

ПРАВОВАЯ, ПОЛИТИЧЕСКАЯ  
И РЕЛИГИОЗНАЯ МЫСЛЬ

ВЛИЯНИЕ *IUS COMMUNE* НА ЕСТЕСТВЕННО-ПРАВОВОЕ УЧЕНИЕ  
О ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОМ ДОГОВОРЕ  
XVII–XVIII вв.

© 2014 г. Дмитрий Юрьевич Полдников<sup>1</sup>

**Аннотация:** в статье рассматривается малоизученное влияние позднесредневековой католической науки *ius commune* на учение о гражданско-правовом договоре видных сторонников естественного права Нового времени. Акцент сделан на сопоставление терминологии договорного права, трактовки природы договоров, а также принципов обязательности и свободы договоров в главных трактатах правоведов Испании, Нидерландов и Германии XVI–XVIII вв.

**Annotation:** this article investigates how the late medieval jurisprudence of *ius commune* influenced the theory of contract developed by the supporters of natural law in the early modern period. In focus is the comparison of terminology of contract theory, the idea of contract, the principles of binding force and freedom of contracts as these were treated by the leading legal scholars in Spain, the Netherlands and Germany in the 16<sup>th</sup> to the 18<sup>th</sup> centuries.

**Ключевые слова:** договор, естественное право, вторая схоластика, Новое время, *ius commune*, природа договора, обязательность договора, свобода договора, морально-философские основы правовой науки.

**Key words:** contract, natural law, late scholasticism, early modern history, *ius commune*, essence of contract, binding force of contract, freedom of contract, moral and philosophical foundations of jurisprudence.

Правовое учение сторонников естественного права Нового времени в Западной Европе принято считать крупным шагом в развитии европейской правовой мысли. Опираясь на достижения научной революции XVII в., сторонники “права Разума” якобы полностью порвали связи со средневековой юридической схоластикой (как по форме, так и по содержанию).

Такое представление не точно. Отчасти оно связано со смелыми заявлениями самих сторонников естественного права, которые подчеркивали новизну своего учения, а также нередко выражали негативное отношение к средневековым глоссаторам и комментаторам. Отчасти неточное представление сложилось в результате выбора некорректного объекта для сравнения. Схоластическая юриспруденция опиралась на иной философский и методологический фундамент и существовала в иных социально-политических и экономических условиях, нежели правоведение раннего Нового времени<sup>2</sup>. Между тем средневе-

ковое *ius commune* претерпело существенные изменения в XVI в. и именно в таком варианте было более известно авторам XVII–XVIII вв.

Мы продемонстрируем на материале важнейших положений учения о гражданско-правовом договоре, что их формирование в естественно-правовой теории Нового времени произошло не вопреки, а во многом благодаря традиции *ius commune* образца XVI в.

Институт договора выбран ввиду его значимости для рассматриваемых правовых школ Западной Европы. В юриспруденции XVI в. договоры рассматривали как средство поддержания мира в обществе и совершенствования его членов. В Новое время договоры мыслились как основной инструмент, позволяющий уточнять обязанности членов общества и одновременно удовлетворять потребности одних с помощью умений других.

Учитывая ограниченные рамки статьи, рассмотрим только основные и логически связанные положения учения о договорах в произведениях ведущих представителей “права Разума” – голландца Г. Гроция (1583–1645) и немцев С. Пуфендорфа (1632–1694), Х. Томазия (1655–1728), Х. Вольфа (1679–1754). В числе таких положений – единый термин для обозначения разновидностей договоров, волевая трактовка природы договора, а также принципы обязательности и свободы договора.

<sup>1</sup> Доцент кафедры теории права и сравнительного правоведения факультета права НИУ ВШЭ, кандидат исторических наук (E-mail: dpoldnikov@hse.ru).

<sup>2</sup> Об особенностях договорной теории средневекового права и ее методологических основаниях см.: Полдников Д.Ю. Договорные теории глоссаторов. М., 2008 (далее – Договорные теории глоссаторов); *Его же*. Договорные теории классического *ius commune*. М., 2011 (далее – Договорные теории *ius commune*).

Названные положения существенно отличают естественно-правовую договорную теорию Нового времени не только от доктрины итальянских комментаторов XIII–XV вв., но и от учения правоведов-гуманистов XVI в. Доктрине комментаторов свойственна множественность терминов (контракт, пакт, конвенция, обет и др.; акцент не на волю контрагентов, а на формальные требования к способу заключения договора), закрытый перечень юридических обязывающих договоров (“одетые пакты”), а также ограничение свободы договора требованием определенного основания (каузы) и запретами морально-теологического характера.

Правоведы-гуманисты (преимущественно из французских университетов) обогатили западноевропейскую правовую науку историческими знаниями, способствовали ниспровержению авторитета средневековых комментаторов. Однако их научная программа предполагала не целенаправленное создание новых основ гражданского права, а реконструкцию римского классического права, несмотря на его практическую неприменимость в Европе XVI в. В сфере учения о договоре правоведы-гуманисты восстановили специфику древнеримского договорного права I–III вв., а значит, отказались от формулировки единой концепции договора и принципов обязательности и свободы договора<sup>3</sup>.

Испанские ученые-теологи Саламанкского университета, – прежде всего Ф. Суарес (1548–1617), Л. Молина (1535–1600), Л. Лессий (1554–1623), – создали вторую крупную правовую школу XVI в. Строго говоря, они являлись теологами, монахами-доминиканцами и иезуитами, которые ставили перед собой задачу обновить учение Римско-католической церкви с помощью философско-методологических подходов учения Фомы Аквинского.

