждение осуществлялось в меньшей степени по инициативе государства и по его субъективному усмотрению и в большей степени – на основе заключенных гражданами контрактов. Речь, по сути, шла не столько об отказе от ограничений негативной свободы, сколько об изменении модели ее ограничения. Либералы XIX в. требовали заменить государственное принуждение по воле государства на государственное принуждение по воле частных лиц, в отличие от анархистов желая не отказаться от государственного аппарата принуждения как такового, а поставить его на службу интересам субъектов частного права. Свобода от принуждения со стороны государства превозносилась, в то время как свобода от государственного принуждения, инициированного кредитором по договору, всячески подавлялась.

Поэтому судьба свободы договора в значительной степени следовала истории борьбы коллективистской, механической солидарности с идеалами солидарности органической, контрактной. В настоящих условиях, как уже отмечалось, в западных странах сформировался некий относительно устойчивый консенсус, основанный на презумпции автономии частной воли, ограниченной некоторыми элементами прежней коллективистской этической парадигмы (например, защита сла-

бой стороны договора). Именно индивид является субъектом, определяющим направление и содержание своих экономических, личных и иных взаимодействий с другими людьми. Общество навязывает ему это взаимодействие и его содержание в порядке исключения и только тогда, когда некие весомые аргументы преодолевают данную презумпцию частной автономии.

Этот этический консенсус признает допустимость эксплуатации фактического неравенства сторон, предполагает, что при контрактном взаимодействии само содержание этого частноправового порядка может оказаться преимущественно подчиненным интересам более сильного, рационального, хитрого контрагента и готово до известных пределов мириться с вытекающей отсюда несправедливостью. Индивидуализм предполагает ответственность лица за свои решения и несение рисков собственных просчетов или слабости. Более того, этот современный базовый консенсус предполагает толерантное отношение общества и государства и к тем случаям, когда свободная воля сторон устанавливает порядок, невыгодный не только одной из сторон, но и обеим сторонам договора и даже противоречащий интересам общества в целом. Альтернативой этим издержкам индивидуализма является попрание частной воли и подчинение ее воле коллектива (общества или государства), что в условиях сложившегося западного консенсуса является худшим из двух зол. Именно поэтому доминирование ценностей индивидуализма стало одной из важнейших политико-правовых опор современного понимания принципа свободы договора как базовой частноправовой презумпции.

Безусловно, господствующий ныне этический консенсус в ряде случаев особой несправедливости или общественной вредности определенного сторонами содержания своего взаимодействия допускает преодоление презумпции и вмешательство общества и государства. Тем самым обеспечивается локальная победа коллективистских идеалов солидарности и справедливости, а также общественных или государственных интересов над результатом соединения воль индивидов, но сам по себе исключительный характер такой интервенции подтверждает презумпцию свободы договора как проявление господства ценностей индивидуализма.

Глава 3. Выводы

В завершение этого раздела мы должны констатировать, что анализ доминирующих западных экономических и этических воззрений, которые хотя и с трудом, но пробивают себе дорогу и в нашей стране,

подтверждает роль принципа свободы договора как опровержимой презумпции.

Выше мы показали, что становление принципа свободы договора как центрального принципа гражданского права в XIX в. и его развитие в XX в. в странах Запада происходили под влиянием двух основных политико-правовых факторов. С одной стороны, огромное значение имели возникновение классической экономической теории в конце XVIII – начале XIX в. и реальные экономические успехи тех государств (например, Англия, Голландия и США), которые более последовательно проводили в жизнь установки рыночной экономической парадигмы. С другой стороны, не менее важную роль играли популяризация в интеллектуальных кругах и формальное конституционное закрепление либеральной этики и индивидуалистических ценностей[1].

Если первый источник формирования принципа свободы договора можно назвать индуктивным и утилитарным, так как он опирался на эмпирически подтвержденные представления о позитивных для экономики последствиях его реализации, то второй можно назвать дедуктивным и деонтологическим, так как он представлял собой выведение конкретного принципа из этических ценностей и универсальных представлений о природе человека и априорно должном порядке его взаимодействия с другими людьми.

С учетом отмеченных экономических и этических оснований реальная законодательная и судебная политика и в конце концов ученые правоведы все время возвращаются к верности изначальной антидогматичной идеи, которую наметил Адам Смит и впоследствии четко сформулировал Джон Стюарт Милль, – идеи о том, что свобода экономического обмена и свобода договора в частности носят характер опровержимых презумпций. Свобода договора является экономически и этически оптимальной *как правило*, а отступления от этой презумпции должны быть серьезно обоснованы соображениями общего блага, справедливости, экономической эффективности или иными политико-правовыми аргументами. При таком подходе колебания на оси между радикальной свободой договора в духе laissez-faire и активным интервенционизмом

[1] Артур Шренкофф убедительно показал, что развитие идеи свободы договора с самых древних времен и вплоть до «золотого» XIX в. свободы договора происходило под влиянием как экономического (капиталистического), так и этического (либерального) импульсов. Усиление оных по мере экономического и культурного прогресса человечества сформировало условия для возвышения принципа свободы договора. Равным образом вызовы идее свободы договора, брошенные в XX в., также предопределены как сложностями, которые возникли в области рыночной экономики, так и усложнением доминирующих этических установок. См.: *Chrenkoff A.* Freedom of Contract: A New Look at the History and Future of the Idea // 21 Australian Journal of Legal Philosophy. 1996. P. 37 ff.

и патернализмом внутри общей рыночной парадигмы зависят от места и времени и предопределяются доминирующими в конкретном регионе и в соответствующий период представлениями о роли государства в экономическом развитии.

Данная презумптивная логика принципа свободы договора носит достаточно гибкий характер. Она может успешно функционировать как средство отражения в рамках общей рыночной экономической парадигмы любых очередных колебаний на оси между крайним либертарианством и жестким социальным дарвинизмом, с одной стороны, и государственным интервенционизмом и патернализмом в духе теории всеобщего благосостояния – с другой. Но она же в состоянии с успехом учесть и колебания в доминирующих этических воззрениях, происходящих внутри современного либерального этического консенсуса на оси между ценностями крайнего индивидуализма, с одной стороны, и коллективистской солидарностью – с другой.

Как мы видели, история XIX–XX вв. показывает нам множество примеров расширения и сужения сферы свободы договора вслед за изменениями в доминирующей экономической и этической идеологии и реальных социально-экономических условиях. При всех различиях правового режима, существовавшего и существующего в странах общего и романо-германского права, данная универсальная закономерность прослеживается в обеих группах стран. Как в Европе, так и в США XIX в. был веком расширения свободы договора по экспоненте вплоть до утверждения крайне либерального режима laissez-faire в таких странах, как Англия и США, а XX в. показал снижение веры в абсолют свободы договора, увеличение государственного вмешательства в сферу автономии воли сторон и усиление явного патернализма. Кроме того, во многих странах в 1980–1990-е гг. мы наблюдали тактическое усиление идеологии экономической свободы и снятие многих ограничений свободы договора в частности. И наконец, есть основания предполагать, что по обе стороны Атлантики развернувшаяся в 2008 г. экономическая рецессия вновь качнет маятник в сторону ограничения договорной свободы.

При этом, безусловно, амплитуда этих колебаний в разных странах в силу той или иной национальной специфики и политической конъюнктуры может различаться, но общие этические установки христианской цивилизации, близость социальной структуры обществ и реальность рыночного капитализма создают унифицированные условия, в общем и целом «выталкивающие» западные страны на общую траекторию эволюции договорной свободы.

Все эти колебания не ломают саму рыночную экономическую парадигму и либеральную западную ценностную систему, по крайней мере

пока свобода договора сохраняется в качестве презумпции, а отступления от нее требуют серьезной политико-правовой аргументации. Сохранение этой фундаментальной для рыночной экономики и современной либеральной этики правовой презумпции является необходимым условием их существования. Соответственно, учитывая либеральный экономический и этический выбор своей страны, закрепленный в нормах ее конституции, юрист не может игнорировать данную «железную логику» договорной свободы.

Отступление от идеи свободы договора как базовой частноправовой презумпции будет означать смертельный удар по рыночной экономике как таковой и создавать существенную угрозу сохранению современной западной этики индивидуализма и свободы. Не случайно социально-экономический порядок, установленный многими тоталитарными режимами в XX в., чаще всего либо вовсе отвергал идею свободы договора (сталинизм в СССР), либо значительно ее подавлял (национал-социализм в Германии).

Таким образом, транслируя базовые установки доминирующих на данный момент в экономике и этике представлений и социально-экономических реалий непосредственно в сферу частного права, мы получаем следующие принципы, в самом общем виде определяющие политико-правовые основания и пределы принципа свободы договора:

1) полностью дееспособные участники оборота по общему правилу вправе по собственному усмотрению и добровольно заключать любые контракты с любыми контрагентами по любым ценам и с любыми иными условиями;

2) государство по общему правилу должно предоставлять таким сделкам судебную защиту и воздерживаться от каких-либо ограничений;

3) опровержение двух вышеуказанных презумпций возможно в порядке исключения в тех случаях, когда это убедительно обосновано более весомыми политико-правовыми (экономическими, этическими или иными) аргументами, чем та очевидная общественная польза, которую, как правило, свобода договора приносит, и та важнейшая этическая ценность, которой эта свобода обладает;

4) бремя доказывания необходимости отступления от презумпций договорной свободы и судебной защиты договорных обязательств возлагается на того, кто это предлагает.

Данные идеи ни в коем случае не являются новеллами в правовой науке. Именно так, как мы видели, смотрели на допустимую сферу свободы договора многие великие экономисты и юристы прошлого (начиная, пожалуй, с Милля и Холмса). Именно эта идея поддерживается большинством специалистов в сфере договорного права в мире и абсо-

лютно доминирует в правовых системах развитых стран[1]. Как выразил эту мысль судья Джордж Саверлэнд, оформивший мнение большинства в решении Верховного суда США по громкому делу *Adkins v. Children's Hospital* в 1923 г., «не существует такого феномена, как абсолютная свобода договора», вместо этого «свобода договора является... общим правилом, а ее ограничение исключением... оправданным только наличием исключительных обстоятельств».

В дальнейшем в рамках настоящей работы мы будем исходить именно из этой теории, пытаясь отыскать те основания и модели ограничения свободы договора, которые заслуживают поддержки, и поставить под сомнение те из них, которые правовая система, существующая или претендующая на существование в рамках либеральной экономической или этической парадигмы, не приемлет.

[1] См.: *Burrows P.* Analyzing Legal Paternalism // 15 International Review of Law and Economics. 1995. P. 503; *Mayer D.N.* The Myth of «Laissez-Faire Constitutionalism»: Liberty of Contract During the Lochner Era // 36 Hastings Constitutional Law Quarterly. 2008–2009. P. 258; *Williston S.* Freedom of Contract // 6 The Cornell Law Quarterly. 1920–1921. P. 379.

РАЗДЕЛ IV. ПОЛИТИКО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВАНИЯ ОГРАНИЧЕНИЯ ДОГОВОРНОЙ СВОБОДЫ

Глава 1. Общие вопросы

§ 1. Релевантные политико-правовые ценности

Как мы показали выше, смысл признания принципа свободы договора в качестве опровержимой презумпции состоит именно в том, что в отдельных случаях от этого принципа возможен отход. Соответственно для юриста наиболее важный вопрос – это вопрос о том, когда же опровержение такой презумпции является оправданным.

Здесь следует сразу оговориться, что под основанием введения ограничения договорной свободы мы понимаем не тот признанный в позитивном праве инструмент, который позволяет ограничить свободу договора (например, ex ante императивная норма или применение судом ex post принципа недопустимости злоупотребления договорной свободой), а *причину* введения в позитивное право или применения такого инструмента.

Здесь мы попытаемся привести анализ наиболее типичных случаев, когда право, согласно нашим взглядам и мнению большинства западных юристов и экономистов, может ограничивать содержательную свободу договора (т.е. право сторон по собственному усмотрению определять тип, предмет и условия контрактов).

В общем и целом следует выделить этические и утилитарные соображения, оправдывающие введение тех или иных инструментов ограничения договорной свободы. Все признаваемые в развитых странах ограничения свободы договора могут быть объяснены либо тем, что воля сторон в той или иной форме противоречит определенным этическим стандартам (этический аргумент), либо тем, что воля сторон приводит к некоторым общественно вредным последствиям (утилитарный аргумент).

Опыт анализа российского права показывает, что может встречаться и третий аргумент – догматический. Его использование приводит к тому, что свобода договора ограничивается во имя сохранения си-

стемной согласованности позитивного права, архитектоники укорененных в традициях национальной юриспруденции правовых концепций или «чистоты» юридических конструкций. В этом случае юрист придает этическим ценностям и утилитарным соображениям, подкрепляющим принцип свободы договора, меньшее значение, чем соображениям формальной логики, которые могут подталкивать к выводу об ограничении свободы договора.

Применительно к этому последнему основанию следует заметить следующее. Мы глубоко убеждены в том, что позитивное право и государство, которое за этим правом стоит, не могут позволить себе ограничивать свободу договора без достаточных политико-правовых оснований, руководствуясь исключительно соображениями формальной логики и систематики права. Догматическая составляющая может оказывать влияние на принятие правотворческих решений применительно к ограничению свободы договора только в той мере, в какой за соответствующими конструкциями, концепциями, понятиями и классификациями стоят осознанные и сохранившие свою актуальность в современном политико-правовом контексте утилитарные и этические ценности. Поэтому в настоящем разделе мы сконцентрируемся именно на политико-правовых основаниях ограничения свободы договора.

При этом следует также обратить внимание на то, что многие конкретные резоны ограничения свободы договора могут быть в равной степени обоснованы соображениями как этики (например, справедливости), так и общественной пользы (например, экономической эффективности).

В этом нет ничего удивительного. Прямой научный анализ экономической эффективности как один из подходов выявления утилитарно приемлемых решений стал возможен только с развитием экономической науки в XVIII–XX вв. Долгие годы до этого и во многом до сих пор законодатели и иные правотворцы нащупывали наиболее оправданные с политико-правовой точки зрения решения, используя в качестве своего рода эвристики субъективное ощущение доминирующих в обществе моральных принципов или собственные этические установки. И, как ни странно, эти найденные путем этической интуиции решения часто (хотя и далеко не всегда) оказывались одновременно оптимальными и с утилитарной точки зрения.

И действительно, давно замечено, что многие укорененные в культуре этические императивы суть результат накопления тысячелетнего опыта поиска наиболее утилитарно приемлемых решений. Так, например, часто то, что считается справедливым, на поверку оказывается тем, что по крайней мере в момент укоренения данной ценности влекло наиболее целесообразный для общества и экономически эффективный в частности результат (хотя бы и в долгосрочной перспективе).

Мы здесь не собираемся отстаивать крайне дискуссионный тезис тех утилитаристов или прагматиков, кто уравнивает справедливость и утилитарную полезность (или экономическую эффективность)[1]. Безусловно, этика куда более консервативна, чем расчеты экономической эффективности или иные утилитарные соображения. Например, если ученые мужи и доминирующая в обществе элита пришли к выводу об общественной полезности или вредности того или иного социального феномена, это не значит, что большинство общества столь же быстро интернализирует эти новые утилитарные взгляды в качестве этически верных и аксиоматичных. Новый взгляд конечно же в конце концов может быть принят большинством (если он действительно основан на верном утилитарном расчете), но в любом случае не сразу, а с большими и неизбежными трениями. Такова природа этической инерции. Новые этические установки, подкрепленные изменениями в социально-экономическом базисе, иногда усваиваются на протяжении поколений. Соответственно то, что можно в тот или иной момент истории признать экономически эффективным и в целом утилитарно полезным, не всегда оказывается этически одобряемым большинством общества, и наоборот.

Тем не менее думается, что в конечном счете не все, но многие наши этические ценности в той или иной форме отражают долгосрочные

[1] Классическую версию этой теории, которая выводит идею морали из общественного интереса, нацеленного на максимизацию счастья и минимизацию страдания для наибольшего числа людей, см.: *Бентам И.* Введение в основания нравственности и законодательства. М., 1998. Современную и более спорную версию того же по сути подхода, по которой в нормах морали отражаются эвристические оценки максимизации экономического благосостояния (wealth-maximization) и преследование роста экономического благосостояния выдвигается в качестве основной и единственной политико-правовой ценности, защищал в своих ранних работах судья Ричард Познер (см.: *Posner R.A.* Utilitarianism, Economics and Legal Theory // 8 Journal of Legal Studies. 1979. P. 103). После крайне острых и продуктивных научных споров с Рональдом Дворкиным, Джулсом Коулманом, Энтони Кронманом и многими другими правоведами на прошедшем в 1980 г. знаменитом научном симпозиуме, посвященном фактору экономической эффективности как политико-правовому критерию, затем вылившихся на страницы научных журналов (см., напр.: *Dworkin R.* Is Wealth a Value? // 9 Journal of Legal Studies. 1980. P. ff; *Coleman J.* Efficiency, Utility and Wealth Maximization // 8 Hofstra Law Review. 1980. P. 509 ff; *Kronman A.T.* Wealth Maximization as a Normative Principle // 9 Journal of Legal Studies. 1980. P. 227 ff; *Posner R.A.* Reply to Some Recent Criticisms of the Efficiency Theory of the Common Law // 9 Hofstra Law Review. 1981. P. 775 ff), Познер был вынужден несколько скорректировать свои взгляды. В последние годы он перестал игнорировать неэкономическую роль морали и видеть в экономической эффективности единственное и исключительное содержание морали и единственную политико-правовую ценность, которую право должно преследовать (см.: *Познер Р.* Экономический анализ права. В 2 т. Т. 1. СПб., 2004. С. 15, 19, 37). В целом в своих исследованиях, опубликованных в последние 20 лет, Познер высказывается о морали более осторожно (см.: *Posner R.A.* Overcoming Law. 1995. P. 22; *Posner R.A.* Frontiers of Legal Theory. 2001. P. 95, 96, 124; *Posner R.A.* The Problematics of Moral and Legal Theory. 2002. P. 46, 47).

утилитарные установки[1]. Этика может вбирать в себя столь долгосрочные расчеты общественной пользы, которые обосновать математически невозможно в принципе, что может привести наблюдателя к ошибочному выводу о противоречиях между утилитарно полезным и этически верным. Например, экономисты могут попытаться доказать, что в некоторых условиях, на некоторых видах работ и т.п. рабский труд может оказаться эффективнее свободного. Но современная либеральная этика ответит на любое предложение такого частичного компромисса категорическим отказом и, возможно, будет права исходя из стандартов тех же экономистов, если взять в расчет негативные долгосрочные последствия (например, рост социальной напряженности, риск неконтролируемого выхода рабского труда за изначально заданные условно эффективные рамки и т.п.).

При этом стоит отличать утилитарную приемлемость конкретного решения ad hoc (act utilitarianism, «утилитаризм действия») от более убедительного подхода, оценивающего утилитарную приемлемость такого решения как общего правила для всех аналогичных случаев и учитывающего долгосрочные последствия распространения соответствующей практики (rule utilitarianism, «утилитаризм правил»)[2]. Если утилитаризм действия часто действительно противоречит базовым моральным установкам общества, то «утилитаризм правил» гораздо чаще совпадает с такими этическими стандартами[3].

В то же время вряд ли стоит впадать и в другую крайность. Безусловно, этические стандарты могут опираться и на не утилитарные, духовные соображения, которые благоразумные экономисты не отвергают, но осознанно игнорируют как выходящие за рамки их компетенции. Например, по всей вероятности, экономически можно рассчитать, что добровольный контракт, согласно которому нищий обязуется покончить с собой и завещать свои органы некоему богатому реципиенту взамен берущему на себя обязательства по содержанию семьи нищего, является вполне экономически эффективным, так как отражает реальную оценку собственных интересов контрагентами и увеличивает общее благосостояние: богач остается жив и приносит большую пользу обществу, а донор спасает свою семью и дает возможность детям вырваться из нищеты. Но что бы там ни говорили нам эти расчеты Парето-эф-

[1] Противоположную точку зрения см.: *Сорокин П.А.* Преступление и кара, подвиг и награда: социальный этюд об основных формах общественного поведения и морали. М., 2006. С. 324–326; *Дюркгейм Э.* О разделении общественного труда. Одесса, 1900. С. 9–11.

[2] *Rawls J.* Two Concepts of Rules // 64 Philosophical Review. 1955. P. 3–32.

[3] О разграничении «утилитаризма действия» и «утилитаризма правил» см. также: *Mathis K.* Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. 2009. P. 108.

фективности такой сделки, наше этическое чувство восстанет против такого проявления (кстати, отнюдь не гипотетического) свободы договора и потребует запретить такие аморальные сделки.

Здесь, правда, утилитаристы могут возразить, что сами эти духовные и культурные ценности, опосредовавшие столь бурный моральный протест против таких контрактов, утилитарно детерминированны и на глубинном уровне опираются на некий долгосрочный расчет общественной полезности. Можно, в частности, предположить, что и в отношении запрета на подобные сделки донора с реципиентом решающую роль играет осознание того, что в долгосрочной перспективе распространение такого рода сделок может спровоцировать массовые злоупотребления и принуждение, которые будут подрывать экономическую эффективность и иную утилитарную полезность таких сделок, т.е. в долгосрочном периоде влечь общественно вредные последствия. Тем не менее для нас очевидно, что совпадение того, что является этичным, с тем, что может быть оправданно с точки зрения «утилитаризма правил», отнюдь не всегда предопределено.

Этот спор об абсолютной или утилитарно детерминированной природе этических стандартов, видимо, еще очень долго не будет завершен, так как затрагивает крайне чувствительные и даже отчасти религиозные струны нашего сознания. Лично нам представляется разумной осторожная позиция, которую недавно высказал Ричард Познер, признавший, что «справедливость шире экономики»[1]. Достаточно просто вспомнить про то, что сам критерий общественной полезности, которым утилитаристы мерят те или иные правовые решения, вряд ли может быть ясно определен без использования тех или иных этических стандартов. В конце концов то, что такие известные утилитарные стандарты, как богатство или счастье максимально большего числа людей, являются элементами общего блага, а их приращение это благо увеличивает, является результатом некой этической рефлексии.

В силу сказанного политика права не может быть сведена к поиску экономически эффективных или в силу иных критериев утилитарно приемлемых решений. Право в не меньшей мере есть инструмент обеспечения справедливости, а также ряда иных этических ценностей[2]. Соответственно не столь важно, является ли тот или иной общепризнанный этический стандарт отражением глубинных и неосознанных утилитарных представлений, вытекающих из тысячелетнего опыта человечества, или он имеет иную (например, абсолютную) генеалогию.

[1] *Познер Р.* Экономический анализ права. В 2 т. Т. 1. СПб., 2004. С. 37.

[2] *Posner E.* Contract Law in the Welfare State: A Defense of the Unconscionability Doctrine, Usury Laws, and Related Limitations on the Freedom to Contract // 24 J. Legal Stud. 1995. P. 319.

В контексте вопроса о свободе договора важно то, что в обоих случаях этот стандарт оказывает и должен оказывать непосредственное влияние на принятие тех или иных правотворческих решений и ограничений договорной свободы в частности наравне с непосредственно утилитарными аргументами.

Этические и утилитарные основания правовых норм во многих случаях тесно переплетены, и, как мы далее покажем, ряд признанных ограничений свободы договора действительно может быть объяснен как утилитарно, так и этически. Но часто при анализе политико-правовой оправданности ограничений договорной свободы этические и утилитарные соображения начинают откровенно противоречить друг другу. Предопределить заранее исход подобных политико-правовых коллизий невозможно. В каждом конкретном случае приоритет может быть отдан как одной, так и другой ценности.

Так, например, в ряде случаев ценность справедливости может перевесить любые экономические аргументы. Во многих случаях снижение экономической эффективности является вполне социально приемлемой ценой, которую общество готово платить за решение тех или иных этических проблем. Если экономисты могут проигнорировать проблему справедливости договорных условий, посчитав ее выходящей за рамки доступной им методологии, юрист так поступить не может. Юридический анализ политики права не сводится к одному лишь экономическому анализу или иной форме анализа утилитарной приемлемости соответствующего правила в силу невозможности игнорирования этики как конкурирующей нормативной системы. В профессии юриста поиск справедливости является не менее важной политико-правовой задачей, чем обеспечение условий для экономического процветания.

К аналогичному выводу приходят в том числе и те западные авторы, которые в свое время пытались представить экономическую эффективность в качестве единственной политико-правовой ценности. Так, например, в одной из недавних книг Ричард Познер отметил, что в случаях конфликта между соображениями экономической эффективности и укорененными в обществе моральными интуициями первые отнюдь не всегда должны преодолевать последние. На его взгляд, максимизация экономической эффективности должна рассматриваться в качестве презумптивной политико-правовой ценности, способной быть преодоленной, если в пользу этого шага будут выдвинуты убедительные этические аргументы[1].

Не погружаясь в анализ вопроса о возможности установления такой презумпции, заметим, что при конфликте утилитарных и этических со-

[1] *Posner R.A.* The Problems of Jurisprudence. 1993. P. 360, 375, 387.

ображений выбор правовой системы является результатом попытки сбалансировать эти ценности и найти наилучшие компромиссы (trade-off). Иногда выбор будет сделан в пользу этических принципов. В других же случаях результат политико-правового анализа ограничения договорной свободы может быть противоположным и справедливость или общественная нравственность будут принесены в жертву экономической эффективности или иным утилитарным соображениям[1].

В контексте анализа проблематики оснований ограничений свободы договора такая ценностная «развилка» может быть представлена в различных сочетаниях. Иногда суть ценностного конфликта состоит в том, что утилитарным и этическим основаниям принципа свободы договора противостоят преимущественно этические соображения (например, о необходимости поддержания справедливости условий обмена), но в ряде случаев «в бой» со свободой договора вступают соображения сугубо утилитарные (например, о необходимости предотвращать ограничения конкуренции).

Механизировать процесс поиска оптимального решения в таких случаях просто невозможно. Многое зависит от интуиции, субъективных или господствующих в обществе идеологических установок и предубеждений и других внешних по отношению к позитивному праву факторов. Ровно таким же образом политика права должна анализироваться и учеными. Теперь все большее число ученых признает необходимость находить компромиссы между тем, что кажется экономически эффективным и утилитарно приемлемым, с одной стороны, и тем, что представляется этичным, – с другой. И основные споры перетекли в область определения того, каковы критерии нахождения таких компромиссов и можно ли научно эти ценности соизмерять[2].

Некоторых сторонников сугубо формально-догматического анализа частного права такой ответ, безусловно, не устроит, так как они не хотят признавать рукотворность и относительность всех правовых принципов и решений. Радикального сторонника экономического анализа права этот вывод также не устроит, так как он препятствует проведению анализа политики права исключительно на языке экономических формул.

[1] Европейские правоведы отмечают, что в такого рода случаях любая попытка зафиксировать жесткую иерархию этических и утилитарных ценностей при их конфликте на неком общем и абстрактном уровне обречена. Поэтому баланс между «аргументами об эффективности» и «аргументами о справедливости» не может быть найден раз и навсегда, но может находиться в контексте конкретных случаев (*Smorto G.* Efficiency and Justice in European Contract Law // 16 Europian Review of Private Law. Issue 6. 2008. P. 925–948).

[2] В контексте американской правовой науки см.: *Kaplow L., Shavell S.* Fairness versus Welfare. 2002; в контексте европейского научного дискурса см.: *Mathis K.* Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. 2009. P. 202.

Представителя же естественно-правовой научной методологии заденет уравнивание этики и экономической эффективности и иных утилитарных соображений как политико-правовых ценностей. Но реалистически мыслящего юриста вытекающая из необходимости находить компромиссы между несоизмеримыми политико-правовыми ценностями неопределенность и субъективизм научных выводов не должны пугать. И тем более они не должны препятствовать объективному и научному анализу данной проблематики. Если мы не можем представить решение такого рода политико-правовых вопросов в качестве некой простой и механически применяемой формулы, это не означает, что ученым не следует стремиться выявлять все релевантные интересы и ценности, влияющие на принятие финального решения, и предлагать свое видение наиболее разумных компромиссов. Ведь устранение ученого от анализа этой проблематики не снимет, а лишь обострит проблему неопределенности, так как законодатели и суды все равно будут вынуждены принимать соответствующие финальные решения и находить компромиссы, только в данном случае – без какой-либо интеллектуальной помощи со стороны науки.

§ 2. Этика и справедливость

Вводные замечания

Вначале следует дать общую оценку роли этики в формировании ограничений договорной свободы.

Как бы ни пытались позитивисты XIX и XX вв. жестко отделить право от морали, в полной мере это сделать просто невозможно. Этика играла и играет колоссально важную роль при создании и толковании норм позитивного права, которое к тому же давно инкорпорировало многочисленные этические установки в виде правовых принципов (добросовестность, добрые нравы и т.п.).

С учетом этого не приходится удивляться тому, что одним из общепризнанных в правопорядках западных стран поводов отхода от идеи свободы договора стала необходимость противостоять тем случаям, когда условиями заключенного сторонами контракта грубо нарушаются те или иные этические установки данного общества.

Во многих странах в гражданских кодификациях присутствуют нормы, дающие суду право на признание сделки недействительной в случае ее противоречия основам общественной нравственности (Россия) или добрым нравам (Франция, Германия).

Кроме того, практически все или многие государства на уровне законодательства или судебного правотворчества устанавливают запреты

на заключение договоров добровольного обращения в рабство, на сделки торговли сексуальными услугами, на условия контрактов, заранее освобождающие от ответственности за их умышленное нарушение, и на многие другие подобные сделки или контрактные условия.

Вспомним также многочисленные законы против ростовщичества, которые устанавливали и продолжают в некоторых странах устанавливать потолки процентной ставки, превышение которых рассматривалось и иногда до сих пор рассматривается чуть ли не как уголовное преступление. Введение таких законов опиралось на широко распространенное во многих религиозных учениях представление о неэтичности взимания процента с заемного капитала. В исламском мире запрет на долговое финансирование под процент был выражен достаточно четко и взимание процентов либо вовсе запрещено, либо не приветствуется до сих пор, вызывая к жизни некоторые суррогатные формы привлечения финансирования. Христианские государства после долгих сомнений все же отошли от такого запрета и в конечном счете отказались от практиковавшихся на заре Средневековья жестких запретов на процентные ссуды. Тем не менее Церковь долгое время проповедовала небогоугодность данного вида деятельности. Это религиозно-этическое предубеждение против процентных займов сыграло решающую роль в законодательном ограничении во многих европейских странах размера процентных ставок при одновременном отсутствии законодательного контроля за ценами на другие товары и услуги (что, как мы видели, находило поддержку у Смита, но так сильно возмущало Бентама, Милля и многих экономистов и юристов).

Вполне очевидно, что особое отношение законодателей многих стран именно к этому виду сделок не случайно. И хотя Кейнс и ряд других экономистов иногда приводили и приводят утилитарные аргументы в пользу законодательного ограничения процентных ставок, у нас не вызывает сомнений, что популяризация данного способа ограничения свободы договора и его сохранение в позитивном праве ряда стран предопределены в первую очередь соображениями этики. И хотя сейчас многие (но не все) страны под воздействием рыночной идеологии отказались и от запрета на процент, и от ограничения процентной ставки, общественный запрос на иные этически обусловленные ограничения договорной свободы сохраняется и современные правовые системы иногда на него отвечают.

При этом среди различных этических оснований ограничения договорной свободы особенно важную роль играют принципы справедливости и добросовестности[1].

[1] О соотношении идеи справедливости и иных этических стандартов см.: *Хёффе О.* Справедливость. М., 2007. С. 39, 40.

Справедливость

Никто не будет оспаривать тот факт, что практически вся история развития права (и частного права в частности) являлась историей поиска наиболее справедливых правил для различных жизненных ситуаций. Именно так, отыскивая наиболее справедливые решения частных коллизий, римские юристы и преторы формировали тот массив норм, который впоследствии был кодифицирован Юстинианом, откомментирован глоссаторами и постглоссаторами, обновлен в соответствии с духом времени цивилистами, работавшими в рамках естественно-правовой традиции в XVII и XVIII вв., и затем представлен в качестве набора абстрагированных от этики и сугубо формальных аксиом пандектистами в XIX в. Причем на протяжении практически всей истории этот политико-правовой поиск осуществлялся более или менее интуитивно, будучи основан не на некой четкой формуле, а на внутреннем ощущении правотворцами того, что является справедливым по их личным ощущениям или (в зависимости от политической системы и конъюнктуры) по мнению большинства населения либо тех его групп, мнение которых имело определяющее для правотворца значение.

Понятие справедливости крайне трудно сформулировать в виде некой четкой формулы. По своей сути понятие справедливости по определению относится к категории «сущностно оспариваемых понятий». На многозначность этого понятия указывал в своей «Никомаховой этике» еще Аристотель[1]. Мы окружены несправедливостью, но часто не можем прийти к консенсусу в отношении того, что собой представляет справедливость[2]. Поэтому во многом правы те, кто считает, что гораздо проще идентифицировать несправедливость, чем договориться о понятии справедливости[3].

В результате отсутствия четкой конвенциональной семантики данного понятия термин «справедливость» является своеобразным хамелеоном, проявляясь в целом ряде семантических контекстов.

Мы в данном случае считаем бессмысленным формировать концепцию справедливости, как если бы идея справедливости существовала сама по себе, трансцендентально. Справедливость – всего лишь слово с некоторой не вполне устоявшейся и вряд ли способной к стабилизации в принципе семантикой, отражающей субъективные этические оценки той или иной доли населения Земли. Джордж Стиглер в свое время выразил эту мысль достаточно радикально, написав, что справедливость –

[1] *Аристотель*. Этика. М., 2010. С. 132.

[2] *Douzinas C.*, *Gearey A.* Critical Jurisprudence: the Political Philosophy of Justice. 2005. P. 28.

[3] *Ginsberg M.* On Justice in Society. 1971. P. 73.

это наполненный бутылками с этическими стандартами чемодан, из которого человек выбирают ту из них, которая соответствует его субъективному чувству справедливости[1]. И действительно, если в концепции справедливости и есть что-то объективное, это то, что некоторые явления, деяния или состояния могут признаваться справедливыми или несправедливыми большей или как минимум значительной частью общества. Поэтому в конечном счете справедливость – это именно то, что люди считают нужным обозначать этим понятием.

Этот субъективный, относительный и социально и исторически детерминированный характер идеи справедливости ни в коей мере не является поводом относиться к данной ценности менее уважительно, как иногда позволяли себе некоторые «экономические империалисты». Современному человеку отнюдь не обязательно верить в абсолютное происхождение этики, чтобы искренне и последовательно соблюдать ее нормы.

В контексте интересующего нас вопроса главное, что действительно имеет значение, это то, как те этические стандарты, которые современные люди привыкли обозначать термином «справедливость», влияют или должны влиять на реальные ограничения договорной свободы в позитивном праве.

Что же сейчас люди преимущественно понимают под справедливостью? Какова признаваемая большинством представителей как минимум западной цивилизации семантика этого сложного понятия?

На самом общем уровне можно заметить, что справедливыми люди считали и считают такую форму взаимодействия людей и такое состояние общественных отношений, которые следуют устоявшимся этическим традициям и соответствуют доминирующим стандартам должного поведения. На протяжении истории реальное наполнение этого понятия менялось под воздействием глубинных социокультурных изменений и доминирующих идеологий, теряло или приобретало новые смыслы. Так, если понятие справедливости у Платона подразумевает состояние, при котором каждый индивид выполняет ту функцию, к которой у него имеются лучшие склонности[2], то сейчас употребление понятия справедливости в таком контексте многим покажется как минимум странным.

Углубляясь в тему, можно выделить несколько более или менее конвенциональных подходов к пониманию данного этического стандарта.

Во-первых, в последние столетия распространенным стало представление о справедливости равенства и несправедливости неравенства прав, возможностей, привилегий или обязанностей. Любое такое нера-

[1] *Stigler G.J.* The Law and Economics of Public Policy: A Plea to the Scholars // 1 Journal of Legal Studies. 1972. P. 4.

[2] *Платон.* Государство. М., 2005.

венство (например, рабство, сословные привилегии и т.п.) воспринимается обществом как однозначно несправедливое, если в пользу такого неравенства не будут приведены аргументы со ссылкой на более весомые этические или утилитарные ценности.

Презумпция несправедливости неравенства, таким образом, может быть опровергнута. Например, во многих странах некоторые автовладельцы имеют формальное право нарушать правила дорожного движения, что создает разрыв в правах между ними и обычными гражданами. Но по крайней мере тогда, когда речь идет об автомобилях высших государственных лиц страны, пожарных команд, полиции или скорой помощи, вряд ли кто-то всерьез будет оспаривать несправедливость такой привилегии, обусловленной соображениями безопасности и общественной важности возможности быстрого передвижения такого рода участников дорожного движения. Та же ситуация и с различными льготами для ветеранов, пенсионеров, детей и других категорий лиц, чьи особые привилегии, безусловно, одобряются общественной моралью. Здесь также можно привести в качестве примера неравенство переговорных возможностей крупной корпорации и обычного офисного менеджера. Если соответствующий разрыв в переговорных возможностях приобретен честно и законно, общественная мораль, как правило, не считает это несправедливым.

Но здесь следует отметить, что исключение из вышеуказанного общего правила несправедливости неравенства в значительной степени теряет основание, если обладатель тех или иных преимуществ или привилегий начинает злоупотреблять ими (например, авто чиновника выезжает на встречную полосу, отвозя его жену в ювелирный магазин, а крупная корпорация использует свою переговорную мощь, чтобы навязать сотруднику кабальные условия договора). В таких случаях исключение из принципа равенства прав или возможностей теряет свою силу и соответствующее поведение признается обществом несправедливым.

Во-вторых, имеется глубоко укоренившееся в «коллективном бессознательном» человечества представление о справедливости равного «распределения» благ (удачи) и невзгод. Эта эгалитарная установка на справедливость не формального, а содержательного (в первую очередь имущественного) равенства жизненных условий устоялась за десятки тысяч лет существования людей в крепких родовых общинах, где само выживание рода зависело от солидарности ее членов.

С относительно недавнего (принимая во внимание десятки тысяч лет существования homo sapiens) момента разложения родовых общин и формирования современных государств эти установки постепенно «размываются». Так, например, фактор имущественного равенства постепенно теряет свое место в общественном и индивидуальном созна-

нии по мере того, как коллективизм уступает место индивидуализму, а общество вместо солидарности начинает строиться на принципах тотальной конкуренции и контрактного взаимодействия. Радикальный эгалитаризм утрачивает свою популярность. Но сила этической инерции очень сильна. Поэтому мы и сейчас часто считаем любое неравенство в реальном распределении благ презумптивно несправедливым. Этот феномен многократно подтвержден исследованиями в области поведенческой экономики[1].

Эта презумпция, согласно намеченным еще Аристотелем[2] и ныне доминирующим на Западе этическим представлениям, заслуживает опровержения, если этому есть весомые оправдания, основанные на иных этических или (иногда) утилитарных принципах. Современные западные общества пришли в конце концов к признанию несправедливости неравенства в изначальных правах личности, но уверенно признают справедливым неравенство в доходах и имуществе, если оно является результатом честной конкуренции, активного предпринимательства,

[1] Так, например, уже много лет ученые проводят игровой поведенческий эксперимент под названием «Ультиматум» (с участием студентов, представителей примитивных сообществ и других социальных групп различных стран). По условиям эксперимента один человек (первый игрок) получает некую сумму денег с условием, что он поделится любой ее частью со вторым участником эксперимента (второй игрок). По условиям игры, известным заранее обоим, в случае если второй игрок откажется от сделанного ему предложения, вся сумма изымается и никто ничего не выигрывает. Если же второй игрок предложение примет, ему будет позволено присвоить себе полученную долю, в то время как первый игрок оставит себе оставшееся. С точки зрения предпосылки абсолютно рационального выбора первый игрок должен предложить второму крайне незначительную долю. Ведь второму нет никакого экономического смысла от нее отказываться. При попытке наказать первого за не очень щедрое предложение второй участник ничего не получит. Казалось бы, меньшая сума лучше, чем ничего. Осознание этого факта теоретически должно было подталкивать первого игрока делать предложение крайне незначительной суммы. Но в реальности практически во всех странах люди делали предложение разделить «подарок» приблизительно пополам (40–50%). Те же, кто делал предложение объемом ниже 25%, с вероятностью в 40–60% сталкивались с отказом второго участника игры. Иначе говоря, большинство людей готово отказаться от денег только ради того, чтобы наказать другого человека за неравное разделение «общего пирога». Причем эксперименты, в которых фигурировали достаточно значительные суммы (до трехмесячного заработка), показывали, что даже увеличение изначальной суммы для разделения и соответственно суммы, от которой второй игрок готов отказаться, чтобы наказать первого за несправедливое поведение, существенно не меняет картину. Этот парадокс часто ставит в тупик сторонников классической экономической теории, так как противоречит упрощенной сугубо эгоистической версии теории рационального выбора. Но в реальности, как только мы принимаем в расчет значение укорененных социальных норм и этики справедливого равенства, такое поведение оказывается вполне объяснимым. Идея равного разделения благ до сих пор играет колоссальную роль в индивидуальной этике и социальных нормах. Подробнее об игре «Ультиматум» см.: *Боулз С.* Микроэкономика: Поведение, институты и эволюция. М., 2011. С. 105–118.

[2] *Аристотель.* Этика. М., 2010. С. 137.

более производительного труда или личных природных талантов. И хотя некоторые иные основания имущественного неравенства все еще вызывают жаркие этические споры (например, получение состояния по наследству), общая установка прорисовывается достаточно четко.

В результате вышеозначенных процессов справедливым постепенно стало считаться не столько равное, сколько соразмерное распределение того, что причитается каждому (дистрибутивная справедливость). Постепенная утрата жесткой привязки справедливости к фактору имущественного равенства приводит к тому, что справедливым начинает считаться такое распределение благ, прав, возможностей и т.п., которое хотя и не является равным, но оказывается соразмерным качествам или поведению соответствующей личности и в целом оправданным с точки зрения общественной морали[1].

В-третьих, справедливой зачастую считается личная свобода, а несправедливым – ее ограничение, не оправданное необходимостью защиты свободы других индивидуумов или общественных интересов в целом. Так, например, Герберт Спенсер, а вслед за ним многие либертарианцы вообще сводили идею справедливости к идее личной свободы[2]. Конечно, такой редукционизм вряд ли оправдан, по крайней мере если мы не пытаемся навязать обществу наше представление о справедливости, а объективно фиксируем контексты, к которым конвенциональная семантика относит термин «справедливость». Тем не менее безусловно, что любое попрание свободы личности и принуждение человека человеком по общему правилу не считаются справедливыми, если только в обоснование принуждения не будут представлены веские моральные или утилитарные аргументы. Например, конвенциональная этика не лишает родителей морального права принуждать детей к посещению школы или врача и считает допустимым ограничение свободы преступника.

В-четвертых, достаточно четко прослеживается применение масштаба справедливости к оценке соразмерности цен экономических благ и труда в рамках системы рыночного экономического обмена. Аристотель называл такую форму справедливости уравнивающей (коррективной), так как она направлена на выравнивание (коррекцию) неравенства при обмене в рамках частных трансакций, в то время как Фома Аквинский использовал понятие коммутативной справедливости при добровольном обмене[3]. Представления людей о должной, адекватной цене могут черпаться из разных источников, но в любом случае проти-

[1] Одним из первых достаточно подробно писал о дистрибутивной справедливости все тот же Аристотель (см.: *Аристотель*. Этика. М., 2010. С. 136–138).

[2] *Спенсер Г.* Справедливость. СПб., 1898. С. 38–41.

[3] Аристотель писал, что такая форма идеи справедливости требует соблюдения пропорциональности при добровольном обмене. На взгляд Аристотеля, справедливость тре-

воречие реальных цен этому должному уровню считается несправедливым. Так, люди, как правило, считают несправедливым установление монополистами цен, значительно отличающихся от тех, которые имели бы место в условиях конкуренции, или объявляют несправедливым резкое повышение цен в условиях каких-то бедственных явлений, считая наживу, основанную на человеческих несчастьях, несправедливой. Например, напомним, что когда таксисты резко завысили свои тарифы из-за наплыва клиентов, вынужденных воспользоваться наземным транспортом из-за терактов в Московском метрополитене, общество было потрясено этой «вопиющей несправедливостью».

В-пятых, мы часто оцениваем как справедливое или несправедливое некое наказание, ответную реакцию на тот или иной проступок (преступление, деликт или нарушение договора) со стороны общества, государства или самого пострадавшего. И если в совсем древние времена иногда и практиковалась безграничная месть, в зрелый период своего развития человечество пытается найти справедливый формат наказания[1]. Сейчас в основном доминирует идея о справедливости соблюдения соразмерности тяжести наказания и правонарушения и несправедливости несоразмерных наказаний. По сути причинение вреда также представляет собой некую трансакцию, т.е. взаимодействие между правонарушителем и пострадавшим, особенность которого состоит в его принудительном, недобровольном характере. Соответственно к таким недобровольным трансакциям, как минимум со времен Аристотеля, а позднее Аквинского, принято применять уже описанный нами выше стандарт коррективной (или коммутативной) справедливости. Применительно к случаю правонарушения и наказания стандарт коррективной (коммутативной) справедливости требует от правонарушителя полного возмещения всех негативных последствий проступка, не более и не менее[2].

Отход от жесткости принципа талиона здесь создал массу сложностей с проведением сопоставления тяжести нарушения и кары. В частности, повсеместные споры вызывает идея, подхваченная и развитая недавно нобелевским лауреатом Гэри Беккером, о допустимости повышения тяжести кары соразмерно сложностям в раскрытии правонарушения и привлечении к ответственности. Это предложение связано с тем, что

бует обмена равноценных благ и не допускает нарушения принципа эквивалентности (*Аристотель*. Этика. М., 2010. С. 136, 138).

[1] *Сорокин П.А.* Преступление и кара, подвиг и награда: социальный этюд об основных формах общественного поведения и морали. М., 2006. С. 379.

[2] Так, справедливое наказание, по мнению Аристотеля, требует пропорциональности. Судья защищает нарушенное право, обеспечивая «расплату», которая восстанавливает нарушенный баланс. См.: *Аристотель*. Этика. М., 2010. С. 136, 138, 139.

общественные расходы на повышение раскрываемости и обеспечение неотвратимости наказания несоразмерно выше затрат на принятие закона, повышающего тяжесть кары, в то время как эффект сдерживания в обоих случаях может быть идентичным[1]. В принципе сама идея о том, что повышение наказания может быть осуществлено не с целью покрыть реальные индивидуальные или социальные потери от конкретного правонарушения, а с целью пресечения подобных правонарушений в будущем, может быть подвергнута оспариванию на предмет соотношения с принципом коррективной справедливости. Тем не менее

[1] Это связано с тем, что потенциальный правонарушитель (за исключением случаев совершения проступка «на эмоциях») обычно делает приблизительный расчет издержек и выгод такого поведения. Издержкой является, в частности, моральное порицание общества и привлечение к юридической ответственности. Но так как вероятность подобных санкций, как правило, ниже 100%, потенциальный правонарушитель производит дисконтирование величины морального или юридического «штрафа» с учетом вероятности привлечения его к ответственности. В результате он получает возможность соизмерить риски соответствующего правонарушения и немедленную выгоду, которую он может из него извлечь. Так, например, если фиксированный штраф за нарушение антимонопольного закона составляет 10 млн рублей, а вероятность выявления этого правонарушения и привлечения к ответственности составляет 10%, то фактический размер ожидаемых издержек правонарушения составляет всего 1 млн рублей. Если выгода от нарушения для правонарушителя составляет те же самые 10 млн рублей, рациональный индивид, не обремененный высокой моралью и деловой этикой, будет склонен такое правонарушение совершить. Государство, желающее сдержать такое правонарушение, имеет выбор. Оно должно либо поднять уровень административного штрафа до 100 млн рублей (с учетом 10% вероятности привлечения к ответственности величина издержек правонарушения сравняется с выгодой от его совершения), либо инвестировать колоссальные средства в совершенствование системы выявления подобных правонарушений и привлечения к ответственности, чтобы повысить вероятность применения кары до 100% уровня. Эффект превенции в обоих случаях будет приблизительно одинаков, так как обе стратегии лишают потенциального правонарушителя стимулов совершать соответствующее правонарушение. Так как повышение вероятности привлечения к ответственности будет, как правило, намного дороже для казны и налогоплательщиков, чем принятие законодательной новеллы о повышении размера штрафа, возникают основания считать, что с экономической точки зрения наиболее эффективный способ сдерживать правонарушения состоит в кардинальном увеличении объема санкций, компенсирующем сложности в выявлении правонарушения и привлечении к ответственности. Многие признанные в позитивном праве России и зарубежных стран отступления от принципа коррективной справедливости и компенсационной природы ответственности могут быть, в частности, объяснены именно такой логикой. Тут можно вспомнить об оборотных штрафах в антимонопольном праве, о карательных компенсациях в праве интеллектуальной собственности или карательных убытках в американском деликтном праве (подробнее см.: *Беккер Г.* Человеческое поведение: экономический подход: Избранные труды по экономической теории. М., 2004. С. 282–352). В то же время исследования эффекта сдерживания при повышении наказания или увеличении вероятности выявления правонарушения, уточняющие или ограничивающие изначальный тезис Беккера, в зарубежный науке не прекращаются (подробный обзор см.: Институциональная экономика. Новая институциональная экономическая теория: Учебник. М., 2005. С. 364–404).

в любом случае применение масштаба справедливости к оценке соразмерности наказания общепризнано.

В-шестых, мерило справедливости применяется также к оценке честности правовых процедур. Несправедливым считается ретроактивное применение законов, налагающих наказания, в особенности носящие не имущественный, а преимущественно личный характер (например, уголовная ответственность), либо лишение людей собственности или ограничение их базовых прав без соблюдения беспристрастной и заранее установленной процедуры (due process). Данный аспект дискурса о справедливости часто обозначается как процедурная справедливость.

Существует и множество иных более или менее убедительных интерпретаций теории справедливости. Прудон писал, что справедливость проявляется в том, чтобы каждому была положена равная часть благ под условием равной суммы труда[1]. Коммунисты всех мастей имели и имеют свое понимание справедливости, анархисты свое, правые либералы свое.

