

IV Московский юридический форум
«Право и экономика: междисциплинарные подходы в науке и образовании»

6 апреля 2017 г.

Гаджиев Г.А., Судья Конституционного Суда Российской Федерации

**Российские исследования в области права и экономики:
уточнение юридической картины мира**

1. В последние 10-15 лет в российском законодательстве появились правовые институты, которые заимствованы из зарубежных правовых порядков и которые сконструированы в соответствии с теоретическими проектировками нового, весьма влиятельного междисциплинарного научного направления, именуемого «Экономический анализ права» либо «Право и экономика». Они появились в результате всё более ускоряющегося процесса развития технических возможностей, в том числе предоставляемых новыми электронными технологиями, усложнения общественной жизни. В частности, явлением стало массовое нарушение прав правообладателей с помощью копировальной техники, контрафактным использованием объектов авторских прав в сети «Интернет». Стало очевидным, и прежде всего для представителей экономической науки, что правовые средства защиты имущественных прав должны быстро модернизироваться, реагируя на происходящие в правовой действительности изменения. Ученые-юристы также обратили внимание на процесс «старения», казалось бы, вечных и неизменяемых правовых доктрин. Следовательно, возникла объективная необходимость приведения устаревающих юридических идей, теоретических конструкций и даже познавательных моделей, образующих юридический концепт действительности, в соответствие с происходящими в правовой действительности изменениями.

Юристы с удивлением обнаружили, что в экономической теории XX века появились такие методы познания, которые обладают огромным и впечатляющим объяснительным потенциалом. В качестве примера можно напомнить идею об экстерналиях и экстернатальных расходах¹. Строительство новой дороги или возведение олимпийских объектов неизбежно приводит к повышению капитализации объектов недвижимости, находящихся поблизости, и это результат экстернатальных эффектов.

И не случайно проблема экстернатальных расходов интересует крупных современных философов и социологов. Так, Н. Луман, немецкий философ, получивший юридическое образование, специалист в области социального

¹ Экстерналии – это внешнее воздействие рыночных трансакций на третьих лиц, не опосредуемое рынком и поэтому не заметное для правового регулирования. Это понятие введено в 1920 году Артуром Пигу в книге «Экономическая теория благосостояния». При наличии внешних эффектов рыночное равновесие нарушается; возникает фиаско (или провалы) рынков; нарушается эффективность по Парето.

познания и системной теории общества, при философском осмыслении проблемы техники и природы обращает внимание на различия между интернальными (или интернализированными) и экстернальными (или экстернализованными) расходами. Оно берёт начало в экономической теории и выступает как форсирование интернализации расходов. Это различие, отмечает Луман, уже вызвало ряд важнейших последствий. Достаточно назвать, например, переход от ответственности производителя за ущерб, причинённый его товарами (который ранее возлагался на посредника – торговую организацию), к ответственности производителя за качество выпускаемой продукции (юридическая концепция *product liability*). Этот переход революционизировал американское гражданское право, которое легитимировало идеи институциональной экономики. Ответственность производителя за качество произведённой продукции основана на презумпции, что тот, кто вводит технику в действие, эффективнее других может калькулировать возможные риски от её использования и интернализировать расходы².

Технический прогресс внёс серьёзные изменения в юридические представления о вине как основании ответственности³.

Теоретические модели, созданные юристами, хорошо знающими экономическую теорию (поэтому их можно считать юристами-экономистами⁴), в своей совокупности представляют собой аналитическую и прогностическую методологию, которая существенно обогащает традиционную юридическую методологию. Открываются новые горизонты в уточнении созданной в течение тысячелетий юридическим гением юридической картины мира. Тысячу раз прав итальянский философ Джамбаттиста Вико, который писал, что познание опирается на такую странную способность ума, как связывать.

К началу XX века сложились традиционные юридические представления, согласно которым юриспруденция является сугубо автономной сферой научных знаний, независимой от других социальных наук дисциплиной. Ценности, утверждаемые правовой системой и имеющие деонтологическую природу, считались присущими исключительно ей. Юристы были заняты классификациями, систематизациями, то есть логической обработкой правовых норм с целью избегания противоречий. Частное право занималось исключительно логическими взаимосвязями в системе норм, стремясь достигнуть самонастраивающейся гармонии принципов и норм⁵. Такой подход в описании юридической картины мира

² См.: Луман Н. Экологический риск и политика. // Политическая философия в Германии. М., 2005, С. 239.

³ См.: Ли Чжеву. Принцип вины в деликтных обязательствах в традиции континентальной правовой семьи (сравнительно-правовой аспект). СПб., 2013.