Академический интерес к позитивному праву они сами объясняли тем, что земные законы созданы Богом для лучшего наставления человека и должны обязывать его не только по принуждению, но и по совести<sup>4</sup>. В условиях значительного сокращения юрисдикции церковных судов в XVI в. в странах Европы Римско-католическая

церковь признала “суд совести” (т.е. покаяние священнику на исповеди) одним из важнейших практических инструментов сохранения своего влияния на прихожан.

Объемные трактаты теологов Саламанкской школы с общим названием “О справедливости и праве” предназначались прежде всего для священников и проповедников католической церкви. Однако благодаря высокому теоретическому уровню они оказали заметное влияние на юридическую науку своего времени.

Новизна их учения о договорах была связана с осознанным стремлением к систематизации, обобщениям, выведению принципов с помощью сравнительного исследования действующего права (гражданского, канонического, национального) и его сопоставления с идеальным естественным правом, отражающим божественный порядок<sup>5</sup>.

В протестантских странах Северной Европы под влиянием идей Реформации о строгом размежевании божественного и человеческого права-веды стремились четко разделить право, мораль и теологию<sup>6</sup>. Естественное право мыслилось производным от универсального человеческого разума безо всякого вмешательства божественного Провидения. Оттого-то его положения формировались так, “как если бы Бога не было”, и чтобы их признавал даже неверующий<sup>7</sup>.

Однако ряд обстоятельств сделал влияние католического учения вторых схоластов на правоведов-протестантов возможным нередко вопреки их собственным признаниям. Главное среди них – высокий научный уровень трактатов вторых схоластов, самый широкий охват и сопоставление аргументов “за” и “против” тех или иных правовых установлений, системный подход к изложению правового материала. Написанные

<sup>5</sup> Подробнее о Саламанкской школе и ее договорных теориях см.: Полдников Д.Ю. Договорные теории *ius commune*. С. 337–419.

<sup>6</sup> Полнота, завершенность правовой обязанности непосредственно связаны с юридическим принуждением, а не с религиозной или моральной оценкой (см.: *Pufendorf S. De iure naturae et gentium libri octo*. Vol. 2. Amsterdam, 1688; *Wolff Ch. Philosophia practica universalis methodo scientifica pertractata, pars prior*. Halle, 1751. I. 2 § 235 (в издании: *Gesammelte Werke*. 2. Abt., Bd. 10. Hildesheim, 1971). Здесь и далее трактаты по естественному праву цитируются путем указания порядкового номера книги, главы, параграфа.

<sup>7</sup> См.: *Grotius H. De iure belli ac pacis libri tres*. Ed. B.J.A. De Kanter, van Hettinga Tromp. Leiden: Brill, 1939. Proleg., 11. Этот трактат единственный из всех цитируемых в статье переведен на русский язык: *Гроций Г. О праве войны и мира* / Пер. А.Л. Саккетти. М., 1956 (Перизд. М., 1994).

<sup>3</sup> Подробнее см. Полдников Д.Ю. “Реформация” юриспруденции и теории договорного права в Западной Европе XVI века // Институты государства и права в их историческом развитии. Сб. науч. статей к 60-летию В.А. Томсинова / Отв. ред. Т.Е. Новицкая. М., 2012. С. 283–289 (далее – “Реформация” юриспруденции).

<sup>4</sup> Таковы рассуждения Суареса во введении к трактату “О законах и Боге законодателе” (*Suarez F. De legibus et Deo legislatore*. Conimbricæ, 1621. Proemium).

на латинском языке, трактаты получили распространение во многих странах Западной Европы.

Начиная с середины XX в. несколько исследований в сфере учения о договоре подтвердили влияние идейного наследия вторых схоластов на сторонников естественного права Нового времени. Одним из первых взаимосвязь позднесхоластической правовой мысли с естественным правом Нового времени поднял Г. Тиме<sup>8</sup>. В дальнейшем М. Диссельхорст обосновал появление договорной теории Гроция оригинальной переработкой учения вторых схоластов о договорах и их морально-теологических аргументов<sup>9</sup>. Ф. Виакер установил факт влияния позднесхоластической доктрины на Пуфендорфа через произведения Гоббса и Гроция. Он же отметил, что вся школа естественного права более связана с моральной теологией вторых схоластов, чем с римско-правовой традицией, и в их учении о договоре не так много новой юридической проблематики по сравнению с наследием теологов-правоведов Саламанкской школы<sup>10</sup>. Р. Фенстра выявил связь взглядов Гроция с Саламанкской школой в учении о заблуждении и неосновательном обогащении, а также о влиянии существенного изменения обстоятельств на действительность обещания<sup>11</sup>. К.-П. Нанц и Дж. Гордли затронули вопрос о вкладе вторых схоластов в формирование общего понятия договора<sup>12</sup>. Современные исследования по истории институтов частного права Нового времени нередко учитывают вклад вторых схоластов<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> См.: *Thieme H.* Natürliches Privatrecht und Spätscholastik (1953) // *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte. Gesammelte Schriften.* Ed. H. Thieme. Bd. 2. Köln, Wien, 1986. S. 871–908.

<sup>9</sup> См.: *Diesselhorst M.* Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen. Köln, 1959.

<sup>10</sup> См.: *Wieacker F.* Die vertragliche Obligation bei den Klassikern des Vernunftrechts // *Festschrift für H. Welzel zum 70. Geburtstag.* Berlin, 1974. S. 14, 15.