В бесконечном поиске идеи справедливости выдвигались и крайне интересные теории, пытающиеся комбинировать различные элементы ранее выдвинутых гипотез. Так, Джон Роулз (Rawls) в, пожалуй, самой известной и широко обсуждаемой в последние годы работе на эту тему предложил считать справедливыми равную свободу в доступе к базовым правам человека и допущение неравенства лишь в той мере, в какой это идет на пользу наиболее незащищенным согражданам и сопряжено с сохранением для каждого открытых возможностей[2].

Те философы и мыслители, которые в полной мере осознавали семантическую многоликость понятия справедливости и невозможность редуцировать значение этого понятия до того или иного частного смысла, как правило, приходили к наиболее общим определениям. Аристотель, рассмотрев различные проявления понятия справедливости, сделал обобщение, согласно которому справедливость проявляется в пропорциональности[3]. Мишель де Монтень считал, что справедливость состоит в воздаянии каждому должного[4]. Дидро писал, что справедливость – это «долг воздавать каждому то, что подобает»[5]. Русский фило-

[1] *Прудон*. Что такое собственность, или Исследование о принципе права и власти. М., 1919. С. 163.

[2] См.: *Ролз Дж*. Теория справедливости. Новосибирск, 1995. Особенность методологии Роулза состоит в том, что он вывел свои принципы справедливости на основе предположения о том, что бы выбрали люди в качестве самых общих нормативных принципов сосуществования, если бы, как бы находясь за «завесой неведения» (veil of ignorance), не знали о том, какими природными способностями или преимуществами они будут обладать или к какому классу или социальной группе относиться.

[3] *Аристотель*. Этика. М., 2010. С. 138.

[4] *Монтень М*. Опыты. В 3 кн. Кн. 1, 2. М., 1981. С. 409, 435.

[5] *Дидро Д*. Сочинения. Т. 7. М., 1939. С. 210.

соф права Б.Н. Чичерин указывал, что справедливость – это правда, которая в свою очередь состоит именно в том, чтобы «воздавать каждому должное, прилагая ко всем одинаковую мерку, но принимая во внимание все разнообразие внешних условий и обстоятельств»[1].

И действительно, если «суммировать» все смыслы, в которых понятие справедливости сейчас чаще всего употребляется, и индуцировать общее определение, то некое семантическое «рефлективное равновесие» можно найти, если мы вслед за Монтенем, Дидро и другими признаем, что справедливость в самом общем понимании данной трудноуловимой ценности – это некое представление о должном устройстве общественных отношений. Попытки сформулировать более узкое понимание этого понятия бессмысленны, если мы остаемся в рамках дескриптивного анализа и не уходим в область нормативной этики. В рамках настоящей работы последнее не входит в наши задачи.

Фактор справедливости, взятый как в самом широком фокусе, так и в виде тех или иных своих частных обликов, оказывал и оказывает значительное, а во многих случаях и просто определяющее влияние на законодательство и судебную практику, направленные на ту или иную форму ограничения свободы договора. При этом в разных контекстах ограничений договорной свободы приоритетную роль может начать играть одно или другое из вышеперечисленных проявлений принципа справедливости.

Так, например, во многих европейских странах суды имеют возможность не признавать юридическую силу стандартных условий договора (в первую очередь с потребителями), в которых «слабой стороне» навязываются явно несправедливые условия. Здесь, как не трудно догадаться, мы видим проявление идеи о справедливости как презумпции равенства, идеи корективной справедливости, а также косвенное отражение элементов дистрибутивной справедливости. Последнее связано с тем, что введение подобных ограничений свободы договора в некоторой степени определялось соображениями защиты менее обеспеченных слоев общества, которые и формируют основную массу потребителей, перед лицом могущественных торговых сетей и корпораций-производителей. В принципе аналогичную подоплеку имеет и формирование массы ограничений свободы трудовых договоров.

Другой пример: право практически всех стран мира ограничивает свободу договора в части размера неустойки, либо давая судам право ее снижения (подход романо-германского права), либо признавая недействительными некоторые формы стимулирующих неустоек (англо-американский подход). Думается, что эта жесткая линия обусловлена

[1] *Чичерин Б.Н.* Философия права. СПб., 1998. С. 165.

не только необходимостью коррекции последствий ограниченной рациональности контрагентов, не способных адекватно просчитать вероятность нарушения договора и риски уплаты завышенной неустойки, но и важнейшим принципом теории справедливости – обеспечением соразмерности нарушения и санкции в рамках теории коррективной справедливости.

Еще один пример: доктрина laesio enormis, столь популярная в Средневековье и признанная до сих пор в некоторых европейских странах (например, в Австрии), допускает ограничение свободы договора, в котором цена предмета договора значительно отличается от реальной рыночной стоимости. Здесь мы имеем достаточно спорное, на наш взгляд, но действительно существующее проявление в области права идеи о коммутативной (коррективной) справедливости цены.

Приводить эти примеры, некоторые из которых мы разберем более детально в дальнейшем, можно продолжать, но уже сейчас очевидно, насколько значительную роль в практике ограничения свободы договора играет оценка законодателями и судами такой на первый взгляд неопределенной, но при этом фундаментальной для частного права категории, как справедливость. Поэтому не ошибемся, если скажем, что вся история частного права демонстрирует нам, что большинство случаев ограничения свободы договора, по крайней мере до формирования в XVIII–XIX вв. науки политической экономии, в той или иной степени основывалось на оценке справедливости.

Добросовестность

Любой цивилист знает, что особенно важное значение в гражданском праве имеет такой этический стандарт, как принцип добросовестности. Практически во всех странах нарушение принципа добросовестного поведения может влечь ряд правовых санкций, например отказ в защите права. Практически во всех странах мира право допускает ту или иную форму ограничения свободы договора, если речь идет о явно недобросовестных условиях или сделках (в том числе и ничтожность договора или отдельных его условий).

Что такое добросовестность при заключении договора и определении его условий, установить научно бывает очень сложно. Зачастую ссылка на нарушение принципа добросовестности означает моральное осуждение некого поведения участника оборота, нарушающего представления о должной деловой этике и справедливости. Как правило, речь идет о негативной оценке этичности тех или иных аспектов процедуры заключения договора, которая проявляется в ряде специальных норм о введении в заблуждение, нераскрытии релевантной информации,

об обмане, о злоупотреблении неравенством переговорных возможностей и т.п. Но при этом критерий недобросовестности, как правило, учитывает и содержание договорных условий, проявляясь здесь в качестве синонима явной несправедливости условий контракта.

При этом, как правило, эти проявления процедурной и содержательной недобросовестности переплетаются. Так, суд вряд ли признает введение в заблуждение поводом для признания сделки недействительной, если контрагент от своего заблуждения только выиграл. Другой пример: право большинства стран считает недобросовестным и ограничивает эксплуатацию неравенства переговорных возможностей (например, использование юридической или финансовой неграмотности потребителя) или навязывание кабальных условий стороне, оказавшейся в тяжелом положении, но только тогда, когда эта недобросовестная деловая практика приводит к включению в договор явно несправедливых условий.

По сути же не ошибемся, если констатируем, что ссылки на недобросовестность или злоупотребление правом, с одной стороны, и несправедливость договорных условий – с другой, в контексте вопроса о содержательной свободе договора зачастую используются в зарубежном праве в качестве своего рода синонимов. Так, например, европейские (в частности, немецкие) суды долгое время до появления в последней трети XX в. национального и общеевропейского регулирования, ограничивающего включение в потребительский договор несправедливых договорных условий, достигали той же по сути цели за счет апелляции к принципу недопустимости злоупотребления правом и недобросовестной деловой практики.

Добрые нравы

Другой этический стандарт, оказывающий серьезное ограничивающее воздействие на автономию воли сторон, – это принцип недопустимости нарушения основ общественной нравственности (добрых нравов).

Этот стандарт тесно переплетается со стандартом справедливости и добросовестности, но делает акцент на недопустимости согласования условий, попирающих фундаментальные принципы общественной морали. Причем в отличие от критерия справедливости использование стандарта добрых нравов может аннулировать сделку, в исполнении которой может иметь место заинтересованность обоих контрагентов.

Например, когда право блокирует договоры на продажу родительских прав, оно не столько защищает справедливость, сколько просто проводит в жизнь укорененные в христианской этике представления о человеке как субъекте, но ни в коем случае не как объекте гражданских правоотношений. То же можно сказать и о массе иных ограниче-

ний договорной свободы в области семейных, сексуальных и иных подобных отношений.

Проблемы с этически обусловленными ограничениями свободы договора

Здесь, правда, следует заметить в нормативном плане, что этические критерии (такие как справедливость, добросовестность и добрые нравы), безусловно, имеют один общий недостаток – они абстрактны, изменчивы, культурно, религиозно и социально детерминированы и имеют тенденцию к «расфокусировке» по мере развития мультикультурности общества в таких крупных государствах, как США, Франция, Германия или Россия. То, что могут считать этичным и справедливым представители одной культуры, может быть верхом аморальности и вопиющей несправедливости в другой культуре.

Когда одна культура является абсолютно доминирующей в обществе, эта проблема не столь остра и очевидна. Но во многих современных государствах зачастую фактор доминантной культуры постепенно исчезает. Так, жители некоторых южных штатов США с удивлением обнаружили, что этические установки белых протестантов-англосаксов, лежащие в основе всей американской культуры, оказываются на правах «миноритария» в обществе, где доминируют представители других этносов и традиций. И ответ на вопрос: «Кто мы, американцы?» уже не столь прост, как это было раньше, в эпоху доминирования культуры «wasp» (белых англосаксов протестантского вероисповедания)[1]. Похожая ситуация и в России, где существуют регионы с преобладающим мусульманским или буддистским населением и соответствующими этическими стандартами.

Вполне возможно, что в отдаленном будущем из-за разности в демографической динамике, свойственной разным народам, люди, вольно или невольно разделяющие христианские культурные установки, могут в ряде западных стран оказаться в меньшинстве в национальном масштабе. Независимо от того, насколько точны эти прогнозы, вполне очевидно, что вопрос влияния этики и соображений справедливости на сферу частного и в том числе договорного права не из простых.

Эта проблема нисколько не отменяет роли этических факторов при установлении правом границ свободы договора, но указывает на сложности при принятии соответствующих правотворческих решений, требует их аккуратности и продуманности и призывает правотворцев быть, с одной стороны, гибкими и готовыми к любым изменениям в сфере

[1] См.: *Хантингтон С.* Кто мы? Вызовы американской национальной идентичности. М., 2004.

доминирующих этических установок, но, с другой стороны, достаточно осторожными и в меру консервативными. Общегосударственное право должно быть крайне внимательным при введении или снятии любых ограничений принципа свободы договора в тех случаях, когда к этому шагу «подталкивают» культурно детерминированные этические установки, а в обществе по этому вопросу нет устойчивого консенсуса.

Гражданское право должно сохранять золотую середину между слишком поспешной «интернализацией» неких колебаний в сфере этики, с одной стороны, и закоснелым консерватизмом, отрывающим нормативные оценки большинства людей от нормативности официального права и в итоге приводящим к утрате позитивным правом легитимности и эффективности – с другой.

§ 3. Утилитарная неприемлемость

Ограничения свободы договора могут быть предопределены и вполне утилитарными соображениями.

Самое очевидное из них – локальная экономическая неэффективность свободы договора, возникающая в силу «провалов рынка» (market failure) и, в частности, монополизма и наличия негативных внешних эффектов (экстерналий), а также связанная со сбоями в функционировании модели рационального выбора (например, в связи с информационной асимметрией и ограниченной рациональностью участников оборота).

Безусловно, среди экономистов есть те, которые считают неприемлемым ограничение договорной свободы во всех вышеуказанных случаях, считая, что идеи провала рынка и ограниченной рациональности не могут быть оправданием для ограничений частной автономии. Так, например, имеют место взгляды, согласно которым ограничение права монополиста, приобретшего этот статус в рыночной борьбе, эксплуатировать свои монопольные преимущества, дестимулирует предпринимателя быть максимально эффективным, бдительным и стремиться к победе над конкурентами и, следовательно, к получению искомого монопольного статуса, что в долгосрочной перспективе причиняет общему благу больше вреда, чем приносит пользы отдельным клиентам монополиста[1]. Негативные же общественные экстерналии частных сделок, информационная асимметрия или ограниченная рациональность иногда объявляются преувеличенными проблемами. Но такого рода взгляды далеки от общепринятых экономических воззрений и реального позитивного права практически всех государств.

[1] См., напр.: *Кирцнер И.М.* Конкуренция и предпринимательство. М., 2010. С. 251–257.

Подавляющее большинство экономистов, юристов и политиков придерживаются того взгляда, что проблема «провалов рынка» реальна и требует того или иного ограничения договорной свободы во имя обеспечения экономической эффективности. Некоторые экономисты допускают экономически обусловленное ограничение договорной свободы лишь в некоторых из вышеуказанных случаев. Так, например, далеко не все экономисты согласны с тем, что свобода договора должна ограничиваться на основе предположения о сбое в рациональности. Но большинство экономистов, работающих в рамках доминирующей неоклассической парадигмы экономической теории, придерживаются мнения о том, что та или иная форма ограничения договорной свободы допустима как минимум тогда, когда имеются провал рынка или негативные внешние экстерналии. Правовые системы всех развитых стран также вводят ограничения свободы договора, решая проблему ограниченной рациональности (например, в сфере защиты прав потребителей).

Экономическая подоплека ограничения договорной свободы может проявиться и в других примерах (например, запрет импорта, введенный для защиты интересов местных производителей от конкуренции со стороны зарубежных поставщиков; запрет экспорта, введенный для сдерживания роста цен на экспортируемый товар на внутреннем рынке; введение ограничения в отношении тех или иных финансовых сделок, способных дестабилизировать финансовую систему, и т.п.). Тут могут фигурировать фискальные соображения, необходимость обеспечения экономического роста, профилактика экономических кризисов, противодействие инфляции и многие другие экономические задачи, решаемые государством.

Но утилитарные соображения могут быть шире экономики как таковой. Например, государство может вводить запрет на оборот огнестрельного оружия безотносительно к соображениям морали, а также экономической эффективности данного проявления экономической свободы. Оно может быть движимо (1) соображениями политической безопасности режима (оружие у людей всегда может быть направлено против власти), а также (2) желанием предотвратить побочные эффекты от оборота оружия – увеличение жертв бытовой преступности.

Сюда, в частности, можно отнести многие другие случаи ограничения договорной свободы, когда ее реализация «оформляет» операции, направленные на подрыв основ правопорядка, и в целом противоречит публичным интересам, защита которых относится к компетенции государственной власти.

Экономический рост не является единственной утилитарной задачей, ради выполнения которой существуют современное государство

и его основной инструмент управления – позитивное право. Люди мирятся с этой надстройкой и связанными с нею издержками (коррупцией, насилием и принудительным изъятием собственности в форме налогов) не только потому, что она способствует экономическому росту, но также и потому, что она выполняет и целый ряд других важнейших социальных задач (защиту от внешних врагов, борьбу с преступностью, отправление правосудия и т.п.). Поэтому не стоит заранее сводить все возможные этически не обусловленные ограничения свободы договора только к реакциям на провалы рынка и считать их исключительной компетенцией экономического анализа. Утилитарные политико-правовые соображения шире, чем простая максимизация экономического благосостояния.

§ 4. Функциональное разделение политико-правовых оснований ограничения договорной свободы

Помимо вышеуказанного разделения политико-правовых оснований ограничения свободы договора на этически и утилитарно обусловленные следует обратить внимание и на еще одну крайне важную классификацию.

В принципе все политико-правовые основания ограничения договорной свободы можно разделить на те, которые обусловлены желанием государства защитить утилитарные интересы и этические ценности, носящие внешний по отношению к сторонам договора характер, и на те, которые обусловлены патерналистскими соображениями защиты интересов самих сторон договора вопреки их собственной воле, выраженной в контракте.

Когда государство запрещает сделки, направленные на подрыв основ нравственности или причинение ущерба тем или иным публичным интересам, интересам третьих лиц (например, кредиторов одного из контрагентов) и в иных подобных случаях, оно действует в целом в рамках классической либеральной концепции договорной свободы, сформированной в XIX в., в рамках которой ограничение свободы допускается в случаях, когда эта свобода причиняет ущерб другим лицам или обществу и государству в целом. Тогда же, когда государство патерналистски ограничивает свободу договора во имя интересов самих контрагентов, но вопреки тому, на что они добровольно и осознанно согласились по договору, оно в некотором смысле выходит за рамки классической либеральной концепции договорной свободы. В таких случаях государство ограничивает свободу в патерналистских целях, считая, что оно может оценить интересы контрагентов лучше, чем они сами были на то способны при заключении договора.

В принципе вряд ли стоит оспаривать принципиальную допустимость ограничения договорной свободы в обоих случаях. Серьезные проблемы возникают тогда, когда мы пытаемся четко сформулировать, в каких же конкретных случаях государство может реализовывать ту или иную ограничительную стратегию. Общая идея, которую мы здесь пытаемся изложить, состоит в том, что ограничения договорной свободы, не носящие патерналистский характер, могут вводиться только в случае, если некие конкурирующие общественные или государственные интересы будут явно перевешивать очевидную политико-правовую ценность договорной свободы. Те же ограничения свободы договора, которые носят патерналистский характер, могут вводиться еще более осторожно и только при наличии ряда дополнительных условий, речь о которых пойдет ниже.

Глава 2. Ограничения договорной свободы во имя интересов общества, государства или третьих лиц

§ 1. Противодействие гражданско-правовому оформлению деятельности, запрещенной в публичном праве

Одним из поводов ограничения свободы договора является необходимость предотвращения сделок, опосредующих гражданско-правовое оформление деятельности, подпадающей под те или иные прямые или имплицитные публично-правовые запреты. Сами эти запреты направлены напрямую не в сферу гражданского права и не имеют целью заблокировать заключение тех или иных сделок, а на блокирование того или иного реального поведения граждан. При нарушении этих запретов граждане (или юридические лица), как правило, привлекаются к публично-правовой (уголовной или административной) ответственности, но возникает очевидная проблема с сохранением в силе заключенных в целях реализации запрещенной деятельности гражданско-правовых сделок. Здесь можно, например, вспомнить о сделках, оформляющих скупку краденого, или о сделках, направленных на уклонение от уплаты налогов. Разрешая такие ситуации, правовые системы выбирают между различными стратегиями или комбинируют их. Они, во-первых, могут признавать такие сделки ничтожными, используя либо ссылки на их противоречие закону, либо конструкцию, аналогичную нашей норме о ничтожности сделки, нарушающей основы правопорядка (ст. 169 ГК). Во-вторых, теоретически право может помимо применения мер публично-правового воздействия потребовать ограничения принципа pacta sunt servanda, не затрагивая непосредственно автоно-

мию воли сторон. В последнем случае заключенный в целях оформления противозаконной деятельности договор не признается ничтожным, но лишается судебной защиты. В-третьих, может практиковаться еще и такая стратегия, при которой правовая система никак не будет затрагивать заключенные сделки, ограничившись применением публично-правовых санкций.

Какой из указанных вариантов является наиболее оптимальным, здесь определить абстрактно и для всех случаев невозможно. Все зависит от политико-правового контекста. Очевидно лишь, что чем серьезнее то правонарушение, которое повлекло заключение спорного договора, тем больше оснований для присоединения к публично-правовым мерам реакции на исходное правонарушение и такой санкции, как признание ничтожности самой сделки. И наоборот, чем слабее чувство политико-правовой неприемлемости соответствующего правонарушения, тем больше оснований ограничиться лишь публично-правовыми санкциями. Вариант противодействия противоправной деятельности с оставлением сделки без принудительной защиты может выступать в качестве своего рода компромиссного варианта в ситуации умеренной политико-правовой неприемлемости запрещенной деятельности. Но здесь не стоит излишне упрощать картину. При выборе того или иного стратегического варианта может учитываться и целый ряд других факторов (например, оценка политико-правовой приемлемости ущемления интереса контрагента, который мог не знать о соответствующем правонарушении).

Являются ли все эти частноправовые стратегии реакции на публично-правовые правонарушения мерами по ограничению договорной свободы? Если признание самой сделки ничтожной безусловно относится к категории ограничений договорной свободы, то два оставшихся варианта ограничивают договорную свободу косвенно. Вариант с лишением сделки принудительной силы, как мы уже отмечали, достигает результата, крайне близкого прямому ограничению свободы договора, хотя и не блокирует возможность добровольного обмена. Вариант же с применением лишь публично-правовых санкций ограничивает свободу договора косвенно. Сам факт порочности запрещенной деятельности и ее блокирование посредством угрозы применения публично-правовых санкций опосредованно сдерживают и практику заключения соответствующих сделок.

§ 2. Нарушение сделкой основ общественной морали

Попытка противостоять нарушению основ общественной морали – другой повод вводить те или иные ограничения договорной свободы

как в виде соответствующих императивных запретов, запрещающих те или иные сделки или их условия, так и путем предоставления соответствующей дискреции судам путем введения общего оценочного критерия добрых нравов по примеру п. 1 § 138 ГГУ или ст. 1133 ФГК либо нормы о противоречии сделки основам нравственности по примеру ст. 169 ГК РФ.

Что есть основы общественной нравственности – вопрос, безусловно, крайне сложный, неадекватный ответ на него может вызвать серьезные сложности. Далеко не всякая неэтичность условия договора дает государству основания для ограничения договорной свободы. Так, например, упоминание «основ нравственности» в ст. 169 ГК РФ указывает на то, что сделка, признаваемая недействительной, должна противоречить неким фундаментальным принципам общественной морали.

Если контракт или его условия противоречат принципиальным и бесспорным положениям общественной морали, право может ограничивать свободу договора напрямую, т.е. признавая саму сделку ничтожной. В случае нарушения менее принципиальных этических норм право может действовать опосредованно – через лишение договора принудительной силы. Последний вариант, как уже отмечалось, реализован сейчас в ГК РФ в отношении сделок по поводу игр и пари.

Таким образом, для ограничения договорной свободы затронутая этическая норма должна быть такой, что ее нарушение вызывает очевидное общественное осуждение. В частности, просто не вполне справедливое, на взгляд суда или законодателя, условие договора отнюдь не всегда заслуживает блокирования. Поэтому нарушение договором основ нравственности следует отличать от просто несправедливости его условий. В обоих случаях мы имеем нарушение этических стандартов. Тем не менее когда договор противоречит основам общественной нравственности, то речь идет о том, что именно общественная мораль восстает против допущения подобной сделки. И здесь не столь важно, вредит ли договор интересам одного из контрагентов или он взаимовыгоден. Соответственно когда право ограничивает свободу договора в таких случаях, то оно делает это не в патерналистских целях, а в целях защиты общественных интересов. В случае же простой несправедливости договорных условий неэтичность проявляется исключительно в отношении одного из контрагентов, а этические чувства общества затронуты незначительно. Соответственно в последнем случае у права нет особых оснований вмешиваться, если этот контрагент, будучи в трезвом уме и твердой памяти и при отсутствии явного разрыва в переговорных возможностях, выразил свое согласие на соответствующие условия и не передумал их исполнять.

Например, если нарушение договора одной из сторон согласно положениям контракта строго карается прямо прописанными в контракте санкциями, а другая сторона максимально освобождается от негативных последствий нарушения договора со своей стороны, мы можем считать такое содержание контракта не вполне справедливым, т.е. не соответствующим идее справедливости как равенства и принципу коррективной справедливости. Но в этом случае право вряд ли должно ограничивать свободу договора, если ни один из контрагентов не пытается оспорить такое содержание договора и оба исполняют эти условия добровольно. Но вот если договор будет предусматривать возмездное предоставление донором своих органов для трансплантации, право будет скорее всего считать такой договор ничтожным независимо от того, что обе стороны согласны его добровольно исполнять.

Граница между просто несправедливым контрактом и контрактом, нарушающим основы общественной нравственности, крайне зыбка. В некоторых странах (например, в Германии) суды до введения специального контроля справедливости договорных условий, а отчасти и после этого используют ссылку на нарушение добрых нравов (например, п. 1 § 138 ГГУ) в качестве инструмента для контроля справедливости договорных условий. Но, думается, концепции основ нравственности (добрых нравов) и справедливости договорных условий следовало бы различать. Поэтому более разумно вслед за французским или англо-американским правом резервировать за концепцией добрых нравов (основ нравственности) функцию по ограничению свободы заключать явно аморальные сделки, попирающие фундаментальные основания общественной морали (например, сделки, затрагивающие этические стандарты семейного, сексуального поведения, избыточно ограничивающие личную свободу и т.п.). Для признания основ нравственности грубо попранными теми или иными договорными условиями содержание договора должно переступать через некий условный «порог невыносимости», за которым следует прямое общественное порицание.

Но почему для ограничения договорной свободы вопреки воле и интересам сторон требуется некая квалифицированная оценка аморальности договора? Здесь не стоит забывать про то, что вопросы морали и справедливости, как мы уже отмечали, носят крайне субъективный характер. Соответственно излишняя чувствительность позитивного права к вопросам нарушения этики чревата чрезмерной дестабилизацией договорного оборота. Именно поэтому для опровержения презумпции свободы договора в подобных целях требуется нарушение таких этических стандартов, которые безусловно признаются большинством общества в качестве фундаментальных.

§ 3. Защита интересов третьих лиц

Как правило, сделки затрагивают интересы только их участников. В силу общепризнанной презумпции рациональности контрагентов последние являются лучшими оценщиками своих собственных интересов. Поэтому их воля, закрепленная в контракте, должна быть по общему правилу защищена от вмешательства государства. Но в некоторых случаях сделки могут затрагивать интересы третьих лиц. Когда такие «экстерналии» оказываются позитивными и третьи лица выигрывают от сделки (например, когда сделка заключена в пользу третьего лица или от независимого аудита банка выигрывают его клиенты и вкладчики), праву нет причин вмешиваться. Но когда внешние эффекты носят негативный характер и интересы третьих лиц страдают, возникает явная аномалия. Получается, что лица, не выразившие свое согласие на сделку и тем самым не просигналившие о том, что она соответствует их интересам, могут оказаться заложниками воли двух контрагентов.

Ограничение свободы договора в этом случае может быть оправданно соображениями справедливости. Но в равной степени ограничение свободы договора в таких случаях может быть зачастую оправданно и с сугубо экономической точки зрения[1]. Безусловно, участники сделки, презюмирующиеся рациональными максимизаторами своей выгоды и лучшими оценщиками собственных интересов, заключая сделку, считали ее результат Парето-улучшением. Но при наличии негативных экстерналий этот расчет субъективных выгод и издержек может не соответствовать социальным выгодам и издержкам. Иначе говоря, открытый Смитом закон соответствия частной и общей выгоды может не сработать. Сделка может обогащать ее участников на 1000 рублей, но приносить третьим лицам вред на 1500 рублей. Так как участники сделки в силу своей преимущественно эгоистичной природы, как правило, не интернализируют (не принимают в расчет) негативные экстерналии, создаваемые собственным поведением, они вполне могут заключить сделку, которая не максимизирует, а преуменьшает экономическое благосостояние общества.

Как верно в свое время подметил американский судья Оливер Уенделл Холмс, при разработке позитивного права не следует исходить из предположения о благородстве тех, чьи отношения правом регулируются. Благородные и честные люди в принципе в праве нуждаются в крайне незначительной степени. Поэтому право должно строиться исходя из предположения о «плохом человеке» (bad man theory) и вторгаться там, где

[1] См.: *Trebilcock M.J.* The Limits of Freedom of Contract. 1993. P. 58–60; *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. 30 ff.

среднестатистический эгоист, способный на самоограничение своих желаний только под угрозой принуждения, может в своем стремлении к личному преуспеванию ущемить интересы третьих лиц[1]. Поэтому так же как право не должно рассчитывать на то, что производители будут учитывать ущерб, причиняемый их производством экологии, и стремиться его добровольно минимизировать, оно не должно питать иллюзий и в отношении того, что контрагенты при заключении договора и согласовании его условий будут из альтруистических соображений слишком часто задумываться об ущемлении интересов лиц, в договоре не участвующих.

Подобный сбой в работе «невидимой руки» рынка экономисты относят к категории «провалов рынка» (market failure) и, как правило, с первой половины XX в. считают заслуживающим введения тех или иных ограничений свободы договора.

Например, сделки компании по распродаже своих активов по бросовым ценам аффилированным покупателям, а равно списание долгов своим крупным должникам могут быть признаны правовой системой недействительными, если совершаются в преддверии банкротства и де-факто направлены на лишение кредиторов этой компании фактической возможности удовлетворить свои требования. В этом случае конкретная сделка вполне может удовлетворять интересам компаний, в ней непосредственно участвующих, или их основных акционеров. Например, покупатель приобретает некое имущество со скидкой, а сама компания-должник выводит основные активы, лишая кредиторов стимула возбуждать процедуру банкротства. Иначе говоря, оба участника сделки могут так или иначе от нее выиграть. Но такая сделка может быть отменена правом из-за негативных экстерналий, которые она создает в отношении интересов кредиторов.

Здесь возникает очень сложный вопрос проведения демаркации между оправданными и неоправданными с политико-правовой точки зрения негативными экстерналиями[2]. Дело в том, что в принципе очень многие сделки создают негативные последствия в отношении интересов третьих лиц. Но далеко не всегда право ограничивает и должно ограничивать свободу договора.

Более того, если говорить серьезно, то следует признать, что практически любая сделка может ущемить интересы третьих лиц[3]. Напри-

[1] О теории «плохого человека» см.: *Holmes O.W.* The Path of the Law // 10 Harvard Law Review. 1897. P. 457 ff.

[2] *Parisi F.* Autonomy and Private Ordering in Contract Law // 1 European Journal of Law and Economics. 1994. P. 217.

[3] См.: The Fall and Rise of Freedom of Contract / Ed. by F.H. Buckley. 1999. P. 86, 87; *Mathis K.* Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. 2009. P. 37.

мер, покупая акции на фондовом рынке, компания или гражданин вносят свой вклад в повышение их стоимости, и чем больше купленный пакет акций, тем сильнее вырастают их котировки. Данная сделка безусловно имеет позитивную экстерналию в отношении не участвующей в сделке компании-эмитента, чья общая капитализация вырастает, и крупных акционеров этой компании, чьи пакеты акций дорожают без их непосредственного участия. Но эта же сделка может создать и негативный эффект в отношении инвесторов, пожелавших купить акции этого эмитента на следующий день после совершения этой сделки: из-за роста цены им придется заплатить больше. Кроме того, страдают и интересы инвесторов, игравших на понижение стоимости этих акций (например, за счет так называемых коротких продаж), – они несут прямые убытки.

Те же или похожие цепочки экстерналий, как круги на воде, могут расходиться практически от любой сделки, даже такой незначительной, как покупка вентиляторов в знойном московском августе 2010 г. Скупая дефицитные вентиляторы, покупатель лишает такой возможности другого страдающего от жары москвича.

Соответственно правотворцы вынуждены разделять допустимую и недопустимую степень негативных экстерналий, порождаемых частными сделками. Сложность этого вопроса очевидна, если мы от достаточно простых вышеуказанных примеров, в которых политико-правовая интуиция легко находит правильный ответ, перейдем к более сложным случаям.

Так, например, договор залога, по которому некий должник передает банку свое основное ликвидное имущество в залог в обеспечение привлекаемого кредита, может серьезно ущемить интересы других кредиторов должника, чьи перспективы удовлетворения своих требований в случае банкротства должника в этом случае значительно снижаются. Де-факто договор залога предоставляет одному из кредиторов преимущества в ущерб кредиторам, чье согласие на снижение обеспеченности их требований не спрашивается (классический пример негативной экстерналии) и зачастую не может ни подразумеваться, ни фактически быть испрошено в принципе (например, кредиторы по деликтным требованиям). И хотя ряд современных авторов всерьез обсуждают данную проблему и ставят под сомнение политико-правовую адекватность залога как института ущемления прав незалоговых кредиторов и создания негативных экстерналий[1], право практически всех стран мира не запрещает договоры залога.

[1] См.: *LoPucki L.M.* The Unsecured Creditor's Bargain // 80 Virginia Law Review, 1994. P. 1887 ff. Активная научная дискуссия на тему политико-правовой оправданности института залога началась в США в 1970-е гг. (*Jackson T.H.*, *Kronman A.T.* Secured Financ-

Но если проблема, обозначенная в этом примере, имеет решение в праве большинства развитых стран, то имеются примеры ситуаций, вызывающих споры до сих пор и однозначно не разрешенных в позитивном праве.

Например, как мы видели, позитивное право вопреки озвученным в последнее время сомнениям ряда ученых продолжает считать договор залога допустимым институтом договорного права. Также, как уже отмечалось, функция залогового статуса кредитора (в случае непосессорного залога) реализуется в основном в случае возбуждения процедуры банкротства. Иначе говоря, заключая договор залога, стороны тем самым оговаривают процедуру преимущественного удовлетворения прав данного кредитора на случай банкротства должника. Но если право считает возможным применять такой способ частноправового согласования одного из элементов процедуры банкротства (очередности удовлетворения требований кредиторов), то почему бы не допустить и иные договоры, направленные на регулирование процедуры банкротства и распределение прав и обязанностей сторон данного процесса? Почему, например, банк и заемщик не могут оговорить, что введение моратория на погашение требований кредиторов при возбуждении против заемщика дела о банкротстве не будет распространяться на данный банк? Или почему контрагенты не могут заключить договор, согласно которому в случае возбуждения дела о банкротстве одного из них другой обязуется не голосовать в пользу банкротства? Ведь здесь мы имеем, по сути, ту же самую проблему негативных экстерналий и все тот же вопрос о степени свободы договора в сфере правового регулирования банкротства, что и при заключении договора залога.

Ряд современных авторов (например, С.Л. Шварц, А. Шварц) отстаивают политико-правовую адекватность расширения сферы свободы договора в сфере законодательства о банкротстве. Одновременно некоторые американские суды признают законность соглашения об отказе от моратория на удовлетворение требований отдельного кредитора в случае возбуждения дела о банкротстве несмотря на то, что это может ущемить интересы других кредиторов должника, не выражавших свое согласие на таковое[1]. Другие ученые (например, Линн ЛоПуки) столь же уверенно критикуют такое расширение сферы свободы договора, ссылаясь на необходимость предотвращения данной негативной экс-

ing and Priorities Among Creditors // 88 Yale Law Journal. 1979. P. 1143 ff.) и до сих пор далека от завершения.

[1] См.: *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.

терналии в отношении прав третьих лиц[1]. Как мы видим, в этой сфере могут возникать вопросы с достаточно неопределенными ответами.

В отношении вышеприведенных примеров мы не будем высказывать свою позицию. Но эти примеры показывают, что вопрос о разграничении случаев «здорового» и «нездорового» с политико-правовой точки зрения ущемления прав и интересов третьих лиц при заключении договоров является крайне сложным и вряд ли может быть решен путем применения некого «метапринципа», поскольку требует учета всего комплекса различных и разноплановых политико-правовых факторов. Среди таких факторов немаловажную роль, видимо, должны играть вопросы о степени выраженности негативных экстерналий, об отдаленности причинно-следственной связи между заключением контракта и возникновением ущерба третьим лицам, о сопоставлении объема общего излишка сторон и масштаба ущерба третьим лицам, наличии компенсирующих позитивных экстерналий и другие аналогичные соображения.

Дальнейшая научная проработка этого интересного вопроса была бы крайне актуальна для развития сбалансированного правового регулирования, помогая правотворцам принимать соответствующие решения о допустимости или недопустимости ограничения договорной свободы из-за негативных экстерналий чуть менее интуитивно и несколько более рационально.

§ 4. Обеспечение стабильности и развития экономики в целом

В предыдущем параграфе мы показали, что некоторые сделки могут создавать негативные экстерналии в отношении интересов третьих лиц, в сделке не участвующих. Но некоторые сделки могут порождать негативные экстерналии в отношении стабильности и развития экономики в целом.

Здесь следует согласиться с Познером, Стиглицем, Шиллером, Рубини и рядом других юристов и экономистов, которые отмечают, что поведение участников некоторых рынков (независимо от того, является ли оно рациональным в отношении интересов самих участников сделки) зачастую вызывает серьезные проблемы для стабильного развития экономики в целом. Очевидно, что «невидимая рука» рынка не всегда работает успешно. Так, например, самый типичный и актуальный пример – систематическое надувание «пузырей» на финансовых рынках, рынках ценных бумаг и рынках недвижимости, разрыв которых способен причинить и регулярно причиняет значительный ущерб не только

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

всей экономике, но и самим участникам этой ажиотажной гонки завышенных ожиданий – пенсионерам, чьи сбережения «сгорают» при крахе пенсионных фондов, наемным работникам, чьи рабочие места исчезают из-за разорения работодателей, и государству, а в итоге – всем налогоплательщикам, вынужденным тратить миллиарды на стабилизацию финансовой системы и исправление просчетов любителей играть в спекулятивную рулетку.

Возникновение, рост и разрыв таких «пузырей» являются неотъемлемой частью современной рыночной экономики и в некоторой степени являются побочным следствием ее гипердинамизма. В условиях рыночной экономики постоянно открываются потенциальные возможности много заработать, незанятые ниши, неудовлетворенный спрос, «прорывные» технологии или финансовые инструменты. Некоторые из этих возможностей являются мнимыми, другие – реальными. Инвесторы-капиталисты находятся в постоянных поисках возможностей максимально выгодно вложить свой капитал и пытаются успеть первыми к «праздничному столу», рискуя и ставя на кон собственные состояния. Как верно отмечал еще Кейнс, абсолютно точно просчитать риск невозможно. Знаменитый «предпринимательский дух» и состоит в том, чтобы все время быть готовым рисковать, выигрывать или проигрывать. Этот риск часто оказывается оправданным, и быстро накопившие инвестиции новые бизнес-проекты способствуют замечательному процессу рыночного созидательного разрушения (например, весь мир окутывают сети железных дорог или Интернета). Но еще чаще риск не оправдывается и инвестиции «сгорают», что заканчивается для капиталиста зачастую весьма трагично (громкие провалы кажущихся удачными инвестиционных проектов происходят достаточно регулярно). Этот процесс естественного отбора в целом крайне эффективен и лежит в основе всей рыночной экономики.

Но время от времени жадность и избыточный оптимизм инвесторов приводят к тому, что реальный спрос профессиональных предпринимателей уступает месту сугубо спекулятивному и начинается иррациональный ажиотаж, охватывающий значительные массы населения. Возникшие в результате этого «пузыри» начали расти еще на заре капитализма и являются его верным спутником. Вспомним здесь о знаменитой «тюльпаномании» в Голландии в 1630-е гг., французской афере «Компании Миссисипи» в 1710-х гг. и буме акций «Компании южных морей» в Англии в то же время. Из недавних подобных случаев можно упомянуть «пузырь доткомов» (dot-com bubble) конца 1990-х – начала 2000-х гг., который образовался в результате появления большого количества новых интернет-компаний и переориентировки старых компаний на интернет-бизнес в конце XX в.

Судьба этих «пузырей», как правило, одинакова. Ажиотаж направляет в соответствующие рынки огромные потоки свободного капитала. Цены на предмет ажиотажа устремляются вверх, и начинает расти не основанный ни на чем, кроме веры людей в продолжение их роста, «пузырь». Поводом для его разрыва может быть любая случайность. Но после того, как люди теряют веру в дальнейший рост данного актива, цены перестают расти, начинаются вначале осторожные, а затем обвальные распродажи, цены стремительно летят вниз, инвесторы банкротятся, взятые на эти спекуляции кредиты не возвращаются, разоряются банки, сгорают накопления людей, предприниматели реального сектора не могут получить кредит на развитие... Причем чем больше капитала было влито в этот «пузырь» и чем большее количество участников оборота пыталось заработать на его росте, тем разрушительнее последствия его разрыва для всей экономики. В случае, когда прогорает отдельный бизнес-проект, – это индивидуальная драма; разрыв же глобального спекулятивного «пузыря» иногда превращается в национальную трагедию[1].

По мере развития индустриального капитализма, увеличения свободных капиталов и глобализации экономики, развития современных телекоммуникаций и СМИ, обычно распаляющих такого рода ажиотаж, масштабы таких «пузырей» и драматичность их разрывов все нарастали. Напомним, что США оправились от последствий Великой депрессии, спровоцированной разрывом в 1929 г. невиданного «пузыря» на фондовой бирже, только в годы Второй мировой войны и во многом благодаря ей.

В этих условиях неудивительно, что государства иногда вводили регуляторные ограничения свободы экономических трансакций, обусловленные необходимостью предотвратить негативные экстерналии в отношении интересов всей экономики в целом. Устранение системных рисков, провоцируемых высокорискованным поведением отдельных «игроков», в XIX–XX вв. стало считаться одним из оснований для ограничения свободы договора во имя общего блага.

Так, например, в США после Великой депрессии были введены жесткие ограничения в сфере финансовых сделок (в том числе и в отношении их условий), что, по мнению многих, препятствовало надуванию столь же масштабных спекулятивных «пузырей» вплоть до 1980-х гг. Эпоха дерегулирования, начавшаяся с приходом к власти Рейгана, сняла эти барьеры и позволила участникам оборота посредством свободных и никак не регулируемых государством сделок, подпитываемых де-

[1] Подробнее о природе спекулятивных «пузырей» см.: *Shiller R.J.* Irrational Exuberance. 2006; *Kindleberger C.P.*, *Aliber R.*, *Solow R.* Manias, Panics and Crashes: A History of Financial Crises. 2005.

шевыми деньгами ФРС и зарубежными инвестициями, запустить рост масштабных спекулятивных «пузырей» (прежде всего на рынках телекоммуникационных компаний и жилья). А нежелание государства регулировать сектор секьюритизации и деривативов способствовало тому, что эти диспропорции только усиливались[1].

Эффективность мер по ограничению свободы финансовых сделок вызывает множество споров. В настоящий момент, судя по доступной нам литературе, многие эксперты и политики склоняются к необходимости ужесточения регулирования финансового рынка и ограничения свободы финансовых сделок. Другие эксперты им активно оппонируют.

Так, например, у юристов и экономистов вызывает острые споры вопрос о необходимости запрета на короткие продажи ценных бумаг (short selling). Данные сделки, изобретенные голландскими финансистами еще в XVII в. и с тех спор широко используемые во всех рыночных странах мира, представляют собой структурированную договором или серией сделок игру на понижение рыночной стоимости некого товара (как правило, котируемых на бирже ценных бумаг)[2]. На протяжении истории во многих странах предпринимались многочисленные попытки либо запретить, либо ограничить все или некоторые виды подобных сделок со ссылкой на то, что такие спекуляции приводят к усугублению волатильности рынка, способствуют его падению и таким образом прямо или косвенно причиняют ущерб не только интересам других инвесторов, но и стабильности экономики в целом. В последние несколько лет из-за разразившегося финансового кризиса настоящая волна попыток временно запретить или ограничить некоторые формы коротких продаж вновь прокатилась по ряду стран (такие меры принимались не-

[1] *Рубини Н., Мим С.* Нуриэль Рубини: как я предсказал кризис. М., 2011. С. 27 и сл.

[2] Одна их схем коротких продаж выглядит примерно следующим образом. Некий инвестор, который предвидит снижение рыночных котировок неких ценных бумаг, занимает определенный пакет этих ценных бумаг у брокера с обязательством вернуть то же самое количество ценных бумаг в будущем и уплатить ему соответствующее вознаграждение. Получив данный пакет, инвестор сразу же продает его по рыночной цене. К моменту предписанного договором с брокером возврата занятых ценных бумаг инвестор скупает на рынке нужное количество ценных бумаг и возвращает брокеру. Если к дате возврата занятых ценных бумаг их рыночная стоимость снизилась, то инвестору требуется меньше средств для скупки нужного пакета, чем он сам получил, продавая ценные бумаги, полученные в свое время от брокера. Иначе говоря, инвестор зарабатывает на падении стоимости пакета ценных бумаг. Другой вариант коротких продаж и выигрыша от падения рыночных цен не требует займа ценных бумаг. Здесь инвестор просто заключает договор на передачу в будущем отсутствующих у него на момент заключения договора ценных бумаг по текущей рыночной цене. Впоследствии к назначенной дате инвестор скупает нужный пакет ценных бумаг на рынке и передает покупателю. Если за этот отрезок времени рыночные цены на ценные бумаги упали, инвестор получает за пакет бумаг, которые он купил уже по упавшей цене, оплату из расчета той более высокой цены, которая была на момент заключения договора.

давно в США и Великобритании и обсуждались в Европейском союзе), но однозначного принятия эти меры в экспертном и политическом сообществе не получили. Многие эксперты считают такие ограничения свободы договора неоправданными, нарушающими сложившиеся рыночные правила определения цен, мешающими выигрывать тем, кто лучше спрогнозирует рыночную конъюнктуру, и в конечном счете лишающими рынок важного механизма сдерживания роста «пузырей»[1].

Не вдаваясь в обсуждение оправданности тех или иных конкретных ограничений, заметим, что, на наш взгляд, очевидно право государства на законодательном уровне вводить точечные ограничения свободы договора, предотвращая те или иные договорные практики, когда их применение может подорвать стабильность и рост экономики в целом и значительно ущемить интересы широких масс ни в чем не повинных граждан в частности.

Например, государство, осознавая серьезность проблемы «пузырей» на валютных, фондовых и иных рынках, разрыв которых всегда имел и имеет колоссальное негативное последствие для экономики и нации в целом, может осторожно вводить некоторые ограничения в отношении операций с валютой и ценными бумагами, деривативами, а также в отношении секьюритизации, иных финансовых сделок. Такие меры должны быть хорошо продуманны и ни в коем случае не избыточны. Но в современных условиях сложно отрицать, что государство, озабоченное стабильностью экономического развития, может ограничивать отдельные коммерческие практики во имя общего благосостояния. Если речь идет о детально продуманых и точечных мерах, а не об огульном ограничении всего и вся под прикрытием демагогических и неаргументированных доводов о защите экономики в целом, такие меры могут быть оправданны с политико-правовой точки зрения.

Там, где утрата некоторыми особенно рисковыми участниками рынка определенных возможностей извлечь краткосрочную прибыль из-за ограничения свободы договора несравнима с тем значительным ущербом, который может быть причинен такой рискованной деятельностью всей экономике, государство должно быть готово вводить те или иные ограничения, оберегая от соответствующих рисков не столько тех, кто был бы готов их принять, сколько интересы остального общества.

§ 5. Ограничение конкуренции

Выше мы показали, что в большинстве стран вводятся те или иные ограничения свободы договора, когда сделка продуцирует негативные экстерналии в отношении интересов третьих лиц, а также перспектив

[1] См., напр.: *Shiller R.J.* Irrational Exuberance. 2nd ed. 2009. P. 226–228.

развития и стабильности экономики в целом. На стыке двух этих случаев проявляет себя один из самых известных примеров того, как свободное соглашение может ущемлять интересы лиц, не участвующих в сделке. Речь идет о соглашениях, влекущих ограничение конкуренции.

Ограничение конкуренции рассматривается в качестве основного примера «провала рынка», т.е. ситуации, когда свободное контрактирование может не приводить к экономическому процветанию. Монополизм снижает объем выпуска товаров и услуг, поддерживает искусственный дефицит, нарушает естественные механизмы балансирования спроса и предложения, снижает качество товаров и услуг, часто подрывает стимулы к инновациям, блокирует процесс повышения эффективности производства и снижения затрат, провоцирует неоправданные издержки на защиту монопольных позиций и имеет ряд других дефектов[1]. Хотя в ряде случаев монополизм и может быть экономически оправдан, еще со времен средневековых мыслителей и особенно после появления классической экономической теории он по общему правилу считается заслуживающим ограничения.

Из-за того, что соглашения, направленные на подавление конкуренции, признаются большинством экономистов и юристов и общественным мнением в качестве ухудшающих положение потенциальных клиентов участников такого соглашения, а также с учетом того, что конкуренция справедливо рассматривается как залог успешного развития экономики в условиях рыночной парадигмы, право в большинстве стран получает серьезные основания отступать от принципа свободы договора в отношении сделок, влекущих подавление конкуренции[2].

Некоторые экономисты оспаривают тот факт, что такого рода ограничения оправданы реальностью угрозы, которую создают монополии и договорные ограничения конкуренции[3]. В США споры в среде юристов и экономистов об эффективности антимонопольного регулирования ведутся последние десятилетия с небывалой интенсивностью. В последние 30 лет под воздействием критиков активного антимонопольного регулирования из стана столь влиятельной в США чикагской школы экономического анализа права антимонопольный контроль в этой стране был значительно ослаблен. Сомнения в способности государства эффективно администрировать соответствующее антимонопольное регулирование и воскрешение веры в способности свободного рынка к саморегуляции в 1980-е гг. лишили юристов, поддерживающих жесткий антимонопольный контроль, прежнего влияния. Тем не менее ни в США, ни в Европе антимонопольные ограничения со-

[1] *Veljanovski C.G.* Economic Principles of Law. 2007. P. 38.
[2] *Ойкен В.* Основные принципы экономической политики. М., 1995. С. 364.
[3] *Арментано Д.* Антитраст против конкуренции. М., 2008.

глашений, направленных на сдерживание конкуренции, не были отменены полностью.

Мы здесь, не являясь компетентными в данной области, не возьмем на себя смелость представлять свою позицию по данной сложнейшей теме. Важно отметить, что согласно общепринятому в экономической и юридической науке мнению более или менее интенсивная роль государства как ограничителя свободы договора допустима в тех случаях, когда оно действует в целях защиты конкуренции. Думается, есть все основания считать этот тезис в целом верным. Споры могут вестись лишь об эффективности отдельных ограничений, механике такого контроля и разумной степени его интенсивности.

В частности, под запрет могут подпадать соглашения о разделе рынка, ценовые сговоры, соглашения об ограничении предложения и об эксклюзивном дистрибьюторстве, фиксация цены перепродажи и иные подобные «горизонтальные» и «вертикальные» соглашения, ограничивающие конкуренцию. Различные нюансы введения подобных ограничений свободы договора обычно подробно регламентируются как в договорном, так и в антимонопольном законодательстве или прецедентной судебной практике, развивающейся на его основе.