⁴ Гвидо Калабреззи, один из столпов «права и экономики», вспоминал, что его учителями по экономике были три преподавателя, впоследствии получившие Нобелевские премии: Джеймс Тобин в Йельской школе права, Лоуренс Клейн и сэр Джон Хикс в Оксфорде.

⁵ Гвидо Калабреззи. Будущее права и экономики. М., 2016. С. 24.

получил название интерналистского⁶. Это, по сути, онтологический подход к правовой реальности как самодостаточной, автономной от других гуманитарных наук. Этот подход (from the inside) основывается на убеждении, что наука юриспруденция за века создала юридический доктринализм, своего рода пантеон юридической метафизики. Интерналистская юриспруденция по-прежнему популярна в континентальной Европе. Считается, что традиции европейского правового мышления, заложенные Э.Вейгелем, С.Пуфендорфом, Г.Гроцием, Э.Кантом, отличаются от традиций англо-американского права, берущими начало от утилитаризма И.Бентама.

В начале XX века учёные, подобные Роско Паунду из Гарвардской школы права, отказались принимать юридический мир, в котором, как писал Г. Калабрези, «царили правовые структуры прошлого»⁷. Они считали необходимым создать аналитику в основном критического характера, способную избавить юридическую картину мира от устаревших теоретических моделей, иллюзий и избыточного фикционизма и формализма. Они искали ответ на вопрос: можно ли изменить юриспруденцию, а затем и право без опоры на ценности, находящиеся за пределами автономного теоретического концепта? Начался поиск внешней точки, на которую можно было бы поместить «архимедов рычаг», чтобы сдвинуть мир права.

Для Паунда такой внешней точкой стали социальные науки⁸. Так возникла экстерналистская парадигма в описании правовой реальности. Основоположник социологической юриспруденции Р.Паунд писал: «Современная наука права ... отказалась от своей исключительности и стремится к тому, что можно назвать командной игрой с другими социальными науками»⁹.

Стоит обратить внимание на то, что на взгляды Роско Паунда оказал влияние великий русский ученый, ученик Л.И.Петражицкого, автор одного из первых учебников по теории права Питирим Сорокин (лекции которого в Гарварде слушали дети Ф.Рузвельта и Джон Кеннеди). На конференции о значении междисциплинарных подходов в науке обязательно надо вспомнить, что Питирим Сорокин, ставший первым президентом Американской ассоциации социологов, первым выдвинул идею интегрализма, в соответствии с которой социологическое знание будет развиваться в сторону создания обобщающей теории динамики различных социокультурных систем. По сути, это основа развития синергетической методологии в общественных науках.

2. Известный советский теоретик права, член-корреспондент АН СССР, проф. Д.А.Керимов видел будущее отечественного правоведения в исследовании двух фундаментальных проблем – методологии права и в

⁶ См.: Грехениг К., Гелтер М. Трансатлантические различия в правовой мысли: американский экономический анализ права против немецкого доктринализма. // Вестник гражданского права. 2010, № 6.

⁷ Г.Калабрези, указ. работа. С. 26.

⁸ Г.Калабрези, указ. работа. С. 26.

⁹ Pound R. The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. // Harvard Law Review. 1911. V. 24. P. 591.

междисциплинарных исследованиях. Он не случайно писал о том, что «наибольшего успеха достигают учёные, которые не пытаются с упорством узкого фанатизма сохранить превратно понятую «чистоту» своей дисциплины, ограждая её от всяческого вторжения извне, но настойчиво и последовательно расширяют диапазон исследовательских усилий путём широкомасштабного и интенсивного привлечения инструментов и методов анализа, знаний и результатов, накопленных и используемых в других научных областях»¹⁰.

Новаторские изменения в области юридической методологии связаны с развитием научного направления «Право и экономика». Попробуем восстановить хронологию событий в XX веке, приведших к существенному росту влияния указанного научного направления в США и Европе.

В 30-е годы в США, после появления антимонопольного законодательства, суды стали рассматривать сложные дела со значительной экономической компонентой. Традиционная юридическая силлогистика обнаружила свою недостаточность, и тогда возникла идея об использовании судьями новых для них, экономических методов в судебном познании – экономико-правовых. Аарон Директор, который в начале 40-х годов работал на факультете права Чикагского университета, показал возможность экономического анализа при рассмотрении правовых вопросов и обосновал, что эффективная конкуренция невозможна без государственного регулирования, экономического патернализма. Это он привлек интерес учёных-юристов к экономическому анализу права, чем способствовал появлению нового поколения учёных-практиков. Один из них, Ричард Познер, самый цитируемый учёный-юрист в мире. А работа Рональда Коуза 1960 года о проблеме социальных издержек, затем монография Гарри Беккера (оба стали Нобелевскими лауреатами в области экономики), а также статья Гвидо Калабреззи 1961 года подняли волну интереса к «Праву и экономике».