<sup>11</sup> См.: *Feenstra R.* L'influence de la Scolastique espagnole sur Grotius en droit privé // *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno.* Milano, 1973. P. 377–402. *Idem.* Impossibilitas and clausula rebus sic stantibus. Some aspects of frustration of contract in continental legal history up to Grotius // *Daube noster. Essays in legal history for David Daube.* Edinburgh, London, 1974. P. 77–104.

<sup>12</sup> См.: *Nanz K.-P.* Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert. München, 1985. S. 135–148; *Gordley J.* Natural law origins of the common law of contract // *Towards a general law of contract.* Berlin, 1990. P. 367–465.

<sup>13</sup> См.: *Somma A.* Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale, aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale. Milano, 2000. P. 71–73; *Schermaier M.* Die Bestimmung des wesentlichen Irtums von den Glossatoren bis zum BGB. Wien, 2000. S. 124–143.

Таким образом, несмотря на отсутствие в зарубежной юридической литературе обобщающей работы по проблеме влияния второй схоластики на учение о договоре Нового времени, отдельным аспектам этой темы посвящено немало специальных публикаций. В российской правовой науке данная проблема не изучена. В данной статье мы не сможем восполнить отмеченный пробел, но обозначим некоторые перспективные направления исследования.

### Терминологический вопрос

Стройность научной теории находит выражение в четкой терминологии. Это утверждение очевидно для юриста, воспитанного на наследии германской “юриспруденции понятий” XIX в. В соответствии с учением пандектистов договор является общим обозначением всех двусторонних сделок, направленных на достижение правомерного результата<sup>14</sup>. Суть всякого договора составляет согласованное волеизъявление (соглашение) контрагентов, под которым подразумевается слияние двух отдельных воль контрагентов в одну общую<sup>15</sup>.

Учение о договоре сторонников естественного права не отличается подобной строгостью употребления терминов. У видных представителей данного направления XVII в. в ходу оставались два-три различных наименования того, что ныне именуется договором.

В частности, Гроций в учении о договоре по трактату “О праве войны и мира” использовал термины “контракт” (*De iure belli* II, 12), “соглашение”, совершенное обещание, акцептованное кредитором (II, 11, 2–3), “действия людей, направленные на пользу другим” (II, 12). Пуфендорф в произведении “О праве природы и народов” писал о соглашениях (пактах) в широком смысле, контрактах и соглашениях в узком смысле.

Множественность терминов объясняется, конечно, не установлениями естественного разума, но влиянием романистической правовой традиции. Гроций признавал контрактами только возмездные “акты, доставляющие пользу другим”, со ссылкой на высказывание римского юриста Лабеола (D. 50.16.19) о контракте в значении взаимного обязательства (II.12.7). Пуфендорф заимствовал в своем учении о договорах термин

<sup>14</sup> См.: *Savigny F.C. von.* System des heutigen römischen Rechts. Bd. 3. § 140–141. Berlin, 1840. S. 307–321.

<sup>15</sup> Подробнее о теориях договора ведущих пандектистов XIX в. см.: *Peters H.-J.* Vertrag und Einigung bei den Spät-pandektisten. Köln, 1967.



“пакт” как родовое обозначение всех соглашений (V. II. § 2) по примеру Ульпиана (D. 2.14.1.3). Именно по критерию возмездности он различал контракты (возмездные договоры) и пакты в узком смысле (все прочие соглашения) (V. II. § 8).

Однако ни Гроций, ни Пуфендорф не привели развернутого обоснования, почему возмездные и безвозмездные соглашения не следует именовать общим термином. Причина кроется не в авторитете Свода Юстиниана, который наводнил доктрину глоссаторов и комментаторов множеством контрактов, пактов, конвенций, стипуляций и т.д., и не в образчике классического римского права, столь важном для французских гуманистов<sup>16</sup>, а в неафишируемом влиянии вторых схоластов.

Договорной теории Саламанкской школы была свойственна похожая незавершенность общих положений. Последовательное выведение правовой доктрины из категорий справедливости и права привело вторых схоластов к необходимости выделить положения о договорах (контрактах) в целом (*in genere*). Единый термин “контракт” появился в учении Саламанкской школы благодаря отказу ее представителей от “скорее тонких, нежели полезных тонкостей (средневекового) гражданского права”<sup>17</sup> и утверждению принципов волевой природы, обязательности и свободы договоров.

Однако учение вторых схоластов предусматривало различный правовой режим для соглашений возмездного (контрактов) и безвозмездного характера (дарений). Данное разделение связано с морально-теологическим представлением о договоре как способе реализовать две основные христианские добродетели – справедливость и щедрость. Первая проявляла себя в возмездных договорах, вторая – в безвозмездных. По этой причине вторые схоласты рассматривали две группы договоров раздельно и не пришли к единому мнению относительно того, можно ли термином “договор” обозначать и возмездные, и безвозмездные акты.

От вторых схоластов эти затруднения перешли в учение о договорах Гроция и Пуфендорфа. Лишь последовательный отказ от морально-теологического обоснования правовой теории позволил

Томазию и Вольфу последовательно употреблять единый термин для обозначения гражданско-правового договора. Томазий предпочитал латинское слово “контракт”, тогда как Вольф перевел его на национальный язык (*нем.* “*Vertrag*”).

Утверждению единого термина также способствовало развитие представлений о волевой природе договора.

### Природа договора

Пандектистское учение о договоре вслед за Ф.К. фон Савиньи однозначно определяло гражданско-правовой договор как результат согласованного волеизъявления контрагентов. Отдельные воли должника и кредитора в процессе заключения договора переплетаются в одну составляющую его основу<sup>18</sup>.