Так, например, особую остроту имеет проблема крайне распространенных «ограничительных ковенантов» (restrictive covenant, restraint of trade clauses), которые, будучи включены в договоры франчайзинга, продажи компаний и некоторые другие сделки, ограничивают право одного из контрагентов конкурировать с другим на тех или иных рынках или территориях. Например, покупатель магазина может настоять на включении в договор условия о том, что продавец этого магазина в течение определенного времени будет воздерживаться от открытия аналогичных магазинов в том же регионе, а получатель прав на товарный знак по договору франчайзинга будет настаивать на запрете правообладателю осуществлять ту же деятельность под тем же товарным знаком в том же регионе.

Схожая проблема возникает и в отношении так называемых условий об эксклюзивности (или соглашений об эксклюзивности) в дистрибьюторских договорах, которые оговаривают, что один из контрагентов будет воздерживаться от заключения аналогичных сделок или сотрудничать с конкурентами другого. Например, некий дилер автомобилей может обязаться перед зарубежным поставщиком, что он не будет продавать через свои магазины автомобили других марок в ответ на то, что поставщик воздержится от поставок этих автомобилей другим посредникам, работающим в том же регионе. Другой пример: поставщик бензина оговаривает с компанией, владеющей бензозаправками, что последняя получает бензин со скидкой, а в обмен обязуется не закупать его у других поставщиков.

Подобного рода ограничительные соглашения и условия об эксклюзивности крайне распространены в области крупных корпоративных и торговых сделок и практикуются в той или иной форме во всем мире. Но в то же время вполне очевидно, что они в той или иной степени ограничивают конкуренцию. В совокупности эти соображения приводят к достаточно подозрительному отношению судов и законодателей к подобным соглашениям, не переходящему, впрочем, в тотальную войну с ними.

По поводу описанных выше горизонтальных и вертикальных соглашений, ограничительных ковенантов и условий об эксклюзивности во всех странах встает вопрос о наличии политико-правовых оснований для их полной легитимации, однозначного запрета per se или применения некого компромиссного гибкого подхода, способного учесть конкретную специфику таких условий (rule of reason).

Обычно ответ правовых систем бывает дифференцированным. В отношении некоторых форм такого рода актиконкурентных соглашений вводится запрет per se (например, в отношении ценовых сговоров или соглашений, устанавливающих минимальные цены перепродажи в дистрибьюторских договорах). В отношении других случаев, как правило, применяется принцип разумности, что позволяет суду принимать во внимание реальный антиконкурентный эффект соответствующего соглашения и степень подавления конкуренции. Так, в ряде стран (например, в США и Англии) ответ правовой системы на вопрос о законности многих ограничивающих конкуренцию условий состоит в том, что запрещаются лишь те из них, которые неразумны и неадекватны интересам общества и легитимным интересам сторон (например, не имеющие временны́х пределов или захватывающие избыточные с точки зрения разумного баланса интересов сторон сферы)[1].

Нам представляется такой и компромиссный подход в ряде случаев оптимальным. Многие подобные сделки и договорные условия, ограничивающие конкуренцию, не должны исключаться в принципе без учета их реального вклада в ограничение конкуренции на соответствующем рынке.

В то же время такое гибкое решение, возможно, не всегда приемлемо в отношении ценовых сговоров, соглашений о разделе рынка и некоторых других особо опасных антиконкурентных соглашений, применительно к которым иногда более адекватным будет жесткий запрет per se.

[1] В отношении американского права см. § 186–188 Второго свода договорного права США (Restatement 2nd of Contracts), а также: *Handler M.*, *Lazaroff D.* Restraint of Trade and the Restatement (Second) of Contracts // 57 New York University Law Review. 1982. P. 669. Применительно к английскому праву см.: *Smith S.* Reconstructing Restraint of Trade // 15 Oxford Journal of Legal Studies. 1995. P. 565; *Atiyah P.S.* The Rise and Fall of Freedom of Contract. P. 408–410, 697–700; Chitty on Contracts. Vol. I: General Principles. 2008. P. 1134 ff.

В любом случае выбор адекватной регулятивной стратегии в отношении антиконкурентных соглашений требует серьезного политико-правового анализа. При этом вполне очевидно, что определенные основания для некоторых ограничений свободы договора, направленных на ограничение конкуренции или косвенно влекущих его, имеются.

Глава 3. Ограничения договорной свободы в патерналистских целях

§ 1. Понятие патерналистского ограничения свободы договора

Патернализм – это ограничение свободы индивида и автономии его воли во имя его же собственных интересов.

С философской точки зрения патернализм в праве может вызывать и вызывает интересные дискуссии о свободе и автономии воли. Мы здесь не ставим себе задачу всерьез подняться на уровень столь серьезных обобщений. Теоретическая допустимость ограниченного патернализма такого рода признается всеми правопорядками мира и в целом не вызывает у нас серьезных сомнений. Центральный вопрос – это вопрос о пределах допустимого патернализма в договорном праве и о его введении в некие адекватные рамки.

Под патерналистски обусловленными ограничениями свободы договора мы здесь понимаем такие ограничения, которые вводятся не для защиты интересов третьих лиц, общества и государства в целом и основ правопорядка и нравственности в частности, а в целях предотвращения или исправления тех ситуаций, когда воля контрагента, которая выражена или может быть выражена в контракте, не соответствует тому, как долгосрочные интересы этого контрагента оцениваются обществом. Если государство ограничивает свободу договора в целях борьбы с теми договорными условиями, которые по тем или иным причинам делают договор не влекущим улучшение по Парето (т.е. невыгодным одной из сторон), а также тогда, когда оно ущемляет свободу даже взаимовыгодного договора во имя принципов справедливости и добросовестности, оно действует патерналистски.

Это уточнение важно иметь в виду, так как в научной литературе понятие патернализма в договорном праве вызывает иногда жаркие споры. Так, некоторые авторы (такие, например, как Джеймс Гордли) не считают патерналистским ограничением свободы договора установление правила о недопустимости сильного отклонения цены договора от среднерыночного уровня или введение минимального уровня оплаты труда. По мнению таких авторов, в этих случаях государство защищает этиче-

ские идеалы общества, а следовательно, защищает интересы не столько конкретной стороны, сколько общества в целом[1].

В этой связи заметим, что провести четкую черту между патернализмом, как он понимается большинством зарубежных юристов (защита интересов сторон договора вопреки их прямо выраженной в контракте воле)[2], и случаями, когда свобода договора ограничивается в целях защиты интересов третьих лиц, экономики в целом, основ общественной морали и в иных подобных целях, действительно трудно. Так, например, договор об обращении в рабство можно блокировать, считая эту ограничительную меру патерналистской (т.е. ограждающей людей от совершения ошибки в расчете своих интересов), но равным образом и подводя под нее соображения, связанные с защитой основ общественной нравственности.

Тем не менее данное замечание вряд ли должно мешать нам выделять патерналистские ограничения свободы договора. Наличие «зон полутени» является неотъемлемым следствием любой классификации. Соответственно далее под патерналистски обусловленными ограничениями свободы договора мы будем понимать такие меры, которые предопределены *преимущественно* соображениями защиты интересов одной из сторон в ситуации, когда иные политико-правовые критерии задействованы незначительно. Соответственно сделанные нами ниже общие замечания о границах патернализма относятся именно к таким случаям и неприменимы напрямую тогда, когда ограничения свободы договора предопределены преимущественно необходимостью защиты интересов третьих лиц, общества, государства и основ общественной нравственности.

С учетом этого подхода такие меры государства, как признание кабальными и недействительными сделок с несоразмерным встречным предоставлением, установление минимального размера оплаты труда, снижение договорной неустойки, признание недействительными оговорок об ограничении ответственности в сделках с потребителями или иные подобные меры, мы признаем патерналистскими. Вопреки мнению Гордли следует все же признать, что основной мотив такого рода ограничений свободы состоит не столько в защите основ обществен-

[1] *Gordley J.* Morality and Contract: The Question of Paternalism // 48 William and Marry Law Review. 2006–2007. P. 1733 ff.

[2] См., напр.: *Kronman A.T.* Paternalism and the Law of Contracts // 92 Yale Law Journal. 1983. P. 763; *Trout J.D.* Paternalism and Cognitive Bias // 24 Law and Philosophy. 2005. P. 408; *Zamir E.* The Efficiency of Paternalism // 84 Vanderbilt Law Review. 1998. P. 236; *Blumenthal J.A.* Emotional Paternalism // 35 Florida State University Law Review. 2007–2008. P. 9; *Cserne P.* Freedom of Choice and Paternalism in Contract Law: A Law and Economics Perspective // 2006 German Working Papers in Law and Economics. 2006. Pap. № 6. P. 5–7.

ной нравственности, сколько в исправлении просчетов контрагентов и восстановлении справедливости.

Кроме того, следует сделать и еще одно предварительное уточнение. Когда речь идет о возможной патерналистской опеке юридического лица, акционеры и работники этого лица не должны рассматриваться в качестве третьих лиц. Ограничение свободы договора не должно терять свой патерналистский статус только на том основании, что реализация договора в его изначальной редакции может ущемить интересы владельцев юридического лица (в виде снижения дивидендов и капитализации) и его работников (в виде возможных сокращений зарплат и увольнений). Юридическое лицо хотя и является фикцией, но в обороте выступает как самостоятельный субъект и должно нести ответственность за свои просчеты при составлении договора, а при очень серьезных просчетах – и разоряться. Мелкие акционеры и рядовые работники выступают в этом случае как своего рода заложники просчетов топ-менеджеров. Тем не менее думается, что с точки зрения формирования верных стимулов право не должно как минимум в большинстве случаев принимать во внимание интересы «инсайдеров» корпорации отдельно от интересов самой корпорации. Поэтому, например, снижение договорной неустойки по заявлению некого ООО будет являться патерналистской мерой несмотря на то, что от нее могут выиграть акционеры и работники этого ООО.

Другая ситуация возникает в отношении интересов тех, кто является «аутсайдером» корпорации (например, кредиторов одного из контрагентов). Ограничения свободы договора во имя их интересов мы в этой работе не рассматриваем в качестве патерналистских. Безусловно, в экономическом плане положение, скажем, миноритарных акционеров и кредиторов корпорации во многом схоже, но в контексте данной проблематики логичнее придерживаться формального подхода, дифференцирующего положение этих групп «стэйкхолдеров».

Практическая важность ответов на эти классификационные вопросы и выделения именно патерналистских мер ограничения свободы договора высока, так как (мы ниже покажем) патерналистский контроль свободы договора может быть допущен с большей осторожностью, чем контроль свободы договора во имя интересов третьих лиц, общества и государства.

§ 2. Возможные экономические резоны

Общие замечания

Какие же экономические резоны могут быть приведены в пользу ограничения свободы договора в интересах самого контрагента? Ведь

в предыдущем разделе мы показали, что, как правило, в силу теории рационального выбора и разности в субъективных оценках благ добровольная сделка в случае ее исполнения влечет улучшение по Парето, т.е. приводит к тому или иному выигрышу обеих сторон.

Проблема заключается в том, что в реальности в ряде случаев первоначальная оценка сторонами экономического эффекта сделки может быть ошибочной и одна из сторон от ее исполнения проигрывает. Кроме того, изменение внешних условий (например, колебания рыночных цен и общей экономической конъюнктуры) может ex post лишить сделку статуса влекущей Парето-улучшение. В реальном, а не в идеализированном экономическом обороте заключается не так мало сделок, оказывающихся не влекущими улучшение по Парето ex ante или ex post.

Если отвлечься от проблемы изменения внешних условий и сконцентрироваться на ситуации изначального просчета сторон, то можно выделить несколько основных причин сбоя рациональности.

Несовершенство информации

Одна из причин, по которым люди добровольно заключают договоры, не носящие взаимовыгодный характер, состоит в ограничениях к доступу ко всей необходимой для принятия абсолютно рационального решения информации.

Люди могут проявить свои рациональные способности в поиске Парето-эффективных условий договора, когда у них имеется достаточный доступ ко всей релевантной информации. Многие выкладки классической и неоклассической экономической теории имплицитно исходили из того, что участники оборота при совершении сделок владеют всей необходимой информацией. С учетом этой презумпции теория рационального выбора казалась относительно надежной гарантией того, что контрагенты заключают, возможно, и не оптимальную, но как минимум Парето-улучшающую сделку.

Но в последние годы исследования современных специалистов в области экономической теории информации (начатые Джорджем Стиглером и поднятые на новый уровень Джозефом Стиглицем, Джорджем Акерлофом и др.) доказали, что важная для оценки эффективности сделки информация зачастую недоступна, а это в ряде случаев ставит под сомнение идею о том, что контрагенты смогут верно оценить издержки, выгоды и риски и сделать рациональный выбор. Более того, на практике владение всей релевантной информацией в принципе невозможно в силу естественных познавательных и когнитивных ограничений человеческого разума.

В этих условиях на практике люди постоянно принимают экономические решения и совершают сделки при неполной (несовершенной) информации. Безусловно, они стараются найти и обработать нужную информацию (цены конкурентов, качественные характеристики приобретаемого товара и т.п.), но вскоре понимают, что поиск информации подчиняется закону убывающей отдачи и на каком-то этапе издержки дальнейшего поиска информации и связанного с этим промедления превышают ожидаемые выгоды от более рационального выбора. Иначе говоря, неведение может быть вполне рационально оправданно[1]. В науке этот феномен принято называть рациональным неведением (rational ignorance). В результате на практике большинство контрактов заключается в значительной степени на основе некой полуинтуитивной, эвристической оценки того, что их условия улучшают положение контрагента.

В общем и целом проблема несовершенной информации не мешает «невидимой руке» рынка работать в большинстве случаев. Как правило, такой отчасти интуитивный выбор хотя и не приводит контрагентов к Парето-оптимальному результату, но толкает их в сторону Парето-улучшения. Рыночная экономика в целом развивается именно на основе миллиарда таких частных сделок, формирующих общий кооперативный излишек, так или иначе разделяемый между сторонами.

Но в некоторых случаях, а также в определенных сферах проблема несовершенства информации может иметь особую остроту и приводить к более серьезным и устойчивым сбоям теории рационального выбора.

Ограниченная рациональность

Теория рационального выбора может также давать сбои еще и в силу естественных ограничений человеческой рациональности.

Идея о том, что свобода договора всегда обеспечивает Парето-улучшение, покоится на теории рационального выбора в ее неоклассическом варианте. Но как только мы осознаем, что человеческая рациональность (даже в условиях владения всей релевантной информацией) носит ограниченный характер, бесспорность утверждения о том, что патерналистское ограничение договорной свободы по определению неэффективно с экономической точки зрения, не столь очевидна. Достаточно вспомнить, что подавляющее большинство потребителей не читают и не имеют реальной возможности прочесть и понять содержание тех договоров, которые они заключают, чтобы предположение об иде-

[1] *Mathis K.* Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. 2009. P. 12.

ально рациональном анализе договорных условий показалось не вполне соответствующим реальности[1].

Как уже отмечалось, одним из первых фактор иррациональности участников оборота поставил в центр экономической теории Кейнс. В настоящий момент многие ученые, занимающиеся современной когнитивной психологией и поведенческой экономикой, всерьез изучают психологические особенности принятия экономических решений и заключения сделок, пытаясь составить объективное представление о доминирующих моделях человеческого поведения и разбавить редукционизм теории рационального выбора исключениями и уточнениями. Отыскание примеров устойчивой нерациональности людей в определенных моделях экономического поведения постепенно выявляет случаи, когда теория рационального выбора может действительно не сработать, а контрагент – неосознанно выбрать то, что не пойдет ему впрок и ухудшит его «предконтрактное» положение.

Эти исследования выявили множество устойчивых сбоев рациональности в поведении человека. Нерациональные поведенческие особенности принятия решений, оценок и поступков получили название когнитивных ошибок (cognitive bias). Выявление и инвентаризация данных проявлений «ограниченной рациональности» (bounded rationality)[2] оттенили общую презумпцию рациональности и высветили те случаи, когда регулятивная политика, основанная на презумпции рациональности, может не быть оптимальной с точки зрения экономической эффективности. На основе большого объема накопленных за последние годы А. Тверски, Д. Канеманом и другими выдающимися психологами и экономистами эмпирических данных и аналитических трудов таких экономистов, как Герберт Саймон, Джордж Акерлоф, Роберт Шиллер и другие, в 1990-е гг. на передний план зарубежной правовой науки выдвинулось новое течение – Behavioral Law and Economics (бихевио-экономический анализ права). Объем и количество научных статей, в которых десятки американских правоведов (К. Санстайн, Р. Коробкин, Т. Улен, К. Джоллс и др.) развивают те или иные аспекты этой новой научной методологии, постоянно увеличивается[3].

[1] Обзор литературы о неосведомленности потребителей о содержании заключаемых контрактов как факторе, подрывающем тезис о неизбежной Парето-оптимизирующей сути свободных договоров и колеблющем идею о недопустимости патернализма, см.: *Korobkin R.* Bounded Rationality, Standard Form and Uncoscionability // 70 University of Chicago Law Review. 2003. P. 1217.

[2] Подробнее о понятии ограниченной рациональности через призму новой институциональной экономической школы см.: *Уильямсон О.* Экономические институты капитализма. СПб., 1996. С. 94–96.

[3] См., напр.: *Sunstein C.* (ed.). Behavioral Law and Economics. 2000; *Jolls C.*, *Sunstein C.R.*, *Thaler R.* Behavioral Approach to Law and Economics // 50 Stanford Law Review 1997–1998.

В частности, в рамках данных исследований ученым удалось указать на ряд случаев, когда в силу устойчивых когнитивных ошибок свобода договора может привести участников сделки к экономически неэффективным результатам.

Так, среди различных экспериментально доказанных когнитивных ошибок широко признан так называемый фактор «сверхоптимизма» (overoptimism). Многочисленные эксперименты современных западных исследователей подтверждают, что в среднем люди склонны переоценивать свои возможности и недооценивать риски, формируя свои планы на будущее[1]. Издержки конкретного экономического решения, наступление которых в будущем не гарантировано и которые могут возникнуть лишь с незначительной долей вероятности, большинство людей склонно игнорировать или патологически недооценивать[2]. При этом возможность получения выгоды от совершения трансакции люди часто склонны существенно переоценивать.

Большинство из нас внимательно не читают условий заключаемых бытовых сделок, не считая нужным тратить на это время, несмотря на то что в контракте, предложенном нам банками, страховыми компаниями, торговыми сетями или туристическими компаниями, могут оказаться абсолютно разорительные для нас условия. Мы, осознавая, что в редких случаях это может случиться, просто надеемся на то, что в на-

P. 1471 ff; *Jolls C.*, *Sunstein C.R.* Debiasing Through Law // 35 Journal of Legal Studies. 2006. P. 199 ff.; *Korobkin R.B.*, *Ulen T.S.* Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics // 88 California Law Review. 2000. P. 1051 ff; *Eisenberg M.A.* The Limits of Cognition and the Limits of Contract // 47 Stanford Law Review. 1994–1995. P. 211 ff.; *Langevoort D.C.* Behavioral Theories of Judgment and Decision Making in Legal Scholarship: A Literature Review (Symposium: The Legal Implications of Psychology: Human Behavior, Behavioral Economics and the Law) // 51 Vanderbilt Law Review. 1998. P. 1499 ff.; *Camerer C.*, *Issacharoff S.*, *Loewenstein G.*, *O'Donoghue T.*, *Rabin M.* Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for «Asymmetric Paternalism» // 151 University of Pennsylvania Law Review. 2003. P. 1211; *Rachlinski J.* The Uncertain Psychological Case for Paternalism // 97 Northwestern University Law Review. 2003. P. 1165 ff; *Trout J.D.* Paternalism and Cognitive Bias // 24 Law and Philosophy. 2005. P. 393 ff. Критику нового движения с позиции классического чикагского экономического анализа права, продолжающего отстаивать методологическую непоколебимость теории рационального выбора, см.: *Posner R.A.* Rational Choice, Behavioral Economics and the Law // 50 Stanford Law Review. 1997–1998. P. 1551 ff; *Scott R.E.* The Limits of Behavioral Theories of Law and Social Norms // 86 Vanderbilt Law Review. 2000. P. 1603 ff. Призыв к более осторожному использованию наработок бихевиоэкономического анализа, опровергающих теорию рационального выбора, см.: *Mitchell G.* Why Law and Economics' Perfect Rationality Should Not Be Traded for Behavioral Law and Economics // 91 Georgetown Law Journal. 2002. P. 67 ff. Обзор литературы см.: Contract Law and Economics / Ed. by G. de Geest. 2011. P. 421–423.

[1] *Eisenberg M.A.* The Limits of Cognition and the Limits of Contract // 47 Stanford Law Review. 1994–1995. P. 216–218.

[2] Институциональная экономика. Новая институциональная экономическая теория: Учебник. М., 2005. С. 384.

шем случае ничего страшного не произойдет и в подписанной проформе договора не будет ничего необычного. Риск столкнуться с подвохами в набранном мелким шрифтом договоре большинство потребителей всерьез не воспринимает. Более того, на практике даже корпоративные юристы, вычитывая коммерческий договор, серьезного внимания развернутым условиям о форс-мажоре не уделяют, а зачастую и вовсе их не читают. Почувствовать на себе последствия согласованного условия о форс-мажоре придется в будущем и в редких случаях нарушения договора. Соответственно, так как риск столкнуться с издержками, вызванными данной формулировкой, крайне низок, юристы зачастую просто не считают его заслуживающим серьезного внимания.

Кроме того, широко признано, что блага, которые человек получает сейчас, ценятся всегда выше, чем блага, которые он получит в отдаленном будущем. За 700 лет до появления бихевио-экономического анализа это простое наблюдение зафиксировал ученик Фомы Аквинского Эгидий Лессинийский[1]. Но человеческой природе в равной степени свойственна также и ошибка дисконтирования могущего возникнуть в отдаленном в будущем ущерба: люди склонны в принципе недооценивать даже гарантированные издержки, если они могут понести их в отделенном будущем. Многие курильщики не перестанут курить, даже если они будут точно знать, что курение в конце их жизни ускорит их смерть на три года, но моментально бросят курить, знай они наверняка, что курение уложит их в кому на те же самые три года здесь и сейчас. Отнятые от жизни три года сейчас оцениваются куда более серьезно, чем когда этот ущерб отложен во времени.

Подобные наблюдения подтверждают, что в ряде вопросов человеческое поведение демонстрирует нам примеры иррациональных, на объективный взгляд, просчетов в оценках издержек и выгод, когда издержки, возникновение которых отсрочено или не гарантировано, не принимаются в полноценный расчет при сопоставлении их с сиюминутными выгодами.

Например, большинство людей не откладывало бы деньги на старость, предпочитая тратить их здесь и сейчас и рассчитывая на свои возможности заработать достаточно в будущем, если бы патерналистская система обязательного пенсионного обеспечения не принуждала их к формированию пенсионных накоплений. Именно поэтому многие туристы по своей доброй воле зачастую не платят несколько сотен рублей на приобретение медицинской страховки, не веря в то, что они могут оказаться на месте тех редких несчастных, которым понадобит-

[1] См.: *Уэрта де Сото Х.* Австрийская экономическая школа: рынок и предпринимательское творчество. М., 2009. С. 48.

ся экстренная медицинская помощь в заграничной поездке. Именно в силу феномена сверхоптимизма люди патологически склонны верить мошенникам, организующим всевозможные финансовые пирамиды, и наивно надеяться, что именно в этом случае их не обманывают и это как раз тот редкий шанс быстро разбогатеть, о котором они в глубине души мечтали. Не обходится без ссылки на данный феномен и объяснение причин, которые приводят к тому, что люди постоянно соглашаются заключать договоры с явно завышенными неустойками, легко принимают валютные оговорки, создающие серьезные курсовые риски, или не сильно настораживаются, когда встречают в договоре кредита условие о праве банка на одностороннее изменение процентной ставки.

Иначе говоря, то, что может произойти с небольшой вероятностью или в отдаленном будущем, люди склонны оценивать менее серьезно, чем это предписывается теорией рационального выбора. Мы, как правило, верим в лучшее и не желаем трезво оценивать свои шансы на успех и риски столкнуться с неудачами.

В принципе такую склонность к некоторому избыточному оптимизму можно объяснить эволюционными и психологическими причинами и объявить вполне естественными адаптивными психологическими реакциями на непредсказуемость внешнего мира[1]. Тем не менее мы далее будем обозначать подобные когнитивные особенности проявлениями ограниченной рациональности.

Множество иных свойственных человеку когнитивных ошибок также может привести к установлению неоптимального договорного регулирования и согласованию неэффективных и очевидно несправедливых договорных условий. Например, свойственная многим людям

[1] Тезис о том, что так называемые когнитивные ошибки в эволюционном плане являются не ошибками как таковыми, а оправданным ответом человеческого организма на вызовы внешней среды, см.: *Rachlinski J.* The Uncertain Psychological Case for Paternalism // 97 Northwestern University Law Review. 2003. P. 1165 ff. В рамках такого объяснения унаследованный нами от наших предков феномен сверхоптимизма может представляться крайне полезной адаптивной реакцией человеческой психики на ежедневные вызовы крайне тяжелой, полной опасности и рисков жизни первобытного человека, редко доживающего до зрелого возраста. Если бы человек был лишен авантюрной жилки и наивной веры в то, что у него-то все будет лучше, чем у других, возможно, его психическая устойчивость и способность к активной борьбе за существование и воспроизводство в условиях перманентного стресса, агрессии соплеменников и внешних врагов, голода, болезней и других «прелестей» первобытной жизни были бы значительно ниже. Сознание и способность мыслить – огромные преимущества человека, но они же дают человеку способность осознать страх перед случайностью и природой и почувствовать незащищенность своего положения как никакому другому живому существу на Земле. Эта перманентная тревога, не характерная, видимо, для других животных, формирует психологический спрос на некоторый избыточный оптимизм, улучшающий реальность в сознании человека. Это в свою очередь в некоторой степени восстанавливает нарушенную гармонию и частично подавляет порожденные разумом страх и тревогу.

неспособность осуществлять точные математические расчеты и агрегирование разрозненных цифровых показателей зачастую используется банками при установлении платы за пользование кредитом, когда процент устанавливается на сравнительно привлекательном для заемщика уровне, а значительная доля реального финансового бремени по обслуживанию кредита «прячется» в не столь бросающихся в глаза условиях о комиссии и иных подобных скрытых отчислениях. Люди, оценивая целесообразность привлечения кредита, склонны упускать из расчетов эти скрытые комиссии и брать на себя непросчитанные в полной мере финансовые обязательства.

В условиях широкого распространения эмпирических данных, выявляющих феномен ограниченной рациональности, возникают экономические резоны как минимум обсуждать обоснованность тех или иных отступлений от принципа свободы договора, направленных на предотвращение эксплуатации этих когнитивных ошибок.

Так, в этом контексте феномен сверхоптимизма формирует дополнительное политико-правовое оправдание для существования правила о контроле соразмерности неустойки судом[1]. Например, заключается договор, который предусматривает уплату поставщиком неустойки в размере 1 млн рублей в случае нарушения договора. При этом без учета этой неустойки реальная рентабельность договора (выручка за минусом всех связанных с ее заключением и исполнением расходов) для поставщика составляет 50 тыс. рублей (5%). С учетом реальной вероятности нарушения договора, равной 10%, общая сумма ожидаемого бремени по уплате неустойки составляет 100 тыс. рублей (1 млн × 10%). Соответственно в реальности с экономической точки зрения сделка не должна быть заключена: увеличение расходов поставщика на величину ожидаемых в связи с уплатой неустойки издержек делает договор на таких условиях для него убыточным. В то же время элементарный эмпирический анализ показывает, что на практике такие невзаимовыгодные сделки, не влекущие улучшение по Парето, заключаются достаточно часто (вспомним распространенные в российском обороте пени, размер которых иногда превышает сотни процентов годовых). Происходит это в силу эффекта «сверхоптимизма» и недооценки рисков, что подкрепляет экономическими аргументами тезис о возможности патерналистского контроля размера неустоек со стороны государства.

[1] См.: *Eisenberg M.A.* The Limits of Cognition and the Limits of Contract // 47 Stanford Law Review. 1994–1995. P. 225 ff. Противоположную точку зрения сторонников классического экономического анализа права, опирающихся на идею безошибочности рационального выбора в отношении согласованной сторонами неустойки, см.: *Goetz C.J.*, *Scott R.E.* Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach // 77 Columbia Law Review. 1977. P. 554 ff.

Можно привести и целый ряд иных примеров. Так, опасения в отношении конвертации договора из являющегося Парето-улучшающим в невыгодный для одной из сторон посредством реализации контрагентом (например, банком) предусмотренного в договоре безусловного права на одностороннее изменение цены (или процентной ставки) могут способствовать предоставлению определенных экономических аргументов в пользу введения некоторых ограничений в отношении таких условий как минимум применительно к потребительским договорам. Осознание же ограниченности математических способностей потребителя стимулирует законодателей обязывать банки раскрывать в договорах кредита с потребителями эффективную ставку процента.

В целом развитие бихевио-экономического анализа права теоретически может формировать экономические предпосылки для более активного патернализма, чем допускает классическая и неоклассическая экономическая теория, зацикленная на презумпции рационного выбора и хотя и признающая исключения, но не уделяющая им серьезного внимания[1].

При этом бихевио-экономический подход, как правило, не претендует на устранение теории рационального выбора, но предлагает методологическую модель выявления устойчивых провалов рациональности, характерных для тех или иных контекстов заключения договора, а также предлагает в этих случаях отступать от презумпции рационального выбора и принципа свободы договора смелее[2].

§ 3. Этические основания патерналистских ограничений свободы договора

Выше мы показали, что с экономической точки зрения ограничения свободы договора в ряде случаев могут быть оправданны необходимостью заблокировать сделки, не влекущие улучшение по Парето в силу несовершенства информации и ограниченной рациональности контрагентов.

Безусловно, эти соображения крайне важны, так как показывают, что в ряде случаев контроль содержания договоров может как минимум теоретически влечь исправление сбоев «невидимой руки рынка», и формируют экономические предпосылки для того, чтобы как минимум сомневаться в том, что все заключаемые в обороте без пороков воли сделки являются влекущими Парето-улучшение.

Но мы не думаем, что именно это соображение в дескриптивном плане имеет решающее значение для оправдания конкретных патер-

[1] *Ulen T.* Rational Choice and the Economic Analysis of Law // 19 Law and Society Inquiry. 1994. P. 519, 520.

[2] Contract Law and Economics / Ed. by G. de Geest. 2011. P. 409.

налистских ограничений свободы договора, реализуемых сейчас с той или иной степенью интенсивности во всех современных правопорядках. Представляется, что решающую роль в обосновании таких ограничений играли и играют этические соображения справедливости и добросовестности.

Это можно легко доказать. Во-первых, суды всех развитых стран столетиями более или менее интенсивно ограничивали и продолжают ограничивать свободу договора в целях защиты интересов одного из контрагентов (например, снижают неустойку), не имея ни малейшего понятия о критерии Парето-эффективности. Они не пытались и чаще всего не пытаются производить какие-либо расчеты ex ante взаимовыгодности сделки, а руководствовались и руководствуются исключительно своей моральной интуицией, пытаясь исправить явную несправедливость или покарать явную недобросовестность.

Во-вторых, если бы фактор эффективности играл здесь существенную и определяющую роль, то было бы сложно объяснить тот факт, что право многих стран проявляет достаточно интенсивный патернализм при ограничении свободы договора, но менее охотно ограничивает принцип обязательности контракта при изменении внешних условий. Ведь очевидно, что не улучшающее по Парето распределение выгод от исполнения сделки происходит вследствие существенного изменения обстоятельств уже после заключения сделки как минимум не менее часто, чем вследствие изначального просчета сторон. Почему же суды в первом случае проявляют достаточную сдержанность и жесткость, а во втором столь часто корректируют условия договора? Этот парадокс может быть объяснен, только если мы признаем, что основная причина патерналистских ограничений свободы в реальном правоприменении развитых стран имела и имеет преимущественно этическую природу.

Дело в том, что в случае применения доктрины существенного изменения обстоятельств (или ее аналогов в зарубежном праве) истинной причиной невыгодности контракта является некий внешний фактор. Поведение же обоих контрагентов, как правило, неупречно. Соответственно резоны дестабилизировать оборот в целях защиты интересов одного из контрагентов и с весьма вероятным ущербом для ожиданий другого здесь кажутся очевидными лишь в самых редких и вопиющих случаях. Превратности рынка чаще всего не рассматриваются как нечто такое, что с этической точки зрения оправдывает подрыв ожиданий одного контрагента, дестабилизацию оборота и милосердное вспоможение жертве случая. Совсем другое дело, когда договор изначально является несправедливым. В данном случае, как правило, имеется как жертва несправедливости, так и «виновник» таковой – контрагент, настоявший на столь несправедливом содержании договора либо восполь-

зовавшийся иррациональностью или слабыми переговорными возможностями другой стороны. Здесь источник несправедливости – не некое внешнее обстоятельство, а воля одного из контрагентов (как правило, более сильного). Соответственно более активное вмешательство судов становится более понятным и объяснимым.

Поведение людей в целом и законодателей и судей в частности находится под сильнейшим влиянием этики справедливости. Большинство законодателей и судей не знают о таких сложностях, как эффективность по Парето, или крайне скептически настроены в отношении возможности оценивать со стороны эффективность или неэффективность сделки как ex ante, так и ex post, но при этом часто доверяют своей моральной интуиции и готовы выносить решения на ее основе (особенно судьи высших судов).

Иначе говоря, основной резон, заставляющий суды осуществлять патерналистский контроль свободы договора, носит, на наш взгляд, этический характер и состоит в стремлении блокировать несправедливость и недобросовестность. При этом очевидно, что такой контроль может пресечь и случаи, когда содержание договора таково, что оно не влечет улучшение по Парето. И тогда этическая интуиция выступает в качестве своего рода посредника для пресечения экономической неэффективности. Но этический уклон неизбежно приводит к тому, что суды берут под контроль как неэффективные сделки, так и те сделки, которые хотя и являются влекущими улучшение по Парето, но выглядят при этом крайне несправедливо. Так, например, договор, заключенный между монополистом и его клиентом, как правило, является Парето-улучшающим, т.е. взаимовыгодным. Если бы это было не так, то клиент его бы просто не заключил. Но условия договора и распределение кооперативного излишка могут быть настолько несправедливыми, что наше моральное чувство часто начинает требовать вмешательства в сферу автономии воли сторон с целью исправления очевидного дисбаланса.

Что же является справедливым уровнем распределения кооперативного излишка и содержанием договора в целом? Этот вопрос не столь прост. Часто говорят о неком равном разделении, но данный тезис может вызывать споры[1]. Думается, что равное распределение кооперативного излишка далеко не всегда означает справедливость содержания договора. Например, есть основания считать, что в ситуации заключения сделки между человеком, нуждающимся в экстренной медицинской помощи, и проезжающим автомобилистом, согласно которой последний согласился подвести первого до больницы за 1 млн рублей,

[1] Подробнее о сложностях в выявлении критерия справедливого распределения выгод от сделки см.: *Wertheimer A.* Exploitation. 1999. P. 69.

резервная цена автомобилиста составляет в сотни раз меньше данной суммы. Иначе говоря, автомобилист скорее всего согласился бы подвести больного и за 10 тыс. рублей. В то же время в ситуации столь острого характера больной готов отдать за возможность попасть в больницу в принципе все свое состояние, так как вполне предсказуемо оценивает свою жизнь дороже любой собственности. Допустим, что вся собственность больного стоит 10 млн рублей. В итоге экономист скажет, что при согласованной в договоре цене в 1 млн рублей распределение кооперативного излишка происходит в пользу больного. Ведь разница между резервной ценой водителя (10 тыс. рублей) и реальной ценой договора (1 млн рублей) составляет 990 тыс. рублей, в то время как разница между резервной ценой больного (10 млн рублей) и ценой договора (1 млн рублей) составляет 9 млн рублей. С экономической точки зрения сделка не только влечет улучшение по Парето, но еще и предоставляет львиную долю выгод от трансакции больному. С этим стоит согласиться, как бы ни парадоксально и даже цинично это не звучало. Но здесь как раз и становится очевидно, что справедливое содержание договора отнюдь не всегда означает равноправное распределение выгод от взаимовыгодной сделки. Большинство людей признает такой договор крайне несправедливым, несмотря на то что распределение кооперативного излишка происходит в пользу больного.

Мы не имеем возможности здесь глубоко погружаться в этот интересный вопрос моральной философии. Тем не менее заметим, что несправедливость договора может быть определена как с учетом его содержания, так и с учетом обстоятельств его заключения. Так, например, у нас нет уверенности в том, что если бы в аналогичной вышеописанной ситуации речь шла не о человеке, чья жизнь поставлена под угрозу, а о миллиардере, спешащем на заключение крупной сделки, аналогичные условия сделки были бы признаны несправедливыми. Иначе говоря, вряд ли можно свести контроль справедливости договора исключительно к контролю соразмерности обмениваемых благ (так как цена носит субъективный характер), а также к равноправному распределению кооперативного излишка. Справедливость договора вбирает в себя гораздо более богатый набор этических факторов. Несправедливый договор – это такой договор, который с учетом его содержания и обстоятельств заключения противоречит доминирующим в обществе представлениям о справедливости. В силу «сущностно оспариваемой» и многозначной семантики понятия справедливости последнее, как мы показали выше, может отражать различные этические стандарты (справедливость как равенство прав, коммутативная справедливость цены, корректива справедливость наказания, справедливость как отсутствие неоправданного ущемления личной негативной свободы и др.). Обще-

ство вполне толерантно воспринимает некоторые отступления от этих стандартов, но реагирует достаточно остро, когда несправедливость договора достигает некоторого трудноуловимого порогового значения.

Но все вышесказанное носит сугубо дескриптивный характер. Из позитивной информации никогда не стоит механически выводить нормативные заключения. В силу «принципа Юма» из сущего должное не выводится. Возможно, праву стоит забыть о справедливости и осуществлять патерналистские ограничения свободы договора исключительно тогда, когда законодателю или суду очевидно, что условия договора не предполагают улучшения по Парето?

На этот вопрос мы ответим отрицательно ввиду следующих соображений.

Во-первых, нет никаких оснований сводить цели права исключительно к обеспечению экономической эффективности. С этим сейчас не спорят даже такие адепты экономического анализа права, как Ричард Познер. Справедливость есть как минимум не менее важная политико-правовая ценность. Безусловно, за попытки обеспечить справедливость договорных отношений часто приходится платить некоторыми потерями в сфере экономической эффективности. Тем не менее это не значит, что при столкновении данных ценностей победу должна обязательно одерживать эффективность.

Во-вторых, попытка свести весь патерналистский контроль свободы договора исключительно к попытке исправить экономическую неэффективность просто невозможна еще и в силу естественных познавательных и когнитивных сложностей, которые испытывают люди, ответственные за принятие соответствующих законодательных и судебных ограничений свободы договора. Просчитать некоему третьему лицу, что то или иное договорное условие будет являться невыгодным одному из контрагентов, крайне проблематично. Эффективность сделки зависит от всего комплекса ее условий и ряда иных как эндогенных (внутренних), так и экзогенных (внешних) факторов и может быть более или менее точно просчитана только обладающим всей этой информацией контрагентом. Поэтому если законодатель и блокирует свободу договора именно в целях исключить ситуацию, когда одна из сторон примет на себя неэффективные условия, то происходит это крайне редко. При этом нет никакой уверенности в том, что эти ограничения действительно блокируют неэффективные сделки, а не препятствуют эффективным. Суды же, как правило, не имеют достаточной экспертизы в области микроэкономической теории и имеют серьезные сложности при попытке определять эффективность сделки ex post. Этот последний фактор часто не учитывают сторонники экономического анализа права, нередко предлагающие судам в качестве нормативных выводов

своих исследований придерживаться при разрешении споров правил, состоящих из сложнейших формул.

В результате законодатели и тем более суды при принятии решений об ограничении свободы договора в ряде случаев просто вынуждены полагаться на свою моральную интуицию и выбирать между абсолютно толерантным отношением к любым аномалиям в содержании контракта, с одной стороны, и попытками блокировать отдельные очевидные злоупотребления на основе эвристических, «навскидочных» оценок справедливости – с другой. Выбор, как правило, делается в пользу последнего варианта. Иначе говоря, этика для судей оказывается более знакомой и понятной нормативной системой, чем сложные расчеты Парето-улучшения. Думается, что как минимум в ближайшее время никакой альтернативы такой этически обусловленной модели патерналистского контроля не возникнет. Если патерналистские ограничения свободы договора в принципе допустимы, то в подавляющем большинстве случаев речь будет идти о контроле именно справедливости, а не эффективности договора. Этот вывод предопределяется комплексом институциональных факторов и вряд ли может быть оспорен, как ни печально это может показаться некоторым экономистам.

Тем не менее не стоит впадать в иную крайность и вовсе отрицать роль экономической аргументации при реализации патерналистских ограничений свободы договора. Выше мы лишь зафиксировали, что реализуемые правовыми системами патерналистские ограничения свободы договора, как правило, опираются на этические аргументы справедливости, а также на то, что такая ситуация, видимо, сохранится и в дальнейшем. Тем не менее, во-первых, экономические соображения (например, выводы бихевио-экономического анализа права) в ряде случаев могут дополнять этические аргументы, например, высвечивая те сферы, в которых теория рационального выбора дает устойчивые сбои, и усиливая позиции сторонников введения ограничений свободы договора. Во-вторых, как мы покажем далее, экономические соображения играют ключевую роль в определении пределов допустимого патернализма.

§ 4. Примеры развития патерналистски обусловленных ограничений свободы договора

Достаточно легко привести целый ряд типичных примеров ограничения свободы договора в патерналистских целях.

Как уже отмечалось выше, вся история дифференциации, а в ряде стран и полного отделения правового *регулирования трудовых отношений* от обычного договорного права в течение XX в. – это история пошагового ограничения законодателями и судами свободы договора, спрово-

цированного осознанием несправедливости многих условий, которые в силу неравенства реальных переговорных возможностей оказываются формально согласованными между работником и работодателем. В итоге разжигаемый «прогрессивной интеллигенцией» и рабочим движением моральный протест против реального бесправия работников, хотя и «освященного» условиями заключенных ими контрактов, но от того не менее вопиющего (в сочетании с прагматичным расчетом и страхом перед коммунистической угрозой), привел к официальному признанию множества ограничений свободы договора в сфере трудовых контрактов. Независимо от того, насколько правотворцы искренне верили в это, сами законодательные или судебные решения, сужающие сферу диспозитивности договорного права в области трудовых отношений (например, вводившие максимальную продолжительность рабочей недели, минимальный уровень оплаты труда, обязательное страхование от несчастных случаев и т.п.), принимались под флагами справедливости и, что самое важное, оценивались большинством членов общества (не считая, возможно, верхушки буржуазной элиты, сторонников laissez-faire в среде теоретиков-экономистов и убежденных социал-дарвинистов) именно как средство удовлетворения чувства справедливости.

В дальнейшем фактор необходимости реализации патерналистской защиты слабой стороны договора проявлялся и продолжает проявляться в полную силу множество раз. Так, например, именно на этих соображениях строится все регулирование *защиты прав потребителей*, которое во всех странах мира де-факто состоит из длинного перечня того, что в контракты с потребителями включать нельзя и какие права императивно закрепляются за потребителем независимо от того, что будет написано в контракте.

Кроме того, на идее противодействия несправедливому содержанию договоров во многом построены нормы континентально-европейского и англо-американского права, ограничивающие свободу договора применительно к согласованным сторонами *способам защиты прав контрагента в случае нарушения договора*. Тут можно вспомнить нормы об ограничении несоразмерных неустоек, о запрете на освобождение от ответственности в договорах некоторых типов и ряд других близких примеров.

Все вышеперечисленные примеры патерналистского контроля справедливости договорных условий являются достаточно банальными. Но в реальности могут встречаться и иные примеры патерналистского ограничения договорной свободы.

Так, одним из случаев, когда правовые системы могут патерналистски блокировать свободу договора, является заключение договора, вводящего избыточные *ограничения личной и экономической свободы.*

Как мы уже отмечали в начале книги, свобода договора с момента его заключения оборачивается серьезной несвободой от его условий. Личная и экономическая свобода строителя, обязанного выполнить строительные работы, или певца, обязанного принять участие в концерте, при подписании договора ограничивается. Это еще в большей степени характеризует обязательства воздержаться от определенных действий (например, не разглашать определенную информацию, не предоставлять займы третьим лицам на период до погашения долга и т.п.). Такое ограничение свободы не носит прямой характер и не состоит в лишении тех или иных прав и свобод, а проявляется косвенно в том, что при попытке реализации личной и экономической свободы вопреки своим обязательствам должник будет привлечен к гражданско-правовой ответственности за нарушение договора. Но в ряде случаев договоры предусматривают обязательства, вводящие явно непропорциональные и избыточные ограничения личной и экономической свободы, которые вызывают серьезные политико-правовые сомнения. Так, представим себе договор оказания консультационных услуг, заключенный на несколько десятков лет. Не будут ли такие договоры создавать избыточные ограничения экономической свободы, особенно тогда, когда их сторонами являются граждане, и ни договор, ни закон не предусматривают право на односторонний отказ от его исполнения?

В свое время Милль писал, что в такого рода случаях ограничения свободы договора могут быть оправданны, так как человеку достаточно сложно предвидеть свои интересы в отдаленном будущем. И действительно стоит признать, что государство применительно к таким договорам, заключенным на крайне длительные сроки, может отойти от идеи о том, что человек является лучшим оценщиком своих собственных интересов, и иногда проявлять умеренный патернализм[1]. Современные сторонники бихевио-экономического анализа права объяснили бы этот вывод, сославшись на то, что человеку свойственно проявлять иррациональность при расчете издержек и выгод на долгосрочную перспективу. Экономисты же, разрабатывающие проблематику экономической теории информации, заявили бы, что такого рода ограничения предопределены проблемами со сбором и учетом релевантной информации для адекватной оценки Парето-эффективности сделки со столь длительным сроком действия. Соответственно чем дольше срок действия обязательств, тем более отдален и менее очевиден риск утраты сделкой статуса улучшающей по Парето ex post и тем более вероятно принятие сторонами обязательств, не соответствующих долгосрочным интересам одного из контрагентов. Естественно, это может открывать

[1] *Милль Дж.С.* Основы политической экономии. В 3 т. Т. 3. М., 1981. С. 362.

некоторые утилитарные основания для государственного вмешательства и ограничения свободы договора в патерналистских целях (в форме императивно установленных прав на отказ от договора или ex post коррекции). Очевидно, что во многих случаях для такого ограничения могут иметься и сугубо этические основания.

Другой пример: в ряде зарубежных стран право допускает установление в трудовых договорах условий, согласно которым в случае увольнения работник не вправе в течение определенного периода времени поступать на работу к конкурентам бывшего работодателя. Насколько нам известно, подобные ограничения включаются в контракты с топменеджерами и в России (сейчас мы выводим за рамки вопрос о соответствии этих условий российскому трудовому законодательству). Может ли правовая система допускать такое ограничение конституционного права на свободу трудовой деятельности?

Развивая эту тему, можно поставить и целый ряд аналогичных вопросов. Может ли право допускать условие договора о купле-продаже, которое обязывает покупателя продать товар третьему лицу при наступлении тех или иных обстоятельств, или условие акционерного соглашения, обязывающего одну из сторон при возникновении тех или иных обстоятельств продать свою долю третьим лицам? Возможно ли включение в договор купли-продажи недвижимости негативного обязательства покупателя сохранить функциональное назначение здания? Правомерно ли условие договора на поставку вооружения, согласно которому покупатель обязуется не перепродавать его правительствам или компаниям из обозначенных в договоре стран? Может ли муж оговорить, что жена обязана вернуть все полученные от него в личную собственность подарки в случае развода? Может ли продюсер согласовать в контракте с солисткой ее обязанность воздерживаться от выхода замуж или беременности в течение всего периода действия контракта?

Во всех подобных случаях требуется внимательный анализ комплекса политико-правовых соображений. Думается, что какого-то общего ответа на все эти вопроса найти не удастся. Иногда соображения экономической и этической нежелательности ограничения права собственности, перешедшего покупателю, могут вынудить не признать действительными условия договора купли-продажи, ограничивающие покупателя в возможностях использования купленного имущества. Но в ряде иных случаев конкурирующие политико-правовые соображения в пользу такого проявления договорной свободы могут взять верх (как, например, в отношении примера с поставкой вооружений).

Правовые системы могут использовать и иные механизмы балансирования интересов сторон применительно к подобным случаям договорного ограничения личной или экономической свободы. Так, в Германии

право допускает условие трудового договора, запрещающее уволенному работнику наниматься на работу к конкуренту, но при этом срок такого моратория не может быть более двух лет и работнику, подпадающему под такое ограничение, полагается соответствующая компенсация[1].

Личная свобода и свобода экономической деятельности в частности, как уже отмечалось, являются важнейшими этическими и конституционными ценностями. Но эти свободы могут ограничиваться государством, которое во имя принципов свободы договора и святости договорных обязательств приводит в исполнение условия договора вопреки воле одного из контрагентов. Этот конфликт «двух свобод» требует сбалансированного решения, которое в самом общем виде можно, видимо, сформулировать следующим образом: право может отступать от принципа свободы договора, если его условия ограничивают личную свободу и свободу экономической деятельности в частности явно избыточно. При этом право должно принимать во внимание баланс интересов сторон и базовые конституционные ценности, сложившуюся практику оборота и соображения этики, справедливости и добросовестности. Соответственно личная свобода и свобода экономической деятельности в частности могут быть ограничены заключением договора и применением судебного принуждения к соблюдению его условий, так как того требует целый комплекс подробно разбиравшихся выше политико-правовых факторов. Но одновременно и свобода договора может быть ограничена, когда она ущемляет личную (в том числе и экономическую) свободу одного из контрагентов явно избыточно, т.е. несоразмерно тому общественному благу, которое обеспечивается реализацией принципа свободы договора. В последнем случае у правовой системы возникают основания отступать от принципа свободы договора и вводить те или иные запреты[2].