Сторонники естественного права также признавали волю должника достаточной основой установления договорного обязательства при условии ее акцепта кредитором. Однако в их учении закреплена не консенсуальная модель договора, а конструкция, названная швейцарским правоведом Б. Шмидлином “двойной”<sup>19</sup>. Сторонники естественного права Нового времени на протяжении XVII в. рассматривали договор как сочетание внутреннего акта самообязывания будущего должника с последующим сообщением принятого решения будущему кредитору, принимающему данное обещание. При этом теоретически более значимым для договора считалось обещание должника, а не его акцепт кредитором и не единство воли.

Наиболее ясно идея договора как акта одностороннего самообязывания выражена у Гроция и Пуфендорфа. Гроций видел в договоре средство отчуждения части личной свободы должника в пользу кредитора и уподоблял его отчуждению собственного имущества якобы в соответствии с римским правом<sup>20</sup>. Центральным моментом отчуждения свободы правовед считал заверщенное обещание (*promissio perfecta*), т.е. осознанное

<sup>18</sup> См.: Savigny F.C. von. Ibid.

<sup>19</sup> См.: Schmidlin B. Die beiden Vertragsmodelle des europäischen Zivilrechts: das naturrechtliche Modell der Versprechensübertragung und das pandektistische Modell der vereinigten Willenserklärungen // Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik. Heidelberg, 1999. S. 187–206.

<sup>20</sup> Гроций полагал, что люди имеют столько же прав на свои действия, как и на свои вещи, а потому могут передавать другому не только имущество, но и право на получение собственности или право требовать совершения каких-либо действий (см.: Grotius H. Op. cit. II.11.1.4; со ссылкой на Inst. 2.1.40).

<sup>16</sup> Подробнее см.: Полдников Д.Ю. “Реформация” юриспруденции. С. 283–289.

<sup>17</sup> Molina L. De iustitia et iure. Venetiis, 1614. Т. 2. Disp. 258. № 9. Здесь и далее работы вторых схоластов цитируются в соответствии с их оригинальным делением на том (Т.), трактат (Tract.), обсуждение (Disp.) или сомнение (Dub.), главу (Cap.) или секцию (Sect.), пункт обсуждения или секции (№).

и выраженное кредитором намерение должника ограничить собственную свободу действий. Пуфендорф, развивая мысль Гроция, различал волевой акт в основе обещания (*pollicitatio*) и волю передать часть свободы другому (*alienatio*). Первый акт имеет только внутреннюю основу, второй предполагает внешне обусловленную мотивацию передать часть своей свободы, например стремление получить встречное исполнение<sup>21</sup>.

Возникновение столь своеобразной концепции договора вряд ли было возможно без влияния учения Саламанкской школы. Вторые схоласты позаимствовали идею обещания как основы договорного обязательства у средневековых канонистов и теологов<sup>22</sup>, объявив ее естественно-правовой, а значит, универсальной, применимой и в каноническом, и в гражданском праве.

Учение вторых схоластов предполагало три условия юридически обязывающего обещания: 1) намерение должника обязаться (*animus obligandi*); 2) внешнее выражение намерения (*promissio externa*); 3) акцепт обещания лицом, которому оно адресовано (*promissio acceptata*).

Главные аргументы вторых схоластов почерпнуты в каноническом праве и теологии, но дополнены некоторыми ссылками на римские законы. К каноническому праву восходит утверждение о том, что в договорных отношениях ничто не имеет значения против воли (*animus, voluntas*). Теолог Фома Аквинский “подарил” схоластам тезис о необходимости внешнего выражения своего намерения в отношениях между людьми, поскольку чужие мысли способен воспринимать только Бог<sup>23</sup>. Наконец, необходимость акцепта обещания выводилась из римского права, но не из положений о договорах, а из правил отчуждения права собственности.

Последний аргумент объясняется представлением вторых схоластов о том, что суть договора заключена в передаче определенной власти (*dominium*) над должником в пределах, которые он определил своим намерением<sup>24</sup>.

Таким образом, именно вторые схоласты первыми настойчиво заявили об универсальном (естественно-правовом) значении канонической

концепции договора-обещания как акта передачи должником кредитором части своей личной свободы, подобного отчуждению собственного имущества.

В конце XVII в. идея договора-обещания постепенно вытесняется в немецкой науке естественного права идеей договора-соглашения. Так, Томазий категорично заявил, что достаточным основанием договорного обязательства является именно соглашение сторон<sup>25</sup>. Обещание, по его словам, – лишь внешний знак, с помощью которого должник указывает на свое намерение обязаться. Действительность договора нельзя ставить в зависимость от соответствия внутренней воли выраженному обещанию и переносить на кредитора риск их несоответствия, поскольку кредитор способен воспринимать только внешние знаки должника<sup>26</sup>.

Однако Вольф все еще подчеркивал значение обещания в определении договора и разделял внутреннюю и внешнюю стороны договора, поскольку “никто не может возложить на себя завершенную обязанность в пользу другого иначе, как через обещание” (Институции § 380). “Договоры всю силу получают от обещания” (Институции § 438).

### Обязательность договоров (*pacta sunt servanda*)

Заметным вкладом сторонников естественного права Нового времени в развитие учения о договоре принято считать утверждение принципа юридической обязательности всех правомерных договоров независимо от внешних формальностей. Его признавали естественно-правовым, священным и нерушимым Гроций<sup>27</sup>, Пуфендорф<sup>28</sup>, Томазий<sup>29</sup> и Вольф<sup>30</sup>.

Признание данного принципа, несомненно, отличает правовое учение Нового времени от *ius*

<sup>21</sup> О важности внутреннего согласия см.: Pufendorf S. Op. cit. III. VI. § 1. Об акцепте как внешнем условии действительности обещания (Ibid. § 15).