Другой пример патерналистского ограничения свободы договора связан с попыткой противодействия тому, что современные экономисты и юристы обозначают труднопереводимым понятием *«moral hazard»* (один из принятых переводов – «моральный риск»)[3]. Проблема морального риска возникает тогда, когда лицо получает (в частности, в результате того или иного договора) некую форму «страховки» на случай возникновения негативных последствий своего поведения и тем самым стимулируется к менее осторожным действиям, чем в случае, если бы

[1] *Wacke A.* Freedom of Contract and Restraint of Trade Clauses in Roman and Modern Law // 11 Law & History Review. 1993. P. 7.

[2] См. подробнее: *Smith S.A.* Future Freedom and Freedom of Contract // 59 Modern Law Review. 1996. P. 167 ff.

[3] О происхождении понятия «moral hazard» и его роли в правовом регулировании см.: *Baker T.* On the Genealogy of Moral Hazard // 75 Texas Law Review. 1996–1997. P. 237 ff.

риски, вызванные такими действиями, лежали бы на нем. Так, давно доказано, что владелец автомобиля, застраховавший свою гражданскую ответственность, имеет склонность управлять автомобилем менее осторожно, зная, что соответствующие риски переложены на плечи страховой компании. Банки же, регулярно секьюритизирующие свои требования к заемщикам и частично перекладывающие риски их дефолта на приобретателей соответствующих ипотечных ценных бумаг, в той или иной степени теряют стимулы более осторожного отношения к выбору заемщиков[1].

Соответственно наличие ситуации, когда один из контрагентов перекладывает риски на другого, но при этом оказывает влияние на вероятность реализации самого риска, может приводить к увеличению вероятности его реализации из-за снижения стимулов к осмотрительности, что само по себе снижает экономическую эффективность и увеличивает издержки. Например, в ответ на неустранимую проблему морального риска страховые компании вынуждены поднимать уровень страховой премии для всех страхователей, компенсируя негативные последствия, которые возникают у страховых компаний в результате снижения внимательности отдельных своих клиентов.

В связи с данной проблемой возможно анализировать в том числе те или иные способы ограничения договорной свободы. Например, право может запретить и часто запрещает включать в контракт найма жилого помещения условие об ограничении права нанимателя на расторжение договора в случае выявления непригодности жилого помещения для проживания[2]. Помимо того, что данное условие может быть оценено как явно несправедливое (так как заставляет платить за то, чем невозможно пользоваться, и тем самым нарушает принцип коммутативной справедливости), политико-правовые основания данного ограничения договорной свободы могут быть подкреплены и аргументами из области проблематики морального риска. Ведь если наймодатель будет знать, что ему гарантирована оплата независимо от пригодности жилого помещения, он лишается стимулов поддерживать его в необходимых кондициях.

Право может также императивно установить строгую (не зависящую от вины) ответственность производителя и продавца товаров перед потребителем и лишить силы любые договорные условия, пытающиеся снять или ограничить эту ответственность, осознавая, что при допу-

[1] *Stiglitz J.E.* Freefall: America, Free Markets and the Sinking of the World Economy. 2010. P. 90, 91.

[2] Так, норма п. 3 ст. 687 ГК РФ, которая дает нанимателю такое право, думается, должна в силу своей природы рассматриваться как императивная и лишающая силы соглашение сторон об ином.

щении таких условий производитель, получив своего рода «страховку» от последствий собственных ошибок, халатности и невнимательности, в значительной (хотя, учитывая сохранение риска утраты репутации, и не в полной) мере потеряет стимулы проявлять повышенное внимание при производстве этих товаров, а продавец – при выборе производителей, у которых этот товар закупается для реализации. Снижение подобных стимулов создает условия для экономически не оправданного снижения качества производимой и реализуемой населению продукции, что может становиться поводом для соответствующих ограничений свободы договора как минимум в области регулирования потребительских договоров[1].

§ 5. Опасности интенсивного патернализма

Перипетии истории патернализма в договорном праве в XIX–XX вв. привели мир к некоему диалектическому синтезу, точное содержание которого оспаривается рядом ученых, но, без сомнений, допустили продуманные и обоснованные убедительными политико-правовыми аргументами патерналистские ограничения свободы договора. В итоге ведущие правовые системы мира в целом допускают патерналистские ограничения свободы договора, но в отдельных исключительных случаях и крайне осторожно.

Мы солидаризируемся с этим выводом и вытекающей из него опровержимой презумпцией антипатернализма. Как уже отмечалось, для построения разумного регулирования договорных отношений другого пути, кроме как положиться на теорию рационального выбора как на базовую презумпцию, не существует. В ряде случае такая презумпция может быть опровергнута, но для этого требуются убедительные аргументы.

Но почему же право не может допустить сколько-нибудь интенсивные патерналистские ограничения свободы договора?

Рост нагрузки на судебную систему, проблемы с компетенцией и дестабилизация оборота

Несколько причин недопустимости активного патернализма достаточно очевидны и не требуют детального рассмотрения.

Во-первых, право не в состоянии запретить заранее, ex ante, все возможные несправедливые и неэффективные условия. Это связано с тем,

[1] В этом контексте нормы п. 2 ст. 400 ГК РФ и ст. 13, 14 и п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей, которые императивно устанавливают ответственность производителя и продавца за ущерб, причиненный потребителю недостатками товара, и лишают силы договорные условия об ограничении этой ответственности, могут быть признаны вполне обоснованными необходимостью предотвращения морального риска.

что более или менее осмысленная попытка оценить условие как несправедливое, как правило, возможна лишь с учетом анализа всего содержания договора в целом, обстоятельств заключения договора и массы иных эндогенных и экзогенных факторов. Соответственно основная доля нагрузки по обеспечению патерналистского контроля за содержанием договоров во всех странах ложится на суды и их усмотрение. При этом интенсивный пересмотр договорных условий для целей восстановления взаимовыгодности и справедливости посредством судебного вмешательства (например, судебной корректировки договорной цены) влечет слишком большие издержки, связанные с неконтролируемым ростом нагрузки на судебные органы.

Если бы каждый просчет контрагентов в оценке эффективности и любая prima facie несправедливость условий договора исправлялись судами, последние были бы завалены огромным потоком споров, что в условиях уже имеющейся перегрузки судебной системы России и ряда других стран окончательно бы вывело ее из строя. В итоге общее качество экономического правосудия значительно бы снизилось, что имело бы крайне негативные последствия для всей экономики в целом.

Во-вторых, как установление патерналистски обусловленных императивных норм, так и осуществление патерналистской коррекции договорной свободы ex post требует от государственных служащих (законодателей или судей) крайне высокой компетенции, необходимой для адекватной оценки эффективности и справедливости договорных условий в их совокупности с иными договорными условиями, обстоятельствами заключения договора и устоявшейся бизнес-практикой. Иначе говоря, чтобы исправить «сбой» теории рационального выбора, бюрократы должны быть более рациональными, чем сами стороны, и, что важнее, быть заинтересованы в объективном поиске оптимального решения с точки зрения интересов самих этих сторон. Но логично задаться вопросом: если мы не уверены в рациональности кровно заинтересованных в заключении выгодного контракта участников сделки, всегда ли мы можем быть уверены в том, что бюрократы, куда менее заинтересованные в результатах сделки, не страдают ограниченной рациональностью?[1]

Для того чтобы уверенно оценивать договор на предмет справедливости, соответствующие чиновники также должны быть достаточно информированны, интеллектуальны и иметь когерентные и отрефлексированные представления о справедливости. Ведь оценки несправедливости сделок со стороны государства хотя и являются по большей части интуитивными, но могут быть терпимы обществом только тогда, когда

[1] *Glaeser E.L.* Paternalism and Psychology // Harvard Institute of Economic Research. Pap. № 2097. 2005. P. 2 (доступно в Интернете на сайте: www.ssrn.com).

соответствующие чиновники способны как минимум различать концепции коррективной и дистрибутивной справедливости, иметь опыт оценки всех этических pro и contra при решении моральных дилемм и определенные представления о всех издержках патернализма. К сожалению, элементарный опыт показывает, что далеко не всегда у чиновников и судей имеется подобная компетенция. Соответственно бездумное расширение практики патерналистски обусловленных ограничений свободы договора создает риски ошибочных ограничений, не оправданных ни соображениями экономической эффективности, ни идеей справедливости. Как нетрудно догадаться, положиться на рациональность и сдержанность законодателей и судей, как правило, далеких от реалий бизнес-практики, не всегда возможно.

В-третьих, высокая степень рисков пересмотра договорных условий ex post формирует институциональную среду, в которой договорные обязательства ненадежны, и не задают стимулы к долгосрочному планированию и инвестированию. Если бы сторонам было заранее известно, что любой их просчет будет исправлен судом, издержки неконтролируемого судебного усмотрения превратили бы оборот в хаос. Первейшая цель договорного права состоит в том, чтобы сформировать надежную и стабильную среду, обеспечивающую гарантированность договорных планов, инвестиционных проектов и финансовых обязательств. В этих условиях сколько-нибудь интенсивный судебный интервенционизм просто невозможен.

Наконец, не стоит забывать и том, что расширение дискреции судов в той или иной степени всегда увеличивает не только риски непредумышленных регуляторных ошибок, но и риски откровенных злоупотреблений со стороны судей. Такие эксцессы не способствуют формированию стабильности договорных отношений и уверенности контрагентов в надежности своих ожиданий. Говоря экономическим языком, суд далеко не всегда является тем агентом, который, получив от принципала (государства) широкую дискрецию по исправлению тех или иных злоупотреблений автономией воли сторон, будет добросовестно реализовывать свои полномочия во имя данных благородных целей принципала. Как только агент приобретает определенную самостоятельность, обостряется так называемая агентская проблема, в данном случае проявляющаяся в рисках злоупотребления судебным усмотрением. Наличие инстанционности судебной вертикали и возможность обжалования решений в значительной степени снижают драматичность «агентской проблемы», но не исключают риски вовсе.

Но имеется и целый ряд не менее весомых, но часто игнорируемых оснований придерживаться презумпции антипатернализма. Обратимся к их краткому обзору.

Риски переноса издержек на адресатов патерналистской опеки, кросс-субсидирования и блокирования взаимовыгодных сделок

Выше мы уже отмечали, что часто ограничение свободы договора имеет свою цену, которую приходится платить тем, ради интересов кого это ограничение вводилось. Эта закономерность особенно характерна применительно к патерналистски обусловленным ограничениям свободы договора.

Если мы пытаемся понять реальное воздействие патерналистских мер ограничения свободы договора, мы должны быть готовы оценить то, что очень часто законодатели и суды, вводящие такие ограничения, просто не видят в силу эпистемологических сложностей в понимании крайне сложных взаимосвязей в рамках современной рыночной экономики. Речь идет о долгосрочных последствиях искажения рыночных процессов, которые далеко не всегда были бы признаны желательными, если бы соответствующий регулятор в полной мере осознал их наличие.

Патерналистские ограничения чаще всего вводятся в целях защиты некоторых категорий контрагентов (например, потребителей, клиентов монополистов или работников). Такие ограничения могут касаться цен (например, борьба с монопольными ценами, минимальные уровни оплаты труда и т.п.) или иных договорных условий (например, признание ничтожными условий, ограничивающих ответственность, снижение договорной неустойки и т.п.). В реальности различие между двумя этими моделями не столь значительно. Все неценовые договорные условия отражаются в финальной цене договора, которая всегда производна не только от характера самого товара, работы или услуги, но и от всего комплекса вытекающих из договора прав и обязанностей сторон. Цена всегда является элементом «единого пакета» со всей согласованной сторонами и вытекающей из закона структурой договорного правоотношения. Соответственно любые ограничения свободы договора приводят к блокированию потенциально возможного (при ex ante запрещении тех или иных условий) или нарушению согласованного в договоре (при ex post коррекции судами свободы договора) баланса между ценой и неценовыми условиями договора.

Непосредственной задачей таких ограничений, как правило, является более равномерное распределение общего экономического излишка, т.е. восстановление баланса интересов сторон и обеспечение коррективной справедливости.

Prima facie эта задача кажется вполне реализуемой. Например, если при принятии во внимание не только цены, объема и качества товара, но и всего комплекса договорных условий (гарантии качества, условия ремонта, освобождение от ответственности, размер неустой-

ки и т.п.) мы приходим к выводу, что общий экономический излишек распределяется между монополистом и его клиентом в пропорции 90:10, то вмешательство законодателя или суда, отменяющих те или иные выгодные монополисту условия, может теоретически изменить эту пропорцию в сторону улучшения положения клиента и более справедливого распределения кооперативного излишка (например, до уровня 70:30).

Но здесь обязательно нужно принимать во внимание долгосрочные последствия подобных ограничений. Часто вмешательство государства в свободный оборот чревато абсолютно непредвиденными побочными эффектами. И в этой сфере мы в ряде случаев имеем характерные примеры подобного феномена.

Во-первых, в долгосрочном плане блокирование тех или иных договорных условий в ряде случаев приводит к *компенсирующему выпадающие доходы изменению других условий*. Например, ограничение государством свободных цен часто компенсируется ухудшением положения контрагента в части качества товаров, работ или услуг или структуры договорных прав и обязанностей и, наоборот, ограничение неценовых параметров сделки часто отражается на изменении цен на будущее. Рассмотрим последнюю ситуацию более подробно.

В результате патерналистского ограничения свободы договора соответствующая доля ожидаемого кооперативного излишка перераспределяется путем его изъятия у одной стороны в пользу другой. Соответственно блокирование несправедливых договорных условий снижает выгоды от договора для той стороны, которая от этого ограничения свободы договора проигрывает (рост ожидаемых издержек или снижение ожидаемой выгоды). Для этой стороны такое ограничение имеет последствия, схожие с теми, которые возникают при возложении на нее бремени по уплате налога в связи с заключением данной категории сделок или при увеличении постоянных экономических издержек (например, рост цен на топливо, аренду и т.п.). Разница лишь в том, что рост издержек или изъятие налога обременяет бухгалтерские книги соответствующего контрагента напрямую. В то же время ограничение свободы договора отнимает у него соответствующую доступную ему в силу условий договора долю дохода, передавая ее другой стороне посредством перераспределения прав и обязанностей (при судебном ex post контроле справедливости), или заранее блокирует возможность первой стороны этот доход, доступный ей в чисто рыночных условиях, получить в реальности посредством введения императивных норм (при ex ante контроле). Случаи государственного вмешательства в свободный оборот посредством введения налогов на соответствующую операцию или прямого ограничения договорной свободы с точки зрения влияния

на поведение того, против интересов кого такое вмешательство направлено, если и различаются, то не принципиально.

При этом, как известно, увеличение налогов или постоянных издержек часто приводит к росту цены и переносу (passing along) всего или части возросшего экономического бремени на контрагентов[1]. Так, рост стоимости рефинансирования коммерческих банков (например, из-за роста ставки рефинансирования или удорожания заемного капитала на зарубежных рынках) рано или поздно приводит в той или иной степени к росту процентных ставок по кредитам в национальной экономике. Повышение же цен на закупаемое авиационное топливо, как правило, достаточно быстро приводит к поднятию авиакомпаниями цен на авиабилеты. Перечисление примеров такого рода случаев компенсации роста реальных издержек за счет изменения цен и переноса издержек на контрагентов и по цепочке вплоть до конечных потребителей можно продолжать достаточно долго.

В целом тот же эффект переноса издержек часто происходит и при введении ограничений свободы договора, нацеленных на локальную отмену естественных переговорных преимуществ одного из контрагентов. Особенность здесь состоит в том, что патерналистское ограничение свободы договора, будучи направлено на защиту интересов одной из сторон договора, в итоге в ряде случаев приводит к переносу возникающих у другой стороны в связи с введением данного ограничения издержек именно на самого адресата патерналистской опеки. Иначе говоря, в ряде случаев за улучшение своего положения такой стороне приходится платить рублем из-за вызванного введением данного ограничения изменения цен.

Такой перенос издержек, как в случае налогового изъятия или роста постоянных издержек, так и в случае ограничений свободы договора, происходит далеко не всегда. В теории все зависит от «эластичности» спроса и предложения, уровня конкуренции и ряда иных факторов.

Если спрос на соответствующие товары, работы или услуги «эластичен» по цене, то продажи непропорционально сильно упадут при

[1] В экономической науке обычно не подвергается сомнению факт, что в реальности носителем налогового бремени далеко не всегда является формальный налогоплательщик. В одних условиях рынка («эластичный» спрос) эффект переноса будет минимальным и большая часть этого финансового бремени действительно останется на налогоплательщике; в других же условиях («неэластичный» спрос) основная часть налогового бремени будет рано или поздно перенесена на клиентов налогоплательщика в форме повышения цен. В неких промежуточных случаях бремя выросших налогов может перераспределяться между налогоплательщиком и его клиентами приблизительно поровну. В любом случае ни для кого не секрет, что повышение налогов на бизнес часто приводит к общему росту цен и перенесению как минимум части этого бремени на конечных потребителей. См. подробнее: *Макконнелл К.Р., Брю С.Л.* Экономикс. 16-е изд. М., 2006. С. 720–723; *Самуэльсон П.Э., Нордхаус В.Д.* Экономика. 18-е изд. М., 2010. С. 168–171.

поднятии цены из-за особой чувствительности контрагентов к уровню цены (например, из-за наличия на рынке легкодоступных субститутов соответствующих благ). В связи с этим компании, предлагающие эти товары, работы или услуги, вынуждены сдерживать рост цен не только из-за конкуренции[1], но и из-за страха значительно сократить свои продажи. Соответственно, столкнувшись с неким патерналистским ограничением свободы договора не в свою пользу, такие компании скорее всего не смогут ни в полной, ни даже в значительной мере компенсировать выпадающие доходы за счет роста цены (или процентной ставки). Они будут вынуждены просто смириться с некоторым снижением своих выгод от этой категории сделок (т.е. по большей части принять рост издержек на себя). Если рентабельность данных сделок для этой компании превышает рост издержек от таких ограничений свободы договора, то их введение не лишает договор статуса Парето-эффективного и соответственно компании сохранят интерес такие сделки заключать, но будут вынуждены умерить свои аппетиты. В этом случае патерналистское перераспределение прав и обязанностей (а значит, и общего кооперативного излишка) в долгосрочном плане действительно теоретически может несколько улучшить положение клиентов этой компании. И чем более «эластичен» спрос по цене, тем менее вероятно увеличение цен и соответственно тем более эффективны попытки права добиться перераспределения выгод от сделки между двумя ее сторонами.

Но тут большую роль играет фактор конкурентности соответствующего рынка. Так, например, если уровень конкуренции на рынке, скажем, туристических услуг очень высок, это значит, что как минимум в теории цена турпутевок и без того должна быть крайне близка к величине предельных издержек турфирм. Соответственно введение ряда чувствительных патерналистски детерминированных ограничений свободы договора в пользу туристов может поднять уровень издержек турфирм настолько, что они не смогут продолжать продавать туры по соответствующему направлению, не повысив цену. Общий объем выручки турфирм уменьшится из-за того, что в силу «эластичности» спроса по цене последний отреагирует на поднятие цены непропорциональным снижением. Тем не менее то количество потребителей, которые будут готовы покупать туры по выросшей цене, будут платить цену соответствующих патерналистских мер. Иначе говоря, проигравшими в такой

[1] Именно «эластичность» спроса по цене вынуждает монополистов сдерживать свои ценовые аппетиты. Компания может занимать монопольное положение на рынке производства определенного товара и не испытывать никакого давления со стороны конкурентов, но при этом часто вынуждена ограничивать рост цен на данный товар из страха того, что клиенты переориентируются на товары-субституты или просто изменят свой образ жизни, чтобы избежать приобретения данного товара.

ситуации окажутся как турфирмы, не способные избежать повышения цен и теряющие в связи с этим на снижении объемов продаж, так и потребители, одни из которых вынуждены отказываться от подорожавших турпоездок, а другие – платить из своего кармана за повышенную защиту, которую им предоставляет соответствующая императивная новелла договорного права.

Ситуация выглядит несколько по-иному, если спрос «неэластичен» по цене (т.е. при росте цены спрос снижается непропорционально). В таком случае потребители достаточно слабо реагируют на рост цен и он сдерживается преимущественно конкуренцией. «Неэластичность» спроса является обычно следствием отсутствия на рынке доступных субститутов соответствующего блага (например, бензин, сигареты, ряд жизненно важных лекарств и т.п.), крайней незначительности доли, которую приобретение данного блага занимает в расходах покупателя (например, карандаши, спички и т.п.), и многих других факторов. В отношении сделок, заключаемых на таком рынке, рост издержек продавцов от введения патерналистских ограничений по прошествии некоторого времени может в значительной степени быть компенсирован ими ростом цен. Покупатели, чей спрос «неэластичен» по цене, просто не накажут их за это значительным снижением объема закупок. Спрос чаще всего не бывает абсолютно «неэластичен», и соответственно при росте цен падение продаж все равно происходит, хотя и значительно медленнее и непропорционально. Соответственно коэффициент переносимости издержек вряд ли будет равен 100% и некоторая доля выросших издержек останется на продавце. Тем не менее при «неэластичном» спросе часто наблюдается картина, при которой контрагенты, в чью пользу вводятся ограничения свободы договора, платят за это в будущем из-за роста цен.

Но здесь опять же ситуация не столь простая и однозначная. Определенное значение имеет и уровень конкуренции. Даже при «неэластичном» спросе компенсирующий рост цен зачастую может быть как минимум отчасти заблокирован реалиями ценовой конкуренции. Высокий уровень конкуренции может в ряде случаев заставить продавца принять основную часть роста издержек, вызванных ограничением свободы договора, на свой счет, несмотря на «неэластичность» спроса. Но тогда, когда конкуренция ограничена или просто далека от совершенного состояния, эта компенсирующая роль фактора конкуренции не срабатывает или срабатывает не в полной мере. Соответственно бороться с эффектом переноса издержек в таких случаях можно, только одновременно беря под контроль договорные цены. Это теоретически может заставить продавца смириться со снижением своей доли в общем кооперативном излишке. Поэтому, видимо, недаром именно в антимо-

нопольном праве России и ряда иных стран допускается борьба не только с несправедливыми неценовыми условиями, но и с монопольными ценами, навязываемыми своим контрагентам лицами, занимающими доминирующее положение на рынке. Но очевидно, что такого рода экстраординарно интенсивный и тотальный контроль свободы договора вряд ли возможен за рамками антимонопольного права. В то же время на многих рынках хотя и нет очевидного доминирования отдельных хозяйствующих субъектов, но уровень конкуренции тем не менее далеко не самый высокий. Можно предположить, что в России, где в силу ряда институциональных причин уровень конкуренции невысок на многих рынках, перенос издержек от введения патерналистских ограничений свободы договора на контрагентов при «неэластичности» спроса по цене будет в той или иной степени происходить.

Как мы видим, интенсивность переноса издержек на контрагента может зависеть не только от «эластичности» спроса по цене, но и от уровня конкуренции. Но большое значение имеет и ряд других факторов (например, «эластичность» предложения). Имеет также значение и феномен «ограниченной рациональности». Так, например, вполне возможно, что в реальности интенсивность переноса издержек от патерналистских ограничений свободы договора на самих жертв «несправедливости» при «неэластичном» спросе может быть ниже, чем при введении в такой же ситуации налогов или росте постоянных издержек. Можно предположить, что скорость и способность осознания компаниями объема своих потерь, вызванных введением того или иного патерналистского ограничения свободы договора в части неценовых условий, могут оказаться значительно ниже в силу элементарных эпистемологических причин. Ведь одно дело, когда у компании вполне определенно изымают некоторую конкретную сумму или лишают ее возможности эту сумму заработать (при введении ограничений ценовых условий, установлении налогов на данную сделку или росте постоянных издержек), и несколько другое, когда потери компании вызваны признанием правом незаконным, например, одного типа используемой компанией оговорки об освобождении ответственности и выпадении вследствие этого некоторой ожидаемой с той или иной долей вероятности выгоды. В последнем случае, безусловно, компания также несет имущественные потери, но эти потери трудно подсчитать без проведения специального экономического исследования, оценки вероятностей нарушения и попадания дел в суд и т.п. Нет сомнения, что любое такое изменение договорных условий должно иметь и имеет свою цену. Но думается, что на практике компании просто далеко не всегда могут быстро перевести в денежное выражение объем своих потерь и математически четко высчитать необходимый уровень компенсирующего роста цены, особенно с уче-

том того, что ценовая составляющая многих патерналистских ограничений свободы договора часто не очень значительна.

Соответственно в научном плане крайне востребован серьезный сравнительный анализ переноса издержек, образующихся от вменяемых одному из контрагентов налогов или роста постоянных издержек, с одной стороны, и от патерналистского регулирования, ограничивающего договорную свободу в пользу другого контрагента, – с другой. Юристам необходимо более детально изучить зависимость интенсивности переноса издержек, вызванных патерналистским ограничением свободы договора, от уровня «эластичности» спроса, уровня конкуренции и других факторов, чтобы постараться выработать некую «эвристическую матрицу», к которой можно было бы обращаться при желании просчитать побочные последствия возможного введения того или иного ограничения.

Пока мы такую «матрицу» не выработали в рамках междисциплинарных исследований, в отношении вероятности переноса издержек можно лишь делать предположения, требующие ad hoc верификации с учетом реалий соответствующих рынков и ряда иных факторов. Тем не менее, как бы то ни было, для нас вполне очевидно, что во многих случаях этот феномен возможен и в реальности имеет место, особенно когда патерналистские ограничения договорной свободы носят достаточно чувствительный характер, могут быть относительно легко подсчитаны и соответственно создают четкие стимулы к возмещению выпадающих доходов. В зарубежной юридической науке эти проблемы патерналистских ограничений свободы договора обсуждаются достаточно давно[1].

[1] См., напр.: *Craswell R.* Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships // 43 Stanford Law Review. 1990–1991. P. 361 ff (автор защищает парадоксальный на первый взгляд тезис о том, что в реальности покупатели больше выигрывают от такого правила, издержки которого на них переносятся, чем от правила, издержки которого продавцы в силу структуры рынка на них перенести не могут); *Kennedy D.* Distributive and Paternalistic Motives in Contract and Tort Law: With Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power // 41 Maryland Law Review. 1982. P. 604 ff (автор – лидер движения критических правовых исследований – соглашается с наличием взаимосвязи между переносом издержек от патерналистских ограничений свободы договора и уровнем «эластичности» спроса по цене, но обращает внимание также и на фактор уровня конкуренции); *Kronman A.T.* Paternalism and the Law of Contracts // 92 Yale Law Journal. 1983. P. 772–774 (автор, анализируя проблему переноса издержек патерналистских ограничений свободы договора на жертв несправедливости, приходит к выводам о том, что этот перенос возможен только при определенной структуре рынка, а также о том, что даже при наличии такого переноса в ряде случаев могут иметься основания вводить такие ограничения с целью патерналистского навязывания контрагентам некого права, за которое они по наивности своей при свободном контрактировании вряд ли согласились бы платить). Особенно большой объем литературы в США был посвящен анализу феномена переноса издержек, вызванных патерналистскими ограничениями договорной свободы на рынке найма жилья (обзор

Во-вторых, часто феномен переноса издержек приводит к уже обсуждавшемуся нами выше в одной из глав *кросс-субсидированию*, когда, например, одна категория клиентов некой компании фактически оплачивает восстановление справедливости в договорах этой компании с иными клиентами. Например, государство может решить императивно ограничить ответственность заемщиков, попавших в просрочку, или сугубо в патерналистских целях поставить вне закона те или иные средства обеспечения, на которые заемщики готовы были бы согласиться. В результате такой меры положение попавших в просрочку заемщиков улучшается и государство может считать поставленную задачу по обеспечению справедливости реализованной. Но как только мы смотрим на «внешний эффект» этой меры, далеко не всегда наблюдаемая картина может быть признана столь же приемлемой. Понижение ответственности категории проблемных заемщиков и обеспеченности предоставленных кредитов зачастую приводит к ослаблению стимулов к соблюдению договорной дисциплины и снижению вероятности фактического возврата долга. Банк в силу асимметрии информации при заключении договора, как правило, не в состоянии точно определить, попадет ли данный заемщик в категорию «проблемных» или нет. Это в свою очередь стимулирует банки компенсировать общее повышение риска невозврата размещенных средств отдельными «плохими» заемщиками за счет установления более высокой ставки процентов по всем своим кредитам. Процентная ставка напрямую зависит от степени риска, принимаемого на себя банком: чем выше риск, тем выше ставка. Соответственно улучшение положения проблемных заемщиков оплачивается повышением стоимости кредитных средств для всех заемщиков. Причем большую часть этого бремени будут нести добросовестные и пунктуальные заемщики.

Таким образом, обеспечение корректива справедливости иногда имеет серьезные дистрибутивные последствия: результатом патерналистского контроля содержания договоров выступает перераспределение издержек не столько между продавцом и покупателем (первый в ряде случаев просто компенсирует свои потери ростом цены), сколько между всей группой соответствующих покупателей. Так же как облигаторная система медицинского страхования вынуждает всех граждан (включая абсолютно здоровых) скидываться на лечение тех, кто оказывается нуждающимся в лечении, система патерналистского контроля справедливости договора в ряде случаев вынуждает всех платить за более комфортное положение некоторых. Этот результат можно оце-

источников см.: *Lewinshon-Zamyr D.* In Defence of Redistribution Through Private Law // 91 Minnesota Law Reciew. 2006–2007. P. 335, 336).

нивать по-разному, но ни в коем случае нельзя игнорировать при определении границ патернализма.

В-третьих, следует иметь в виду и еще один важный побочный эффект. Патерналистские ограничения в некоторых случаях могут привести к критическому снижению у участников оборота стимулов к заключению договора с той категорией контрагентов, которые получают такую опеку, и к «схлопыванию» некоторых сегментов рынка.

Это особенно характерно для случаев контроля договорных цен. Как справедливо замечает С. Шавелл, основная проблема контроля договорных цен состоит в подавлении возможности заключения полезных для оборота сделок из-за сложностей в просчете законодателем или судами резервных цен сторон[1]. Ведь если цена, установленная законом или полученная после снижения договорной цены судом, оказывается ниже резервной цены продавца (условно говоря, уровня его издержек), то у него исчезают стимулы к производству и сбыту. В итоге попытка просто перераспределить доли кооперативного излишка и обеспечить некоторую справедливость в обмене из-за познавательных ограничений, имеющихся у государства как третьего лица, часто оборачивается блокированием полезных для оборота и взаимовыгодных сделок в будущем.

Например, установление верхних пределов процентной ставки по займам или кредитам может быть отчасти компенсировано за счет максимального ужесточения иных условий договора (например, ответственности). Но вполне очевидно, что этот ресурс имеет свои естественные пределы. Соответственно рынок высокорискованного заемного финансирования (например, в отношении микрокредитования, при кредитовании венчурных проектов, а также нуждающихся в сложном и дорогостоящем лечении граждан, молодых работников с высоким уровнем риска увольнения и т.п.) оказывается заблокированным. Граждане же, оказавшиеся в сложном финансовом положении или просто срочно нуждающиеся в заемных средствах, сталкиваются с необходимостью обращаться на черный рынок ростовщического капитала. Иначе говоря, блокирование возможности обеспечить тот баланс процентной ставки и договорных условий, при котором займодавец имел бы заинтересованность выдать такой заем (кредит), в ряде случаев может лишить эту категорию заемщиков доступа к возможности получить финансирование. В данном конкретном случае мы можем оценивать этот результат по-разному, но трудно не признать, что в итоге теоретически улучшающая по Парето трансакция, а в ряде случаев и целые рыночные ниши правом блокируются.

[1] *Shavell S.* Contractual Holdup and Legal Intervention // 36 Journal of Legal Studies. 2007. P. 325–354.

Но тот же эффект блокирования часто возникает и применительно к случаям патерналистского ограничения неценовых условий договора. Так, Алан Вертхаймер приводит в качестве иллюстрации этого тезиса одно из судебных дел, в котором рассматривался вопрос о справедливости условия договора между продюсером и малоизвестным молодым артистом, согласно которому продюсер получал эксклюзивные права на использование всех произведений артиста в течение пяти лет, а также был вправе рассчитывать на автоматическое продление договора, если доходы с продажи изданных произведений за первые пять лет превысят определенную сумму. При этом артист права выйти из договора не имел[1].

На первый взгляд может показаться, что такие условия являются крайне несправедливыми и неоправданно ограничивают экономическую свободу артиста. Но при более пристальном взгляде на проблему могут возникнуть определенные сомнения в верности этой моральной интуиции. Ведь суть работы продюсера состоит в том, что, условно говоря, из 10 получающих его финансовую поддержку молодых артистов надежды оправдывает лишь один. Соответственно его издержки по 9 из 10 проектов не окупаются, и тот факт, что он настаивает на достаточно жестких условиях, гарантирующих ему возврат инвестиций и получение прибыли от успеха одного из своих подопечных в течение достаточно продолжительного периода времени, может с учетом конкретных обстоятельств являться вполне экономически оправданным. Некоторый диспаритет распределения кооперативного излишка в рамках конкретного договора в пользу продюсера может быть оправдан тем, что при составлении договора более вероятным представлялась ситуация, когда продюсер в результате заключения данного договора проиграет.

Соответственно ex ante условия данного договора с учетом высокого уровня рисков продюсера могут оказаться вполне справедливыми и экономически оправданными. В итоге в силу того, что продюсер не в состоянии при заключении договора абсолютно точно определить вероятность успеха, он устанавливает столь жесткие условия для всех в надежде, что хотя бы в одном из этих случаев они принесут ему сверхприбыль, окупающую инвестиции в проигрышные проекты.

При этом ситуация может в ряде случаев быть настолько острой, что отмена таких условий (например, установление в законе императивного права исполнителя на безусловный отказ от договора) может просто лишить продюсеров того уровня гарантий возврата инвестиций, при которых они были бы согласны ввязываться в рискованные проекты и финансировать молодых и талантливых артистов. В результате prima

[1] *Wertheimer A.* Exploitation. 1999. P. 57.

facie кажущийся оправданным патернализм при более внимательном рассмотрении оказывается просто блокирующим возможности заключения множества обоюдовыгодных сделок и лишающим молодых людей шансов на жизненный успех и реализацию своих талантов. Проигравшими окажутся именно те, ради защиты которых право и пытается ограничивать свободу договора.

Если бы артист, даже будучи абсолютно уверенным в своем успехе, был поставлен перед выбором, заключать ли такой условно несбалансированный договор с продюсером или вовсе не пытаться сделать творческую карьеру, он бы скорее всего выбрал первое. Отсутствие сделки наверняка не позволило бы ему в принципе реализовать свой потенциал, в то время как заключение сделки позволило бы ему это, хотя, возможно, и ценой не вполне справедливых условий. Выбирая между ничем и 1 тыс. рублей, рациональный участник оборота выберет второе, даже если кто-то другой на этом выборе заработает 5 тыс. рублей. Конечно же на практике это не всегда так, и некоторые люди готовы отказаться от возможности заработать или по-иному улучшить свое положение лишь для того, чтобы наказать контрагента за попытку получения от сотрудничества непропорционально большего объема выгод. Но такое поведение откровенно нерационально, характеризует далеко не всех людей и в целом мало характерно для коммерческих организаций.

В принципе ровно то же самое можно сказать и о венчурном бизнесе, и о многих других областях экономики. Избыточные и непродуманные патерналистские ограничения могут просто критически дестимулировать удовлетворение спроса, а также блокировать целые рыночные ниши и взаимовыгодные модели ведения бизнеса в ущерб экономике в целом и, что самое важное, интересам потенциальных клиентов в частности. Соответственно крайне важно при контроле справедливости договоров принимать во внимание возможность возникновения этих побочных негативных последствий и стараться избегать столь деструктивного воздействия на рыночную экономику.

Теоретически государство могло бы оценивать, не влечет ли данное конкретное ограничение свободы договора (например, установление максимальной цены или непризнание того или иного способа обеспечения) лишение одного из контрагентов выгод от сделки с учетом роста прямых и альтернативных издержек, увеличения рисков и иных последствий ограничения договорной свободы. Но практически оценить все эти обстоятельства крайне сложно, особенно при введении ex ante императивных норм. Для того чтобы представлять себе точно, что ограничение лишь более справедливо перераспределит кооперативный излишек, но не заблокирует саму возможность такую сделку заключать, законодатель должен заранее владеть информацией о резервных ценах

контрагентов, структуре рынка и массе иных обстоятельств, что зачастую абсолютно невозможно. Нелегко определить блокирующий эффект патернализма и судам, рассматривающим возможность применить то или иное ограничение свободы договора ex post. В реальности государство в лице законодателя и судов, не замечая того, может легко переступить грань между перераспределением долей кооперативного излишка с целью восстановления справедливости, при котором все же в выигрыше остаются оба контрагента, и таким ограничением, которое приводит к блокированию возможности заключить Парето-улучшающую сделку.

Мы здесь не имеем возможности детально анализировать такие экономические издержки патернализма, как феномены переноса издержек, кросс-субсидирования и блокирования теоретически эффективных трансакций и рыночных ниш. Эти вопросы требуют более глубокого междисциплинарного изучения, эмпирической верификации и уточнения деталей с опорой как на имеющиеся зарубежные, так, желательно, и на российские междисциплинарные исследования. Тем не менее для нас достаточно очевидно, что как минимум во многих случаях «милосердная» защита одного из контрагентов от несправедливости договорных условий имеет свои побочные экономические последствия, которые в долгосрочной перспективе негативно сказываются на положении тех, ради кого такие патерналистские ограничения вводились (например, в форме роста цены соответствующего товара и услуги в ответ на патерналистские ограничения неценовых условий).

Этот вывод отнюдь не означает, что патерналистские ограничения свободы договора всегда имеют такие негативные долгосрочные последствия, а поэтому бессмысленны и нецелесообразны по определению. Как мы видели, перенос издержек возможен далеко не всегда. Как отмечают зарубежные авторы, в ряде случаев потребители и работники действительно выигрывают от введения в их пользу патерналистских ограничений свободы договора. Проблема лишь в том, что в ряде других случаев от подобных мер эти контрагенты лишь проигрывают[1]. Соответственно вопрос о логичности подобных ограничений свободы договора с экономической точки зрения должен решаться с учетом всех конкретных обстоятельств и просчета возможных последствий.

Более того, допускаем, что теоретически могут быть выдвинуты и всерьез обсуждаться некоторые аргументы и в пользу того, что даже при наличии однозначной информации о возможности переноса издержек, кросс-субсидирования и блокирования рыночных ниш па-

[1] *Wiesbach D.A.* Should Legal Rules Be Used to Redistribute Income? // 70 University of Chicago Law Review. 2003. P. 449.

тернализм может быть оправдан более сильными моральными соображениями.

Так, например, если пятилетний срок «привязки» артиста к профинансировавшему его продюсеру с условием об опционе на автоматическую пролонгацию договора еще на пять лет без права артиста выйти из договора в течение пяти или максимум десяти лет может многим показаться вполне экономически и этически оправданным, то аналогичный пожизненный контракт вряд ли будет воспринят толерантно даже экономистами.

Кроме того, право иногда может осознанно смириться с феноменом кросс-субсидирования, руководствуясь соображениями дистрибутивной справедливости перераспределения рисков отдельных лиц среди широкого круга сограждан. В конечном счете человечество тысячелетиями жило в условиях такой солидарности и взаимовыручки (например, в рамках крестьянских общин).

Например, в большинстве случаев, когда в принципе происходит перенос издержек от введения патерналистских ограничений свободы договора на адресатов таких патерналистских мер, переносится лишь часть выросших расходов. Соответственно патерналистское вмешательство государства приводит к тому, что определенные договорные права в принудительном порядке передаются от одного из контрагентов другому хотя и за плату, но с некоторым «дисконтом». Кроме того, даже при доказанном полном переносе издержек могут быть выдвинуты аргументы в пользу того, что такое вынуждение гражданина платить за право, за которое добровольно платить он не пожелал, например, в силу ограниченной рациональности, может быть в ряде случаев оправданно по сугубо патерналистским мотивам.

Наконец, «схлопывание» некоторых рыночных ниш с соответствующими потерями для эффективности национальной экономики может в ряде случаев быть вполне этически приемлемым или даже желательным. Некоторые примеры, приходящие здесь на ум, достаточно очевидны (например, рынок рабского труда или органов для трансплантации). Но можно привести и целый ряд других примеров. Так, договор, предусматривающий предоставление в пользование гражданам жилья, не соответствующего государственным стандартам, мог бы во многих случаях являться вполне взаимовыгодной сделкой. Цена найма по таким договорам оказывалась бы наверняка значительно ниже рыночной, и некоторые граждане без определенного места жительства, наверное, смогли бы себе позволить легально улучшить жилищные условия. Ведь проживать в квартире без отопления и с неработающей канализацией, видимо, лучше, чем ночевать зимой на улице. Тем не менее право многих стран такие условия договора запрещает и фактически бло-

кирует легальный оборот жилья, не соответствующего минимальным требованиям комфорта. Как минимум тогда, когда государство может позволить себе предоставить всем таким гражданам возможность пользоваться комфортным социальным жильем за счет бюджета, борьба за минимальные стандарты качества рыночного предложения жилья может многим казаться этически приемлемой.

Соответственно итог, к которому мы приходим, не может быть сведен к однозначному запрету или допущению патернализма в случаях выявления побочных экономических последствий в виде переноса издержек, кросс-субсидирования и блокирования рыночных ниш и взаимовыгодных трансакций. Главный наш тезис состоит в том, что при введении патерналистских ограничений договорной свободы ни в коем случае нельзя игнорировать эти последствия. Законодателю и судам по возможности следует стараться их просчитывать и соизмерять на одних весах с возможными этическими и экономическими аргументами в пользу введения ограничений. Ученые же в принципе должны помогать чиновникам делать такие прогнозы и сопоставления несколько более уверенно, раскрывая перед ними все этические и экономические издержки и преимущества возможных регулятивных решений. Отметим здесь, что в зарубежной юридической, философской и экономической литературе подобные проблемы обсуждаются достаточно давно и активно.

Без помощи науки такие проблемы государственным регуляторам решать крайне сложно. В ходе нашей повседневной жизни мы гораздо четче осознаем негативные побочные последствия осуществляемого якобы в наших интересах патернализма и его деструктивное влияние на наши собственные интересы, чем это могут сделать законодатель, принимающий абстрактные нормы, или высшие суды, фиксирующие некие прецедентные правовые позиции. Мы с этической точки зрения можем по-разному относиться к торговцу, который везет зерно в страдающий от неурожая регион с надеждой извлечь выгоду на повышении цены. Но в прагматическом плане разумные люди осознают, что попытки блокирования правом возможности торговцев наживаться на дефиците в том или ином регионе не приведут ни к чему, кроме как к снижению у торговцев стимулов к насыщению спроса, сокрытию запасов и усугублению проблемы дефицита, в то время как обеспечение рыночных принципов может быть в краткосрочном плане более болезненно, но в долгосрочном обычно приводит к относительно быстрому насыщению спроса и падению цен. Имея перед глазами эти последствия, разумные и дальновидные покупатели на конкурентном рынке зерна скорее проголосуют за вариант отказа от каких-либо ограничений.

Намного сложнее просчитывать долгосрочные экономические последствия патерналистских ограничений свободы договора законодателю, формирующему общие императивные нормы договорного права, или высшим судам, решающим признать то или иное условие договора недействительным. Законодатели или судьи часто не испытывают на себе эти побочные эффекты, что снижает стимулы к более глубокому изучению последствий принимаемых решений. С макроэкономической точки зрения негативный эффект от каждой неоправданной патерналистской меры по ограничению свободы договора оказывается слишком незначительным, чтобы он был сколько-нибудь чувствительным в политическом плане. Проблема заключается в том, что накопление критической массы таких неоправданных ограничений может привести к более серьезным последствиям для перспектив развития экономики в целом и формирования конкурентоспособной институциональной среды функционирования рынков.

Феномен «научения»

Другой побочный эффект патернализма состоит в том, что систематическая коррекция договорных условий судами с целью их приведения в соответствие с критерием Парето-эффективности и справедливости и превенция просчетов за счет установления императивных норм дестимулируют рост рациональности участников оборота. Ведь свободная экономика – это не только про то, как кто-то выигрывает и процветает, но и про то, как другие проигрывают и разоряются. В этом смысл конкурентной борьбы и экономического естественного отбора. «Проигрыш» возникает по разным причинам. Иногда – из-за неправильных экономических расчетов, пассивности и неверных тактических шагов, а иногда – из-за изменений внешних условий, вкуса потребителей или появления неких новых изобретений.

Экономическое развитие представляет собой, как верно подметил Й. Шумпетер, процесс нескончаемого «созидательного разрушения». Конкурентная борьба и стремление к обогащению постоянно стимулируют открытие новых рынков, технологий и методов организации труда и тем самым «непрерывно революционизируют экономическую структуру изнутри, разрушая старую структуру и создавая новую»[1]. Экономический рост и технологический прогресс естественным образом приводят к тому, что успех одних иногда оборачивается крахом других. Открытие регулярного авиасообщения между Европой и США принесло значительные убытки морским пассажирским перевозкам, а изобретение и продвижение на рынке персональных компьютеров разорило производителей

[1] *Шумпетер Й.* Капитализм, социализм и демократия. М., 1995. С. 126, 127.

пишущих машинок. Появление электронной почты вытесняет классическую «бумажную» почту, а IP-телефония вытесняет с рынка международной связи обычных операторов телефонной связи. Те, кто лучше приспособился и угадал ожидания своих клиентов, процветают, в то время как те, кто почивал на лаврах своих прежних успехов, в конце концов разоряются[1]. Новые открытия делают в одночасье ненужными достижения, освоенные прежними лидерами. Именно поэтому институт банкротства является неотъемлемой частью рыночного «естественного отбора»[2]. Только так рыночная экономика обеспечивает тот невиданный ранее экономический и социальный динамизм, который позволил за последние 200 лет изменить наш мир сильнее, чем тысячи лет эволюции в условиях натурального хозяйства. Принимая во внимание эти предпосылки, право не должно избыточно интенсивно проявлять милосердие к просчетам участников оборота и особенно предпринимателей.

Ровно в той мере, в какой выигрыш одних становится стимулом для более активного труда для других, проигрыш и даже разорение выполняют функцию отрицательной обратной связи, становясь уроком и сигналом другим участникам оборота своевременно учиться на ошибках проигравших и оперативно подстраиваться под изменяющиеся условия. Социальный дарвинизм Спенсера, когда он приложим к экономической деятельности как минимум предпринимателей, в общем и целом верно «ухватывает» динамизм современной экономики, в которой рациональный выбор есть не нечто данное и неизменное, а представляет собой то, чему люди могут учиться. В этих условиях проигрыш одних участников оборота является необходимым условием для развития всего общества. Как показали представители австрийской экономической школы, уберечь от краха участников оборота может процесс «научения» на собственных и чужих ошибках[3].

Так же как физическая боль предупреждает человека о необходимости всерьез заняться своим здоровьем, частные неудачи при принятии экономических решений и заключении сделок дают бесценный опыт и позволяют в дальнейшем такие ошибки не повторять. В итоге участники оборота становятся более рациональными. Это в свою очередь должно приводить к тому, что одна допущенная правом частная неэффективность «окупится» ростом эффективности от более рационального поведения участников оборота в будущем. Иначе говоря, человек должен испивать до дна чашу своих ошибок, чтобы их потом не повторять.

[1] *Фон Хайек Ф.А.* Право, законодательство и свобода: современное понимание либеральных принципов и справедливости и политики. М., 2006. С. 287–289.

[2] *Stiglitz J.E.* Freefall: America, Free Markets and the Sinking of the World Economy. 2010. P. 115.

[3] *Кирцнер И.М.* Конкуренция и предпринимательство. М., 2010. С. 75.

Если к людям относиться как к детям и исправлять и предотвращать все их ошибки, они никогда не станут взрослыми[1]. Лишенные свободы совершать собственный выбор и делать ошибки, они лишаются возможности научиться рациональному поведению. Поэтому так же как детей рано или поздно следует отпускать в опасный мир рисков и личной ответственности, так и взрослые и дееспособные участники оборота должны иметь возможность ошибаться и страдать от своих ошибок. Так, например, если контрагент один раз будет вынужден заплатить значительную договорную неустойку, превышающую потери кредитора, он отчетливо осознает важность адекватного учета соответствующих рисков и в дальнейшем будет избегать необоснованного сверхоптимизма при согласовании неустойки. Иначе механизм обратной связи, формирующий нужные социальные и экономические навыки, будет просто заблокирован, создавая условия для закрепления иррационального поведения.

Иначе говоря, патерналистское вмешательство в сферу свободы договора хотя и может восстановить рациональность сделки в конкретных ситуациях, но в долгосрочном плане консервирует нерациональность и влечет глобальную неэффективность. Интенсивный патернализм мешает участникам оборота учиться на своих ошибках, устраняет стимулы к совершенствованию своих когнитивных способностей, более эффективному поиску информации и оптимизации поведенческих стратегий, а также лишает заслуженных преимуществ более расчетливых и рациональных контрагентов[2]. Какой смысл получать хорошее образование или нанимать на работу хороших менеджеров, юристов и экономистов, если в случае чего твои ошибки подчистит на деньги налогоплательщиков заботливое государство?

Принципиальное отличие такого подхода к экономико-правовому анализу договорной свободы состоит в смещении акцента с краткосрочных последствий регулятивных решений на долгосрочные. Сторонники бихевио-экономического анализа и просто радеющие за справедливость юристы готовы доверить государству ограничение свободы договора во имя предотвращения неэффективных и несправедливых сделок. Австрийская же школа считает такие государственные интервенции преимущественно неудачными и опасными вмешательствами в естественный ход экономического процесса, в котором иррациональность является лишь элементом нормального, т.е. несовершенного, но со-

[1] *Feinberg J.* Harm to Self. 1986. P. 24.

[2] Развитие этих аргументов на американской научной почве см.: *Klick J.*, *Mitchell G.* Government Regulation of Irrationality: Moral and Cognitive Hazards // 90 Minnesota Law Review. 2006. P. 1620 ff; *Mitchell G.* Why Law and Economics' Perfect Rationality Should Not Be Traded for Behavioral Law and Economics // 91 Georgetown Law Journal. 2002. P. 67 ff.