<sup>22</sup> Подробнее см.: Полдников Д.Ю. Фома Аквинский как теоретик договорного права // История государства и права. 2011. № 11. С. 24–27.

<sup>23</sup> См.: там же. С. 25 (со ссылкой на “Сумму теологии”, ST. q. 88, a 1).

<sup>24</sup> См.: Molina L. Op. cit. T. 2. Disp. 252. № 1.

<sup>25</sup> См.: Thomasius Ch. Institutionum iurisprudentiae divinae libri tres. Halle, 1702. II, VII, § 6. Подробнее о теории договора Томазия см.: Nanz K.-P. Op. cit. S. 159–163.

<sup>26</sup> См.: Nanz K.-P. Ibidem; Mayer-Maly T. Der Konsens als Grundlage des Vertrages // Festschrift für Erwin Seidl zum 70. Geburtstag. Köln, 1975. S. 124.

<sup>27</sup> Оно сохраняет значение даже во время войны. См.: Grotius H. Op. cit. I. 1. 2.

<sup>28</sup> См.: Pufendorf S. Op. cit. III. IV. § 1. § 11.

<sup>29</sup> См.: Thomasius Ch. Op. cit. II. VII. 1. № 6.

<sup>30</sup> Вольф, не используя латинскую формулировку в своем немецкоязычном трактате, по сути писал о его огромной важности в связи с правом принуждать неисправного должника к исполнению договорных обязанностей (Wolff Ch. Institutiones juris naturae et gentium. Halle, 1750. § 447. S. 277).

commune. Средневековые цивилисты отказывали в исковой защите неформальным соглашениям (“голые пакты”) со ссылкой на формальные требования к заключению договоров из Свода Юстиниана и шли по пути поиска в Своде исключений из общего правила. Знаменитое правило канонистов “договоры следует соблюдать” (*pacta sunt servanda*, начало XIII в.) распространялось только на обещания с правомерным основанием (казузой) и действовало только в церковных судах<sup>31</sup>.

Французские правоведы-гуманисты XVI в. также не признавали данный принцип, поскольку не находили ему подтверждения в высказываниях чтимых ими римских юристов классического римского права. Однако уже в учении вторых схоластов *pacta sunt servanda* в качестве естественно-правового правила приобрело универсальное значение.

Обобщенно их позицию выразил современник Гроция – испанский иезуит П. де Онъате. На страницах обстоятельного четырехтомного трактата “О договорах” он утверждал, что в его время контрагенты были вправе заключать любое правомерное соглашение, и “в обоих судах” (т.е. в светском и церковном) такое соглашение признавалось *священным* и *нерушимым*. Тем самым, по словам Онъате, основанные на естественном праве каноническое право и испанское право исправляют *ius commune*, поскольку они позволяют предъявить иск и признают гражданским обязательство из всех “голых” соглашений, тогда как *ius commune* лишает их такой защиты<sup>32</sup>.

Разница в учении католических теологов XVI в. и сторонников естественного права Нового времени обнаруживается не в декларативном признании принципа, а в его философско-правовом и догматическом обосновании<sup>33</sup>.

*Философско-правовое обоснование.* Испанские правоведы XVI в. объясняли обязательность договоров требованием естественного права, отражающего божественный порядок. По словам Молины, “скорее тонкие, нежели полезные” исключения из принципа обязательности

договоров по гражданскому и позитивному праву введены человеком, а не природой<sup>34</sup>.

Содержание естественного права в Саламанкской школе определяли моральной теологией, прежде всего учением о христианских добродетелях и грехах. Обязательность договора выводилась из добродетелей верности данному слову, честности, справедливости. Нарушение же должником обещания приравнивалось к греху обмана, вероломства. Следуя доктрине канонического права, вторые схоласты считали названные грехи достаточным основанием не только для наложения церковного покаяния на исповеди, но и для предъявления иска к обманщику. Причем такой иск следовало принимать к рассмотрению как в церковных, так и в светских судах<sup>35</sup>.

Светская интерпретация естественного права и общественного устройства привела ученых Нового времени к постепенному отказу от морально-теологического обоснования правила *pacta sunt servanda* в пользу рациональных доводов в четко определенной правовой сфере. Так, Гроций в начале трактата “О праве войны и мира” указал на божественное происхождение принципа обязательности договоров<sup>36</sup>. Однако далее по тексту провел различие между справедливым правом (моралью) и строгим правом (нормы, признанные публичной властью), связав правило *pacta sunt servanda* с последним.

Пуфендорф называл обязательность договоров для обеих сторон необходимым условием взаимного доверия людей в обществе и готовности вступать в договоры с ближним, без которого невозможна благополучная жизнь в социуме<sup>37</sup>. Томазий и Вольф также относили правило об обязательности договоров к внешним обязанностям (*obligationes externae*), необходимым для поддержания общественного порядка. Такие обязанности существуют из страха принуждения со стороны того, кто располагает публичной властью (*imperium*), и только они являются правовыми в собственном смысле<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> См.: Molina L. Op. cit. T. 2. Disp. 258. № 9.

<sup>35</sup> Onate P. Ibid.

<sup>36</sup> По словам Гроция, “сам Бог... поступал бы против своей природы, если бы не исполнял своих обещаний” со ссылкой на кн. Неэмии, IX, 8; Послание апостола Павла к евреям, VI, 18 и X, 23; Послание I апостола Павла к коринфянам, I, 19, X, 13 и др. (см.: Grotius H. Op. cit. II.11.4.1).

<sup>37</sup> Нарушение принципа обязательности договоров влечет за собой вред себе и другим, а следовательно, должно быть санкционировано позитивным законом (см.: Pufendorf S. Op. cit. III. IV. § 1).

<sup>38</sup> Напротив, внутренние обязанности служат самореализации человека и не входят в сферу позитивного права,

<sup>31</sup> Ссылки на источники и литературу см.: Полдников Д.Ю. Pacta sunt servanda: проблема преемственности в европейском частном праве // Гос. и право. 2011. № 3. С. 71, 72.

<sup>32</sup> См.: Onate P. De contractibus. T. 1. Roma, 1646. Tract. 1. Disp. 2. Sect. 5. № 166.

<sup>33</sup> В литературе высказано необоснованное мнение, будто принцип обязательности договоров не получил достаточного обоснования в учении сторонников естественного права (см.: Бекленищева И.В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции. М., 2006. С. 32).



Догматическое обоснование обязательности договоров связано с понятием основания договора (кауза, лат. “*causa*”, “причина”).

Кауза – одно из важных понятий *ius commune*, с которым тесно связаны обязывающая сила договоров, их действительность и классификация. В силу различных причин она получила разные толкования у средневековых цивилистов и канонистов. Цивилисты к XIV в. пытались объединить разные смыслы слова “*causa*” в Своде Юстиниана к двум значениям – встречное предоставление в возмездных контрактах и намерение проявить щедрость в договоре дарения. Но в юридической литературе встречались особые разновидности каузы в стипуляции и безымянных контрактах<sup>39</sup>. Канонисты не старались объяснять различные значения каузы в источниках римского права и употребляли каузу в значении правомерной цели, ради которой должник связал себя обещанием. Отсутствие данной цели позволяло отказаться от исполнения договора без нарушения принципа *pacta sunt servanda*<sup>40</sup>.

*De iure* необходимость каузы в средневековом *ius commune* объяснялась ее упоминанием в Своде Юстиниана и стремлением связать обязывающий эффект договоров с соблюдением определенных формальностей. В XVI–XVII вв. такие формальности сохраняли значение для практической юриспруденции *usus modernus*<sup>41</sup>, но не соответствовали естественному праву в понимании правоведов не только Нового времени, но и позднего Средневековья.

Отказ от средневековой гражданской концепции каузы, по словам немецкого ученого К. Люига, означал признание действительными любых соглашений об исполнении обязательства в будущем, а также отрицание права отступить от договора

поскольку действуют в силу совета, а не принуждения (см.: *Thomasius Ch. Fundamenta iuris naturae et gentium*. Halle, 1718. I. 5. § 34; *Wolff Ch. Op. cit.* § 438).

<sup>39</sup> Подробнее о каузе в римском и средневековом праве см.: *Полдников Д.Ю.* Договорные теории *ius commune*. С. 260–277.

<sup>40</sup> Правовед XIV в. Бальд в комментарии к декреталии “*Antigonus*” (с. 1 X 1, 35) пояснил, что в терминах цивилистов каноническая концепция каузы означала еще один способ обеспечить соглашения юридической защитой (“одеяние” пакта) (см.: *Полдников Д.Ю.* Договорные теории *ius commune*. С. 268).

<sup>41</sup> Ведущие правоведы *usus modernus* Винний, Вультей, Лаутербах, Карпцов, Лейзер и др. определяли контракт как “соглашение с каузой” в основном для средневековых комментаторов смысла исполнения (*datio vel factum*) (см.: *Luig K.* Causa und Innovativvertrag in der Vertragslehre zur Zeit des Naturrechts // *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino, 1995. С. 219–222).

(*ius poenitendi*) как до начала исполнения, так и после, например истребовав уже исполненное по кондикционному иску<sup>42</sup>.

Гроций и Пуфендорф назвали средневековые формальные ограничения обязательности неформальных соглашений изящно-бесполезными и не основанными на естественном праве<sup>43</sup>. Естественное право, по их мнению, предполагало универсальный характер правила *pacta sunt servanda* и волевою основу всех договоров. Томазий и Вольф категорично объявили достаточным основанием обязательности договоров соглашение между контрагентами<sup>44</sup>.

Близкие идеи в XVI в. высказывали вторые схоласты. В частности, Молина предложил отказаться от каузы безымянных контрактов средневекового гражданского права (т.е. начала исполнения договорных обязанностей), назвав данный институт бесполезным и не соответствующим естественному праву<sup>45</sup>. В то же время он советовал сохранить каузу в значении цели заключения договора при решении вопроса о недействительности договоров<sup>46</sup>.

По удивительному совпадению следы каузы-цели в учении сторонников естественного права Нового времени обнаруживаются именно в положениях о недействительности договоров. Так, по мнению Гроция, договор может утратить смысл и не должен исполняться, если окажется, что он изначально был лишен смысла либо отпали предмет и основание (*mateira aut causa*)<sup>47</sup>. Пуфендорф также допускал признание договора

<sup>42</sup> См.: *Luig K.* Das Privatrecht von Christian Thomasius zwischen Absolutismus und Liberalismus // *Christian Thomasius 1655–1728: Interpretationen zu Werk und Wirkung*. Hamburg: Meiner, 1989. С. 167–169.

<sup>43</sup> *Grotius H.* Op. cit. II.2.§4. Деление на поименованные и безымянные контракты Гроций категорически отвергает (см.: *Ibid.* II. 12. § 3).

<sup>44</sup> По словам Томазия, “ближайшим (непосредственным) основанием (*causa proxima*) возникновения договора является согласие, и согласие взаимное, даже если договор не двусторонний” (см.: *Thomasius Ch.* Op. cit. II. VII. 1. № 6). См. также: *Nanz K.-P.* Op. cit. С. 160; *Mayer-Maly T.* Op. cit. С. 96.