вершенствующегося и динамичного, состояния рыночного процесса[1]. Основное условие исправления иррациональности участников оборота представители австрийской школы видят не в государственном патернализме, а в обучении на собственных и чужих ошибках[2].

Иначе говоря, по австрийской версии экономического анализа договорного права в экономической свободе и принципе свободы договора видится не столько залог достижения максимально эффективных и справедливых результатов в каждой конкретной сделке, сколько несовершенный, но в долгосрочной перспективе совершенствующийся механизм роста общего благосостояния[3]. Из-за того, что «австрийцы» в отличие от сторонников неоклассического подхода с его акцентом на краткосрочных и рационально просчитанных последствиях берут в фокус долгосрочный эффект экономических институтов и решений, они ценят свободу договора гораздо сильнее, чем юристы и экономисты, работающие в рамках неоклассической концепции договорной свободы.

С этими наблюдениями представителей австрийской экономической школы о важности феномена «научения» следует с некоторыми оговорками, которые мы сделаем далее, согласиться. Избыточный патернализм, проводимый государством в благих целях помощи проигравшим в процессе контрактирования или исполнения договора, действительно может привести к фатальному снижению стимулов для роста рациональности и в конце концов разрушить рыночную экономику. Следует в целом согласиться и с идеей изменчивости предпочтений и важности совершенствования человеческой рациональности для функционирования свободного рынка и вслед за представителями австрийской школы экономического анализа права признать серьезную опасность, которую создает в отношении этого спонтанного порядка и стимулов к «научению» систематический патернализм, особенно тогда, когда такая политика проводится неэффективной бюрократией и реализуется применительно к сугубо коммерческим договорам. Безусловно, как мы далее покажем, отдельные вопиющие ошибки могут и должны корректироваться (например, посредством доктрины заблуждения, ограничения договорной свободы применительно к договорам присоединения, потребительским договорам и т.п.), но эти исключения лишь подтверждают общее правило о том, что как минимум коммерсанты должны нести ответственность за свои просчеты, допущенные при заключении договоров, и принимать на себя риски изменения внешних условий.

[1] Подробнее см.: *Уэрта де Сото Х.* Австрийская экономическая школа: рынок и предпринимательское творчество. М., 2009. С. 140–142.

[2] *Wonell C.T.* Contract Law and the Austrian School of Economics // 54 Fordham Law Review. 1985–1986. P. 535–537.

[3] Ibid. P. 542.

Возможный компромисс

Итак, выше мы определили, что справедливость и эффективность договора право в ряде случаев контролировать теоретически может. Но базовой презумпцией, доминирующей в договорном праве, является и должна являться идея антипатернализма. Отступление от этой презумпции возможно только при наличии крайне убедительных оснований, перевешивающих очевидные преимущества договорной свободы, типичные издержки ее ограничения и специфические издержки патернализма в частности.

Как показал вышеприведенный анализ, в принципе мы не имеем ничего против защиты справедливости в контрактных отношениях. Вопрос только в том, что, отвергнув презумпции рациональности и свободы договора, мы теряем единственно возможную некомандную и при этом относительно упорядоченную модель регулирования. Если свобода договора более не презумпция и выбор в пользу сохранения свободы и введения патерналистских ограничений будет осуществляться ad hoc исходя из того, что справедливее в конкретной ситуации, то правотворчество и правоприменение ввергаются в хаос и неопределенность. «Якорь» презумпций свободы договора и «антипатернализма» допускает отдельные исключения при наличии весомых аргументов в их пользу, но оставляет некий вариант, который применяется, если законодатель или суд не уверены в политико-правовых основаниях того или иного решения. В такой ситуации модель презумпции предлагает удобный выход из положения: если не уверен, не ограничивай.

В отсутствие же этого «якоря» в неопределенных ситуациях реакция государства оказывается абсолютно непредсказуемой и произвольной. С учетом того, что прямой анализ политико-правовых оснований патерналистских ограничений или допущения свободы договора – процесс крайне сложный, думается, что во многих, если не в большинстве, случаев законодатели или суды не будут иметь достаточную степень уверенности в политико-правовой оправданности того или иного решения. А это значит, что в указанных случаях станет крайне сложно ожидать некого последовательного подхода на уровне законодательного регулирования и судебной практики в отношении тех или иных сделок и их условий. В итоге вся сфера договорного права оказывается существенно дестабилизированной.

Поэтому мы настаиваем на том, что доминирующий сейчас во всех развитых странах взгляд на недопустимость патерналистски обусловленных ограничений свободы договора как на базовую опровержимую презумпцию, вытекающую из презумпции рационального выбора, имеет под собой серьезные основания. Любые альтернативные регулятивные

модели (например, замена презумпции свободы договора в качестве базового принципа договорного права на идею контрактной справедливости), не опирающиеся на многовековой опыт применения, оказываются чисто умозрительными, излишне абстрактными и, как правило, абсолютно неопределенными.

Наш подход допускает возможность преодоления данной презумпции при наличии убедительных оснований и с учетом анализа всех экономических и этических издержек и преимуществ такого шага. Так, например, проблема «неэффективной» бюрократии не столь принципиальна, когда речь идет не о грубом административном вмешательстве в свободу договора местных чиновников, а об установлении гражданско-правовых ограничений свободы договора на уровне кодификаций или судебного правотворчества высших судов. Иначе говоря, для нас очевидно, что есть ряд случаев, когда описанный выше негативный эффект от патерналистских мер менее очевиден или оказывается менее значимым по сравнению с более весомыми этическими или утилитарными политико-правовыми соображениям. О каких же случаях идет речь?

Тот компромисс, к которому мы приходим в рамках настоящего исследования, состоит в том, что «презумпция антипатернализма» может быть опровергнута как минимум в одном из трех нижеуказанных случаев.

Во-первых, при наличии значительного разрыва в переговорных возможностях сторон (например, монополизм или потребительский статус одного из контрагентов). В случае если контрагент, принявший явно несправедливые и нерациональные условия, имел существенно ограниченные возможности влияния на содержание заключаемого договора, в некоторых случаях у него может быть право передумать и оспорить принятые условия. То, что политика права может оправдать ограничение договорной свободы при сочетании явного неравенства переговорных возможностей контрагентов и явной несправедливости договорных условий, давно стало общим воззрением в зарубежной правовой науке. Два данных фактора (эксплуатация существенного неравенства переговорных возможностей и явная несправедливость содержания договора) оцениваются судами в совокупности по принципу сообщающихся сосудов. Чем сильнее несправедливость договорных условий, тем менее существенный разрыв в переговорных возможностях оправдывает ограничение свободы договора. И наоборот, чем очевиднее разрыв в переговорных возможностях, тем ниже порог несправедливости условий, за которым суд может вмешаться в сферу автономии воли сторон[1].

[1] См.: *Mallor J.P.* Unconscionability in Contracts Between Merchants // 40 Southwestern Law Journal. 1986–1987. P. 1073 (применительно к американскому праву); *Cherednychenko O.O.* Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Compar-

Во-вторых, при наличии у одного из контрагентов статуса, извиняющего вызванный иррациональностью или неинформированностью просчет при согласовании условий. В случае, когда непрофессиональный статус контрагента извиняет допущенный просчет, ограниченный патернализм может быть допущен даже в отсутствие каких-либо доказательств эксплуатации явного неравенства переговорных возможностей. Так, например, государство может позволить себе некоторые патерналистски обусловленные ограничения свободы договора применительно к договорам ренты или купли-продажи жилья только потому, что обеими сторонами таких сделок могут быть обычные граждане, заслуживающие некоторой защиты от собственной неразумности особенно тогда, когда цена вопроса крайне высока.

В-третьих, «осторожный» патернализм возможен в тех случаях, когда несправедливость и нерациональность договорных условий носят настолько вопиющий характер, что это презюмирует наличие некоторых пороков воли, иных оснований для признания сделки недействительной или неравенства переговорных возможностей. Не всегда сторона, оспаривающая сделку, в состоянии доказать наличие тех или иных оснований для признания сделки недействительной (например, заключение сделки под принуждением) или наличие некого ситуативного неравенства переговорных возможностей. И по общему правилу это должно означать сохранение договора в силе. Но в ряде случаев несправедливость договора может быть настолько вопиющей, что его содержание говорит само за себя, и возникают основания презюмировать наличие тех или иных дефектов процесса заключения договора.

На наш взгляд, как минимум в трех описанных выше случаях регулятивная строгость принципа свободы договора может быть несколько смягчена в патерналистских целях и суд может осторожно ограничивать договорную свободу при явной несправедливости и несбалансированности договорных условий.

При этом наличие неравенства переговорных возможностей и извиняющего иррациональность статуса контрагента может открыть дорогу для анализа допустимости введения локальных патерналистски обусловленных ограничений свободы договора, но отнюдь не предопределяет тотальное ограничение свободы договора. Для ограничения договорной свободы необходимо также, чтобы и сами принятые условия были действительно существенно несправедливыми, несбалансированными или невыгодными одной из сторон. Как справедливо замечают

ative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law with Emphasis on Risky Financial Transactions. 2007. P. 285, 286 (применительно к немецкому праву).

К. Цвайгерт и Х. Кетц, договорное право ни в коем случае не должно строиться на идее доброжелательного патернализма[1], но умеренный патернализм может в описанных выше случаях действительно корректировать издержки применения базового принципа договорного права – свободы договора.

Теперь проанализируем условия допустимости патерналистски обусловленных ограничений свободы договора более подробно.

§ 6. Дополнительные условия введения патерналистски обусловленных ограничений свободы договора

Неравенство переговорных возможностей

Из трех вышеописанных критериев, соблюдение которых, на наш взгляд, может открывать дорогу патерналистски обусловленным ограничениям договорной свободы, наибольшее значение имеет фактор неравенства переговорных возможностей. Одними из первых понятие «неравенство переговорных сил» («inequality of bargaining power») начали использовать Сидни и Биатрис Уебб в их известной книге «Индустриальная демократия» (1897 г.), посвященной структурному неравенству переговорных позиций рабочих и работодателей и тактике профсоюзной деятельности[2].

Постепенно данное понятие прочно закрепилось в экономической и юридической литературе, а также в литературе по моральной философии. Во второй половине XX в. данный феномен находится в центре внимания американских и европейских правоведов. Неравенство переговорных возможностей в качестве основания для судебного контроля содержания договоров признается авторами классических цивилистических исследований[3], сторонниками экономического анализа права[4],

---

[1] *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. М., 2000. С. 18.

[2] *Webb S., Webb B.* Industrial Democracy. 1902. P. 203, 204 (доступно в Интернете на сайте: www.archive.org).

[3] См., напр.: *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. М., 2000. С. 16–18.

[4] При этом если сторонники классического экономического анализа права считают допустимым такое вмешательство в основном только в ситуации, когда неравенство переговорных возможностей спровоцировано дисбалансом рыночной власти и монополизмом (*Veljanovski C.G.* Economic Principles of Law. 2007. P. 113, 152), то представители школы бихевио-экономического анализа права допускают такой контроль и в других случаях неравенства переговорных возможностей, например при дисбалансе профессионализма (см.: *Korobkin R.* Bargaining Power as Threat of Impasse // 87 Marquette Law Review. 2003–2004. P. 867 ff).

представителями современной доктрины естественного права[1] и авторами, исследующими проблематику прав и свобод человека[2].

Критерий неравенства переговорных возможностей в последнее время полностью интегрирован в американское договорное право в качестве одного из условий для патерналистского ограничения свободы договора в отношении несправедливых условий[3].

Дорд Деннинг в 1974 г. в деле Lloyds Bank Ltd v. Bundy попытался индуцировать фактор неравенства переговорных возможностей из различных признанных в общем праве частных институтов патерналистского ограничения договорной свободы. В 1970-х гг. английские суды нередко отмечали, что «когда одна из сторон имеет настолько сильные переговорные возможности, а другая сторона – столь слабые, неправильно допускать право сильного прижимать слабого к стене»[4], и часто не скрывали свое стремление защитить тех, «чьи переговорные возможности слабы, от навязывания им более сильными контрагентами недобросовестных условий договоров»[5]. Эта практика ряда ведущих английских судей не была воспринята однозначно и спровоцировала большую дискуссию в судейском и научном сообществах[6]. Тем не менее само понятие находится в «активном словарном запасе» судей и ученых.

Наконец, немецкая судебная практика высших судов прямо выводит фактор существенного неравенства переговорных возможностей в качестве основного критерия, допускающего ограничение конституционного принципа договорной свободы во имя иных конституционных ценностей и патерналистской защиты слабой стороны договора[7]. Так, в вынесенном в 1990 г. решении Конституционный суд Германии указал: «Частная автономия основана на принципе самоопределения

[1] См., напр.: *Chartier G.* Economic Justice and Natural Law. 2009. P. 56.

[2] См., напр.: *Cherednychenko O.O.* Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law with Emphasis on Risky Financial Transactions. 2007. P. 285.

[3] Детальный анализ данной доктрины в контексте американского права см.: *Barnhizer D.D.* Inequality of Bargaining Power // 76 University of Colorado Law Review. 2005. P. 139 ff.

[4] Lloyds Bank v. Bundy (1974).

[5] Macaulay v. Schroeder Music Publishing (1974).

[6] Chitty on Contracts. Vol. I: General Principles, 2008. P. 668. С приходом новой волны экономического либерализма в 1980-е гг. английская судебная практика стала демонстрировать более осторожный подход, пытаясь сузить практику применения патерналистского контроля справедливости договорных условий при неравенстве переговорных возможностей. Подробнее см.: *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. 468–470.

[7] *Cherednychenko O.O.* Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law with Emphasis on Risky Financial Transactions. 2007. P. 285.

и требует, таким образом, фактического соблюдения условий свободного самоопределения. Если переговорная сила одной стороны настолько диспропорционально велика, что договорное регулирование становится фактически односторонним, договор превращается в диктат. Там, где отсутствует примерное равенство переговорной силы сторон, справедливый баланс интересов сторон не может быть обеспечен посредством одного лишь договора». Согласно данному решению немецкие суды обязаны в таких случаях вставать на защиту слабой стороны договора и ограничивать свободу договора посредством применения норм ГГУ о добрых нравах и добросовестности[1]. В другом решении 1993 г. Конституционный суд указал, что свобода договора во имя принципа правовой определенности не должна ограничиваться в силу самого факта неравенства переговорных возможностей, но в тех случаях, когда это неравенство переговорных возможностей носит структурный характер и это приводит к навязыванию слабой стороне необычно обременительных условий, суды обязаны противостоять такому диктату посредством использования соответствующих закрепленных в ГГУ оценочных норм о добрых нравах и добросовестности[2]. За последнее время в Германии был вынесен и целый ряд иных решений, подтверждающих право гражданских судов ограничивать свободу договора в патерналистских целях при явном неравенстве переговорных возможностей[3].

В целом, как отмечают К. Цвейгерт и Х. Кетц, вопрос о неравенстве переговорных возможностей и его значении для целей ограничения свободы договора является одним из наиболее дискутируемых в зарубежной правовой науке. При этом большинство склоняется к тому, что существенное нарушение баланса переговорных сил при заключении договора открывает дорогу для контроля справедливости договорных условий[4].

Это развитие событий в зарубежной правовой доктрине и судебной практике вполне понятно. В условиях явного неравенства переговорных возможностей сильный контрагент способен просто навязать несправедливые условия (например, завышенную неустойку) своему более слабому партнеру, де-факто лишив последнего реального выбора. Соответственно идея стимулировать контрагентов к повышению рациональности, о чем так убедительно писали сторонники австрийской экономической школы, здесь в полной мере не срабатывает. Даже если слабая сторона будет осознавать и учитывать соответствующие риски,

[1] Цит. по: *Kenny M., Devenney J., O'Mahony L.F.* Unconscionability in European Private Financial Transactions: Protecting the Vulnerable. 2010. P. 10.

[2] Ibid. P. 11.

[3] Ibid. P. 12, 13.

[4] *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. М., 2000. С. 16–18.

у нее не всегда будет иметься реальная возможность повлиять на навязываемое ей соответствующее договорное условие.

В самом общем виде неравенство переговорных возможностей проявляется в том, что одна из сторон договора в силу ряда причин может иметь исключительное или преимущественное влияние на содержание контракта, а другая сторона лишена такой возможности в силу своего статуса, непрофессионализма, нехватки экономических ресурсов или времени на ведение длительных переговоров, зависимого положения, наличия монополии, стечения тяжелых обстоятельств и других подобных причин.

В пользу ограничения свободы договора в случаях неравенства переговорных возможностей могут быть приведены сугубо экономические резоны. Например, в ряде случаев может быть выдвинут тезис о возможности сбоя теории рационального выбора и отсутствия Парето-улучшения по сделке, заключаемой, например, в условиях такого неравенства переговорных возможностей, как асимметрия информации. Тем не менее, думается, основную роль в развитии этой идеи играли и играют этические соображения (справедливости как равенства возможностей, коррективной справедливости и недобросовестности эксплуатации слабостей ближнего).

Безусловно, неравенство переговорных возможностей иногда может вызвать эксплуатацию, влекущую заключение сделок, не обеспечивающих улучшение по Парето (harmful exploitation). Тем не менее гораздо чаще эксплуатация неравенства в переговорных возможностях провоцирует заключение экономически эффективных (т.е. взаимовыгодных), но явно несправедливых сделок, распределяющих общий экономический излишек явно несправедливо (mutually advantageous exploitation)[1]. Соответственно этот результат, к которому приводит свобода договора, может иногда восприниматься как этически неприемлемый и провоцировать соответствующее государственное вмешательство. Как уже отмечалось, чаще всего даже самый несправедливый договор влечет Парето-улучшение, так как слабая сторона от его исполнения что-то выигрывает и улучшает свое положение по отношению к предконтрактному состоянию. Но этот аргумент в большинстве правопорядков не сдерживает попытки государства в ряде случаев пресекать эксплуатацию неравенства сторон, приводящую к несправедливому распределению выгод от сделки.

Наша мораль, в которой все еще сильны коллективистские ценности солидарности, считает такую эксплуатацию предосудительной как минимум тогда, когда она осуществляется в наиболее жесткой форме

[1] О разграничении этих форм эксплуатации см.: *Werthheimer A.* Exploitation. 1999. P. 14.

или приводит к явно несправедливому результату. Идея милосердия не требует от сильного монашеского альтруизма и воздержания от естественного желания извлечь максимальную выгоду из своих переговорных преимуществ, но вводит некий условный порог, дальше которого его алчность заходить не должна. Тем самым право не пресекает неизбежное в условиях рыночной экономики стремление участника сделки выгадать как можно больше в заданной структуре спроса и предложения и на основе имеющегося фактического соотношения интеллекта, смекалки и предприимчивости сторон, но отсекает очевидные злоупотребления. Под воздействием этих соображений во всех странах в той или иной форме была признана идея о недопустимости недобросовестной эксплуатации неравенства переговорных возможностей в целях навязывания слабой стороне явно несправедливого и неравноправного распределения прав и обязанностей, а соответственно и выгод от сделки.

Кроме того, то, что иногда подразумевалось и подразумевается некоторыми юристами при принятии подобных инструментов ограничения договорной свободы, – это противодействие несправедливости экономического неравенства. И действительно, контрагенты с более сильными переговорными возможностями являются часто (хотя и не всегда) одновременно обладающими более мощными экономическими ресурсами, которые позволяют им иметь многочисленных юристов и консультантов, способных обеспечить максимальную защиту их интересов при составлении условий договора, и быть не столь заинтересованными в заключении конкретной сделки, чем их менее состоятельные контрагенты. Соответственно ограничение свободы договора, компенсируя разрыв в переговорных возможностях и блокируя те или иные навязываемые слабой стороне условия, тем самым *косвенно* может компенсировать разрыв в экономических возможностях сторон. Право как бы протягивает руку помощи менее состоятельным контрагентам, приоритетно защищая именно их интересы и, таким образом, на уровне распределения прав и обязанностей косвенно реализуя идеалы дистрибутивной справедливости.

Классическая либертарианская экономическая теория и сторонники laissez-faire в праве в течение всего XX в. активно пытались сопротивляться проникновению в договорное право такого рода дистрибутивных политико-правовых соображений. В частности, некоторые считали, что концепция дистрибутивной справедливости является «троянским конем» в системе свободного общества и открывает дорогу к рабству (например, Хайек). Другие же хотя и признавали важность более равномерной дистрибуции ресурсов и экономической власти для гармонизации общественных интересов и снятия излишней социальной напряженности, но считали, что единственно адекватное средство для

этого – перераспределяющее налогообложение и прямые трансферты из бюджета в виде социальной помощи, пособий по безработице и т.п. Договорное же право, как считают многие сторонники классического экономического анализа права, не самый лучший инструмент для проведения социальной политики[1]. По мнению таких юристов, договорное право должно продолжать основываться на идее формального равенства контрагентов и не отступать от нее, даже когда в реальности речь идет о заводе Форда и отдельном рабочем или о крупной торговой сети и потребителе. Единственным поводом для контроля содержания договорных условий некоторые сторонники классического экономического анализа права готовы считать лишь подавляющую рыночную власть. Считается, что при монопольном статусе одного из контрагентов условия договора хотя и будут взаимно выгодными, но несбалансированное распределение этих выгод неоправданно конкурентным состоянием рынка и может приводить к субоптимальным результатам с точки зрения Парето-эффективности[2].

Этот тезис действительно на первый взгляд имеет достаточно сильное экономическое обоснование. Если сделка заключена, значит, она улучшает положение обоих контрагентов, создавая общий экономический излишек. Распределение этого излишка между сторонами является функцией от соотношения переговорных возможностей, но сам факт заключения сделки свидетельствует о том, что даже самая слабая сторона что-то от нее выигрывает. Внедрение в контрактное право норм, направленных на ограничение договорной свободы в целях защиты слабой стороны за рамками случаев монополизма, может приводить к снижению количества Парето-улучшающих сделок (о чем мы уже писали выше), в то время как с точки зрения экономической эффективности удобнее позволить сильному контрагенту эксплуатировать свои переговорные возможности настолько, насколько на это готов согласиться слабый контрагент, дать сильному контрагенту возможность извлекать львиную долю кооперативного излишка, облагать эти сверхдоходы пропорциональными налогами и осуществлять редистрибуцию посредством прямых трансфертов из бюджета. Внедрение дистрибутивных элементов в контрактное право разделяет «пирог», но блокирует его увеличение, в то время как достижение дистрибутивных целей посредством налогообложения и трансфертов позволяет прежде «пирогу» вырасти и только потом делит его на более крупные куски. Соответственно отказ от защиты слабой стороны догово-

[1] См.: *Cooter R.*, *Ulen T.* Law and Economics. 2-nd ed. 1997. P. 105; *Goetz C.J.*, *Scott R.E.* Enforcing Promises: an Examination of the Basis of Contract // 89 Yale Law Journal, 1980. P. 1320, 1321; *Schwartz A.* A Reexemination of Nonsubstantive Unconscionability // 63 Va. L. Rev. 1977. P. 1062.

[2] *Veljanovski C.G.* Economic Principles of Law. 2007. P. 113.

ра посредством ограничения договорной свободы рассматривается многими современными экспертами в области экономического анализа права как достигающий наиболее экономически эффективного результата[1].

Тем не менее в реальности удержать расширение практики блокирования случаев несправедливой эксплуатации неравенства переговорных возможностей за узкие рамки случаев монополизма и косвенно проникновения дистрибутивных политико-правовых мотивов в сферу реального договорного права не удалось ни в одной стране. Они так или иначе вторгались в классический набор доктрин договорного права и приводили к компенсирующему реальное неравенство переговорных возможностей перераспределению прав и обязанностей в пользу слабой стороны сделки. Ведь, как уже отмечалось, право это отнюдь не только инструмент обеспечения экономической эффективности, но и способ обеспечения доминирующих этических воззрений. Кроме того, многие зарубежные правоведы в рамках крайне интенсивной научной полемики, развернувшейся в последние годы, в частности, в американской правовой науке, оспаривают тезис о сравнительно большей эффективности дистрибуции через налоги, чем дистрибуции через частноправовые нормы и ограничения свободы договора в том числе[2].

Мы в целом поддерживаем эту тенденцию гуманизации договорного права в тех случаях, когда принимаемые ограничения продуманы и просчитаны с помощью анализа экономических и этических издержек и выгод. Тем не менее здесь следует сделать одно важное уточнение.

---

[1] См.: *Cooter R.*, *Ulen T.* Law and Economics. 1988. P. 273; *Trebilcock M.J.* The Limits of Freedom of Contract. 1993. P. 97–101; *Kaplow L.*, *Shavell S.* Why the Legal System is Less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income // 23 Journal of Legal Studies. 1994. P. 674, 675; *Goetz C.J.*, *Scott R.E.* Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract // 89 Yale Law Journal. 1980. P. 1320, 1321; *Schwartz A.* A Reexamination of Nonsubstantive Unconscionability // 62 Va. L. Rev. 1977. P. 1062; *Wiesbach D.A.* Should Legal Rules be Used to Redistribute Income? // 70 University of Chicago Law Review. 2003. P. 439 ff.

[2] В частности, по вопросу о допустимости внедрения идей дистрибутивной справедливости в договорное право см. статью Энтони Кронмана: *Kronman A.* Contract Law and Distributive Justice // 89 Yale Law Journal. 1979–1980. P. 472 ff. См. также: *Jolls C.* Behavioral Economics Analysis of Redistributive Legal Rules // 51 Vanderbilt Law Review. 1998. P. 1653–1677. В последней статье Кристин Джоллс защищает идею о том, что реализация дистрибутивных ценностей непосредственно в частноправовом регулировании может быть менее вредной в отношении стимулов к труду, чем дистрибуция путем налогообложения. Аналогичный подход защищает Эрик Познер (см.: *Posner E.* Contract Law in the Welfare State: A Defense of the Unconscionability Doctrine, Usury Laws and Related Limitations on the Freedom to Contract // 24 J. Legal Stud. 1995. P. 283 ff). Другие аргументы в пользу дистрибутивной функции правового регулирования частноправовых отношений см.: *Lewinshon-Zamyr D.* In Defence of Redistribution Through Private Law // 91 Minnesota Law Reciew. 2006–2007. P. 326 ff (автор считает, что дистрибуция посредством частноправовых норм может быть оправданна, так как она менее болезненно воспринимается «донорами», чем прямое изъятие дохода в виде налога, и более ценится реципиентом, чем простое пособие из бюджета).

Мы считаем, что там, где речь идет о договорном праве, проникновение непосредственно дистрибутивных соображений должно носить крайне ограниченный характер. Следует все же отделить соображения *дистрибутивной справедливости*, оценивающие имущественное положение контрагентов на преддоговорной стадии, от оценки в качестве несправедливой эксплуатации неравенства переговорных возможностей, приводящей к несбалансированному распределению прав и обязанностей, а равно и выигрыша от сделки (т.е. от оценки *коммутативной справедливости* условий обмена). Соображения коммутативной справедливости в отношении условий договора могут в ряде случаев лечь в основу патерналистского контроля содержания договоров, в то время как дистрибутивная справедливость, основанная на изначальном неравенстве экономических возможностей контрагентов, не должна оказывать непосредственное воздействие на сферу договорной свободы. Для государственного вмешательства неравенства в имущественном положении контрагентов по общему правилу недостаточно.

Мы допускаем, что включение в договорное право норм, направленных на уравнивание изначального экономического неравенства в каких-то отдельных случаях, по всей вероятности, может иметь место. Но в контексте вопроса договорной свободы, думаем, все же более корректно вводить ограничения не столько в случаях экономического неравенства, сколько в ответ на недобросовестную эксплуатацию неравенства переговорных возможностей. Неравенство в переговорных возможностях может быть предопределено как разницей в доступных ресурсах, так и ситуативной чрезвычайностью сделки, монополизмом одного из контрагентов, разницей в степени профессионализма и целым рядом иных факторов. Иначе говоря, то, что может влиять на ограничение свободы договора, – это не само экономическое неравенство сторон, а разрыв в переговорных возможностях, который может быть предопределен разнообразными причинами, и факт эксплуатации этого разрыва, приводящей к установлению несбалансированных договорных условий (т.е. нарушению принципа коммутативной справедливости). Соответственно обеспечение дистрибутивной справедливости может быть лишь побочным, косвенным следствием защиты прав контрагента со слабыми переговорными возможностями, но вряд ли может быть самостоятельным основанием для ограничения договорной свободы. Введение ограничений свободы исключительно и непосредственно на основании неравных финансовых возможностей в договорном праве недопустимо[1].

[1] Например, немыслима норма, гласящая, что люди с таким-то доходом не вправе включать в свои договоры с людьми, чьи доходы на столько-то меньше, те или иные условия. Это было бы абсурдной дискриминацией прав богатых и возвращало бы нас во време-

В ряде случаев небольшая софтверная компания, разработавшая некий уникальный программный продукт, может иметь переговорных возможностей как минимум не меньше, чем у более экономически мощного предприятия, в этом продукте крайне нуждающегося. Другой пример: потребители, покупающие продукты в дорогом супермаркете, далеко не всегда беднее компании, которая им владеет, что никак не лишает их статуса потребителя и соответствующих особых прав, так как главная причина защиты потребителя состоит не в том, чтобы помочь бедным и слабым, а в том, чтобы помочь тем, чьи переговорные позиции ситуативно или структурно ослаблены реальной невозможностью вести переговоры по условиям сделки. Иначе говоря, переговорные возможности имеют не столько статусную, сколько ситуативную и процедурную природу[1].

Сторонники «левых» правовых взглядов и участники движения критических правовых исследований в США в частности (critical legal studies movement) традиционно считают такие локальные уступки идеям защиты слабой стороны профанацией или как минимум стратегическим маневром, которым правящие и экономические элиты пытаются создать видимость учета интересов менее успешных слоев общества. Так, активная защита прав потребителей, на их взгляд, лишь элемент манипуляции сознанием, создающий у простых людей иллюзию того, что государство радеет за их интересы и «бьет по рукам» зарвавшиеся корпорации, в то время как на самом деле вся система в целом работает на обогащение крупного бизнеса и сохранение выгодного ему статус-кво. Лидер движения критических правовых исследований Данкан Кеннеди пишет, что введение в право подобных ограничений свободы договора нацелено в реальности на то, чтобы сохранить общее правило – фикцию равенства переговорных возможностей и выгодный крупным предпринимателям принцип свободы договора. Правительства, потакая буржуазной экономической элите, создают видимость того, что в целом система свободного экономического оборота и свободного контрактирования работает отлично и должна одобряться всем обществом. Тем самым путем незначительной тактической уступки договорное право, прикидываясь сбалансированным и учитывающим интересы всех слоев социального спектра, в реальности сохраняет свой основной либер-

на большевизма. Но в ряде случаев может быть признана допустимой норма, которая запрещает то или иное явно несправедливое распределение прав и обязанностей, если при заключении договора одна из сторон находилась в зависимом положении из-за монопольного положения контрагента, чрезвычайности обстановки, лишавшей ее времени на поиск иной альтернативы, а равно если разрыв в переговорных возможностях сторон был предопределен иными причинами (например, недостатком юридической квалификации).

[1] *Korobkin R.* Bargaining Power as Threat of Impasse // 87 Marquette Law Review. 2003–2004. P. 867.

тарианский заряд и продолжает служить преимущественно интересам экономической элиты[1].

Иначе говоря, эта теория использует известный со времен А. Грамши конспиралогический аргумент, обвиняющий капиталистическую элиту в создании сложной системы гегемонии, при которой вместо силового метода сохранения статус-кво используются изощренные приемы манипуляции сознанием, внушающие «угнетенным классам» веру в истинность и естественность той социальной и правовой системы, которая на самом деле институциализирует их бесправное положение.

В общем и целом в этой свойственной для Грамши франкфуртской школы и движения критических правовых исследований аргументации есть большая доля правды. Было бы наивно считать, что правящие (они же – экономические) элиты, контролировавшие и продолжающие контролировать реальную политику западных государств, с большой охотой и с искренним желанием облагодетельствовать рабочих или потребителей наступали на свои экономические интересы, легализуя право на забастовки, вводя минимальные зарплаты или устанавливая возможность взыскания карательных убытков за нарушение прав потребителей. Думается, что большинство этих регулятивных шагов совершалось вынужденно, под давлением или с учетом своих собственных долгосрочных экономических и политических интересов. Но это наблюдение ничего в сущности не меняет, если признать либертарианские принципы организации экономики отвечающими общему благу и вспомнить, что сторонники критических правовых исследований так толком и не смогли предложить свою альтернативную программу развития позитивного права и системы договорного права в частности, из-за чего, собственно, данная теория и растеряла свою популярность в 1990-е гг.[2]

Иначе говоря, как только мы уходим с «левых» позиций и смещаемся «в центр», неискренность элит и стратегический расчет, направленный на удовлетворение части чаяний более «слабых» участников оборота для удержания их от попыток дестабилизации рыночной экономической парадигмы в целом, уже не представляются чем-то неприемлемым.

---

[1] *Kennedy D.* Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power // 41 Maryland Law Review. 1981–1982. P. 621, 622.

[2] Данное течение в принципе не сформулировало собственную альтернативную политико-правовую программу, осознанно концентрируясь на деструкции (trashing) и раскрытии порочности и лицемерия современной западной правовой системы и научного мэйнстрима (*Schwartzstein L.A.* Austrian Economics and the Current Debate Between Critical Legal Studies and Law and Economics // 20 Hofstra Law Review. 1991–1992. P. 1112, 1122). Редкое и не очень убедительное, на наш взгляд, исключение в виде попытки сформировать цельную систему политико-правовых ориентиров см.: *Unger R.M.* The Critical Legal Studies Movement. 1986.

Итак, что же должен учитывать законодатель или суд при определении неравенства переговорных возможностей? Думается, можно привести несколько наиболее значимых факторов:

1) подавляющая рыночная власть.

Наиболее очевидный пример неравенства переговорных возможностей – ситуация, когда одна из сторон договора имеет значительную рыночную власть, позволяющую ей диктовать свои условия контрагентам[1]. В таких ситуациях право почти всех стран принимает те или иные меры по ограничению свободы договора (в рамках как договорного, так и антимонопольного права).

Эта рыночная власть является следствием соотношения спроса и предложения в условиях ограниченной конкуренции. Структурная рыночная власть предопределяется доминирующим положением на некоем существующем рынке или просто таким состоянием рынка, при котором один из контрагентов имеет широкий выбор потенциальных партнеров, в то время как выбор другого существенно ограничен.

Как мы видели, основоположники классической экономической школы признавали, что рост благосостояния общества за счет предоставления свободы экономическому обороту предопределен только в условиях конкуренции. Как считается, при монополизации той или иной сферы экономики монополист может устанавливать завышенные цены и навязывать контрагентам максимально выгодные ему условия сделок. В результате многие потенциальные контрагенты воздерживаются от заключения сделок (особенно в ситуации «эластичного» спроса). Общее количество сделок оказывается ниже, чем в условиях конкуренции, ресурсы недоиспользуются и рост сверхдоходов монополиста от каждой заключаемой по монопольной цене сделки не компенсирует эту общую неэффективность. Рост сверхдоходов монополиста все равно оказывается меньше, чем общие доходы участников подобных сделок, которые имелись бы в условиях совершенной конкуренции. В итоге хотя любая сделка с монополистом, как правило, влечет улучшение по Парето (т.е. от сделки безусловно выигрывает монополист, но сделка хотя и незначительно, но выгодна и контрагенту монополиста, который бы иначе просто ее не заключил), в целом экономическая деятельность монополиста, как правило, создает результаты не самые оптимальные с точки зрения общего благосостояния[2].

Из этого многие делают вывод о наличии экономических резонов ограничивать свободу договора (в первую очередь ограничивать или

[1] *Мэнкью Н.Г.* Принципы макроэкономики. 2-е изд. М., 2004. С. 36, 37.

[2] См.: *Самуэльсон П.Э.*, *Нордхаус В.Д.* Экономика. 18-е изд. М., 2010. С. 100; *Veljanovski C.G.* Economic Principles of Law. 2007. P. 113, 152.

прямо регулировать цены) в случаях, когда одной из сторон является лицо, занимающее доминирующее положение на рынке.

Такие ограничения договорной свободы как минимум теоретически могут принудительно приблизить цены и условия сделок, совершаемых монополистом, к тем условно оптимальным значениям, которые имели бы место, будь данный рынок конкурентным. В этой связи показательно, что допустимость ограничения свободы договора в случае подавляющей рыночной власти признается даже в рамках классического экономического анализа права, который в целом настаивает на абсолюте автономии воли сторон[1].

Тем не менее нам не кажется, что основной резон ограничения свободы договора в сделках с монополистами вытекает из соображений экономической эффективности. Думаем, что более важный резон здесь – осознание необходимости предотвратить нарушение принципа коммутативной справедливости и эксплуатацию неравенства. В ситуации, когда одним из контрагентов является монополист, второй контрагент лишен реального выбора, а конкуренция как таковая отсутствует или значительно подавлена, создаются благоприятные условия для эксплуатации монополистом своего эксклюзивного положения и навязывания контрагенту явно несправедливых и несбалансированных условий. Монополист может навязать своему контрагенту такие условия, которые вряд ли были бы согласованы в конкурентной среде (например, вынудить закупать ненужные клиенту услуги или товары «в нагрузку», возлагать жесткую ответственность за нарушение контракта на клиента и снимать всю ответственность с себя, предусматривать неограниченное право на одностороннюю корректировку цены и т.п.). И именно в целях блокирования таких злоупотреблений право реагирует ограничением договорной свободы.

Вытекающий из вышеуказанных условий этический протест против сохранения автономии воли сторон в сделках с монополистами в неприкосновенности в демократическом обществе (или в обществе популистского авторитаризма) в конечном счете создает политический запрос на соответствующие законодательные ограничения свободы договора. Даже те правящие элиты, которые тесно связаны с соответствующими монополиями, для удовлетворения этого запроса вынуждены принимать законы, ограничивающие злоупотребления монопольным положением и навязывание монополистом (лицом, занимающим доминирующее положение на том или ином рынке) явно несправедливых условий своим контрагентам.

В зарубежной науке высказывается точка зрения, согласно которой рыночная власть монополиста чаще всего проявляется в установ-

[1] *Veljanovski C.G.* Economic Principles of Law. 2007. P. 152.

лении монопольно высокой или низкой цены и гораздо реже стимулирует значительное ужесточение положения клиентов в части неценовых условий. Некоторые исследования показывают отсутствие какой-то очевидной позитивной корреляции непосредственно между монопольным статусом одного из контрагентов и несправедливостью неценовых условий[1]. У этого мнения, видимо, действительно имеются определенные основания. Тем не менее, думается, монополисты в состоянии присваивать себе бóльшую часть кооперативного излишка посредством как установления монопольной цены, так и преимущественного обеспечения своих интересов и в части неценовых условий. Даже теоретической возможности такого рода с точки зрения теории справедливого обмена и этических представлений большинства представителей юридического сообщества как в западных странах, так и в России достаточно, чтобы оправдать вмешательство государства;

2) ситуативная рыночная власть.

Часто имеет место не структурная, а ситуативная рыночная власть.

Ситуативная рыночная власть может быть следствием неких неожиданных и временных колебаний спроса и предложения. Типичный пример – переговорные позиции таксиста, работающего в аэропорту, в котором из-за плохих погодных условий неожиданно отменены все рейсы. Кроме того, при заключении сделок в чрезвычайной обстановке отсутствие или значительная ограниченность выбора для одной из сторон (а следовательно, и подавляющая рыночная власть) могут быть предопределены отсутствием времени на ведение переговоров.

Другим примером ситуативной рыночной власти является ситуация заключения договора в связи со стечением тяжелых обстоятельств. Речь, в частности, идет о таких ситуациях, когда жизнь или иные серьезные интересы одного из контрагентов зависят от контрактного взаимодействия с другим участником оборота (например, во взаимоотношениях врача и пациента, терпящего бедствие судна и спасательной команды и т.п.).

Если чрезвычайность обстоятельств заключения сделки, стечение тяжелых обстоятельств или иные истоки ситуативной рыночной власти вынудили одну из сторон заключить сделку на явно несправедливых и неразумных условиях, патернализм в некоторых случаях может быть допущен. Этот тезис предопределяется в первую очередь этиче-

[1] См.: *Schwartz A. A Reexamination of Nonsubstantive Unconscionability //* 63 Virginia Law Review. 1977. P. 1053 ff; *Friedman E.* Competition and Unconscionability. 2009 (доступно в Интернете на сайте: http://www.law.uchicago.edu/files/files/Friedman%20paper.pdf); *Marotta-Wurgler F.* Competition and the Quality of Standard Form Contracts: The Case of Software License Agreements. 2008 (доступно в Интернете на сайте: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1186143).

скими аргументами, хотя не бесполезно указать и на то, что в некоторых случаях чрезвычайность обстоятельств заключения договора и вытекающее отсюда отсутствие времени на просчет эффективности всех условий договора могут действительно привести к заключению сделок, не влекущих улучшение по Парето;

3) *асимметрия информации и профессионализма*.

Как мы видели, проблема неполноты информации может приводить к «сбою» теории рационального выбора. Но широко признаваемая причина в ряде случаев ограничивать свободу договора – не столько неполнота информации, сколько ее неравное распределение между двумя участниками сделки (асимметрия информации)[1]. Один из контрагентов может обладать большей информацией, чем его партнер, что может спровоцировать недобросовестную эксплуатацию этого «информационного неравенства» в качестве переговорного преимущества. Ведь влияние на содержание договора не есть только лишь функция от рыночной власти контрагентов. Влияние одной из сторон может быть преимущественным и в силу того, что она владеет, а другая сторона не владеет некой важнейшей информацией о рыночной обстановке, предмете договора и других обстоятельствах. В этих условиях несведущая сторона просто зачастую оказывается неспособной в полной мере оценить реальный смысл и эффективность некоторых условий, которые другая, осведомленная, сторона может включать в контракт.

Классический пример – лицензионный договор в области программного обеспечения. Разница между осведомленностью о сути самого продукта, особенностях его использования и возможных проблемах и рисках, которая имеется у производителя этого продукта и обычного пользователя, является весьма значительной. Соответственно недобросовестная эксплуатация этой информационной асимметрии при разработке условий договора может в ряде случаев правом оправданно блокироваться.

Тесно связано с информационной асимметрией неравенство профессиональной компетенции, юридической экспертизы или финансовой грамотности. Заключение крайне сложных финансовых сделок, оценка и сопоставление их условий требуют от обычного гражданина достаточно глубокого понимания финансовых вопросов, умения производить математические расчеты и способности вникнуть в множество юридических понятий и категорий (например, непреодолимая сила, штрафная неустойка, задаток, франшиза, ковенант, отлагательное условие и т.п.), с некоторыми из которых плохо знакомы даже выпускники юридических вузов.

[1] См.: *Trebilcock M.J.* The Limits of Freedom of Contract. 1997. P. 102; *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. 34.

Без соответствующей экономической, финансовой и юридической экспертизы заключение договора зачастую являет собой скорее интуитивный выбор с надеждой на то, что более сильный контрагент, дорожащий своей репутацией, не прописал в контракте ничего, что могло бы быть явно несправедливым. Обман этих ожиданий более профессиональной и осведомленной стороной может в такого рода случаях являться злоупотреблением естественными переговорными возможностями.

Так, например, одна из причин, по которой право часто ограничивает свободу договора в сделках с потребителями, состоит в том, что потребители значительно уступают продавцам (банкам, страховым компаниям и т.п.) в профессионализме и информированности в отношении характеристик приобретаемого блага, связанных с этим рисков и других важных обстоятельств, от которых зависит удовлетворение или разочарование потребителя, а также просто недостаточно компетентны, чтобы адекватно оценивать многие сложные условия договора. Так, например, когда позитивное право вводит императивные правила о сроках обнаружения дефектов и четко прописывает права потребителя по возврату товара, выводя за рамки законности любые условия, ограничивающие эти права, оно в некоторой степени компенсирует разрыв в информированности и профессионализме сторон.

При оценке профессиональной и информационной асимметрии суды могут принимать во внимание возраст, образование, профессию, деловой опыт и другие характеристики слабой стороны[1];

4) *наличие доверительных отношений и личная зависимость.*

Очевидно, что переговорные возможности одной из сторон могут быть достаточно незначительными, если контрагенты находятся в доверительных, фидуциарных отношениях или одна из сторон находится в личной зависимости от другой. В таких условиях одна из сторон часто может оказывать настолько существенное влияние на состояние ума и волю своего контрагента, что это хотя и не переходит черту, за которой начинается сфера применения доктрин принуждения или введения в заблуждение, но лишает формально добровольный выбор одной из сторон независимости. Такие отношения возникают в том числе между членами семьи, врачом и пациентом, адвокатом и клиентом и в некоторых других случаях и часто лишают одного из контрагентов реального выбора или провоцируют недобросовестное злоупотребление доверием.

Доктрина недолжного влияния (undue influence), отражающая данную проблематику, хорошо развита в Англии, ряде других стран и при-

[1] Эти факторы, в частности, учитывают американские суды. См.: *Barnhizer D.D.* Inequality of Bargaining Powe // 76 University of Colorado Law Review. 2005. P. 169, 170.

знана на уровне актов унификации договорного права. Как правило, она предполагает, что при наличии таких доверительных отношений или личной зависимости и умышленного злоупотребления доверием, повлекших заключение договора на явно несправедливых условиях, суд получает право ограничить свободу договора[1]. Например, ст. II-7:207 DCFR указывает на злоупотребление доверительными отношениями между сторонами или зависимость одного из контрагентов от другого в качестве оснований для ограничения свободы договора.

Такие доверительные отношения или состояние зависимости чаще всего наблюдаются непосредственно между двумя контрагентами. Но также возможны ситуации, когда переговорные позиции одной из сторон крайне слабы в силу наличия доверительных отношений с третьим лицом или зависимости от него. Например, недавно немецкие суды расширили практику признания недействительными договоров поручительства, в которых не имеющая серьезных финансовых возможностей дочь заемщика дает банку поручительство по значительной сумме долга отца. Немецкие суды признали такие договоры недопустимыми из-за явной непропорциональности принятых поручителем на себя обязательств имеющимся у него финансовым возможностям и наличия взаимозависимости должника и поручителя, которая могла помешать поручителю принять осознанное и ответственное решение[2].

Безусловно, этот перечень не является исчерпывающим, но, думается, он учитывает основные случаи, провоцирующие разрыв в переговорных возможностях сторон. К сожалению, и российская наука (за редкими исключениями), и судебная практика (с единичными исключениями) до сих пор боятся подступиться к проблематике неравенства переговорных возможностей и взять на вооружение эту давно устоявшуюся в зарубежном праве терминологию.

Здесь мы не будем подробно останавливаться на том, как конкретно позитивное право может реализовывать идею об ограничении свободы договора в целях защиты слабой стороны и какие механизмы и условия для такой защиты применяются. Эти вопросы будут разобраны нами во втором томе настоящей книги. Пока нам лишь важно указать на то, что политика права во всех странах допускает саму возможность ограничения свободы договора в целях защиты стороны со слабыми переговорными возможностями. Причем сила давления на принцип свободы договора возрастает еще больше, если помимо неравенства переговорных

[1] Chitty on Contracts: Vol. 1: General Principles. 29th ed. London, 2004. P. 624 ff.

[2] См. подробнее: *Youngs R.* Constitutional Limitations on Freedom of Contract: What Can the Germans Teach Us? // 29 Anglo-American Law Review. 2000. P. 505, 506.

возможностей имеет место извинительность иррациональности слабого «контрагента».

Извинительность иррационального или неосведомленного выбора

Ошибка в оценке своих интересов при заключении договора может быть осуждаемой и требующей воспитательной строгости в разной степени. Когда речь идет о предпринимателе, берущем на себя ответственность ведения бизнеса на свой страх и риск, неинформированность, наивность и сверхоптимизм очевидно обладают низкой «степенью извинительности». Общественная мораль не склонна жалеть пострадавших из-за собственной нерациональности и непрофессионализма коммерсантов. Да и утилитарно стимул к «научению рациональности» предпринимателей куда более оправдан. Их коммерческая деятельность играет доминирующую роль в росте общественного благосостояния. Поэтому нежелание таких участников оборота искать и адекватно оценивать информацию и неумение верно просчитывать риски и возможности в той или иной степени приводят к тому, что экономический рост оказывается ниже того, который мог бы быть обеспечен более рациональными предпринимателями. Соответственно воспитательная строгость в долгосрочной перспективе, как верно считают представители австрийской экономической школы, создает общественно полезные стимулы и оптимальную регулятивную среду для бизнеса.

Совсем другая ситуация с гражданами (и отчасти с некоммерческими организациями). Их просчеты этически более извинительны. Мы не будем иронизировать над пенсионеркой, введенной в заблуждение сложным дроблением кредитной процентной ставки на всевозможные комиссии и из-за этого неверно рассчитавшей свои возможности по погашению кредита. Одновременно и утилитарное значение создания стимулов к «научению» здесь не столь существенно, учитывая меньший вклад рационального поведения некоммерческих субъектов в обеспечение экономического благосостояния нации.

Можно спорить о легитимности патернализма, проявленного немецкими судами в отношении девушки, поручившейся по долгам своего отца, или, наоборот, приводить политико-правовые основания в его пользу (например, со ссылками на феномен ограниченной рациональности), но очевидно, что столь же серьезное ограничение свободы договора с откровенно патерналистскими целями явно недопустимо в ситуации, когда таким неразумным поручителем является коммерческая организация. Если иррациональность дочери заемщика и может быть извинительна, то просчеты коммерческой фирмы, принявшей на себя обязательства,

не пропорциональные ее финансовым возможностям, государство исправлять не должно.

Извиняющий просчет статус контрагента может быть предопределен не только тем, что наша этика относится к простым гражданам более снисходительно, чем к профессиональным коммерсантам, но и рядом других факторов. Так, например, мы склонны извинять иррациональность, когда речь идет о сделках, совершаемых крайне редко. В таких случаях смысл воспитательной строгости теряется, так как человек мог ошибиться из-за того, что он ни разу такую сделку ранее не заключал, и заставлять его учиться на своих ошибках бессмысленно, так как он скорее всего больше такие сделки заключать не будет[1]. Этот вывод, в частности, оправдывает характерный для многих стран повышенный патернализм применительно к сделкам ипотечного кредитования на приобретение жилья. Такие сделки большинство людей совершают раз в жизни, расплачиваясь за приобретенный в кредит дом десятилетиями. Принятие заемщиком предложенных ему явно несправедливых условий может быть предопределено теми или иными когнитивными ошибками, недостаточной информированностью или низкой юридической грамотностью. Но заставлять человека учиться грамотно заключать договоры ипотеки и рационально просчитывать все экономические и юридические риски и последствия на своей ошибке может быть бессмысленно, учитывая то, что вряд ли ему придется когда-либо этот опыт использовать. Соответственно в таких ситуациях иррациональность может быть более простительна.

Таким образом, когда одной из сторон договора является лицо, чьи просчеты, вызванные неинформированностью или иррациональностью, более извинительны (в первую очередь обычные граждане, не имеющие широкого опыта предпринимательской деятельности и необходимой юридической и экономической квалификации или сторонней помощи), право может осторожно допускать патерналистски обусловленные ограничения договорной свободы.

Как мы уже отмечали, когда этот фактор сочетается с явной несоразмерностью переговорных возможностей, основания для патернализма становятся весомее. Но даже в тех случаях, когда ни один из контрагентов не имел явных переговорных преимуществ, патернализм, вызванный одной лишь извинительностью иррациональности, может быть допущен. Например, мы считаем вполне допустимыми некоторые патерналистски обусловленные ограничения договорной свободы в отношении бытовых сделок между гражданами. Даже если ни один

[1] *Rachlinski J.* The Uncertain Psychological Case for Paternalism // 97 Northwestern University Law Review. 2003. P. 1223.

из них не является «сильной стороной», право может так или иначе контролировать справедливость договорных условий в такого рода договорах.

«Вопиющая» несправедливость

Наконец, следует напомнить, что согласно нашей модели третьим фактором, который делает допустимыми патерналистские ограничения свободы договора, является «вопиющий» уровень несправедливости или неэффективности договорных условий. Речь идет о таких ситуациях, когда одного взгляда достаточно, чтобы прийти к выводу, что при заключении договора имел место тот или иной дефект (порок воли, иное основание недействительности или эксплуатация явного неравенства переговорных возможностей). Иногда эти дефекты доказать невозможно, и тогда содержание договора говорит само за себя.

В такого рода случаях законодатель иногда блокирует те или иные несправедливые условия ex ante, не делая никаких уточнений относительно сферы применения этого ограничения и тем самым допуская, что оно будет применяться и к сугубо коммерческим договорам сторон с сопоставимыми переговорными возможностями. Например, законодатели многих стран (в том числе России) установили, что в договоре нельзя устанавливать освобождение от ответственности за недобросовестное (умышленное) нарушение договора. Этот запрет имеет общий характер, что может быть оправдано тем, что условие об освобождении от ответственности за откровенный контрактный оппортунизм просто не может быть согласовано разумными контрагентами. Такое условие имеет настолько вопиюще несправедливый и аномальный характер, что это делает возможным «слепой» патернализм, не зависящий ни от факторов неравенства переговорных возможностей, ни от вопроса об извинительности иррациональности.

Но равным образом в ситуации отсутствия релевантных императивных запретов суд при рассмотрении спора может не признать то или иное несправедливое условие (применив для этого, например, доктрину злоупотребления правом), если доказательств наличия соответствующих процедурных (порок воли, эксплуатация неравенства переговорных возможностей) и статусных (извиняющий иррациональность статус контрагента) дефектов не имеется, но несправедливость договора «невыносима» и явно свидетельствует о наличии такого дефекта.

То, что вопиющая несправедливость договора может рассматриваться как косвенное свидетельство наличия некого процедурного дефекта (например, порока воли), а также тезис о том, что чем сильнее такая несправедливость выражена, тем более убедительно это свидетельство,

сейчас обсуждаются в зарубежной литературе по моральной философии[1] и поддерживаются даже некоторыми сторонниками экономического анализа права[2].

§ 7. Общие принципы патерналистского ограничения свободы договора

Принцип «дозированного» патернализма

Итак, мы исходим из того, что патерналистское ограничение свободы договора возможно. Но при этом право должно повышать патерналистски обусловленную императивность норм и расширять возможности для судебного контроля справедливости договорных условий в случаях, когда (1) при заключении договора имеется явный дисбаланс переговорных возможностей, (2) просчет в оценке собственных интересов допускает та сторона, чья неинформированность или иррациональность носят относительно извинительный характер, или (3) несправедливость условий носит вопиющий характер, свидетельствующий о возможном наличии некоторых значимых, но не доказанных дефектов процесса заключения договора. Соответственно в описанных выше случаях мы скорее согласимся со сторонниками бихевио-экономического анализа права, которые допускают патерналистский контроль справедливости договора в определенных случаях[3].

При этом право должно воздерживаться от ограничений свободы договора там, где речь идет о контрактах (1) между сопоставимыми по своим переговорным возможностям контрагентами, (2) чья неинформированность или иррациональность не столь извинительна и не должна поощряться, а (3) несправедливость условий не носит настолько очевидного характера, чтобы презюмировать наличие значимых, хотя и не доказанных, дефектов процесса заключения договора.

Примеров такого желательного дифференцированного регулирования масса. Например, английские суды признают условия о неустойке, включенные в договор между «коммерсантами, имеющими сопоставимый уровень переговорных возможностей», недействительными гораздо реже, чем условия о неустойке, навязанные потребителям[4]. Одновременно немецкое законодательство по общему правилу допускает достаточно активное снижение неустойки, но не допускает такое огра-

[1] *Wertheimer A.* Exploitation. 1999. P. 54, 55.

[2] Contract Law and Economics / Ed. by G. de Geest. 2011. P. 74.

[3] *Korobkin R.* A «Traditional» and «Behavioral» Law-and-Economics Analysis of Williams v. Walker-Thomas Furniture Company// 26 University of Hawaii Law Review. 2004. P. 441–468.

[4] Chitty on Contracts. Vol. I: General Principles. 2008. P. 1682.

ничение свободы договора в сделках между коммерсантами, отступая от этого жесткого подхода только тогда, когда имеет место очевидное злоупотребление правом[1]. Действительно, если политико-правовые резоны снижать неустойку в сделках с потребителями, очевидно, имеются, то попытка суда снизить неустойку, включенную, например, в сделку продажи контрольного пакета акций между двумя крупными холдингами или акционерное соглашение, будет явно излишним патернализмом. И хотя мы не считаем, что проведение для этих целей соответствующей черты именно между сугубо коммерческими и остальными сделками является вполне точным (так, например, малое предприятие перед лицом крупного монополиста может также нуждаться в защите в виде снижения неустойки), эта дифференциация допустимого патернализма оказывается ближе к идеалу, чем упрощенное решение нашего законодателя, который дает суду право снижать неустойку во всех случаях, включая и те, где этот патернализм абсолютно излишен.

Иначе говоря, мы не готовы согласиться с радикальными либертарианцами в их агрессивном неприятии патернализма как такового и разделить их полурелигиозную веру в то, что любые уступки патернализму ведут нас обязательно на дорогу к рабству. Следует согласиться с разумностью реальной регулятивной практики большинства государств и рядом современных авторов, которые допускают осторожное использование патерналистских нормативных решений в сфере договорного права[2] как минимум тогда, когда для такого патернализма имеются вышеуказанные дополнительные основания. Думаем, государства могут проводить умеренную и осторожную патерналистскую регулятивную политику в сфере договорного права, не разрушая при этом его рыночное основание.

«Фундаментальное противоречие» (как его назвал Данкан Кеннеди, а затем именовали другие сторонники CLS)[3], состоящее во внутреннем конфликте одновременного стремления людей к личной свободе и социальной солидарности, конечно же не может быть разрешено какой-то конкретной регулятивной стратегией, так как носит глубинный соци-

[1] Ср. ст. 343 ГГУ и ст. 348 ГТУ. Подробнее см.: *Карапетов А.Г.* Политико-правовой анализ проекта концепции совершенствования общих положений обязательственного права в части регулирования института неустойки // Закон. 2009. № 5. С. 63–78.

[2] Идею о допустимости использования патерналистских политико-правовых соображений при формировании норм договорного права и ограничении свободы договора в частности поддерживают целый ряд американских и английских авторов. См., напр.: *Kronman A.T.* Paternalism and the Law of Contracts // 92 Yale Law Journal. 1982–1983. P. 763 ff; *Burrows P.* Analyzing Legal Paternalism // 15 International Review of Law and Economics. 1995. P. 489; *Sunstein C.R.* Legal Interference with Private Preferences // 53 University of Chicago Law Review. 1986. P. 1129 ff; *Zamir E.* The Efficiency of Paternalism // 84 Vanderbilt Law Review. 1998. P. 236 и др.

[3] *Kennedy D.* The Structure of Blackstone's Commentaries // 28 Buffalo Law Review. 1979. P. 205, 211–214.

ально-философский характер. Но праву перед лицом этой проблемы действительно не остается ничего иного, кроме как пытаться находить компромиссы, по крайней мере там, где это возможно. Радикальный индивидуализм и жесткость классического принципа свободы договора не могут в нынешних условиях быть реализованы как минимум по политическим причинам. Как бы мы лично не относились к патернализму, современное западное (и тем более российское) общество абсолютно не готово полностью отказаться от патернализма. Кроме того, ценности социального государства вполне отчетливо закреплены в конституциях многих стран (в том числе и России). Поэтому единственный выход из данной ситуации – допустить регулятивный патернализм, в том числе ограничивающий свободу договора, но в умеренных дозах и стараясь применять его только тогда, когда для этого имеются достаточные политико-правовые основания

Страшиться того, что эта политика приведет к коммунизму и тоталитаризму, подобно Мизесу и Хайеку, вряд ли стоит. Вся история западных стран второй половины XX в. показывает возможность компромиссов между личной свободой и государственным патернализмом, не сталкивающих общества в коммунизм и тоталитаризм. По крайней мере до тех пор, пока презумптивная логика экономической свободы и свободы договора будет «работать», количество патерналистски обусловленных исключений из принципа свободы договора не превысит критической массы и в масштабах всей экономики не будет иметь принципиального значения. Это связано с тем, что идея свободы договора как презумпции возлагает бремя доказывания на сторонников ограничения договорной свободы. Соответственно там, где весомые аргументы не приведены, право может уверенно полагаться на принцип невмешательства и судебной защиты любых договорных обязательств, рассчитывая на то, что сохранение автономии воли сторон скорее всего будет приводить к оптимальным результатам.

В то же время даже тогда, когда имеют место определенные основания для патернализма (например, неравенство переговорных возможностей или извинительность иррациональности), ограничение свободы договора должно осуществляться осторожно. Как справедливо отмечают сторонники бихевио-экономического анализа права, доказанные исключения из презумпции рационального выбора создают основы для более точечного использования патернализма, но отнюдь не для перестройки всей системы правового регулирования на началах патернализма[1]. Это в значительной мере относится и к сделкам с потребителя-

[1] *Jolls C.*, *Sunstein C.R.*, *Thaler R.H.* A Behavioral Approach to Law and Economics // Behavioral Law and Economics / Ed. by C.R. Sunstein. 2000. P. 46.

ми, которых государство должно опекать в разумных пределах, находя баланс между патерналистским покровительством и воспитательной строгостью.

Здесь следует вспомнить справедливое замечание лорда Диллона, отметившего тот факт, что неравенство переговорных возможностей – вопрос степени, а та или иная степень неравенства присутствует при заключении практически любого договора[1]. Поэтому во имя обеспечения стабильности и предсказуемости оборота, сохранения стимулов к «научению» и поощрения более успешных в конкурентной борьбе право не должно торопиться вводить патерналистские ограничения договорной свободы при любом признаке неравенства переговорных возможностей или извинительной иррациональности одного из контрагентов. Ограничение договорной свободы может быть оправданно с политико-правовой точки зрения только тогда, когда эти факторы выражены настолько очевидно, что никаких сомнений в необходимости такой защиты не возникает.

Уточнение сферы допустимого патернализма

Но здесь возникают определенные сложности при проведении на основе данных самых общих замечаний конкретной демаркационной линии между сферой свободы договора и допустимым патернализмом. В реальности абсолютно однозначно выделить те случаи, когда в силу неравенства переговорных возможностей или извиняющего иррациональность статуса контрагента право может использовать патерналистские ограничения свободы договора не так просто. Некоторые пограничные случаи могут вызывать серьезные споры.

В ситуации заключения договора между коммерческой компанией и потребителем относительная извинительность нерациональности последнего и (как правило) отсутствие у него реальных переговорных возможностей в совокупности создают серьезные основания для патерналистски обусловленного ограничения свободы договора. Столь же очевидна оправданность патерналистских ограничений свободы договора и применительно к сделкам с монополистами.

Другая же крайность – сделки между крупными предпринимателями или инвесторами на финансовых рынках, каждый из которых не имеет подавляющего переговорного преимущества и чьи просчеты куда менее простительны и приемлемы с точки зрения этики и утилитарных соображений. Очевидно, что ограничивать свободу, например, договора

[1] Цит. по: *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. 468–470.

продажи корпоративного контроля между двумя холдингами или крупного синдицированного кредита можно. Но оправданны такие ограничения будут в большинстве случаев только тогда, когда это делается не в патерналистских целях, т.е. не ради предотвращения или исправления просчетов самих контрагентов. Такие ограничения возможны лишь ради обеспечения публичных интересов или интересов третьих лиц либо в ситуации, когда в договоре появились настолько вопиюще несправедливые условия, что это имплицитно свидетельствует о наличии пороков воли или эксплуатации скрытого, но существенного дисбаланса переговорных возможностей.

На оси между двумя этими достаточно очевидными полюсами (в «зоне полутени») возникает большое количество различных ситуаций, в которых присутствует только один из двух указанных факторов или присутствуют оба, но с разной степенью выраженности. Например, к этой спорной категории можно отнести сделки: 1) между гражданами; 2) между некоммерческими организациями и гражданами; 3) между двумя некоммерческими организациями; 4) между коммерческой и некоммерческой организациями; 5) между коммерческими компаниями с некоторой степенью дисбаланса переговорных возможностей и ряд других.

Наличие большого разнообразия различных вариантов сочетания статусов контрагентов и баланса переговорных возможностей крайне усложняет моделирование общего подхода к ограничению свободы договора в патерналистских целях и фиксацию соответствующего подхода в виде неких общих норм законодательства.

В самом общем виде большинство зарубежных стран для решения этой проблемы используют то или иное сочетание ex ante императивного регулирования и судебной дискреции по оценке условий договора ex post[1]. Первый вариант наиболее прост в применении судами, так как не требует от них серьезного погружения в оценку фактических нюансов, но неизбежно приводит либо к избыточному, либо к недостаточному патернализму в некоторых конкретных ситуациях. Это связано с тем, что с точки зрения законодательной техники часто бывает крайне сложно в гипотезе соответствующей императивной нормы исчерпывающим образом зафиксировать все оправданные с политико-правовых позиций условия ее применения. Второй же вариант максимально гибок, но при его применении перекладывается на суды значительное регулятивное бремя, увеличиваются финансовые и временные затраты судебной системы на разрешение спора и создаются риски произвола

[1] О различиях между ex ante патернализмом, направленным на предотвращение ошибок, и ex post патернализмом, направленным на их исправление, см.: *Klick J.*, *Mitchell G.* Government Regulation of Irrationality: Moral and Cognitive Hazards // 90 Minnesota Law Review. 2005–2006. P. 1636.

и судебных ошибок. Оба варианта имеют соответственно свои достоинства и недостатки, но избежать их использования не удается ни одной правовой системе[1].

В результате обеспечить идеальное дозирование патернализма, видимо, невозможно. Тем не менее право должно как минимум стремиться к адекватному определению границ патернализма, применяя его именно в тех ситуациях, где он необходим, и воздерживаясь от него там, где контрагенты должны быть оставлены один на один с собственными просчетами.

С учетом этих предварительных замечаний попытаемся определить наиболее разумное сочетание регулятивных стратегий в отношении общих положений обязательственного права и специальных норм о конкретных видах договоров.

Во-первых, законодательство и судебное правотворчество должны в принципе избегать патерналистски обусловленных ограничений свободы договора, если политико-правовая необходимость такой меры неочевидна. Этот простой тезис вытекает из общих презумпций рационального выбора и свободы договора.

Во-вторых, законодательство может вводить некоторые патерналистски обусловленные ограничения свободы договора ex ante, если для этого имеются достаточные политико-правовые основания, стараясь сделать пределы допущенного патернализма максимально адекватными соответствующему политико-правовому запросу и избегая как избыточного, так и недостаточного патернализма. Такой ex ante патернализм оправдан тогда, когда либо заранее очевидно, что запрещаемый договор или договорное условие носят настолько несправедливый характер, что они не были бы согласованы при отсутствии пороков воли или явного неравенства переговорных возможностей, либо тогда, когда законодатель может в гипотезе самой нормы четко зафиксировать, что она применима лишь в отношении лица, чья иррациональность в принципе извинительна (например, потребителя), или лица с недостаточными переговорными возможностями (например, клиента монополиста). Так, в сделках с потребителями и сделках с монополистами (как, впрочем, и при заключении трудовых договоров) наличие политико-правовых оснований для патерналистски обусловленных ограничений свободы договора заранее очевидно. Это открывает дорогу для использования в этой сфере ex ante ограничений договорной свободы в патерналистских целях.

В-третьих, за рамками потребительских, трудовых договоров и контрактов с монополистами чаще всего изначально неочевидно наличие

[1] О сложностях выстраивания системы ограничения свободы договора в зависимости от статуса контрагентов см.: *Miller M.R.* Contract Law, Party Sophistication and the New Formalism // 75 Missouri Law Review. 2010. P. 493 ff.

оснований для патерналистского ограничения свободы договора. Поэтому фиксация ex ante ограничений договорной свободы возможна с учетом специфики природы конкретных договоров, оценки сопоставимости переговорных возможностей и статуса контрагентов. Например, вполне очевидно, что в договоре на обучение, заключаемом между студентом и вузом, вуз является сильной стороной, а иррациональность студента относительно извинительна, что открывает дорогу для патерналистского ограничения свободы договора. Наконец, право может в патерналистских целях ex ante ограничивать свободу договора применительно к сделкам между простыми гражданами, чья иррациональность, как правило, относительно извинительна, даже если при заключении сделки отсутствовал явный разрыв в переговорных возможностях. Если наличие приводимых здесь условий допустимости патернализма можно уверенно предугадать заранее, право может вводить ex ante ограничения договорной свободы в виде императивных норм.

В-четвертых, следует стремиться устанавливать ограничения свободы договора в зависимости от свойственного той или иной договорной модели или характера заключаемого договора, его субъектного состава. Так, например, если сторонами того или иного договора чаще всего бывают те, чьи просчеты могут быть признаны извинительными, или для таких сделок характерно структурное неравенство переговорных возможностей сторон, право может позволить себе усиливать патерналистски обусловленный императивизм ex ante. Например, очевидно, что применительно к договорам ренты некоторое количество императивных норм не помешало бы, учитывая то, кто и в каких условиях, как правило, такие договоры заключает. Этот вывод еще более очевиден при заключении трудовых и потребительских договоров.

И наоборот: если сторонами конкретного вида договора обычно бывают предприниматели, законодателю стоит стремиться воздержаться от патерналистски обусловленных императивных норм (кроме случаев блокирования самых вопиюще несправедливых условий). Так, например, нормы законодательства о договорах поставки должны быть максимально диспозитивными, так как такие контракты чаще всего заключаются между коммерческими организациями с сопоставимыми переговорными возможностями. Так как отсутствие или присутствие явного дисбаланса переговорных возможностей при заключении конкретного договора поставки при разработке норм законодательства невозможно предугадать заранее, патернализм чаще всего не может быть проведен в жизнь на уровне императивных норм закона и должен быть делегирован судам.

В-пятых, в связи с вышеизложенным законодателю можно было бы посоветовать чаще оговаривать, что соответствующее ex ante ограниче-

ние применимо в отношении гражданина и неприменимо в целях защиты интересов предпринимателя. Как мы уже отмечали, патернализм в отношении предпринимателей, имеющих достаточные переговорные возможности, чтобы влиять на условия договора, в большинстве случаев не оправдан с политико-правовой точки зрения. Соответствующее ограничение свободы договора может быть в ряде случаев оправданно и в отношении коммерсантов с ограниченными переговорными возможностями. Но так как заранее определить, что такой дисбаланс переговорной силы будет иметься, часто невозможно, такой «точечный» контроль лучше осуществлять в рамках модели ex post коррекции, а ex ante запреты вводить только в отношении тех случаев, когда соответствующей стороной договора является некоммерсант. Этот прием законодательной техники часто используется в ГК РФ, который в ряде норм блокирует свободу договора, но уточняет, что это ограничение не касается сделок между коммерсантами, или, наоборот, прямо указывает, что то или иное соглашение или то или иное договорное условие могут оговорить только коммерсанты, подразумевая «от обратного», что в иных случаях эта договорная свобода заблокирована.

В-шестых, если законодатель не ввел ограничения договорной свободы в виде ex ante императивных норм, но при этом политика права с учетом специфики конкретной ситуации, уровня несправедливости соответствующего условия, сопоставления переговорных возможностей и оценки извиняющего просчеты статуса контрагентов требует такого ограничения, исправлять ситуацию и корректировать недостаточность ex ante патернализма могут и должны суды посредством ex post контроля. В этом случае функция по отмене соответствующего несправедливого или экономически необоснованного условия возлагается на суды, которые будут использовать гибкие инструменты ex post контроля содержания договоров (например, доктрины злоупотребления правом, кабальности и т.п.). Это является абсолютно неизбежным в силу того, что законодатель не в состоянии предвидеть и четко заранее зафиксировать все возможные случаи, когда такое ограничение является необходимым.

При нормальном развитии такой судебной практики законодателю не стоит волноваться о том, что законодательство может оказаться излишне либеральным: в крайнем случае разрешить возникающую проблему смогут суды посредством, например, таких доктрин, как недопустимость злоупотребления правом, добрые нравы, кабальность или специальные правила о контроле справедливости договоров присоединения.

В-седьмых, если вопреки всем стараниям по максимально адекватному отражению случаев допустимости патернализма в гипотезе императивных норм последние оказываются в конкретной ситуации проявляющими избыточный патернализм, суды могут попробовать в ряде слу-

чаев дать ей ограничительное телеологическое толкование. Но, думаем, на практике большинство судей будут мириться с ситуацией избыточного патернализма и проблему придется разрешать на уровне уточнений законодательства. В этом проявляется более высокая цена ошибочного избыточного патернализма, чем недостаточности патернализма. В последнем случае недостаток законодательного патернализма в развитых странах восполняют суды за счет множества ex post корректоров договорной свободы. В первом случае исправить просчет законодателя судам крайне сложно.

Всегда ли проблема избыточного патернализма достаточно остра? В ряде случаев это действительно так, и вопрос о реформе законодательства встает очень остро. Но иногда право может в целом мириться с подобными шероховатостями. Например, с учетом того, что иррациональность авторов является относительно извинительной и их переговорные возможности в договорах с издательствами, как правило, – слабыми, законодательство может ввести ряд патерналистски обусловленных императивных запретов на те или иные условия договора в специальном регулировании авторских договоров. Но представим себе такого автора-миллионера, окруженного десятками юристов и консультантов, как Джоан Роулинг, за контракт с которой борется множество издательств. Очевидно, что те же самые ограничения свободы договора, которые могли казаться адекватными в отношении защиты интересов большинства авторов, здесь абсолютно избыточны. Аналогичные издержки имеет и установление патерналистских ex ante ограничений свободы договора применительно к сделкам с потребителями. Вполне очевидно, что далеко не всякий потребитель действительно заслуживает такой особой опеки, которую предлагает нам законодательство о защите прав потребителей. Представим себе вкладчика-миллиардера, решившего разместить в банке личный вклад на сумму в несколько миллиардов рублей, голливудскую звезду, решившую застраховать на сопоставимую сумму свое здоровье, или российского олигарха, покупающего шикарное шале у застройщика. Во всех этих случаях потребительское право, рассчитанное на архетип непрофессионального потребителя со слабыми переговорными возможностями, будет проявлять избыточный патернализм.

На практике относительная редкость таких случаев позволяет многим правопорядкам мириться с подобными случаями избыточного патернализма. Тот факт, что в некоторых редких случаях «нетипичный» контрагент, не заслуживающий особой опеки, такую опеку получит, не кажется правовым системам столь важным, чтобы усложнять законодательную технику и чтобы суды тратили свое время и средства налогоплательщиков на разрешение столь тонких вопросов по выведению

исключений из общих патерналистских правил. Согласимся с тем, что в ряде случаев издержки по избежанию подобных редких случаев избыточного патернализма действительно окажутся выше, чем выгоды от более точного его дозирования. Тем не менее в ряде случаев проблему можно было бы решить достаточно просто. Например, в потребительском законодательстве можно было бы указать на то, что применимость потребительского права в отношении сделок, заключаемых коммерсантами с гражданами для удовлетворения их личных нужд, лишь презюмируется и может быть опровергнута в конкретных случаях при доказанности отсутствия неравенства переговорных возможностей и наличия у гражданина достаточной профессиональной экспертизы.

Подводя некоторые итоги, заметим, что было бы разумно, если бы правовая система учитывала все эти нюансы и подходы при введении патерналистски обусловленных ограничений свободы договора, в частности не навязывала бы свободным коммерческим контрактам повышенный императивизм и, наоборот, сделкам с потребителями – избыточный либерализм.

Различия в подходах к патерналистскому ограничению свободы определения цены и иных условий

Развивая тему ограниченной рациональности и оправдания патернализма, следует обратить внимание на еще один важный нюанс.

Когда экономисты обсуждают вопрос об ограничениях свободы договора, они вольно или невольно фокусируются на вмешательстве в свободное ценообразование и определение предмета обмена. Считается, что ограничение свободы устанавливать цены и определять предмет обмена (характеристики товара, работ или услуг) по общему правилу причиняет больше вреда, чем приносит пользы, и поэтому в силу вышеобозначенной презумпции свободы договора должно отвергаться, если не будут приведены крайне весомые политико-правовые резоны в пользу опровержения презумпции (например, монополизм). Но большинство экономистов не обращают внимание на то, что сделки регулируют не только предмет обмена и цены. Они также устанавливают множество дополнительных правил взаимодействия (порядок оплаты, способ отгрузки товара, распределение рисков, механизм корректировки цен, порядок извещения сторон, меры ответственности, порядок расторжения договора, арбитражную оговорку и т.п.).

Эти дополнительные права и обязанности сторон по сути также являются предметом экономического оборота – рациональные контрагенты должны так или иначе отражать в цене распределение прав и обязанностей, риски и обременения. Например, как правило, чем дольше

период отсрочки платежа, тем выше цена продаваемого в кредит товара. Другой пример: чем выше юридические гарантии банка на случай возникновения угроз в платежеспособности заемщика, тем по меньшей процентной ставке он, как правило, готов выдать кредит. Тем не менее эти соображения не блокируют необходимости проведения некоторого различия между данными видами договорных условий.

Мы предлагаем условно разделить все договорные положения на центральные условия (предмет договора и размер встречного предоставления) и сопутствующие (периферийные) условия (определяющие ответственность сторон, порядок расторжения договора, рассмотрения споров и т.п.)[1].

Для того чтобы понять смысл такой классификации, зададимся вопросом: распространяется ли идея презумпции свободы договора на оба вида договорных условий?

Конечно же чаще всего никто лучше самих сторон не знает, какие параметры взаимодействия будут наиболее предпочтительными, какое распределение рисков наиболее эффективным и какое бремя ответственности на случай нарушения договора наиболее отвечающим интересам сторон.

При этом договорная цена и все права и обязанности сторон договора, как уже отмечалось, образуют взаимосвязанный «пакет», в котором учитываются распределение рисков, финансовые условия, уровень

[1] Конечно же данная дифференциация носит достаточно условный характер и может провоцировать «пограничные конфликты». По сути разница между центральными и периферийными условиями – это вопрос скорее степени, а не качества. Так, например, условия о цене договора либо наименовании или количестве товара должны относиться к категории центральных условий. Но условия договора, предоставляющие право стороне в одностороннем порядке изменять или определять наименование товара, его количество или цену, являются периферийными. Другой пример: условие о качестве отгружаемой продукции посредством указания на ее сортность (например, зерно первого сорта) скорее является центральным, в то время как условия, уточняющие качественные характеристики и освобождающие от ответственности поставщика при некоторых скрытых дефектах, скорее являются периферийными. Условия о виде и объеме оказываемой услуги или выполняемой работы – центральные, в то время как условия о деталях осуществления соответствующих действий или порядке сдачи-приемки носят скорее периферийный характер. На уровне некоторого обобщения можно выдвинуть несколько тезисов. Во-первых, условия, реализация которых отсрочена на будущее и носит вероятностный характер, как правило, должны признаваться периферийными (например, условия, регулирующие вопросы применения санкций за нарушение договора). Во-вторых, условия, которые носят настолько существенный характер, что суды не компетентны определять их за стороны (например, наименование или количество товара), чаще всего будут являться центральными. В-третьих, условия, дающие общее описание подлежащих отчуждению экономических благ и их объема, являются центральными, в то время как условия, детализирующие порядок осуществления соответствующего исполнения, как правило, должны признаваться периферийными. Дальнейшее развитие в доктрине данной дихотомии может помочь выявить и иные признаки центральных и периферийных условий.

ответственности, качественные характеристики и другие факторы. Соответственно согласованное сторонами распределение прав и обязанностей, как мы уже отмечали, должно учитываться и, как правило, учитывается в цене сделки. Жесткие по отношению к контрагенту неценовые условия компенсируются снижением цены, а на первый взгляд вполне справедливое распределение прав и обязанностей не исключает крайней несправедливости сделки в целом по причине кардинально завышенной цены[1]. Иначе говоря, за любое дополнительное право или перераспределение риска приходиться платить, и цена «приобретения» или «отчуждения» этого права или риска теоретически служит гарантией рациональности соответствующего условия. Поэтому у нас нет никаких сомнений в том, что логика презумпции договорной свободы работает применительно к обоим видам договорных условий.

Но здесь следует задать другой вопрос: столь же сильна «хватка» презумпции рационального выбора, когда речь идет не непосредственно о предмете и цене сделки, а о дополнительных ее условиях, и нет ли оснований дифференцировать допустимую интенсивность ограничения свободы договора в зависимости от характера спорных условий?

Думается, такую дифференциацию стоит признать. Поясним этот вывод.

Во-первых, как мы уже писали, давно замечено, что когнитивные и эвристические способности человека ограничены. Как показали современные бихевио-экономические исследования, обычный человек при решении таких задач, как сравнение преимуществ и недостатков двух вариантов многостраничного договора, способен принимать в расчет всего несколько базовых сравнительных характеристик[2].

Практически всегда учитываются цена и непосредственный предмет обмена, а иногда еще и некоторые иные характеристики сделки (например, базовые качественные характеристики предмета купли-продажи или срок действия договора). Это вполне понятно. Даже тогда, когда сильная сторона использует свои переговорные возможности для того, чтобы вынудить слабую сторону заключать договор на приобретение как того товара, который ей нужен, так и неких дополнительных аксессуаров в придачу, или навязывает цену, существенно отклоняющуюся от рыночной, сам факт согласия другой стороны на эти условия означает, что сделка носит взаимовыгодный характер (т.е. влечет Парето-улучшение) и каждая сторона увеличивает свое благосостояние. Чем сильнее различия в переговорных возможностях, тем менее равномерно делится между сторонами общий излишек. Но даже самая слабая сторона,

[1] *Wertheimer A.* Exploitation. 1999. P. 55.

[2] Подробнее см.: *Korobkin R.* Bounded Rationality, Standard Form Contracts and Unconscionability // 70 The University of Chicago Law Review. 2003. P. 1206, 1227.

как правило, выигрывает от обмена согласованными в договоре благами. Иначе бы сделка просто не состоялась. Ведь такие условия, которые включают основной предмет договора и цену, как правило, в полной мере осознаются и учитываются при осуществлении рационального выбора даже такими контрагентами, как потребители.

Но человек с трудом в состоянии учесть и взвесить на единых весах сотни параметров обмена, условно монетизировать такие несоизмеримые положения контракта, как право на одностороннее изменение цены, срок гарантии, штрафные санкции и т.п., и произвести полноценный анализ издержек и выгод, учтя все эти права и риски в цене, а затем сопоставить этот «пакет» ценовых и неценовых условий с предложениями других потенциальных контрагентов. Да и не любой экономист всегда справляется с этой задачей.

В итоге при согласовании многих «периферийных» контрактных условий принятие решений основывается скорее на «навскидочной» эвристике (rule of thumb heuristics), а потребителями данные условия договора чаще всего и вовсе не изучаются.

В результате ограниченная рациональность контрагентов при оценке и согласовании таких условий приводит к тому, что здесь вероятность ошибки в расчете экономической эффективности и справедливости контракта существенно возрастает. Иначе говоря, применительно к периферийным договорным условиям дескриптивная точность идеи о том, что контрагенты сами являются лучшими оценщиками своих интересов, оказывается несколько меньшей, чем применительно к условиям центральным.

Во-вторых, выше мы уже отмечали, что многие второстепенные договорные условия по своей природе рассчитаны на применение в будущем да еще часто и с небольшой степенью вероятности. В силу таких свойственных человеческой натуре устойчивых когнитивных ошибок, как сверхоптимизм, недооценка будущих рисков и склонность дисконтировать могущий быть понесенным в будущем ущерб, многие контрактные условия, согласованные на те или иные возможные в будущем, но не предопределенные заранее, а также просто отодвинутые во времени случаи, зачастую обходятся без должного внимания контрагентов[1].

Приятное предвкушение получить ту или иную долю кооперативного излишка здесь и сейчас зачастую мешает рационально учесть все возможные риски срыва этого плана в случае «включения» тех или иных второстепенных договорных условий (например, об ограничении от-

[1] *Korobkin R.* Bounded Rationality, Standard Form Contracts and Unconscionability // 70 The University of Chicago Law Review. 2003. P. 1232.

ветственности). Если одна из сторон проявляет нежелание идти в этих вопросах на уступки, контрагент, заинтересованный в сделке, часто легко соглашается на сохранение тех или иных возможно неэффективных или несправедливых договорных условий такого рода, существенно недооценивая риски или полагаясь на самый оптимистичный сценарий, для того чтобы побыстрее приступить к реализации основного предмета договоренности.

В итоге внимание контрагента к центральным и периферийным договорным условиям вопреки предсказаниям упрощенной версии теории рационального выбора неодинаково. Хотя и те, и другие группы условий оказывают непосредственное влияние на удовлетворение обеих сторон, участники оборота считают центральные условия более важными и достойными внимания и переговорных усилий, чем периферийные.

Это приводит к серьезной деформации договорной практики. Если бы контрагента не устраивали предложенные ему базовые и, как правило, легко осознаваемые параметры предлагаемой сделки (цена, количество товара, сроки и т.п.), он бы просто не совершил ее и обратился к конкурентам. В части таких условий предприниматели вынуждены реагировать на запросы потенциальных клиентов, учитывать «эластичность» спроса и сравнимые параметры сделок, предлагаемые конкурентами. Именно поэтому на полноценно конкурентных рынках цены обычно стремятся к предельным издержкам, а продавцы под давлением ценовой конкуренции постоянно снижают себестоимость за счет повышения эффективности производства и минимизируют свою прибыль с каждой сделки для получения возможности отвоевать долю рынка у конкурентов, а также постоянно улучшают сервис и предлагают все более и более приемлемые для клиентов возможности.

Но когда речь заходит о «периферийных» условиях договоров, поведение контрагентов оказывается менее «эластичным» и «чувствительным». Так как большинство клиентов не обращают сколько-нибудь серьезного внимания на такие условия, как оговорка о подсудности или право банка на одностороннее изменение тарифов, компании, разрабатывающие стандартные проформы своих договоров, перестают конкурировать по таким условиям. Например, если все банки включают в свои договоры условие «А», явно ущемляющее интересы клиентов (например, условие о том, что частичные платежи относятся в первую очередь на погашение начисленной неустойки), но принимаемое большинством из них без серьезного анализа, а один из банков решит отойти от этой практики и предложит клиентам условие «Б», носящее условно сбалансированный характер (например, оговорку о том, что неустойка погашается в последнюю очередь), он ничего не выиграет

в конкурентной борьбе[1]. Большинство потребителей, даже прочитав договор и осознав смысл его условий, в силу ограниченной рациональности (сферхоптимизма, неадекватной оценки рисков и т.п.) не способны оценить в полной мере такие «жертвы» со стороны предпринимателя.

С точки зрения идеи участника оборота как абсолютно рационального максимизатора собственной выгоды то, что он не одинаково реагирует на колебания цен и изменение периферийных договорных условий, является грубейшей ошибкой. Ведь все периферийные условия договора являются теми же элементами цены, только скрытыми.

Цену можно менять напрямую, а можно косвенно – за счет изменения структуры прав и обязанностей по договору. Например, на конкретный товар может сложиться конкурентная цена в 100 рублей. Один из поставщиков может получить дополнительную выгоду от конкретной сделки купли-продажи, как подняв цену, так и ограничив те или иные права покупателя, которые тот имеет по обычным договорам такого типа (например, ограничив свою ответственность или предусмотрев ограниченный срок гарантии). С экономической точки зрения принципиальной разницы здесь нет. Но если компания попробует поднять цену на 10%, до 110 рублей, она потеряет значительную часть клиентов, которые предпочтут купить товар у другого поставщика. Если же она, не меняя цену, пропишет в договоре ограничение своей ответственности, тем самым фактически добившись той же выгоды, которую она получила бы за счет повышения цены, это скорее всего никак на продажах не скажется. С точки зрения трезвого взгляда на когнитивные способности людей этот «сбой» есть реальность, которая не может игнорироваться[2].

[1] В американском решении по делу Henningsen v. Bloomfield Motors (1960 г.) рассматривался вопрос об ограничении свободы договора на продажу одним из трех американских автомобилестроительных гигантов автомобиля потребителю в части условия о гарантии качества. Встав на сторону потребителя, суд указал следующее: «Явная слабость переговорной позиции потребителя в автомобильной индустрии очевидна. Автопроизводители не *конкурируют между собой в вопросе гарантий качества продукции*. Куда смог бы пойти потребитель, чтобы выторговывать себе более надежную защиту? ...Ограничение защищенности потребителя противоречит общественному благосостоянию и как минимум призывает судей избегать несправедливости, вытекающей из применения строгих принципов общего права о свободе договора».

[2] Похожий «сбой» рациональности наблюдается в склонности человека оценивать изменение не реальной покупательной способности денег, а их номинальной величины. Человек крайне остро среагирует на понижение зарплаты на 10% в условиях нулевой инфляции и при этом гораздо спокойнее воспримет неповышение зарплаты в условиях инфляции, равной тем же самым 10%. В экономическом плане в обоих случаях реальный доход человека уменьшается на 10%. Но среднестатистический человек реагирует на изменение абсолютной и относительной величины дохода по-разному. В экономической науке этот часто эксплуатируемый правительствами и работодателями когнитивный сбой называется «денежной иллюзией» (*Fisher I. The Money Illusion. 1928).*

Иначе говоря, люди очень остро реагируют на изменение базовых характеристик предмета договора или колебания цены, но будут куда менее щепетильны к своим собственным интересам, когда речь заходит о скрытом изменении цены в виде ухудшения периферийных условий. Большинство участников оборота (особенно потребителей) при выборе между высокой ценой и «мягкими» неценовыми условиями взаимодействия, с одной стороны, и низкой ценой и «жесткими» неценовыми условиями – с другой, выбирают второй вариант и готовы ради получения более выгодной цены согласиться на достаточно жесткие неценовые условия[1].

В результате осознания этого «сбоя» в рациональности клиентов (в основном на розничном рынке) жесткая ценовая конкуренция заставляет предпринимателя перекладывать в максимально возможной степени риски на потребителей, обеспечивая при этом возможность снижения для них цены, подобно тому, как это делают все остальные конкуренты. Потребители активно реагируют на изменение цен и некоторых иных базовых характеристик предлагаемых им товаров и услуг, но крайне пассивно – на изменение сопутствующих прав и обязанностей. В результате сочетания жесткой конкуренции в отношении центральных условий и фактического отсутствия конкуренции в части периферийных условий появляются все более дешевые и удобные товары и услуги, продаваемые на все более «жестких» условиях. Некоторые западные исследователи считают, что в части таких условий проявляются признаки проблемы негативного отбора[2]. Мы со своей стороны не считаем нужным драматизировать остроту проблемы: у тенденции к снижению цены с одновременным ухудшением положения потребителя в части периферийных условий имеются свои есественные ограничители (например, репутационные риски, связанные с попытками привести явно несправедливые неценовые условия в исполнение). Тем не менее игнорировать отмеченную тенденцию ни в коем случае не стоит.

Но если бы проблема была только в этом, праву, возможно, и не стоило бы сильно беспокоиться, рассчитывая на то, что в итоге все ущемления интересов потребителя в части сопутствующих условий компенсируются в снижении цены. Но «сбои» в рациональности потребителя часто позволяют коммерсантам ухудшать для потребителя сопутствующие условия непропорционально снижению цены. Когда изменение цены осуществляется не напрямую, а косвенным образом, за счет ужесточения неценовых периферийных условий, которые потребителем часто вовсе не изучаются или не могут быть адекватно оценены, увеличиваются

[1] *Wertheimer A.* Exploitation. 1999. P. 63.

[2] *Haupt S.* An Economic Analysis of Consumer Protection in Contract Law // 11 German Law Journal. 2003. P. 1153.

риски того, что в результате заключаемый договор не будет влечь Парето-улучшение. В итоге предприниматели получают определенный картбланш навязывать потребителям невзаимовыгодные сделки за счет ухудшения положения потребителя в части сопутствующих условий без соразмерного снижения цены, при этом не сталкиваясь с потерей клиентов.

Некоторые западные авторы считают, что наличия некоторого небольшого количества компетентных и дотошных потребителей достаточно для того, чтобы заставить компании конкурировать по всем договорным условиям и перестать эксплуатировать «сбои» в рациональности большинства потребителей[1]. Но, думается, здесь не в полной мере учитывается то, что для того, чтобы поведение отдельных «рациональных потребителей» создавало такие позитивные экстерналии в отношении массы «потребителей иррациональных» и заставляло компании конкурировать по периферийным условиям договоров, должна возникнуть некая критическая масса таких рациональных потребителей. Их должно быть как минимум столько, чтобы выгода компаний от начала конкуренции по периферийным условиям и притока новых клиентов перевесила те выгоды, которые они извлекают из возможности эксплуатировать иррациональность большинства потребителей. Среди некоторых зарубежных авторов бытует мнение, что для дисциплинирования продавцов «дотошных» потребителей должно быть не менее одной трети от их общего количества[2]. Мы не имеем достаточных оснований соглашаться или не соглашаться с этой цифрой, но очевидно, что подавляющее большинство потребителей к категории «дотошных» либо не относятся в принципе, либо имеют знания, время и интерес детально изучать вопрос только применительно к крайне ограниченному кругу договоров (например, так себя ведут многие автолюбители при покупке автомобиля). Этого, как нам кажется, на большинстве рынков не вполне достаточно, чтобы стимулировать коммерсантов активно и полноценно конкурировать по неценовым периферийным условиям. Аналогичные соображения высказываются и рядом зарубежных авторов[3].

Соответственно в силу того, что, видимо, нет оснований ожидать формирования такой критической массы «рациональных потребителей», которые своими глубокими познаниями в экономике смогут адекватно оценивать соотношение цены и сопутствующих условий и сопоставлять их с условиями конкурентов и тем самым заставить поставщиков кон-

[1] *Trebilcock M.J.* The Limits of Freedom of Contract. 1997. P. 119, 120.

[2] Подробнее см.: *Haupt S.* An Economic Analysis of Consumer Protection in Contract Law // 11 German Law Journal. 2003. P. 1153.

[3] *Goldberg V.P.* Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand // 17 Journal of Law & Economics. 1974. P. 485.

курировать между собой не только в отношении цены, но и в отношении «периферийных» условий договора, компаниям нет смысла в части таких условий пытаться угодить потребителю. В результате даже если отдельный потребитель окажется необычайно расчетливым и осознает всю опасность или риски, которые таит данное условие, и попытается обратиться к конкурентам, то он скорее всего найдет у них такие же или еще более жесткие условия.

Как отвечают на эту проблему зарубежные правопорядки? Мы далее покажем, что законодательство и суды развитых стран действительно несколько более свободно вводят некоторые хорошо продуманные ограничения свободы договора в отношении сопутствующих (периферийных) условий контракта, чем это имеет место в отношении условий, характеризующих предмет договора и его цену. Эта повышенная опека касается прежде всего тех условий, реализация которых не предопределена или отодвинута в отдаленное будущее (например, право на односторонний отказ от договора или увеличение договорной цены, право на взыскание неустойки за нарушение договора, арбитражная оговорка и т.п.). Так, например, как мы покажем далее, практически все европейские законодательные акты, посвященные контролю справедливости договорных условий, специально оговаривают, что этот контроль неприменим в отношении условий о предмете договора и цене. Безусловно, случаи, когда закон или суды ограничивают право сторон по своему усмотрению определять количество товара или его стоимость, встречаются, но они относительно более редки. В то же время ограничения свободы договора применительно к условиям о последствиях нарушения договора, условиям об одностороннем изменении цены и иным сопутствующим условиям договора встречаются гораздо чаще как в виде императивных запретов (например, в потребительском праве), так и в практике ex post коррекции условий договора судами[1].

Причина такой дифференциации патернализма вполне очевидна. Чем меньше оснований доверять рациональности самого контрагента, тем сильнее у государства готовность вмешаться и восстановить спра-

[1] Это различие особенно заметно на уровне судебной практики. Ценовые ограничения, как правило, вводятся законодателем. В качестве исключений можно вспомнить разве что административно-судебный ex post контроль монопольных цен или отдельные случаи вопиющей кабальности. Применение судебного ex post контроля применительно к сопутствующим условиям договоров является более типичным. Суды, видимо, подспудно, осознают ограниченность своих возможностей по определению более справедливых цен взамен согласованных и интуитивно в несколько большей степени доверяют рациональному выбору самих контрагентов применительно к таким условиям. Так, например, как отмечается в литературе, большинство наиболее громких дел о судебном контроле справедливости договорных условий в Англии касалось именно неценовых условий. См.: *Wertheimer A.* Exploitation. 1999. P. 53.

ведливость. И наоборот. Эта закономерность естественным образом вытекает из самой концепции патернализма в договорном праве.

Думаем, что с этой дифференциацией допустимого патернализма можно согласиться. Но напомним, что само ограничение договорной свободы в таких случаях оправданно, только если имеются выведенные нами выше условия допустимости патернализма (явное неравенство переговорных возможностей, относительная извинительность нерациональности или неинформированности контрагента либо вопиющий уровень несправедливости, имплицитно указывающий на некие существенные дефекты процесса заключения договора). Так, например, если сбои в рациональности (сверхоптимизм, неспособность оценить адекватность некого периферийного условия в его сопоставлении с ценой или иные когнитивные проблемы) мешают адекватно оценить условия договора не потребителю, а коммерсанту, то у права по общему правилу не должно быть никаких поводов вмешиваться и спасать предпринимателя от последствий собственной глупости или некомпетентности.

Поэтому нет особых оснований запрещать включение в договор кредита права банка на одностороннее изменение процентной ставки применительно к договору кредитования в принципе. В то же время аналогичное условие, включенное в сделку с потребителем, должно вызывать серьезные сомнения. Таких сомнений не было бы, если бы потребитель взял кредит хоть и под высокий, но фиксированный процент. Уплата такого процента – это то, что даже потребитель может оценить при расчете издержек и выгод от сделки. Соответственно если он согласился на такой кредит, государство по общему правилу должно быть крайне сдержанным. Но в случае с условием о праве банка на одностороннее изменение процентной ставки мы имеем положение, последствия реализации которого потребитель не может оценить в полной мере. Потребитель принимал решение о привлечении кредита и рассчитывал свою платежеспособность исходя из заявленной в договоре изначальной ставки процента. Реализация банком права на одностороннее изменение процентной ставки может разрушить все планы потребителя и поставить его в крайне затруднительное положение. Любой совершенно рациональный потребитель был бы крайне осторожен в заключении таких договоров. Но реальный, ограниченно рациональный потребитель сплошь и рядом такие сделки заключает, либо не читая эти сопутствующие условия, либо рассчитывая на то, что повышение процентной ставки в его случае не произойдет, либо в полной мере осознавая, что реально настоять на исключении этого пункта договора он все равно не сможет из-за низких переговорных возможностей[1].

[1] В этой связи недавний законодательный запрет на включение в договоры потребительского кредита условий о праве банка на одностороннее увеличение процента представляется в целом оправданным с политико-правовой точки зрения (см. ст. 29 Зако-

Из этого отнюдь не следует призыв попирать свободу договора по поводу и без повода в отношении «второстепенных» условий договора при наличии общих условий допустимости патерналистских ограничений свободы договора. Презумптивная логика принципа договорной свободы работает в полной мере и здесь. Просто «гравитационная сила» принципа свободы договора становится несколько слабее, когда речь идет о «периферийных» условиях договора.

Влияние фактора размера ущерба, причиняемого сохранением свободы договора

При принятии законодателем или судами патерналистских решений об ограничении свободы договора большую роль играет также оценка того, к каким последствиям может привести сохранение договора в силе. Если обсуждается вопрос о патернализме, значит, государство предвидит, что сохранение договора может ущемить интересы одного из контрагентов. Но ущемление может иметь разный уровень интенсивности. Одно дело, если из-за иррациональности или неинформированности при принятии того или иного риска контрагент может понести некоторые дополнительные расходы или даже значительные неудобства. Другое дело, если цена ошибки более значительна (например, грозит разорением).