<sup>45</sup> Молина указывал, что практические цели введения гражданской каузы вроде ограничения сутяжничества могут быть достигнуты иными средствами (см.: *Molina L.* Op. cit. T. 2. Disp. 257. № 1. 10).

<sup>46</sup> По словам Молины, если кауза-цель прямо не выражена в договоре (как того требовало каноническое право), то бремя ее доказывания возлагается на контрагента, ссылающегося на обязательность договора. Иными словами, кредитору предстоит доказать, что должник дал ему обещание с целью совершить взаимовыгодный обмен или проявить щедрость (*Ibidem*).

<sup>47</sup> См.: *Grotius H.* Op. cit. II. 16. 25. § 2.

недействительным в отсутствие встречного исполнения или экономической основы договора<sup>48</sup>.

В целом признание волевой природы договора и универсального значения принципа *pacta sunt servanda* привели сторонников естественного права XVI и XVII вв. к общим выводам – к признанию воли достаточным основанием связанности сторон договором и к отказу от концепции каузы средневекового римского права. Кауза осталась востребованной лишь как цель договора в учении о его недействительности.

### Свобода договора

Сторонников естественного права Нового времени нередко называют творцами принципа свободы договора в частном праве<sup>49</sup>. Гроций<sup>50</sup>, Пуфендорф<sup>51</sup>, Томазий<sup>52</sup> и Вольф<sup>53</sup> понимали свободу договора как естественное и неотъемлемое право каждого субъекта выбирать контрагента, вступать с ним в договорные отношения и определять их содержание<sup>54</sup>.

Данный принцип не известен правоведам средневекового *ius commune* по ряду причин. Доктрина глоссаторов и комментаторов предусматривала соблюдение различных формальностей при заключении большинства договоров, закрепляла учение о типах договоров с определенной природой (установленным набором договорных обязанностей)<sup>55</sup>. Католическая церковь по морально-теологическим соображениям накладывала ограничения на условия договоров, осуждая стяжательство, ростовщичество, нарушение

равноценности обмена. Формально-юридические и моральные ограничения дополнялись социально-экономическими. Средневековое общество жило в условиях натурального хозяйства и состояло из множества корпораций (сословных групп, цехов, гильдий), требовавших от своих членов соблюдения определенных правил.

Однако благодаря серьезным социально-политическим, религиозным и экономическим изменениям в Западной Европе XVI в. принцип свободы договора не только получил ясную формулировку, но и приобрел важное теоретическое значение в учении Саламанкской школы. Причем содержание принципа в целом соответствовало позиции правоведов Нового времени.

По словам Молины, именно стороны определяют, кто, кому и в каком объеме передает власть над собственными действиями<sup>56</sup>. Лессий выразил ту же мысль еще яснее: договор предполагает полную свободу в выборе контрагента, решимость вступить с ним в обязательство и определить условия ононого<sup>57</sup>. Онъате пошел еще дальше и провозгласил полное восстановление свободы договора в действующем праве по сравнению со средневековым *ius commune* благодаря опоре на естественное, каноническое и кастильское право<sup>58</sup>. Он же указал, что именно воля контрагентов определяет момент заключения договора, сроки его исполнения и содержание обязанностей<sup>59</sup>.

В то же время совпадение формулировки и содержания принципа свободы договора в XVI и XVII вв. не означало тождества его обоснования. В качестве одного из важнейших аргументов представители Саламанкской школы указывали на то, что человек наделен Творцом разумом и свободой воли по Его образу и подобию. Следовательно, он свободен делать то, что не запрещено высшим законом. И только высший закон (в смысле естественного права) может установить

<sup>48</sup> См.: *Pufendorf S.* Op. cit. V. XII. § 20.

<sup>49</sup> См.: *Каранетов А.Г., Савельев А.И.* Свобода договора и ее пределы. Т. 1. М., 2012. С. 65.

<sup>50</sup> Гроций относил свободу воли сторон договора к числу естественных условий действительности договоров (см.: *Grotius H.* Op. cit. II. 12. § 8-12).

<sup>51</sup> По словам Пуфендорфа, “ничто между людьми не имеет значения против их воли”. При этом стороны не ограничиваются в выборе форм ее выражения с помощью различных знаков согласия (*signa consensus*) (см.: *Pufendorf S.* Op. cit. III. VI. § 15, 16).

<sup>52</sup> По мнению Томазия, договор налагает на должника юридическую обязанность исполнить определенные действия, а “равный не может ограничивать свободу равного... (ведь) никто не желает, чтобы его подгоняли в обращении со своей вещью против его воли” (см.: *Thomasius Ch.* Op. cit. II. VII. 1, № 12).

<sup>53</sup> См.: *Wolff Ch.* Op. cit. § 77, 78.

<sup>54</sup> Следует оговориться, что никто из названных правоведов не абсолютизировал данный принцип, допуская его ограничения рамками морали и закона (справедливая цена, недопустимость крайне невыгодных для контрагента сделок и др.).

<sup>55</sup> О договорных типах см.: *Полдников Д.Ю.* Договорные теории глоссаторов. С. 241–257.

<sup>56</sup> *Molina L.* Op. cit. T. 2. Disp. 252. № 1.

<sup>57</sup> *Lessius L.* De iustitia et iure, ceterisque virtutibus cardinalibus libri quatuor. Brixiae, 1696. Lib. 2. Cap. 17. Dub. 5 in fine.