Конечно, заставляя водителей пристегиваться, государство проявляет патернализм, отбивая у них стимулы к самостоятельной рационализации. Но цена возможного урока чрезмерно высока. Более того, если на кону человеческая жизнь, долгосрочные соображения «научения» теряют свое значение как минимум в той мере, в какой право своим либерализмом пытается повлиять на поведение этого конкретного водителя, а не спровоцировать урок остальным. В таких условиях многие страны ограниченно проводят патерналистские регулятивные меры в области личной безопасности участников дорожного движения и во многих иных подобных случаях «с высокой ценой вопроса».

Но этот же фактор может учитываться при осуществлении ограничительного патернализма и применительно к договорным отношениям. Если цена возможной ошибки при принятии решения о заключении сделки и согласовании ее условий крайне высока (например, угрожает оставить человека без крова или обанкротить компанию), у государства несколько больше оснований для введения патерналистски обусловленных ограничений свободы договора.

на о банках и банковской деятельности (в редакции Федерального закона от 15 февраля 2010 г. № 11-ФЗ). Эта мера ограничивает свободу договора в сделках с потребителями, в отношении которых повышенный патернализм более оправдан, и сохраняет полную свободу привлекать такие рискованные кредиты в отношении коммерческих заемщиков.

Возможно, родителям не стоит вмешиваться в ссору сына со сверстником, чтобы приучить его к самостоятельному разрешению конфликтов, но такой подход менее приемлем, если конфликт перерастает в полноценную драку. Также и в договорном праве: чем выше цена ошибки, допущенной в оценке своих интересов и условий договора контрагентом, тем сильнее может проявляться государственный патернализм, ограждающий его от этой ошибки или исправляющий ее. В зарубежной литературе данный тезис справедливо защищает Джеффри Рачлински[1].

Но констатация данной закономерности опять же отнюдь не означает дезавуирование того, что было написано ранее про допустимую сферу использования патерналистских ограничений свободы договора. Если ошибающейся стороной является коммерческая компания и ее ошибка не была спровоцирована слабыми переговорными возможностями, даже тот факт, что цена ошибки может привести компанию к банкротству, в принципе не должен открывать дорогу патернализму (за исключением отдельных вопиющих случаев). Если же речь идет о просчете гражданина, некоммерческой организации или даже коммерческой фирмы, оказавшейся под давлением более мощного партнера, и сколько-нибудь интенсивный патернализм в принципе возможен, при введении соответствующих ограничений право может учитывать отмеченный здесь фактор размера ущерба, причиняемого соответствующим просчетом.

Асимметричный патернализм

Как мы показали, патерналистское ограничение договорной свободы сталкивается с серьезными сложностями и часто имеет нежелательные побочные последствия. В частности, патернализм проблематичен в силу затруднительности оценки незаинтересованным государством реальных интересов контрагентов, опасен с точки зрения дестабилизации оборота, спорен в случаях, когда в силу структуры рынка рост издержек от патерналистских ограничений может быть переложен на контрагентов посредством роста цены или просто блокирует возможность заключения договора и вреден в долгосрочном плане в части лишения контрагентов стимулов к «научению». Все это обусловливает осторожность в проведении патерналистских интервенций в сферу автономии воли сторон.

Но не стоит забывать и про еще один вид ущерба от патернализма – ущерб интересам контрагента, рассчитывающего на применение спорного условия. Этот вид «локальных» издержек патернализма может быть меньшим или большим. При этом чем больше теряет контрагент, рас-

[1] *Rachlinski J.* The Uncertain Psychological Case for Paternalism // 97 Northwestern University Law Review. 2003. P. 1223.

считывающий на применение спорного условия, тем в принципе менее очевидна необходимость патерналистского ограничения свободы договора. Здесь государство встает перед классической дилеммой регулятора – балансированием интересов сторон.

В ситуации, когда речь идет об ах ante ограничениях свободы договора (например, о введении императивного запрета на те или иные условия), фактор ущерба рациональному контрагенту выражен в виде утраты возможности получить определенные преимущества. Тогда же, когда ограничение свободы договора осуществляется судом ex post (например, путем оценки справедливости условий стандартизированного договора или при применении судом критерия добросовестности), ситуация оказывается еще более острой. Здесь соответствующий контрагент, в пользу которого условие согласовано, не мог заранее знать, что оно не будет признано. Соответственно в ряде случаев отмена судом данного условия может причинить этому контрагенту вполне реальный материальный ущерб.

При этом очевидно, что чем выше этот ущерб от ограничения договорной свободы, тем больше оснований сомневаться в политико-правовой желательности такого ограничения. И наоборот: в случаях, когда такой ущерб отсутствует или минимален, патерналистски обусловленные ограничения договорной свободы могут быть допущены несколько более свободно. В зарубежной литературе последних лет учет данного нюанса был обозначен как регулятивная стратегия асимметричного патернализма[1].

Например, представим, что законодатель рассматривает вопрос о допустимости включения в договор кредита условия о том, что платежи заемщика будут в первую очередь погашать начисленные проценты за пользование потребительским кредитом и штрафные санкции и только в самую последнюю очередь – сумму основного долга. Законодатель оценивает такое условие как несправедливое и затрудняющее заемщику, вынужденному нарушить договорную дисциплину, расплатиться с основным долгом и прекратить начисление процентов и штрафных санкций. Далее с учетом извиняющего иррациональность потребительского статуса заемщика и сопоставления переговорных возможностей сторон договора потребительского кредита законодатель приходит к предварительному выводу о допустимости патерналистского ограничения свободы договора. Но здесь законодателю не стоит забывать взглянуть и на другую сторону этого вопроса. Не причинит ли это серьезный ущерб интересам банка?

[1] *Camerer C.*, *Issacharoff S.*, *Loewenstein G.*, *O'Donoghue T.*, *Rabin M.* Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for «Asymmetric Paternalism» // 151 University of Pennsylvania Law Review. 2003. P. 1211.

В данном примере этот ущерб имеется, но, как нам кажется, не является принципиальным. То, что теряет банк, это незначительное снижение для заемщиков стимулов к соблюдению договорной дисциплины и утрата некоторой части прибыли, которую банк мог бы извлечь, наживаясь на финансовых сложностях заемщика и его неспособности погасить весь свой долг с процентами и пенями сразу. В итоге этот ущерб несопоставим с теми проблемами, которые создают такое условие для заемщика, оказывающегося иногда в безвыходном положении. Ведь если, например, он потерял работу и его доходы упали, та сумма, которую он в состоянии платить, может в ряде случаев покрывать лишь регулярно начисляемые пени и проценты. В результате заемщик загоняется в подлинную кабалу, единственный выход из которой, коим является перекредитование в другом банке, скорее всего будет заблокирован из-за низкой платежеспособности. Кроме того, с учетом сказанного сами интересы банка оказываются достаточно сомнительными с этической точки зрения.

Все эти размышления и сопоставления могут привести разумного законодателя к идее включить в закон о потребительском кредитовании императивное правило о том, что в случае просрочки заемщика как минимум штрафные санкции будут погашаться только после возврата основного долга. Если такая же мера в отношении коммерческих контрактов, заключенных контрагентами с сопоставимыми переговорными возможностями (например, синдицированных кредитов), вполне может быть признана избыточным патернализмом, то в случае с потребительским кредитованием она не должна вызывать сомнений[1].

Но не сложно привести примеры, в которых ущерб интересам стороны, полагающейся на спорное условие, может быть значительным, превышая ущерб, причиняемый им контрагенту, и перевешивая аргументы и об извинительной иррациональности последнего, и о разрыве переговорных возможностей. Например, иногда предлагается ограничить размер пени за просрочку потребительского кредита ставкой рефинансирования ЦБ. Такая мера, безусловно, упростит положение частных заемщиков в случае просрочки, но одновременно способна значительно дестабилизировать договорную дисциплину. Она лишит заемщиков адекватных стимулов своевременно погашать кредит, так

[1] Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 20 октября 2010 г. № 141, посвященное применению ст. 319 ГК РФ, к сожалению, такой дифференциации не проводит и запрещает оговаривать приоритетное погашение штрафных санкций независимо от адресата этого патернализма. Когда такой патернализм оказывается применим в отношении интересов потребителей, это вполне оправданно. Но столь же снисходительное отношение, например, к крупной корпорации, согласившейся на подобное условие в договоре синдицированного кредита на миллиарды долларов, считаем неуместным.

как ставка рефинансирования зачастую достаточно низка (в некоторых странах она практически близка к нулю) из-за попыток центральных банков в кейнсианском духе искусственно подстегнуть экономический рост закачкой в экономику дешевых денег. В результате подобное ограничение ответственности приведет к тому, что финансовая устойчивость банков (особенно тех, в чьем портфеле активов потребительские кредиты занимают значительную долю), а значит, и надежность размещенных в нем вкладов и средств широкого круга клиентов могут быть поставлены под угрозу. В условиях «эластичности» спроса на заемный капитал банки далеко не в полном объеме смогут компенсировать увеличение риска дефолтов повышением процентной ставки за пользование кредитом и тем самым переложить риск дефолта отдельных недисциплинированных заемщиков на плечи всех остальных заемщиков. Соответственно издержки такого патернализма в виде снижения договорной дисциплины будут отчасти приняты банком на себя. Сопоставление интересов сторон в данном примере показывает, что право не должно патерналистски ограждать заемщиков, даже если они являются потребителями, от согласованных ими пеней столь радикальным образом. Куда более разумно сохранить традиционный механизм ex post корректировки размера неустойки судом. Он способен оградить заемщика от явно избыточных штрафных санкций, но не лишит силы те из них, которые хотя и выше ставки рефинансирования, но являются вполне адекватными и традиционными для данного сегмента рынка.

Эти примеры показывают важность проведения комплексного анализа и сопоставления интересов сторон перед принятием решения о введении тех или иных патерналистски обусловленных ограничений свободы договора.

Глава 4. Финальные замечания

Выше мы проанализировали и в самом общем виде оценили наиболее широко распространенные в праве развитых стран случаи, когда в силу серьезных политико-правовых факторов считается допустимым ограничение свободы договора.

Но здесь следует особо оговорить важность учета одной принципиальной детали. Далеко не всегда встречаемые в зарубежном праве или обсуждаемые в зарубежной науке политико-правовые рецепты столь однозначны и срабатывают в российских условиях.

Во-первых, многие нюансы, связанные с оценкой политико-правовой адекватности ограничений свободы договора, не столь однознач-

ны и вызывают серьезные споры в среде экономистов и широком экспертном сообществе.

Поэтому, анализируя данные проблемы в российском контексте, не нужно иметь иллюзий в отношении того, что в зарубежной науке имеются однозначные ответы на все вопросы, которые нужно лишь найти и реализовать в российском праве. Риски столкнуться с неудачей при рецепции любых регулятивных решений неизбежны. Это отнюдь не делает менее важным изучение чужого опыта, но вынуждает нас признать, что свести комплексный политико-правовой анализ к механическому воспроизведению в праве тех или иных экономических или этических теорий невозможно. Пора раз и навсегда отказаться от иллюзий найти для анализа de lege ferenda некую абсолютную и априорную систему координат, будь то формально-логическое конструирование римских источников в духе немецкой пандектистики XIX в., герменевтика гражданской кодификации в духе французской школы экзегезы того же периода или обожествление рационального выбора и экономической эффективности в рамках классического экономического анализа права в США в XX в. То, что требуется от ученого, разрабатывающего проблематику политики права, это умение находить разумные компромиссы, перерабатывать чужой опыт и делать внятные предложения по развитию позитивного права, при этом в полной мере осознавая субъективизм и относительность всех этих выкладок и возможность допустить ошибку. Накопление и своевременное осмысление собственного опыта регулятивных проб и ошибок соответственно имеет особую ценность.

Во-вторых, вносит ряд коррективов в зарубежные политико-правовые теории в сфере свободы договора и пресловутая российская специфика. Мы здесь далеки от развития набившей оскомину темы особого пути России. Понятно, что путей существует столько же, сколько и стран, двигающихся к экономическому прогрессу. Японский вариант отличается от китайского, сингапурский от немецкого, а французский от американского многими важными деталями. Но объединяет их ряд важных принципов организации экономики, среди которых свобода рыночных сделок. Тем не менее отличия не стоит недооценивать. Их наличие значительно усложняет вопрос рецепции сработавших где-то экономических моделей и правовых форм. Поэтому, анализируя вопросы о допустимости ограничения свободы договора, нельзя слепо копировать те решения и политико-правовые аргументы, которые обсуждаются, применяются и срабатывают в тех или иных «модельных» странах. Следует всегда иметь свою голову на плечах. Серьезно анализируя и обобщая зарубежные теории, не стоит упускать из виду российские особенности и терять веру в свою способность придумать нечто новое, до чего наши коллеги из более развитых стран не додумались.

Так, например, введенный у нас законодательно минимальный размер заработной платы, по крайней мере до сих пор, был установлен на таком низком уровне, что он в большинстве регионов оказывался на порядок ниже равновесной величины зарплаты и соответственно не искажал свободную динамику стоимости труда. Де-факто в России минимальная заработная плата не столько ограничивает свободу договора, сколько направлена на борьбу с уклонением от уплаты налогов. Реальное последствие использования этого механизма состоит в установлении минимального уровня «белой» зарплаты, с которой работодатели должны уплачивать соответствующие социальные и удерживать подоходные налоги. Соответственно в России обсуждать и критиковать сам факт введения минимального размера оплаты труда с позиции принципа свободы договора, как то делают в отношении собственных аналогичных законов некоторые западные экономисты и юристы, возможно, непродуктивно. В России МРОТ не ограничивает свободу договора реально, но вполне может быть оправдан с фискальной точки зрения как элемент борьбы против уклонения от уплаты налогов.

Кроме того, при рецепции тех или иных регулятивных стратегий не стоит забывать про теорию «второго лучшего» (General Theory of Second Best). Согласно данной теории, разработанной после Второй мировой войны Р. Дж. Липси и К. Ланкастером[1], при наличии ряда экономических препятствий для роста общего благосостояния исправление лишь одного из них парадоксальным образом далеко не всегда способствует пропорциональному росту благосостояния. Это может быть связано с тесными и сложными взаимосвязями различных условий в рамках социально-экономической системы, которые могут быть нарушены исправлением одной отдельно взятой проблемы (например, одного провала рынка) при сохранении других. В результате непреднамеренным и побочным последствием одного частного улучшения может быть общее ухудшение благосостояния. Например, при наличии монополизма одной корпорации (провал рынка № 1 – монополизм), которая к тому же загрязняет окружающую среду (провал рынка № 2 – негативные экстерналии), и отсутствии у государства возможности справиться с проблемой загрязнения устранение одной лишь проблемы монополизма путем расщепления монополиста на конкурирующие между собой компании может только снизить общественное благосостояние. Несколько конкурирующих компаний будут в совокупности скорее всего более эффективны, чем один монополист, и способны значительно увеличить общий объем производства, а значит, и общий объем загряз-

[1] См.: *Липси Р.Дж.*, *Ланкастер К.* Общая теория второго лучшего // Вехи экономической мысли. Т. 4: Экономика благосостояния и общественный выбор. М., 2003. С. 95–134.

нения. Следовательно, если государство не может решить обе проблемы одновременно, решение лишь одной из них без решения другой может лишь увеличить ущерб общественному благосостоянию.

Применительно к обсуждаемой здесь теме мы, в частности, получаем вывод о том, что предоставление государству широких возможностей по исправлению отдельных сбоев в работе рыночного механизма может привести к общему ухудшению, если одновременно не решается проблема неэффективности бюрократии. Соответственно если мы имеем проблему сбоев в работе свободных рынков (проблема № 1) и проблему коррумпированной и «неэффективной» бюрократии (проблема № 2) и пытаемся решить проблему № 1 путем усиления регулятивного контроля государства, одновременно не решая проблему № 2, мы можем в ряде случаев лишь ухудшить ситуацию[1].

С учетом этого некоторые предложения по усилению государственной роли в ограничении свободы оборота, которые звучат из уст юристов и экономистов тех стран, которые живут в странах с относительно «эффективной» и честной бюрократией, не всегда приведут к тем же результатам в странах с иной бюрократической культурой. Когда такие экономисты, как Стиглиц, приговаривают свободный рынок к забвению и ратуют за новую эру кейнсианства, они, как нам кажется, не вполне учитывают то, что в странах третьего мира, в которых отсутствует североевропейская или конфуцианская бюрократическая культура, реализация этой стратегии может причинить больший вред, чем отдельные издержки свободных рынков.

Сказанное отнюдь не значит, что в России не стоит вводить ограничения свободы договора вообще. Иногда предоставление функции по ограничению свободы договора неэффективной бюрократии и написанным ею законам причиняет меньший ущерб, чем решаемая этим проблема. Кроме того, феномен неэффективности бюрократии проявляется с разной силой в зависимости от вида задействованной государственной структуры, сферы и модели регулирования. Так, например, в конкретной стране высшие судебные органы, ответственные за судебное правотворчество, могут оказаться относительно эффективным регулятором, которому можно доверить введение ограничений свободы договора в ряде сфер оборота (например, в отношении стандартных гражданско-правовых договоров). Но при этом те же самые суды могут быть абсолютно неэффективными при попытках вмешательства в функционирование сложных финансовых рынков, особенности которых выходят за рамки их «общеюридической» профессиональной ком-

[1] Подробнее о роли доктрины «второго лучшего» в правовом анализе см.: *Ulen T.S.* Courts, Legislatures and the General Theory of Second Best in Law and Economics // 73 Chicago-Kent Law Review. 1997–1998. P. 189 ff.

петенции. Соответственно в последнем случае более профессиональными в установлении ограничений свободы договора могут оказаться специальные финансовые регуляторы.

С другой стороны, общая гражданская кодификация, в значительной степени иммунизированная от влияния «групп специальных интересов» и лоббистов и проводимая в развитых странах широким сообществом ученых-цивилистов, как правило, способна причинить намного меньше вреда функционированию рынков, чем несистематизированное специальное регулирование, доверенное различным государственным министерствам или осуществляемое законодателями под сильным давлением «групп специальных интересов» и лоббистов.

Иначе говоря, неэффективность, непрофессионализм и коррумпированность бюрократии не всегда являются препятствием для внедрения тех или иных ограничений договорной свободы, но всегда требуют от нас учета данных факторов при принятии решения о желательности того или иного государственного вмешательства в свободные рынки.

При этом теория «второго лучшего» имеет гораздо бóльшую сферу приложения, чем учет имманентной, присущей таким странам, как Россия, неэффективности бюрократии как регулятора. Конкретная социальная, экономическая и культурная среда состоит из множества специфических факторов и институтов, находящихся в трудноуловимой иногда взаимосвязи. Решение одной из существующих проблем (например, введение или снятие того или иного ограничения свободы договора) может повлиять на эти взаимосвязи таким образом, что это приведет к непредсказуемым последствиям, которые в конечном счете усугубят ряд других нерешенных проблем. Например, в вышеприведенном примере отмена МРОТ в условиях нерешенности проблемы с налоговой дисциплиной может привести к росту уклонения от уплаты налогов.

Иначе говоря, то, чему учит нас теория «второго лучшего» и, очевидно, подсказывает здравый смысл, это не полное устранение государства от ограничения оборота, но более осторожный и контекст-ориентированный анализ политико-правовых оснований и процедур ограничения свободы договора в конкретной институциональной среде. При реформировании позитивного права законодателю целесообразно крайне внимательно учитывать российские реалии и быть осторожным при использовании зарубежного опыта осмысления границ свободы договора.

РАЗДЕЛ V. ОБЩИЕ ВОПРОСЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРИНЦИПА СВОБОДЫ ДОГОВОРА В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ

Глава 1. Описание проблемы

§ 1. Суть проблемы

Вышеописанное понимание принципа свободы договора и адекватная оценка его политико-правовой важности и практической роли как презумпции, опровергаемой лишь при наличии убедительных утилитарных или этических оснований, с трудом «приживаются» в российском праве.

Одна из основных проблем отечественного гражданского права – патологическая нестабильность договорного оборота, которая была недавно справедливо отмечена разработчиками Концепции совершенствования гражданского законодательства[1].

Законодатели ограничивают свободный оборот часто из популистских политических соображений, т.е. в полной мере понимая, что они делают. Но даже в тех случаях, когда законодатели имеют самые благие намерения, они зачастую не в силах просчитать долгосрочные последствия принимаемых законов и ради решения какой-либо частной сиюминутной проблемы нередко грубо ограничивают свободу оборота, причиняя в итоге больше ущерба. Это вполне естественно с учетом того, что многие правительственные законопроекты чаще всего готовятся кулуарно, без широкого обсуждения и независимой или хотя бы ведомственной экспертизы регулятивного воздействия на экономическую систему и не встречают в Федеральном Собрании, которое теоретически должно выполнять в России функции парламента, сколько-нибудь критического анализа.

Не менее острые проблемы возникают и в судебной практике. То, что происходило в 1990-е гг. и отчасти, хотя и реже, происходит в россий-

[1] См. п. 1 § 1 разд. V проекта Концепции совершенствования общих положений ГК РФ (доступно в Интернете на сайте: www.privlaw.ru).

ских судах в настоящее время в этой области, не может не удручать. Суды постоянно вторгаются в сферу автономии воли участников оборота, признают сделки недействительными или незаключенными, признают недействительными отдельные их условия, с легкостью поступаясь волей сторон, которая часто не считается за важный фактор, заслуживающий аккуратного и бережного отношения. Эта категория споров стала чуть ли не самой распространенной в судах. Ответчики, к которым предъявляются иски в связи с нарушением договора, зачастую не без успеха используют тактику оспаривания договора как основания иска, тем самым абсолютно недобросовестно уклоняясь от ответственности и освобождаясь от взятых на себя обязательств.

В результате участники российского экономического оборота, желающие заключить сколько-нибудь крупный, сложный или нестандартный контракт, бегут от российского договорного права как от огня, при любой возможности стараясь структурировать сделки по праву той или иной зарубежной страны и подчинить их юрисдикции иностранных судов или арбитражей. И причина здесь скорее не в том, что основания для бегства в иностранные юрисдикции являются неблаговидными, как порой отмечают отечественные цивилисты[1], а в структурном несовершенстве российских правовых институтов. Приоритетное значение здесь имеют конечно же крайне низкая степень доверия предпринимательского сообщества к судебной и правоохранительной системе в целом и неверие в ее компетентность, объективность и беспристрастность. Но немаловажную роль играет здесь и то, что свобода договора попирается в российских судах настолько часто, легко и непредсказуемо, что это просто отворачивает от нашего права весь крупный бизнес, которому при структурировании значительных сделок необходима уверенность в неприкосновенности правового содержания заключаемых сделок.

При этом, если бы проблема состояла только в том неприятном факте, что наиболее значимые для развития экономики инвестиционные, корпоративные и финансовые сделки структурируются по английскому праву, вопрос не был бы столь острым и носил бы скорее имиджевый характер. Основная проблема состоит в том, что вывести трансакцию под иностранную юрисдикцию могут позволить себе только крупные корпорации, использующие для этого корпоративные «надстройки» в виде зарубежных головных компаний и оффшоров, и то в основном применительно к узкому кругу корпоративных, инвестиционных и финансовых операций. Подавляющая масса заключаемых как крупными, так

[1] См.: *Маковский А.Л.* Интервью: Обновление «экономической конституции» // эж-Юрист. 2009. № 14.

и мелкими российскими фирмами контрактов (от банальных договоров поставки или аренды до франчайзинга и доверительного управления) подчиняется российскому договорному праву и юрисдикции российских судов без каких-либо приемлемых альтернатив. И применительно ко всем этим сделкам, составляющим подавляющую часть российского экономического оборота, столкновения со структурными несовершенствами судебной системы и договорного права уже невозможно избежать. Соответственно дефекты институциональной среды возлагают на участников оборота существенные и неустранимые издержки и формируют труднопрогнозируемые риски, что в свою очередь вредит развитию экономики. Трудно подсчитать с точностью, насколько эти институциональные дефекты снижают потенциал роста российской экономики, но у нас нет никаких сомнений, что речь идет о вполне существенной и требующей скорейшего разрешения проблеме.

Когда российский или иностранный предприниматель, которому в России в полной мере не гарантированы ни защита от рейдерства и коррупции, ни само право частной собственности как таковое, сталкивается еще и с отсутствием гарантий признания и приведения в исполнение заключенных им контрактов, трудно ждать от него сильного желания инвестировать свои средства в российскую экономику. Нестабильность регуляторного режима и непредсказуемость реакции судов на заключенные контракты являются хотя и не основной, но важной предпосылкой консервации плохой институциональной среды, мешающей достичь набившую в последнее время оскомину, но от этого не менее актуальную цель модернизации экономики и формирования условий для устойчивого экономического роста.

Данная проблема связана, как представляется, в первую очередь с недопониманием регуляторами и судами указанной выше презумптивной логики принципа свободы договора. Иногда в рамках тех или иных дискуссий о допустимости ограничения свободы договора звучит аргумент о том, что доказывать политико-правовую допустимость соответствующего нестандартного договора или договорного условия должны сторонники сохранения свободы договора. Иначе говоря, наша юриспруденция идеологически подспудно продолжает существовать в советском мире запрещения всего того, что не разрешено прямо. Если кто-либо считает, что стороны вправе согласовать то или иное нестандартное договорное условие или заключить непоименованную сделку, или предлагает диспозитивную интерпретацию той или иной спорной нормы, именно он должен быть готов доказывать отсутствие политико-правовых возражений против такого проявления договорной свободы. В то же время в действительности все должно быть наоборот. Стороны вправе заключать договоры о чем угодно и с любыми

договорными условиями, законодатель должен эту свободу признавать и оберегать, а суды обязаны придавать таким контрактам силу государственного принуждения, если только против этого не будут выдвинуты весомые политико-правовые аргументы, чья убеждающая сила перевесит ту безусловную экономическую и этическую ценность, которая стоит за принципом свободы договора. Соответственно бремя доказывания недопустимости соответствующего договора или условия согласно общепризнанным и по существу верным представлениям зарубежных юристов и экономистов должно лежать на сторонниках введения ограничения договорной свободы.

При отсутствии убедительных оснований соответствующее ущемление свободы договора со стороны государства является произвольным ограничением личной свободы и свободы экономической деятельности, которое в противоречие с четким указанием Конституции РФ (п. 3 ст. 55) несоразмерно целям «защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства». К сожалению, российская реальность повсеместного ограничения договорной свободы и дестабилизации договорных отношений крайне далека от этих высоких конституционных по своему статусу стандартов.

§ 2. Конкретные примеры

Реальных примеров того, как у нас удивительно легко и без каких-либо весомых политико-правовых оснований попирается договорная свобода, более чем достаточно. Причем такие примеры нередки и в практике высших судов.

В частности, попытки сторон заключить практически любую непоименованную и не описанную в учебниках сделку зачастую наталкиваются на полное непонимание судей, первая инстинктивная реакция которых состоит в запрещении.

Более того, как мы покажем ниже, в то время как во всех развитых странах нормы договорного права презюмируются диспозитивными, если их императивность явно не следует из прямого в них указания или очевидного их смысла, в российских реалиях все происходит наоборот, и все нормы договорного права, вопреки устоявшемуся в развитых странах подходу, считаются императивными, если только в самой норме прямо не будет указано на право сторон оговорить иное. В результате вопреки общим словам о приоритетном значении принципа диспозитивности для гражданского права в реальности большинство норм договорного права оказывается императивным, причем зачастую без каких-либо разумных на то оснований.

Можно привести множество частных иллюстраций гегемонии такого рода ограничительного подхода в российской судебной практике.

Во-первых, для начала можно вспомнить практику ВАС РФ в отношении сделок цессии. В отсутствие сколько-нибудь четких законодательных оснований для этого Президиум ВАС РФ во второй половине 1990-х гг. разработал множество условий действительности соглашения об уступке права требования, соответствовать которым полностью могли редкие сделки цессии. До сих пор никто не подсчитал, сколько сотен и тысяч сделок цессии было разрушено российскими судами вслед за соответствующими прецедентами ВАС РФ и каковы были потери контрагентов от подрыва заключенных ими контрактов, пока сам ВАС РФ наконец не осознал, что нет никакого смысла тотально ограничивать такого рода сделки[1], и не либерализовал свою практику в Информационном письме Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120, отказавшись практически от всех разработанных им в 1990-е гг. барьеров в отношении такого рода договоров.

Во-вторых, другой пример – большие проблемы, которые в настоящий момент испытывает в нашем праве обеспечение задатком предварительного договора. Многие арбитражные суды считают, что указание в ГК РФ на то, что задаток засчитывается в счет причитающихся по договору платежей, делает невозможным условие о задатке по организационному по своей природе предварительному договору, в котором непосредственно платежи не предусмотрены[2]. И хотя Верховный Суд РФ признал такое условие законным[3], совсем недавно запрет на согласование задатка в предварительном договоре поддержал и Президиум ВАС РФ[4].

На наш взгляд, у такого запрета нет никаких политико-правовых обоснований. Включение задатка в предварительный договор прямо признается в зарубежном праве и было хорошо знакомо российскому дореволюционному праву[5]. Те аргументы, которые приводятся судами, носят малоубедительный характер и лежат скорее в области формальной логики, которая никак не может тягаться по силе с таким важнейшим аргументом, как конституционный по своей силе принцип свободы договора. Гражданско-правовые конструкции должны подстраиваться под интересы оборота, конституционные принципы, этические стандарты

[1] Обзор судебной практики по этому вопросу см.: Практика применения Гражданского кодекса Российской Федерации, части первой (*А.Б. Бабаев*, *Р.С. Бевзенко*, *В.А. Белов*, *Ю.А. Тарасенко*) / Под общ. ред. В.А. Белова. М., 2008. С. 805–816.

[2] Обзор судебной практики по этому вопросу см. там же. С. 795, 796.

[3] Определение Верховного Суда РФ от 10 марта 2009 г. по делу № 48-В08-19.

[4] Постановление Президиума ВАС РФ от 19 января 2010. № 13331/10.

[5] *Ермошкина М.Ф.* Задаток: понятие, правовая квалификация, отдельные виды, сфера применения. М., 2008. С. 123–140.

и волю сторон, а не наоборот, по крайней мере там, где жесткость догматической конструкции не предопределена какими-то убедительными политико-правовыми аргументами. Так, например, если судам так уж сложно смириться с тем на самом деле абсолютно безобидным фактом, что задаток по предварительному договору не имеет платежной функции в рамках этого же договора, а реализует эту функцию в рамках заключаемого на основе предварительного основного договора, то проблема формальной логики устраняется по мановению руки путем признания этого условия договора непоименованным способом обеспечения. К такому непоименованному способу обеспечения могли бы по аналогии закона применяться правила о задатке помимо нормы о платежной функции, которая в отношении данного случая незначительно модифицируется и начинает относиться не к тому предварительному договору, исполнение которого обеспечивает задаток, а к основному договору, который будет заключен в будущем (отложенный эффект платежной функции). Этот вариант менее удачен, чем признание такого способа обеспечения именно задатком, но, что самое важное, он не ограничивает свободу договора. Не лишне также напомнить про то, что отложенный эффект платежной функции задатка прекрасно знаком и нашему законодательству в контексте заключения сделок на торгах. Здесь ГК РФ (п. 4, 5 ст. 448) прямо допускает внесение задатка участниками торгов в обеспечение их организационной обязанности подписать протокол о результатах торгов с отнесением суммы задатка на счет обязанности по оплате, которая возникнет на основе заключенного в будущем по результатам торгов договора.

В случае если решающую роль в запрете согласования задатка в предварительном договоре сыграли те или иные политико-правовые аргументы (например, попытка бороться с обходом законодательного режима договора на участие в долевом строительстве посредством заключения предварительного договора со 100%-ным задатком), то следует отметить следующее. Если это так, то суд неоправданно скрыл истинные мотивы ограничения договорной свободы, прикрываясь сугубо псевдоцивилистическими аргументами. Но и по существу сами эти скрытые политико-правовые причины запрета на включение задатка в предварительный договор крайне неубедительны. Здесь опять же ради борьбы с неким частным злом государство ограничило свободу договора тотально. Вместо того чтобы на основании ст. 10 ГК РФ признать ничтожной конкретную схему обхода закона на рынке долевого строительства, суд зачем-то вывел вне закона большое количество вполне безобидных с политико-правовой точки зрения сделок[1].

[1] Подробнее см.: *Карапетов А.Г.* Есть ли смысл в запрете обеспечения задатком обязательств из предварительного договора? // Вестник ВАС РФ. 2010. № 8. С. 66–79.

С учетом этих аргументов представляется абсолютно верной идея разработчиков поправок в ГК РФ в рамках идущей сейчас реформы гражданского законодательства прямо в законе предусмотреть возможность согласования задатка в предварительном договоре. В случае реализации этой новеллы запретительная практика Президиума ВАС РФ будет перекрыта однозначным смыслом законодательства и проблема будет благополучно разрешена. Это, правда, не компенсирует многим российским участникам оборота те неудобства и издержки, которые им причиняла до сих пор распространенная практика оспаривания таких условий о задатке.

В-третьих, другой типичный пример – распространенный в нашей судебной практике запретительный подход к потестативным (зависящим от действий или бездействия одной из сторон) условиям в условных сделках[1]. Из ст. 157 ГК РФ этот странный запрет прямо не вытекает. Данная статья устанавливает, что отлагательное или отменительное условие в условной сделке должно касаться события, которое не должно наступить неизбежно. Но эта статья ничего не говорит о возможности или невозможности указывать в качестве условия обстоятельства, наступление которых зависит от одной из сторон договора. При буквальном прочтении закона никаких оснований вывести из требования о неизвестности факта наступления условия в будущем жесткий запрет на условия, зависящие от действий одной из сторон, не усматривается. Когда заключается условная сделка с потестативным условием, никто не может точно знать, что соответствующее условие наступит. Даже если одна из сторон в момент заключения договора абсолютно уверена в том, что она это условие обеспечит своими действиями или бездействием, никто не может поручиться, что что-либо ей не помешает свой план реализовать. Таким образом, запрет на потестативные условия в условных договорах не предопределен буквой закона.

Тем не менее многие суды готовы признавать условные сделки недействительными только на том основании, что они были поставлены под условие, зависящее от воли сторон, так как им кажется, что такой вывод более формально-логически увязывается с отраженным в ст. 157 ГК РФ требованием неизвестности факта наступления условия. То, что при этом дестабилизируется оборот и возникают неоправданные с политико-правовой точки зрения ограничения свободы договора, в расчет не берется.

Если спросить судей или ученых, поддерживающих запрет на потестативные условия, в чем политико-правовой смысл этого ограничения, какого-то ясного ответа просто не будет получено. В то же время предпри-

[1] Обзор судебной практики по этому вопросу см.: Практика применения Гражданского кодекса Российской Федерации, части первой (*А.Б. Бабаев*, *Р.С. Бевзенко*, *В.А. Белов*, *Ю.А. Тарасенко*) / Под общ. ред. В.А. Белова. М., 2008. С. 254–261.

ниматели несут убытки, недобросовестные контрагенты отказываются от заключенных договоров, деловой оборот дестабилизируется и конституционные права нарушаются без какого-либо четкого объяснения. Это особенно очевидно, если вспомнить, что в большом количестве коммерческих контрактов либо весь правовой эффект сделки, либо отдельные права или обязательства сторон увязываются с совершением другим контрагентом тех или иных действий. Очень распространены потестативные отлагательные или отменительные условия в сделках слияния и поглощения и других инвестиционных контрактах, венчурном или проектном финансировании, банковских кредитах, облигационных займах и других крупных контрактах. По сути ни в одном подобном договоре не обходится без целой серии отлагательных и отменительных условий потестативного характера. Зачем выводить все эти контракты вне закона и только усугублять инвестиционную непривлекательность нашего гражданского права, нам, честно говоря, непонятно[1].

В-четвертых, другой, еще более обескураживающий пример того, как поводы для необоснованного ограничения свободы договора обнаруживаются судами буквально на ровном месте, представляет нам практика многих арбитражных судов по применению ст. 190 ГК РФ о сроках в гражданском праве. Согласно данной статье срок в договоре может быть установлен (1) календарной датой или истечением периода времени, исчисляемого годами, месяцами, неделями, днями или часами, а также (2) указанием на событие, которое неизбежно должно наступить.

Применительно к срокам исполнения договорных обязательств возможно несколько вариантов толкования данной статьи, в том числе и такой, при котором стороны в договоре якобы не вправе установить срок исполнения обязательства, начинающий течь с момента исполнения договора другим контрагентом. Действительно, если считать, что получение, например, предоплаты не является обстоятельством, которое неизбежно наступит, то и срок для поставки товаров, выполнения работ или оказания услуг, начинающий течь по условиям договора с момента получения предоплаты, prima facie не вписывается в те варианты установления сроков, которые предусмотрены в ст. 190 ГК РФ. Но очевидно, что такое ограничительное толкование указанной статьи отнюдь не обязательно. Ее можно истолковать и расширительно, посчитав, что она предусматривает неисчерпывающий перечень всех возможных способов установления срока как минимум применительно к договорным отношениям. Кроме того, здесь можно вспомнить об упомянутых выше условных сделках, объявив, как это принято в англо-американском праве, получение пред-

[1] Подробнее см.: *Карапетов А.Г.* Зависимость условия от воли сторон условной сделки в контексте реформы гражданского права // Вестник ВАС РФ. 2009. № 7. С. 28–94.

оплаты отлагательным условием в отношении обязательства по поставке товаров или выполнению работ. Наконец, можно объявить такого рода условия договора какими-нибудь «квазиусловными конструкциями» или объяснить этот феномен особой формой синаллагматической связи. Все эти варианты имеют свои достоинства и недостатки. Какой из них следует выбрать, мы здесь обсуждать не будем. Но самое главное, что любой из них, в отличие от варианта ограничительного и буквального толкования ст. 190 ГК РФ, приводит к тому, что соглашения сторон будут иметь силу. Как уже не раз отмечалось, свобода договора всегда перевешивает догматические и формально-логические соображения и может быть ограничена только при наличии очень весомых возражений политико-правового (утилитарного или этического) характера.

Но, несмотря на сказанное, поразительно большое число российских судей с охотой и без каких-либо внутренних сомнений многие годы признавали условия о сроке, начинающем течь с момента получения исполнения от контрагента, ничтожными как противоречащие ст. 190 ГК РФ. В случае договора подряда, для которого срок выполнения работ является существенным условием, это приводит и к вовсе катастрофическим последствиям – к признанию договора незаключенным. И все это происходит только на том основании, что срок исполнения обязательства одной стороны начинает течь с момента, который не наступает неизбежно, что якобы формально не вписывается в те варианты установления сроков, которые названы в ст. 190 ГК РФ. Такая судебная практика просто изумляет. Из возможных способов толкования с легкостью и без какого-либо внутреннего дискомфорта судом выбирается такой, который способен аннулировать волеизъявление сторон, ограничивая принцип свободы договора. Что суды достигают при таком подходе? Ведь любому здравомыслящему человеку, имеющему отношение к бизнесу, известно, что подавляющее большинство всех коммерческих синаллагматических договоров в мире привязывает начало течения срока на исполнение договора одной из сторон к моменту осуществления исполнения другой стороной. Насколько нам известно, нигде в мире ограничений на подобные условия договоров нет и такого рода способы установления сроков практикуются испокон веков. Но для некоторых российских судей все это ничего не значит. Эти очевидные аргументы с легкостью отвергаются и фиксируется абсурдная интерпретация закона, приводящая к дестабилизации оборота и основанная на усвоенном в советские времена принципе запрещения всего того, что прямо не разрешено[1].

[1] Обзор судебной практики по этому вопросу см.: Практика применения Гражданского кодекса Российской Федерации, части первой (*А.Б. Бабаев*, *Р.С. Бевзенко*, *В.А. Белов*, *Ю.А. Тарасенко*) / Под общ. ред. В.А. Белова. М., 2008. С. 364–367). Обзор судебной практики по этому вопросу см. там же. С. 343–346.

Остается только надеяться, что недавнее Постановление Президиума ВАС РФ от 18 мая 2010 г. № 1404/10, в котором Президиум ВАС РФ признал не противоречащим ст. 190 ГК РФ установление в договоре подряда срока выполнения работ как некого периода времени, начинающего течь с момента выполнения договора со стороны заказчика, наконец изменит складывающуюся практику. Следует только напомнить, что сотням аннулированных судами до этого контрактов это, к сожалению, уже никак не поможет и убытки участникам сделки не возместит. Кроме того, если внимательно изучить указанный выше прецедент, то можно увидеть, что ВАС РФ снял проблему лишь частично, указав в качестве одного из аргументов в пользу признания договора заключенным тот факт, что в данном деле предоплата была фактически уплачена и неопределенность в отношении начала исчисления срока на выполнение работ отпала. Что бы сказал Президиум ВАС РФ, если бы заказчик, нарушая взятые на себя обязательства по договору подряда, уклонился бы от внесения предоплаты, а в ответ на иск подрядчика о взыскании убытков за срыв исполнения договора заявил бы о том, что договор, дескать, не заключен, так как срок выполнения работ ничтожен в силу несоответствия ст. 190 ГК РФ, а значит, и весь договор в силу несогласованности существенного условия не заключен? Ответ пока неочевиден. Соответственно применительно к договорам подряда консервируется нестабильная институциональная среда, без каких-либо внятных оснований лишающая подрядчика уверенности в исполнении заказчиком своих обязательств по внесению аванса или предоплаты.

В-пятых, еще один вопиющий пример ничем не оправданного ограничения свободы договора являет нам практика применения ст. 782 ГК РФ. Сама данная статья представляется крайне невразумительной. Она дает заказчику в договоре оказания услуг право на беспричинный отказ от договора, обусловливая его лишь обязанностью возместить исполнителю фактически понесенные расходы, одновременно оговаривая, что если такой отказ решится осуществить исполнитель, он будет обязан возместить заказчику все вызванные этим убытки. Объяснить столь неравноправное положение сторон договора оказания услуг с точки зрения политики права крайне сложно.

Исполнитель по указанному договору по российскому праву оказывается абсолютно незащищенным. Он может работать над неким проектом несколько месяцев и, столкнувшись с беспричинным отказом от договора со стороны заказчика, рассчитывать лишь на покрытие своих фактических расходов. Применительно ко многим видам услуг (например, юридическим, аудиторским и т.п.) это фактически будет означать отсутствие какой-либо значимой компенсации в принципе. Никто юристу, потра-

тившему несколько месяцев своего интеллектуального труда на сопровождение переговоров или подготовку судебного процесса, не возместит его упущенную выгоду от немотивированного разрыва контракта. Все, на что он будет вправе рассчитывать, это возмещение расходов на переезд и проживание и тому подобные документально подтвержденные издержки. По сути для исполнителя заключенный договор означает отсутствие каких-либо гарантий получения оплаты своего труда.

Но это лишь только часть проблемы. Дело в том, что в ст. 782 ГК РФ нет упоминания о том, что стороны вправе оговорить иное. В результате любые попытки сторон исправить дефекты того распределения прав, которое предписано данной статьей, как правило, судами не признаются со ссылкой на то, что договор не может противоречить императивной норме закона. Жесткость идеи об императивности норм договорного права, не содержащих прямого указания на право сторон оговорить иное, блокирует саму возможность свободно выразить свою волю в этом вопросе. В частности, суды запрещают оговаривать возмещение исполнителю всех убытков, вызванных отказом от договора со стороны заказчика, конкретный размер такой компенсации и даже срок заблаговременного предупреждения исполнителя, не говоря уже о попытках прямого ограничения права на беспричинный отказ от договора[1].

Недавно Президиум ВАС РФ, в частности, признал условие договора оказания услуг о выплате неустойки за реализацию права на отказ от договора ничтожным именно в силу того, что ст. 782 ГК РФ является императивной[2]. Мы со своей стороны признаем, что с точки зрения политики права могут иметься определенные резоны запрещать условия договора, вовсе исключающие право на отказ от договора оказания услуг, заключенного на неограниченный или длительный срок, когда он заключен гражданином и не носит сугубо коммерческий характер. Но никаких резонов толковать норму ст. 782 ГК РФ как жестко императивную и выводить вне закона любые коммерчески

[1] См. постановления ФАС Московского округа № КГ-А40/17-03, № КГ-А40-6284/09-91-75, № КГ-А40/2972-04, № КГ-А40/2793-04-П, № КГ-А40/6494-09, № КГ-А40/7397-03, а также постановления ФАС других округов (например, ФАС Волго-Вятского округа № А82-3770/2009-8 или ФАС Северо-Кавказского округа № Ф08-3601/2008).

[2] Постановление Президиума ВАС РФ от 7 сентября 2010 г. № 2715/10 (конечно же стороны при заключении договора, рассматриваемого в этом споре, ошиблись, так как плата за отказ от договора не является неустойкой и представляет собой институт sui generis, но отказ суда признать законность этого условия был мотивирован не тем, что неустойка не может быть установлена за правомерное действие, а формальной ссылкой на императивность ст. 782 ГК РФ и невозможность соглашением сторон как-либо ограничить те права, которые она предусматривает. Судя по всему, ограничительная позиция суда не изменилась бы, даже если бы стороны назвали данную компенсацию не неустойкой, а платой за реализацию права на отказ от договора).

разумные условия, восстанавливающие баланс интересов сторон, попранный неразумностью содержания данной статьи, попросту не существует. Отдельные злоупотребления могут пресекаться за счет таких ex post корректоров свободы договора, как принцип недопустимости злоупотребления правом (ст. 10 ГК) и правила о договорах присоединения (ст. 428 ГК), но отнюдь не тотальным ex ante ограничением договорной свободы.

Эти примеры можно продолжать, составив «черный список» случаев необоснованного ограничения российским законодательством и судебной практикой свободы договора. Но эту задачу мы перед собой здесь не ставили, а хотели просто проиллюстрировать ту легкость и безосновательность, с которыми в России попирается принцип свободы договора. Ни в одной из развитых стран столь легкое расставание с презумпцией свободы договора без приведения сколько-нибудь серьезных и убедительных политико-правовых аргументов представить себе достаточно сложно.

Неоправданные с политико-правовой точки зрения ограничения свободы договора, вводимые законодателем и иногда используемые высшими судами, посылают недвусмысленный сигнал судам нижестоящим. Эти примеры показывают ту низкую ценность, которую российское право признает за принципом договорной свободы. Спускаясь вниз по судебной иерархии, этот сигнал лишь усиливается за счет попадания в резонанс с общим идеологическим настроем российской бюрократии и судей в частности на вторжение в сферу частной автономии, тотальной перегрузкой судебной системы и рядом иных факторов. В итоге все это выливается в ряде случаев в еще более абсурдные запреты и ограничения и значительную дестабилизацию договорных отношений. В результате процесс заключения сколько-нибудь сложных договоров или согласования нестандартных договорных условий превращается в российском праве в своего рода хождение по минному полю без карты. Формируя те или иные договорные условия, просто невозможно заранее предвидеть реакцию судов и полагаться на заключенный контракт.

Все это дестабилизирует экономический оборот, подрывает естественные экономические процессы, увеличивает трансакционные издержки, заставляет предпринимателей уводить свои сделки под опеку «нормальных» западных правопорядков, увеличивает риски, а в результате и цены, в которые стоимость этих рисков закладывается, и в итоге снижает инвестиционную активность, а значит, и экономический рост. В результате мы имеем еще одну причину ухудшения инвестиционного климата и усугубления тотальной экономической неэффективности, у которой и без того достаточно иных причин.

Сказанное не должно восприниматься как односторонняя критика судов и законодателя. Очень важно отметить, что практика ВАС РФ 2000-х гг. в вопросах свободы договора демонстрирует в ряде случаев значительный прогресс по сравнению с тем, насколько бесцеремонно суд обходился с договорной свободой в 1990-е гг. В последние годы Президиум ВАС РФ вынес целый ряд вполне продуманных решений и снял множество необоснованных ограничений договорной свободы, которые нижестоящие суды или ВАС РФ в своей прежней практике поддерживали (например, либерализация режима цессии, частичное решение проблемы интерпретации ст. 190 ГК РФ и др.). Кроме того, в ряде случаев ограничения свободы договора, введенные законодателями и судами в последние годы, являются вполне обоснованными и заслуживают всяческой поддержки. Так, можно в целом поддержать недавнюю практику ВАС РФ по запрету условий о праве банка на одностороннее увеличение процентной ставки в кредитных договорах с потребителями[1].

Наш тезис заключается лишь в том, что, несмотря на некоторые позитивные подвижки, особенно в практике Президиума ВАС РФ, в целом в российском праве все еще очень сильна тенденция к неоправданному ограничению договорной свободы.

Далее мы попытаемся последовательно разобраться, каковы причины этой ситуации и возможные варианты ее исправления.

Глава 2. Причины проблемы и пути ее решения

§ 1. Непонимание экономической логики принципа свободы договора

Один из главных факторов, влияющих на описанное выше состояние дел в области обеспечения принципа автономии воли стороны, состоит в недооценке российскими судами и чиновниками экономической роли принципа свободы договора, которая в свою очередь имеет во многом исторические истоки и уходит корнями в область экономической идеологии.

Позитивное право как система, которая в значительной степени носит надстроечный характер, не могло и не может не отражать доминирующие экономические и этические воззрения и реальные социально-экономические условия жизни. Выше при описании развития экономических и этических теорий и реального социально-экономического

[1] Постановление Президиума ВАС РФ от 2 марта 2010 г. № 7171/09, п. 13 Информационного письма ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 146.

базиса мы неоднократно показывали то, как эти процессы влияют на изменения в реальном позитивном праве, появление и исчезновение правовых институтов и норм и расширение или сужение определенных регулятивных практик в отношении свободы договора.

Соответственно не трудно догадаться, что определенную роль в сохранении столь неуважительного отношения к договорной свободе правового режима в нашей стране играют воспринятые чиновниками и судьями базовые экономические воззрения, уходящие своими корнями в советскую эпоху.

Как мы помним, экономические приоритеты советской системы основывались на идее полной отмены рыночной экономики и ее замены на плановое декретирование всех параметров оборота. Многие десятилетия официальная идеология и высшая школа внедряли в сознание советских людей негативное отношение к базовым принципам организации рыночной экономики, обличали якобы загнивающие буржуазные экономики и клеймили экономическую и правовую доктрину буржуазных стран. Принципы свободной экономической деятельности и свободы договоры, являющиеся центральными звеньями рыночной экономики, оказались под ударом советской идеологической машины среди первых. В них виделся скрытый под либеральными лозунгами инструмент эксплуатации и проявление, как считалось, ложной экономической теории.

Советским цивилистам в угоду общей идеологической линии вольно или невольно приходилось (вопреки унаследованным от пандектного учения принципам частной автономии) восхвалять плановое начало, патернализм государства и руководящую роль партии и правительства как в развитии экономики в целом, так и в совершении экономических сделок в частности, всячески иронизируя над «классовой ограниченностью» принципа договорной свободы в зарубежном праве.

В ранних советских работах времен нэпа свобода договора иногда еще упоминалась в относительно нейтральном ключе, хотя и без какого-либо пиетета и акцента на важности этого принципа и с обязательным указанием на то, что в советском праве «вмешательство государства в область частноправовых отношений является основой законодательной политики»[1]. Но впоследствии, по мере усиления идеологического давления и построения вертикали командной системы в экономике, цивилисты все чаще либо игнорировали этот принцип вовсе, либо переходили в агрессивное на него наступление. Так, даже в самых известных советских работах по обязательственному праву идея свободы договора либо вовсе не упоминалась, либо

[1] *Канторович Я.А.* Основные идеи гражданского права. М., 2009. С. 125–127.

высмеивалась как вредная буржуазная теория, которая в реальности скрывает истинную сущность «их» гражданского права, направленного на «эксплуатацию человека человеком».

Например, М.М. Агарков в известной работе по теории обязательственного права не находит «так называемой договорной свободе» другой характеристики, кроме как проявления «конкуренции и анархии», характерной именно для буржуазного общества[1]. Советский цивилист одобряюще (а по-другому и быть не могло) цитирует основанную на марксистских идеях речь И. Сталина, в которой тот выражал мысль о том, что настоящая свобода немыслима в обществе эксплуатации и возможна только в обществе, где нет безработицы и нищеты (читай – в советской России)[2]. В условиях такой идеологической парадигмы, навязанной советским цивилистам или добровольно ими принятой, свобода договора как проявление абсолютно чуждых экономических (рыночных) и этических (индивидуалистических) ценностей виделась только как «свобода владельцев средств производства эксплуатировать представителей наемного труда» и всячески порицалась[3].

В другой не менее известной советской работе по обязательственному праву И.Б. Новицкого и Л.А. Лунца мы видим примерно те же оценки. Окружив свои выводы цитатами из Маркса, Ленина, Сталина и Вышинского, как это было тогда принято, авторы упоминали идею свободы договора исключительно в кавычках и всячески иронизировали над буржуазным пониманием этой идеи[4]. По их мнению, буржуазные юристы («лакеи своего владыки-капитала») скрывали истинную сущность идеи свободы договора как инструмента по «выжиманию соков из трудящихся» и скрытой эксплуатации[5]. В советском же праве гражданам, по их мнению, нет особой нужды заключать договоры между собой, так как все необходимое они получают от государства, а советским предприятиям в процессе заключения договоров на основе плановых заданий можно, конечно, вести переговоры по их содержанию, но ни в коем случае не приводя при этом к срывам плановых установок и в случае разногласий передавая вопрос на согласование государственному арбитражу[6].

Другие советские цивилисты (например, О.С. Иоффе, Ф.И. Гавзе, Р.О. Халфина и др.) в своих работах, посвященных вопросам договорного права, традиционно высмеивали эксплуататорскую сущность буржуазного права и договорной свободы либо вообще не упоминали

[1] *Агарков М.М.* Избранные труды по гражданскому праву. Т. I. М., 2002. С. 342.
[2] Там же. С. 397, 398.
[3] Там же. С. 419, 420.
[4] *Новицкий И.Б., Лунц Л.А.* Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 30, 31.
[5] Там же. С.107–109.
[6] Там же. С.165–167.

принцип свободы договора ни в сравнительно-правовом, ни тем более в советском правовом контексте, либо ограничивались краткой и огульной критикой данной идеи[1]. Непреложным элементом этой критики являлись обильные цитаты из работ основателей марксизма, доказывавших фиктивность договорной свободы и классовую сущность идеи автономии воли[2].

И это неудивительно. Правовая наука следовала подвижкам в экономическом базисе. Если во времена нэпа ограниченная сфера рыночных отношений признавалась, то находилось определенное место и свободе договора. Впоследствии же в силу того, что рынок был окончательно подавлен, а экономический оборот взят под контроль тоталитарного государства, принцип свободы договора был обречен на забвение. Иначе говоря, когда договор имел второстепенное по отношению к плановым заданиям и соответствующим административным актам значение, реальная роль свободы договора в советском праве вполне соответствовала тому незначительному вниманию, которое ему оказывали советские правоведы. Не было рынка – не было и свободы договора. Тем самым советская цивилистика добровольно или вынужденно отказывалась от идеи автономии воли как базового принципа гражданского права и фактически обслуживала большевистские политико-правовые установки.

Ангажированность цитированных выше текстов советских цивилистов, критиковавших или игнорировавших принцип договорной свободы, легко сопоставить с тем, что некоторые из них сами писали до революции в условиях относительной свободы научной мысли. В одной из своих статей 1916 г. И.Б. Новицкий, впоследствии ревнивый гонитель договорной свободы, признавал свободу договора «основным принципом договорного права, его отправной точкой» и отмечал, что «по общему правилу стороны вольны в общих рамках закона влагать в договоры какое угодно содержание», свободны «направлять свои усилия на лучшее обеспечение своего эгоистического интереса» и не обязаны «раскрывать глаза противнику, не умеющему должным образом блюсти свой интерес»[3]. В сталинскую эпоху все эти абсолютно здравые мысли были попросту лишены какого-либо смысла de lege lata структурными изменениями в экономике, а в качестве идей de lege ferenda – табуи-

[1] См.: *Иоффе О.С.* Общее учение об обязательствах // *Иоффе О.С.* Избранные труды. Т. III. СПб., 2004; *Гавзе Ф.И.* Обязательственное право (общие положения). Минск, 1968; Советское гражданское право. Т. 1 / Под ред. О.А. Красавчикова. 3-е изд. М., 1985.

[2] См., напр.: *Халфина Р.О.* Договор в английском гражданском праве. М., 1959. С. 184–186.

[3] *Новицкий И.Б.* Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 2006. № 1 (СПС «КонсультантПлюс»).

рованы. В этих условиях советским цивилистам не оставалось ничего иного, кроме как клеймить идеи автономии воли и свободы договора и превозносить преимущества плановой экономики.

На таком доктринальном фоне советское государство осуществляло крайне пристальный контроль над содержанием заключаемых подконтрольными ему предприятиями контрактов. Сами договоры в условиях тотальной государственной собственности в значительной степени теряли свое значение как проявление частной инициативы и воли и переставали быть самостоятельными экономическими решениями, превращаясь в выполнение спущенного сверху приказа. По сути контракты между предприятиями выходили из сферы частного права и становились просто бумажным прикрытием административных разнарядок.

Договоры заключались для выполнения планов и «рассматривались как инструменты конкретизации индивидуально-плановых заданий»[1]. Органы государственного управления могли вмешиваться в договорные отношения сторон путем изменения планового акта, что являлось безусловным основанием для внесения изменений в договор, который никак не мог противоречить плану. При этом нередко отмечалось, что можно игнорировать заключение договора и руководствоваться исключительно содержанием наряда[2].

Установленный Основами гражданского законодательства СССР 1961 г. приоритет административного акта над договором подтверждался ст. 159 ГК РСФСР 1964 г., где говорилось, что содержание договора, заключаемого на основании планового задания, должно соответствовать этому заданию. В литературе господствовала точка зрения, согласно которой плановое задание определяло содержание воли социалистической организации и эта организация не могла иметь какую-либо иную волю, кроме той, что определена таким плановым заданием[3].

Таким образом, подавляющее большинство договоров, заключаемых в советское время, заключалось субъектами, не действующими своей волей и в своем интересе, и договор был лишен индивидуалистического начала.

При этом в советском праве свободы договора не было ни в части процедурной свободы (был запрещен или значительно ограничен свободный поиск партнеров), ни в части содержательной свободы (типы и виды сделок были предписаны бюрократией, а самостоятель-

[1] *Братусь С.Н.* Эволюция функций хозяйственного договора // Гражданское право и экономика. М., 1985. С. 66.

[2] Там же. С. 67.

[3] *Халфина Р.О.* Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М., 1954. С. 80.

ное определение цен и иных их условий было либо невозможно, либо допускалось в крайне ограниченной степени). Какая-то степень свободы допускалась только в крайне незначительной в экономическом плане сфере сделок между гражданами.

В то же время в советской экономике принцип принудительной силы договора имел большое значение. Это конечно же было связано не с теорией воли или соображениями защиты ожиданий контрагентов, а с тем, что контракт обеспечивал выполнение плановых установок советского бюрократического аппарата. Правда, этот принцип заканчивался ровно там, где интерес к договору терял тот самый аппарат. Государственный арбитраж и другие контролирующие органы могли прекратить или изменить заключенный договор, так как по большому счету договоры в советской экономике были ближе к внутрикорпоративному перераспределению активов. Соответственно договоры заканчивались там, где заканчивалась воля и желание государства продолжать их исполнение. Тем не менее до тех пор, пока бюрократия не выражала своей воли прекратить или изменить договорные обязательства, принцип pacta sunt servanda не ставился под сомнение, приобретая с учетом этого публично-правового влияния особенно жесткую форму. Советские цивилисты превозносили принцип реального исполнения обязательства и всячески подчеркивали, что в советском праве никакая выплата компенсации не может заменить собой обязанность исполнить свое обязательство в натуре[1]. Более того, иногда высказывалась идея о том, что в договорах, заключенных между предприятиями, не только должник обязан исполнить договор, но и кредитор обязан требовать такого исполнения[2].

Но советская система прекратила свое существование. В настоящее время можно говорить о том, что в России в общем и целом имеются все позитивные и негативные черты рыночной экономики, освященной авторитетом Конституции РФ. Безусловно далеко не такой свободной и эффективной, как хотелось бы, но все же рыночной. Это должно было фундаментально изменить наши представления о свободе договора. Но в реальности все оказалось несколько иначе. Произошла занятная смена приоритетов. Идеи о принудительной силе контрактов и важности стабильности договорных отношений, приоритетные в советской системе, начали пренебрегаться российскими

[1] См.: *Аскназий С.И.*, *Мартынов Б.С.* Гражданское право и регулируемое хозяйство. Л., 1927. С. 48; *Венедиктов А.В.* Договорная дисциплина в промышленности. Л., 1935. С. 16, 17; Советское гражданское право. Т. 1 / Отв. ред. В.А. Рясенцев. М., 1975. С. 489.

[2] См.: Сорок лет советского права (1917–1957). Т. 1: Период строительства социализма. Л., 1957. С. 268, 269; *Иоффе О.С.*, *Толстой Ю.К.* Основы советского гражданского законодательства. С. 96; Гражданско-правовая охрана интересов личности (*О.С. Иоффе*, *Б.Б. Черепахин*, *Ю.К. Толстой* и др.). М., 1969. С. 33.

судами и бюрократами, в то время как принцип свободы договора, игнорируемый советскими юристами, формально будучи провозглашен центральным принципом российского гражданского права, де-факто так и не приобрел этот статус.

В силу того, что большая часть российских судей была воспитана в рамках советского права, с переходом к рынку им было, по-видимому, сложно по-настоящему воспринять новую рыночную экономическую парадигму и новое понимание роли судьи как исполнителя воли контрагентов, а не воли государственного аппарата. В условиях нестабильности и слабости государства в 1990-е гг. его воля в лице соответствующей политической элиты была трудноуловима. Поэтому в таких условиях воля государственного аппарата была легко подменена на свободу усмотрения самих судей. Если в советской системе такое свободное признание сделок недействительными было немыслимо, так как влекло нарушение воли могущественного государства и срыв его планов, то в 1990-е гг. отсутствие воли «хозяина» привело к исчезновению единственного существовавшего стимула всерьез относиться к принципу pacta sunt servanda.

Вместо страха подорвать план должен был прийти страх подорвать коммерческие интересы предпринимателей и в глобальном масштабе – долгосрочные институциональные основы развития рыночной экономики. Но в полной мере этого не произошло. Причина была, видимо, отчасти психологической. Одно дело защищать интересы великого государства и всего советского народа и чувствовать всю важность и масштабность этой работы. И совсем другое дело – защищать контракты частных коммерсантов, преследующих свои корыстные интересы. Допустимо предположить, что чисто психологически суды утратили уважение к силе заключенных договоров, так как разуверились в советской идеологической подпорке этого принципа, не успев при этом проникнуться новой рыночной идеологией, которая как раз и строится на том, что создание условий для материального обогащения множества самостоятельных и конкурирующих друг с другом индивидуумов является важнейшей целью правового регулирования и договорного права в частности. Возможно, отсюда и такое легкое отношение судей к признанию сделок недействительными.

Еще сложнее обстоит дело непосредственно с принципом содержательной договорной свободы. Здесь суды и бюрократы должны были принять волю сторон если не в качестве священного закона, то как минимум с уважением, как это предписывается в западном гражданским праве. Но в условиях резкого перехода к новой экономике идеологически перестроиться и глубоко прочувствовать важность принципа содержательной свободы договора удалось далеко не всем. И если биз-

несмены, адвокаты и корпоративные юристы очень быстро восприняли эту ценность, бюрократия воспринимала и отчасти продолжает воспринимать свободу договора с унаследованным от советской правовой, экономической и этической идеологии подозрением. Содержательная свобода договора для российских чиновников и судей так и осталась не до конца понятой идеей.

Люди усваивают базовые экономические представления, как правило, в молодые годы и затем крайне редко способны по-настоящему их поменять, особенно если они не занимаются самой экономической наукой. Такие базовые представления об экономике есть практически у любого человека независимо от того, осознает он это или нет. Если эти воззрения сложились в условиях доминирования советской идеологии и впоследствии у человека не было достаточно времени, чтобы их заново переосмыслить, то они будут сопровождать его всю жизнь и определять его оценки тех или иных экономических процессов. Если человека приучили к тому, что коммерция – это крайне позорное и даже преступное занятие, то, несмотря на официальное признание ее законности и общественной полезности, он в глубине души будет иметь отчетливое предубеждение по отношению к предпринимателям и не сильно переживать об ущемлении их интересов.

В качестве другой причины сложившегося отношения судей и чиновников к принципу свободы договора, имеющей отношение уже скорее к их молодым представителям, можно указать качество современного образования. Откровенно говоря, современное российское юридическое образование катастрофически отстало не то что от западных, но даже от советских стандартов. Об этом сейчас говорят все. Но дело здесь не столько в том, что юристов отвратительно учат праву, а в том, что их качественно не учат основам современной экономики, социологии и политологии. Молодые юристы зачастую даже не подозревают о том, что принцип свободы договора является «приводным ремнем» всей рыночной экономики, редко задумываются о том, как вообще работает тот экономический базис, который частное право регулирует, а также с трудом понимают смысл таких понятий, как Парето-улучшение, экстерналии, трансакционные издержки и т.п. В то же время качественное и заинтересованное преподавание основ современной экономики, социологии и политологии, погружение будущих юристов в самые последние наработки современной зарубежной науки (теорию публичного выбора, институциональную экономику, экономический анализ права, бихевио-экономический анализ, доктрину государства всеобщего благосостояния и др.) и наглядная демонстрация тесного переплетения этих теорий с правовой сферой помогло бы будущим законодателям и судьям лучше понимать и принимать колоссальную важность

стабильности договорных отношений и принципа автономии воли сторон для развития экономики.

С учетом всего вышесказанного очевидно, что важнейшая задача, которая стоит на повестке дня, – это знакомство юристов с азами современной экономической науки и разъяснение глубинных связей между экономикой и конкретными правовыми институтами. Пока тот экономический вред, который приносит каждый неоправданный удар по свободе договора, не будет в полной мере осознан, а значит, пока не будет разрушена «китайская стена» между экономикой и правом, нашей стране будет очень сложно построить правовую систему, способствующую экономическому росту, инновациям и процветанию.

В конечном счете если история чему-то и учит, так это тому, что ценности меняются. И, как верно отмечает Амартия Сен, лучший способ ускорить «отпадение» устаревших и способствовать распространению прогрессивных ценностей – это общественные дискуссии[1].

§ 2. Непонимание этической подоплеки принципа свободы договора

Кроме того, определенную роль в подрыве принципа свободы договора в современном российском праве играют и сложности в принятии формально провозглашенной в Конституции РФ ориентации на западные этические ценности.

Здесь возникает пресловутая проблема с советским культурным наследием, результатом десятков лет репрессий, страха и подавления личной свободы. Нет смысла здесь подробно доказывать, что ценность свободы личности в СССР высоко не ценилась и считалась «буржуазным предрассудком». Подразумевалось, что истинная свобода не может быть достигнута, пока не разрушено классовое общество и не воздвигнута коммунистическая идиллия.

Но печальный факт состоит в том, что даже после краха СССР наши сограждане слишком часто готовы жертвовать своей свободой ради гарантий безопасности и безрисковой жизни. В иерархии ценностей личная свобода от государственного покровительства так и не заняла то место, которое она давно занимает в западных странах. Люди продолжают ожидать от государства распределения благ и решения всех своих проблем, несмотря на все коренные изменения на уровне официальной идеологии и вопреки личному опыту, указывающему на абсолютную неспособность нашей «неэффективной» бюрократии эти чаяния сколько-нибудь серьезно и последовательно оправдать.

[1] *Сен А.* Развитие как свобода. М., 2004. С. 300.

Так же как и в случае с базовыми принципами рыночной экономики, фундаментальные либеральные идеи современного западного общества у нас формально приняты, официально провозглашены, конституционно закреплены, но на ментальном уровне не интернациализированы значительной частью общества.

Сохранение этого унаследованного с советских времен общественного запроса на государственный патернализм создает условия, благоприятствующие принятию популистских, правотворческих решений. В частности, отечественные законодатели и отчасти суды зачастую падки на ограничения свободы договора ради блага самих участников сделки. Государство, чувствуя запрос общества на покровительство и его готовность легко расставаться с личными правами и свободами в обмен на государственную помощь и исправление собственных ошибок, охотно отвечает на этот вызов, расширяя практику принятия патерналистского регулирования и ограничивая свободу договора в частности. То, что при этом дезавуируется фундаментальная ценность личной свободы и ответственности за собственные решения, часто не берется в расчет. А опыт многочисленных провалов таких мер намеренно или невольно игнорируется.

Безусловно, далеко не все эти патерналистские и ограничивающие экономическую свободу регулятивные меры неуместны. Но столь легкое и зачастую даже неаргументированное ограничение конституционных прав на свободу экономической деятельности и свободу договора в частности означает, что их роль в качестве фундаментальных этических и конституционно-правовых презумпций не в полной мере осознается.

Так что и в этой сфере имеется серьезный ресурс для улучшения положения дел. Юристам стоит посмотреть на вопрос о свободе договора через призму конституционных прав и свобод человека и осознать его важнейшую конституционную роль. Взяв такой фокус, становится труднее столь же легко отвергать этот принцип при установлении законодательного регулирования или разрешении судебных споров, не приводя хотя бы самых общих ссылок на те более весомые конституционные или иные политико-правовые ценности, которые такое ограничение защищает. Поэтому важная задача, стоящая перед теми, кто осознает жизненную важность расширения сферы договорной свободы в российском праве, заключается в конституциализации дискурса о договорной свободе и ее ограничениях и встраивании данной проблематики в общую структуру прав и свобод личности.

§ 3. Методологические причины проблемы

Распространенное попрание принципа свободы договора имеет отчасти и глубинные методологические причины.

Как мы уже отмечали, само обоснование принципа свободы договора, а также оправдание его ограничений строятся во всем мире на основе комплекса политико-правовых (утилитарных и этических) аргументов. Для того чтобы законодатели или судьи были способны эффективно анализировать эти проблемы и принимать продуманные решения, они должны иметь методологию и желание просчитывать политико-правовые последствия своих решений.

Так, в развитых зарубежных странах построена сложнейшая система многоуровневой экспертной оценки экономической эффективности и иных последствий принятия тех или иных законодательных новелл (оценка регулирующего воздействия, ОРВ). Это позволяет более или менее продуманно принимать законодательные акты, направленные на ограничение свободы договора, и просчитывать соответствующие позитивные и негативные последствия такого шага. К сожалению, в России система ОРВ до последнего времени практически не работала либо профанировалась. Законы пишутся «на коленках» в условиях тотальной конкуренции лоббистских групп и без серьезной независимой экономической экспертизы (не считая экспертизы бюджетных расходов)[1]. Достаточно сказать, что пояснительные записки ко многим важнейшим законопроектам зачастую не превышают нескольких страниц!

Что уж говорить о судах, у которых и вовсе нет ни времени, ни экспертизы просчитывать долгосрочные экономические последствия ограничения свободы договора, ни, наконец, навыков прямого анализа политико-правовых аргументов. В такой ситуации наиболее безопасной стратегией для судов становится придание юридической силы только тем договорам и тем условиям, которые являются стандартными и знакомыми из учебников гражданского и договорного права. Когда же наши суды встречаются с нестандартными договорными конструкциями и условиями, не имеющими очевидной «прописки» в рамках российского «пандектного шкафа» понятий, для верной оценки их допустимости от судей требуется более глубокое понимание законов экономики и бизнеса, с одной стороны, а также политико-правовых целей государственного регулирования, причем как в краткосрочной, так и в долгосрочной перспективе, – с другой. Это понимание необходимо для того, чтобы определить должные пределы свободы договора и допустимость государственного контроля над сделками и их содержанием.

[1] Подробный и крайне поучительный анализ этой проблематики см.: Эффективность законодательства в экономической сфере: научно-практическое исследование / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М., 2010. С. 158–269.

В ситуации, когда в силу катастрофической перегрузки судов, узко догматического юридического образования и отсутствия собственного опыта участия в свободной экономической деятельности у многих судей этого понимания нет, им зачастую гораздо проще перестраховаться и признать любую необычную сделку или необычное условие недействительными. В итоге на практике вместо презумпции свободы договора доминирует презумпция недействительности любого отступления от установленных в кодексе или систематике гражданского права стандартных, типичных моделей.

Решение этой проблемы возможно путем более активного изучения российскими правоведами тематики договорной свободы с целью содействия судам и законодателям в деле поиска наиболее адекватных с политико-правовой точки зрения нормативных решений. Соответственно ученые, имеющие достаточно времени и возможностей для глубокого и всестороннего экспертного изучения тех или иных ограничений договорной свободы, должны наконец осознать свою ответственность перед экономическим развитием страны и помочь правотворцам совершать разумный выбор. К сожалению, пока российская наука не начнет активнее использовать политико-правовую научную методологию и продолжит свое тихое и не самое заметное для общества и реальной экономической жизни существование в раю правовых концепций, схоластики и формальной логики, она вряд ли может сколько-нибудь серьезно выполнять подобную экспертную функцию.

§ 4. Страх перед злоупотреблениями

Приведенное выше описание истоков проблем с реализацией принципа свободы договора в России не будет полным, если не затронуть еще один принципиальный аспект.

Важной причиной, которая также удерживает законодателей и судей от более либерального подхода к автономии воли сторон, является страх перед возможными злоупотреблениями участников оборота. Нет нужды здесь описывать существующий ныне современный уровень деловой и правовой культуры в нашем обществе. Лозунг «не обманешь – не продашь» знаком конечно же не только нашей стране (вспомним впечатляющие истории мошенничества в США в разные периоды их истории), но в России он, без сомнения, приобретает особенную популярность.

Российские участники оборота нередко вводят друг друга в заблуждение, пользуются слабыми переговорными возможностями или невысокой правовой грамотностью своих партнеров, навязывают им абсолютно несправедливые условия, выжимают максимум из своего

монопольного положения на рынке, норовят обойти законы, недобросовестно не исполняют свои обязательства, выводят активы, когда приходится отвечать по долгам, и в целом ведут себя порой весьма сомнительно с этической точки зрения. Все эти злоупотребления происходят и в других странах. Но в России эти проявления недобросовестного поведения контрагентов, как показывает элементарный жизненный опыт, хотя и не характеризуют весь оборот в целом, но являются более распространенными, чем в развитых в правовом и экономическом отношении странах. Очевидно, что уровень доверия между участниками оборота (социального капитала) в нашей стране находится на гораздо более низком уровне.

В этих условиях законодатель и суды просто боятся, причем отчасти вполне обоснованно, что более широкая свобода договора может открыть дорогу для легитимации подобных злоупотреблений. Эта проблема формирует дополнительное основание для сохранения проистекающей из ряда вышеуказанных истоков идеологической установки на запрет всего прямо не санкционированного законом.

Следует признать, что опасения в отношении возможных злоупотреблений отнюдь не беспочвенны. Однако страх перед злоупотреблениями парализует свободу договора непропорционально. Вместо того, чтобы стимулировать законодателей и судей внимательно разбираться с каждым конкретным видом договора, договорных условий и схем злоупотребления с целью выявления достаточных политико-правовых оснований для точечных ограничений свободы договора, эти страхи, действуя на подсознательном уровне, очерняют в целом идею свободы договора. В итоге реакция законодателей и судей на отдельные, действительно сомнительные с политико-правовой точки зрения договорные схемы оказывается зачастую явно несоразмерной.

Иначе говоря, наше законодательство и правоприменительная практика в ответ на вызов, связанный с отдельными возможными или реальными злоупотреблениями свободой договора, несоразмерно отвечают тотальным недоверием к этому принципу. В результате вместо частных и серьезно аргументированных отступлений от свободы договора мы сталкиваемся с системными сбоями при проведении этого принципа в жизнь.

Такая избыточная реакция конечно технически проще для законодателя и судей. Первых такое упрощение освобождает от необходимости разработки более детального регулирования. Законодателю проще одним кратким предложением запретить то или иное договорное условие, чем прописывать в гипотезе соответствующей запретительной нормы тот специальный фактологический контекст, в котором это ограничение будет действительно обоснованным. Суды же такая упрощен-

ная стратегия освобождает от необходимости подробной аргументации своих решений и погружения в политико-правовые детали. Куда проще, например, написать, что условие о задатке в предварительном договоре ничтожно, так как это якобы противоречит закону (не указывая, правда, какому), и сделать вид, что ты аргументировал свое решение, чем уточнять, что данный запрет касается только сделок, направленных на обход законодательства о долевом строительстве.

Но все это не повод следовать столь простой и грубой регулятивной стратегии. По крайней мере законодатели и суды должны стремиться не расширять сферу применения вводимых и действующих ограничений договорной свободы сверх необходимого для борьбы с тем или иным политико-правовым «злом».

Как мы уже не раз писали, нет смысла отрицать необходимость ограничений свободы договора. Но вполне очевидно, что эти ограничения должны быть локальны, продуманны и вводиться при полном и отрефлексированном осознании той более важной политико-правовой цели, которую данное ограничение преследует (например, патерналистская защита слабой стороны договора, защита моральных устоев общества, недопущение вредных социально-экономических экстерналий и др.). Любое избыточное ограничение договорной свободы необоснованно нарушает важные экономические и этические принципы, бесцельно дестабилизирует или ограничивает оборот и просто неконституционно.

Исправление сложившейся антилиберальной стратегической установки возможно, только если законодатель наконец начнет менее поспешно и более взвешенно продумывать законопроекты, проводить глубокую ОРВ, расширять практику независимой экономической и иной политико-правовой экспертизы законопроектов, а высшие суды начнут в своей практике использовать более транспарентную аргументацию и перестанут стесняться прямо анализировать политико-правовые аргументы, лежащие в реальности в основе многих вводимых ими ограничений договорной свободы.

Когда хотя бы на уровне практики высших судов будет снято странное табу на прямой анализ таких вопросов, как справедливость и экономическая эффективность сделок и их условий, неравенство переговорных возможностей, этическая допустимость патернализма, предотвращение злонамеренного обхода закона, а также иных политико-правовых вопросов, судам станет намного проще делать ограничения договорной свободы более точными в сфере своего действия. Для примера достаточно обратиться к более «взрослой» манере мотивировки судебных решений об ограничении свободы договора высших судов США и Германии, которые, абсолютно не стесняясь, решают подобные вопросы на осно-

ве прямого анализа конституционных ценностей, этических стандартов и утилитарных соображений[1].

Кроме того, избыточная и неизбирательная реакция законодателя и судов на проблемы отдельных злоупотреблений связана во многом с искаженным восприятием их распространенности в обороте. Российские судьи и законодатели зачастую видят достаточно искаженную картину реальности. Перед их взором оказываются в большинстве случаев именно аномалии. Но экстраполяция этого опыта на весь оборот создает абсолютно ложное представление о реальных экономических процессах. Подавляющее большинство контрагентов в основном заключают вполне справедливые и «здоровые» договоры, добросовестно их исполняют и сотрудничают.

Кроме того, экономическая наука давно доказала, что большинство долгосрочных договоров носит существенно неполный характер и регулирует лишь незначительную долю тех вопросов, которые требуют сотрудничества и взаимодействия сторон. Все эти формально не закрепленные в договоре параметры обмена часто успешно согласовываются сторонами в духе сотрудничества и взаимопомощи. Попытки недобросовестной эксплуатации неопределенности встречаются (причем в России гораздо чаще, чем в развитых странах), но это отнюдь не отменяет того факта, что в подавляющем числе случаев подобных злоупотреблений не происходит.

Отмеченное выше искаженное восприятие законодателем и судами реальной договорной практики может быть объяснено открытым в рамках поведенческой экономики феноменом «оценки доступности» (availability heuristic). Эта аберрация восприятия проявляется в том, что субъективная оценка вероятности возникновения явления, которое обычно имеет яркое и красочное проявление, искажается в сторону ее существенного завышения. Так, например, в силу того, что авиакатастрофа является событием национального масштаба и обычно очень ярко и подробно освещается в СМИ, люди склонны существенно переоценивать вероятность погибнуть при крушении самолета. Человек, чей родственник недавно скончался от определенного заболевания, склонен существенно переоценивать распространенность этого заболевания, а обманутый застройщиком дольщик – риски долевого строительства. Аналогичным образом случаи мошенничества, обмана и недобросовестного поведения в миллионы раз чаще предаются огласке, освещаются в профессиональных СМИ и публикуются в судебных решениях, чем случаи нормального поведения участников оборота, и вызывают гораздо более

[1] Подробнее см.: *Карапетов А.Г.* Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2011.

сильные эмоциональные переживания (негодование, ярость, желание возмездия и т.п.). Соответственно эмоциональная окрашенность такого рода аномалий фиксирует их в памяти профессиональных юристов, судей и законодателей и заставляет нас значительно переоценивать их реальную распространенность. Судья, который в силу своей профессии видит перед глазами в основном только случаи аномалий договорных отношений, невольно переоценивает их удельный вес в экономическом обороте.

Таким образом, оценка остроты проблемы злоупотреблений на основе изучения судебных материалов является классической проблемой индукции и нерепрезентативной выборки. Взяв за основу для обобщения только те заключаемые в обороте контракты, которые оказываются предметом рассмотрения в судах (тысячные доли процента от всей российской договорной практики), можно с легкостью прийти к ошибочному выводу о тотальной аномальности и порочности всего экономического оборота и взять за основу достаточно подозрительное отношение к договорной свободе. Но стоит только обратиться к более сбалансированной оценке российской экономики, деловой культуры и вспомнить о важнейшей роли деловой репутации, информационных сигналах, неформальных правилах игры на рынках, «дилемме заключенного» из теории игр[1] и других факторах, сдерживающих произвол

[1] В теории игр «дилемма заключенного» (prisoner's dilemma) является центральной игровой моделью, доказывающей, в частности, что проявлять оппортунизм выгодно, когда игра носит разовый характер. Игроку выгоднее игнорировать интересы других участников игры, предавать и вести себя некооперативно и сугубо эгоистично, если он знает, что повторения игровой ситуации не будет. Это связано с тем, что возможный выигрыш одного игрока от обмана другого игрока превышает тот выигрыш, который первый может получить от честного сотрудничества (например, в отсутствие мер государственного принуждения получить товар, не заплатить за него и скрыться намного выгоднее, чем получить товар, заплатить за него и перепродать его, заработав на разнице). При этом если оба участника, осознавая это, будут вести себя оппортунистически, они проиграют сильнее, чем если бы они «вели себя кооперативно». В таких условиях Парето-оптимальная стратегия – обоим «вести себя кооперативно» (честно, добросовестно). Но суть «дилеммы заключенного» состоит в том, что эта кооперативная и Парето-оптимальная стратегия парадоксальным образом не срабатывает в силу того, что ни один из игроков не знает, на какой вариант поведения решится оппонент. В ситуации неопределенности каждому оказывается выгоднее вести себя оппортунистически, и так называемое равновесие по Нэшу (оптимальная игровая модель поведения) наступает при соблюдении столь неприятной стратегии взаимного обмана. В таком случае выигрыш мошенника оказывается значительным, если оппонент окажется наивным добряком и поведет себя честно. В случае же если оппонент также проявит оппортунизм, проигрыш первого игрока все равно не сравнится с тем, что он проиграет, если сам поведет себя честно, а оппонент окажется недобросовестным. Но картина становится более оптимистичной, если обратить внимание на то, что как только игра начинает повторяться с теми же участниками, оппортунистическая игровая стратегия начинает оказываться более проигрышной. Другие участники «игры» узнают об игровой манере данного игрока (фактор репу-

и оппортунизм, как регулятивно-ограничительный настрой становится более умеренным.

Эта профессиональная деформация восприятия является вполне понятной, но от этого не менее опасной. Избыточно пессимистическое представление о договорной практике и качествах участников оборота стимулирует избыточные же ограничения договорной свободы и тоталь-

тации) и проявляют в отношении его зеркальную игровую стратегию (по принципу «око за око»). Соответственно возможный выигрыш от обмана наивных оппонентов в рамках первых раундов игры компенсируется все нарастающим объемом проигрышей и упущенных возможностей по мере того, как все большее число игроков начинает использовать аналогичную оппортунистическую стратегию против него. Соответственно при повторении игры стратегия сотрудничества постепенно вытесняет оппортунистическую модель (см.: *Axelrod R., Hamilton W.D.* The Evolution of Cooperation // Science, New Series. Vol. 211. № 4489. March, 27, 1981. P. 1390–1396). В реальной жизни это означает, что стратегия «своровать/обмануть и убежать» может быть выгодной в условиях, когда «игрок» не намеревается больше сотрудничать и взаимодействовать с жертвой или с теми, кто может узнать об этом факте. Но в условиях, когда о репутации «игрока» узнают те, с кем он хотел бы вступать в сделки в дальнейшем, его оппортунизм начинает играть против него же и лишает массы возможных преимуществ от взаимовыгодного сотрудничества в будущем. Томас Шеллинг отмечал, что ценность традиции доверия, делающая возможной «длинную» последовательность будущих соглашений, часто перевешивает выгоду, которую мог бы обеспечить обман в одном конкретном случае (*Шеллинг Т.* Стратегия конфликта. М., 2007. С. 169). Включить в сделку с потребителем драконовские условия в части договорной неустойки или порядка продления договора коммерсант конечно может: редкий потребитель обратит внимание на эти условия, растворенные в десятках страниц распечатанной договорной проформы. Но вызванные попыткой их применения скандал и огласка могут очернить репутацию предпринимателя в глазах других потребителей и в долгосрочной перспективе снизить продажи. Думается, именно поэтому, а не только из страха перед Роспотребнадзором и гражданскими судами в большинстве (но конечно же не во всех) потребительских договоров хотя и может быть обнаружен некий перекос в сторону преимущественного отражения прав и интересов коммерсантов, но все же чаще всего ничего экстраординарно несправедливого не встречается. Безусловно, репутация далеко не всегда может быть достаточно эффективным предохранителем от оппортунизма, и вмешательство государства, устанавливающего стандарты поведения и осуществляющего принудительное обеспечение их соблюдения, становится неизбежным. Но ни в коем случае юристы не должны недооценивать сдерживающую роль репутации и издержек, связанных с ее подрывом. Думаем, не ошибемся, если предположим, что 99,9% всего рыночного оборота осуществляется без конфликтов и не фиксируется в протоколах судебных заседаний. Подробнее о применении теории игр как метода правового анализа и проблематики «дилеммы заключенного» в частности см.: *Baird D.G.*, *Gertner R.H.*, *Picker R.C.* Game Theory and the Law. 1994. В последние годы проблемы теории игр (и в первую очередь феномен «дилеммы заключенного») стали предметом серьезного изучения зарубежных правоведов. По некоторым подсчетам «дилемма заключенного» упоминается в более чем 3000 научных статей в американской юридической периодике (см.: *McAdams R.H.* Beyond the Prisoner's Dilemma: Coordination, Game Theory and Law // 82 South California Law Review. 2008–2009. P. 210, 211). В частности, «дилемма заключенного» обсуждается в ряде американских научных статей и применительно к договорному праву. См.: *Eastman W.* How Coasean Bargaining Entails a Prisoners' Dilemma // 72 Notre Dame Law Review. 1996. P. 97–100; *Scott R.E.* Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts // 75 California Law Review. 1987. P. 2005 ff.

ное недоверие к участникам оборота. Когда ты считаешь, что рыночный оборот – это набор сплошных обманов, мошенничеств, преступлений и тому подобных аномалий, достаточно легко прийти к выводу о необходимости зарегулировать все и вся, чтобы остановить эту «вакханалию», игнорируя те издержки для добросовестных участников оборота, которые эти ограничения создают. Истинная картина российского бизнеса не столь черна, как это иногда представляется некоторым юристам и как может показаться, если изучать только судебную практику, но не наблюдать реальную договорную работу.

При этом мы не призываем скатиться в другую крайность и видеть в участниках оборота ангелов небесных. Как убедительно показал в своей «теории плохого человека» О.У. Холмс, право, построенное на такой оценке, будет абсолютно неэффективно. Важно просто не склоняться ни к одному из двух преувеличений и не забывать, что из всех миллионов ежедневно совершаемых в стране сделок лишь крайне незначительное число содержит в себе серьезные проявления тех или иных контрактных аномалий, заслуживающих вмешательства государства. Если бы большинство участников оборота были жуликами, как это, видимо, часто представляется некоторым российским правотворцам, вся рыночная система просто перестала бы работать.

Все эти примеры указывают на важность объективной оценки реального состояния рыночной экономики. Поэтому законодателям и судьям, намеревающимся вводить те или иные ограничения договорной свободы, можно посоветовать противостоять соблазну переоценить проблему возможных злоупотреблений.

Сказанное выше отнюдь не означает отсутствие проблемы злоупотреблений, недобросовестности и оппортунизма. Она у нас стоит на порядок гораздо более остро, чем в развитых зарубежных странах, и является существенной помехой формирования доверия и благоприятной инвестиционной среды. Но эту проблему ни в коем случае не стоит переоценивать. В конечном счете случаи подобных злоупотреблений – это всегда аномалия.

Этот сделанный нами акцент важен, так как от того, насколько реалистичной будет подразумеваемая правотворцами «картина реальности», в условиях которой те или иные запреты вводятся, напрямую зависит эффективность регулирования. Если правотворцы считают большинство участников оборота недобросовестными и исходят, например, из того, что разрешение потестативных условий в условных сделках будет недобросовестно использовано недобросовестными участниками оборота в 90% случаев и только в 10% будет носить взаимовыгодный характер, то идея запретить такие условия ex ante может представляться вполне обсуждаемой.

Но допустим, что реальный мир не соответствует представлениям этого правотворца и на самом деле потестативность отлагательного условия спровоцирует какую-то вопиющую недобросовестность всего лишь в 10% случаев. Думается, что данное представление о реальности вполне адекватно, по крайней мере пока анализ судебной практики не выявил сколько-нибудь распространенных случаев очевидных злоупотреблений при использовании потестативных условий. В таких обстоятельствах идея тотального запрета будет однозначно нецелесообразной, так как заблокирует 90% «здоровых», выгодных и соответственно Парето-улучшающих потестативных условий и окажется уместной всего лишь в одном из десяти случаев. Соответственно разумнее не вводить соответствующий ex ante запрет на потестативные условия, а делегировать судам право на основе тех или иных ex post корректоров (например, принцип добросовестности) пресекать отдельные возможные злоупотребления применительно к конкретному фактологическому контексту.

Артем Георгиевич КАРАПЕТОВ
Александр Иванович САВЕЛЬЕВ

СВОБОДА ДОГОВОРА И ЕЕ ПРЕДЕЛЫ

Т. 1

Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений

Редактор *Т.В Мальчикова*
Корректор *В.В. Угланова*
Художественное оформление: *В.В. Самойлова*
Компьютерная верстка: *А.А. Науменко*

Подписано в печать 10.08.2012. Формат 60x90 $^{1}/_{16}$. Бумага офсетная.
Гарнитура Newton. Печать офсетная. Усл. печ. л. 28,5. Тираж 1000 экз.
Заказ №

Издательство «Статут»:
119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2;
тел.: +7 (495) 649-18-06
E-mail: book@estatut.ru
www.estatut.ru

ISBN 978-5-8354-0870-2



МЛОГОС
юридический институт

ЮРИДИЧЕСКИЕ СЕМИНАРЫ И КОНФЕРЕНЦИИ В МОСКВЕ

ПРАКТИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ ПОДГОТОВКИ И ВЕДЕНИЯ СУДЕБНЫХ ДЕЛ:
актуальные практические и процессуальные вопросы

ЭФФЕКТИВНАЯ ДОГОВОРНАЯ РАБОТА:
актуальные вопросы реформы ГК РФ и судебной практики

ПРАКТИКА ПРОВЕДЕНИЯ DUE DILIGENCE

ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О БАНКРОТСТВЕ:
анализ актуальных практических вопросов и новелл законодательства

ВНЕШНЕТОРГОВЫЙ КОНТРАКТ:
заключение, исполнение и рассмотрение споров

ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ ТРУДОВОГО КОДЕКСА РФ:
защита прав работодателя в современных условиях

НАЛОГОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ И РИСКИ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ДОГОВОРОВ:
то, что нужно знать юристу договорного отдела о налогах

АНГЛИЙСКОЕ КОНТРАКТНОЕ ПРАВО:
основные особенности и актуальные вопросы применения в практике договорной работы

ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА:
анализ актуальных вопросов и судебной практики

ПРАВОВОЙ РЕЖИМ НЕДВИЖИМОГО ИМУЩЕСТВА И СДЕЛОК С НИМ:
реформа ГК РФ, комментарии к судебной практике и анализ актуальных практических вопросов

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ КОРПОРАТИВНЫХ ОТНОШЕНИЙ И СДЕЛОК:
реформа ГК РФ, судебная практика и сопровождение корпоративных процедур и сделок

ПРАВО ВТО И ПРАКТИКА ЕГО ПРИМЕНЕНИЯ:
инструменты развития и защиты российских компаний

ПРАКТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ЭФФЕКТИВНОЙ РАБОТЫ КОРПОРАТИВНОГО ЮРИСТА

ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО ОБ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ:
практика применения и реформа IV части ГК РФ

КРЕДИТНЫЙ ДОГОВОР И СРЕДСТВА ОБЕСПЕЧЕНИЯ:
актуальные вопросы, новая судебная практика и реформа ГК РФ

НА МЕРОПРИЯТИЯХ ИНСТИТУТА ВЫСТУПАЮТ ВЕДУЩИЕ РОССИЙСКИЕ ЮРИСТЫ, СУДЬИ И ПРЕДСТАВИТЕЛИ ПРАВОВОЙ НАУКИ

тел.: +7 (495) 771-59-27
+7 (495) 772-91-97
e-mail: info@m-logos.ru
http://www.m-logos.ru

Новые Путеводители для юристов в системе КонсультантПлюс

В системе «КонсультантПлюс» появились два Путеводителя для юристов – Путеводитель по госуслугам для юридических лиц и Путеводитель по корпоративным процедурам. Путеводители – это популярные среди специалистов материалы, которые содержат готовую к применению информацию. Они позволяют быстро сориентироваться в незнакомом вопросе и сразу получить порядок действий или сравнить возможные варианты решения вопроса.

Путеводитель по госуслугам для юридических лиц

В новом Путеводителе специалисты найдут пошаговые рекомендации о порядке получения лицензий, разрешений и аккредитаций, а также подачи в госорганы уведомительных документов, предусмотренных федеральным законодательством.

В Путеводителе, например, рассмотрены следующие вопросы:

– получение лицензий для медицинской, образовательной деятельности, для перевозок пассажиров автотранспортом (оборудованным для перевозок более восьми человек);

– порядок регистрации ККТ, СМИ, транспортных средств;

– порядок получения выписок из ЕГРЮЛ, ЕГРИП;

– подача уведомлений о намерении осуществлять обработку персональных данных, и другие.

По каждой теме Путеводитель содержит:

- нормативное регулирование;
- списки необходимых документов, порядок их оформления, ответственность;
- дополнительные требования, на практике предъявляемые госорганами к комплекту подаваемых документов;
- порядок действий до и после получения лицензий и разрешений, например переоформление лицензии, получение ее дубликата или копии;
- информацию о возможных основаниях отказа в выдаче документа и действиях организации в этом случае;
- спорные вопросы на основе выводов из судебной практики и рекомендации экспертов КонсультантПлюс.

Юристы наверняка оценят преимущества «Путеводителя по госуслугам для юридических лиц», ведь в нем не только подробно описан порядок получения разрешений и лицензий на основе нормативных актов, но и учтена практика работы госорганов и решения судебных споров. То есть в рекомендациях учтены возможные подводные камни и нюансы.

Путеводитель по корпоративным процедурам

Еще одно новшество для юристов в системе КонсультантПлюс – Путеводитель по корпоративным процедурам. Он поможет быстро получить все необходимые сведения о порядке проведения корпоративных процедур и подготовке документов для них. В частности, в нем рассмотрены такие процедуры, как: создание ООО и АО, увеличение и уменьшение уставного капитала ООО, заключение сделки по отчуждению доли третьему лицу, внеочередное общее собрание акционеров, выплата дивидендов в АО и другие. Путеводитель будет надежным помощником юристов компаний, так как все рекомендации даны на основе реальной практики ООО и АО.

По каждой процедуре Путеводитель содержит:

- таблицу-схему: последовательность этапов и действий;
- нормативное регулирование;
- порядок действий, способы и сроки проведения процедуры, оформление документов;
- информацию об ответственности и возможных последствиях;
- сложные и спорные вопросы.

Путеводители КонсультантПлюс – актуальные и удобные для работы

Новые Путеводители будут ежемесячно обновляться – в них будут добавляться материалы по новым темам с учетом изменений законодательства и появления судебной практики или спорных вопросов. Заметим, что постоянная актуализация характерно для всех Путеводителей в системе КонсультантПлюс.

Теперь в системе КонсультантПлюс представлено пять Путеводителей для юристов:

- по корпоративным процедурам (новинка 2012),
- по госуслугам для юридических лиц (новинка 2012),
- по судебной практике (ГК РФ),
- по корпоративным спорам,
- по договорной работе.

Путеводители предоставляют полную информацию для решения профессиональных задач и позволяют серьезно экономить свое время.

НОВИНКА!

ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ ДЛЯ ПРОФЕССИОНАЛОВ

«ВЕСТНИК ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА»

Дорогие коллеги-юристы!

Мне очень приятно представить Вам специализированный процессуальный журнал «Вестник гражданского процесса». Сам факт издания этого научно-практического журнала является определенным показателем развития науки цивилистического процесса в России.

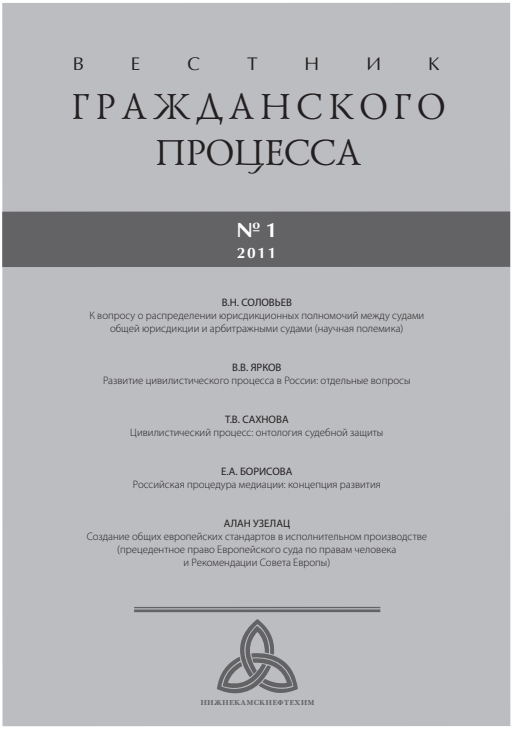
Как председатель Комитета Государственной Думы по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству, хочу отметить, что информирование читателей обо всех значимых событиях в сфере цивилистического процесса не только актуально и интересно для научных работников и практикующих юристов, но также необходимо для законотворческого процесса.

Хотелось бы пожелать творческому коллективу редакции журнала «Вестник гражданского процесса» дальнейшей успешной работы над этим важным для российской науки проектом.

С наилучшими пожеланиями,

доктор юридических наук, профессор,
председатель Комитета Государственной Думы
П.В. Крашенинников

Главный редактор Д.Х. Валеев



ОСНОВНЫЕ РУБРИКИ ЖУРНАЛА:

- ПРОБЛЕМЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА
- ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС В КОММЕНТАРИЯХ
- ИСТОРИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА
- ИНОСТРАННЫЙ ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС
- ТРИБУНА МОЛОДОГО УЧЕНОГО
- СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ И ПРАКТИКА
- КРИТИКА И РЕЦЕНЗИИ
- PERSONALIA

ПЕРИОДИЧНОСТЬ ИЗДАНИЯ — 6 НОМЕРОВ в год

Издание журнала осуществляет ООО «Издательский дом В. Ема»

Заказать бесплатный пилотный номер журнала Вы можете в редакции по адресу: Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2 или по телефону **+7 (495) 649-18-06**.

Оформить подписку можно на сайте **www.vgpr.ru**
e-mail: vgpr@vgpr.ru