<sup>58</sup> В трактате “О договорах” он декларировал, что к XVII в. на основе естественного, канонического и испанского (позитивного) права в области договорного регулирования *восстановлена свобода договоров*. Благодаря ей контрагенты вправе заключить любое правомерное соглашение. При наличии намерения принять на себя обязательство (*animus obligandi*) и его акцепта контрагентом такое соглашение будет признано священным и нерушимым в светском и в церковном судах (см.: *Oñate P.* Op. cit. Tom. 1. Tract. 1. Disp. 2. Sect. 5. № 166).

<sup>59</sup> См.: *Oñate P.* Op. cit. T. 2. Tract. 9. Disp. 29. Sect. 6. № 93.



ограничения свободы индивида<sup>60</sup>. Кроме того, испанские ученые считали свободу договора необходимой, чтобы договор помогал каждому проявлять человеческие добродетели (справедливости, щедрости и др.) и содействовал моральному совершенствованию человека, его мирному взаимодействию с ближним<sup>61</sup>.

Юридические аргументы из источников римского и позитивного (испанского) права служили дополнительным обоснованием свободы договора. При этом вторые схоласты не стеснялись актуализировать избранные фрагменты Свода Юстиниана или кастильских законов в угоду своему пониманию правового принципа<sup>62</sup>.

Для сторонников естественно-правового учения в Нидерландах и Германии морально-теологическое обоснование свободы договора постепенно утратило всякое значение. Гроций все еще использовал близкие вторым схоластам аргументы о свободной воле людей как источнике всего права<sup>63</sup> или о необходимости доброй воли для распоряжения своим правом и имуществом, поскольку действия человека подчинены его власти, как и вещи в его собственности. В отличие от Гроция, Пуфендорф и Томазий посчитали излишним обосновывать значимость свободной воли соображениями моральной теологии и главный упор сделали на рациональную природу человека, на его естественные потребности и на устройство общества в целом<sup>64</sup>.

В XVIII в. эту тенденцию закрепил Вольф. Общество (согласно принципам естественного права) должно состоять из равных и свободных людей, здраво выполняющих установленные

природой обязанности, в том числе через заключение договоров, в которых они вольны выбирать и контрагента, и условия, и форму<sup>65</sup>.

\* \* \*

Разумеется, нет оснований отрицать значительную новизну учения о гражданско-правовом договоре сторонников естественного права XVII–XVIII вв. по сравнению с позицией правоведов XVI в. Изменение философских и методологических оснований правовой науки Нового времени неизбежно вело к переосмыслению основных положений договорного права.

В то же время представленное в данной статье сопоставление отдельных положений договорной доктрины указывает, что именно под влиянием научного наследия католических теологов-правоведов Саламанкской школы в правовой науке Нового времени утверждается единое понятие договора и термин “договор”, получает признание единая природа договора, а также принципы обязательности и свободы договоров. Кроме того, допущение такого влияния позволяет объяснить ряд нелогичных моментов договорной теории естественного права у авторов XVII в., прежде всего – употребление различных терминов для обозначения возмездных и безвозмездных договоров, “двойную конструкцию” договора, уподобление заключения договора отчуждению имущественных прав.

Перечисленные особенности свойственны прежде всего учению о договоре Гроция, откуда их частично перенял Пуфендорф. В работах Томазия и Вольфа теория договора приобретает большую стройность не в последнюю очередь благодаря отказу от морально-теологической основы, породившей аналогичные странности в учении вторых схоластов.

Исследование влияния позднесредневекового *ius commune* на естественно-правовое учение Нового времени на материале других правовых институтов выходит за рамки данной статьи. Однако приведенные примеры считаем достаточными, чтобы, во-первых, констатировать преемственность в развитии европейской правовой науки XVI–XVIII вв., во-вторых, признать значительными различия не в текстуальной формулировке общих положений о гражданско-правовом договоре, а в их философско-правовом обосновании, в-третьих, еще раз подчеркнуть связь правового учения о договоре с морально-философскими убеждениями его создателей.

<sup>65</sup> См.: *Wolff Ch. Op. cit.* § 48.

<sup>60</sup> См.: *Lessius L. Op. cit.* Lib. 2. Cap. 3. Dub. 1. № 1–4.

<sup>61</sup> См.: *Molina L. Op. cit.* T. 2. Disp. 258. № 9.

<sup>62</sup> Таковы, в частности, ссылки Оньянте на фразу “каждый судья в вопросах своего имущества” С. 4.35.21, поскольку от имущества в смысле господства (*dominium*) над вещами производно и господство над собственными действиями (см.: *Oñate P. Op. cit.* T. 2. Tract. 9. Disp. 29. Sect. 7. № 86). В кастильском праве принцип свободы договора якобы нашел выражение в упомянутом выше установлении кортесов Алькалы 1348 г. Он же повторил аргумент своих предшественников о воле человека, выраженной в обещании, как источнике частных законов (*lex privata*, со ссылкой на D. 50.17.23).

<sup>63</sup> Во введении к своему трактату Гроций указывал, что будет рассматривать правовое положение, которое повсюду соблюдается и “своим источником имеет свободную волю людей” (см.: *Grotius H. Op. cit.* Proleg. 40).

<sup>64</sup> По словам Пуфендорфа, “ничто между людьми не имеет значения против их воли” (*Pufendorf S. Op. cit.* III. VI. § 15, 16). Ту же мысль выразил Томазий: “Для возникновения обязательства обещание требуется, поскольку без него равный не может ограничивать свободу равного... (И) никто не желает, чтобы его подгоняли в обращении со своей вещью против его воли” (*Thomasius Ch. Op. cit.* II. VII. 1. № 12).