Сейчас это очень влиятельное научное направление, основанное на постдогматической методологии, в основе которой лежат новые постулаты об автономии права. Незаметно произошла смена парадигмы – интерналистский подход к познанию права в юриспруденции США вытеснен экстерналистским.

Юристы стали соглашаться с Коузом, который писал: «Желательно было бы, чтобы суды понимали экономические последствия своих решений и учитывали эти последствия в своих решениях в той степени, в какой это возможно без создания чрезмерной правовой неопределённости»¹¹.

Нобелевский лауреат от этого нового трансдисциплинарного научного направления Джеймс Бьюкенен обосновывал исключительную важность для экономического роста юридической капитализации страны, понимая под юридическим капиталом страны, вслед за Джоном Коммонсом, сумму

¹⁰ Керимов Д.А. Методология права. М., 2009. С. 19.

¹¹ Коуз Р. Проблемы социальных издержек. / Рональд Коуз. Фирма, рынок и право. М., 2007. С. 92.

судебных решений, принятых экономически мыслящими судьями. Юридическая капитализация – это реальная защищённость судами имущественных прав предпринимателей, рождающая энергию коммерческой активности.

3. В западной литературе не упоминаются фамилии русских авторов, которых можно рассматривать в ряду первооткрывателей «Права и экономики». А между тем в 1896 году была опубликована статья Г.Ф.Шершеневича «Экономическое обоснование авторского права»¹². Весьма значительный вклад в методологию «Права и экономики» внёс профессор Л.И.Петражицкий, который прославил русскую науку публикацией в Германии в 1893 и 1895 годах «Die Lehre von Eienkommen», известной российскому читателю как «Введение в науку политики права», в которой он выдвинул новаторскую идею о том, что влияние юридических норм должно оцениваться не только с точки зрения частной, но и с точки зрения народнохозяйственной¹³.

В современных представлениях о «Праве и экономике» считается азбучной истиной проводить разницу между традиционным юридическим методом оценки эффективности юридических норм и судебных решений и экономическим методом; она заключается в том, что две социальные науки – юриспруденция и экономическая наука рассматривают юридические нормы и судебные решения судов высоких инстанций с различных точек зрения – ретроспективной и перспективной.

Ретроспективная точка зрения характерна для юриспруденции, нормативное решение суда оценивается после завершения дела. При этом при рассмотрении последствий судебного решения акцент делается на его прямых последствиях, на микроуровне. С точки зрения экономической науки основной интерес представляет рассмотрение реальных последствий на макроуровне, какие народнохозяйственные экономические последствия может повлечь нормативное судебное решение.

Перспективная точка зрения «Права и экономики» предполагает использование особого критерия оценки решения с помощью оценки эффективности распределения ресурсов в экономике после появления прецедентного решения суда. Вопрос в «Праве и экономике» формулируется таким образом: какое воздействие судебное решение окажет на будущее поведение потенциальных виновников, к примеру, причинения ущерба и лиц, которым причинён ущерб, то есть как это отразится на предпринимаемых ими мерах предосторожности, уровне активности, какие затраты и выгоды это за собой повлечёт, каким образом повлияет на эффективность распределения ресурсов и общественное благосостояние¹⁴.

Первым, кто обратил внимание на схожесть идей Л.И.Петражицкого и идей, составляющих методологическую основу современного научного

¹² Г.Ф.Шершеневич. Избранное. М., 2015. С. 426 – 449.

¹³ Л.И.Петражицкий. Введение в науку политики права. / Л.И. Петражицкий. Теория и политика права. СПб., 2010. С. 46.

¹⁴ Клаус Матис. Консеквенциализм в праве. / Вестник гражданского права. 2015, № 5. С. 209 – 210.

направления, именуемого учёными-экономистами «Экономический анализ права», а юристами «Право и экономика», был профессор Tomasz Giaro, который опубликовал в 2009 году на польском и русском языках ряд статей¹⁵. В этом же году появилась статья Э.Фиттипальди¹⁶. О том, что профессора Петражицкого и его учеников Питирима Сорокина и Г.К.Гинса можно признать провозвестниками появления в XX веке экономического анализа права, написано и в моей книге «Право и экономика (методология)»¹⁷.

Думаю, является обоснованным упрек англоязычным авторам книг и статей об истории зарождения «Law and Economics», которые не заметили, что сердцевину политики права Петражицкого образуют научные идеи, составляющие методологию экономического анализа права.

4. Одной из первых публикаций в России, относящихся к «Праву и экономике», является совместная монография У.Маттеи и Е.А.Суханова «Основные положения права собственности». В предисловии итальянского автора книги отмечается, что он руководствовался идеей о том, что право собственности может быть сведено к небольшому числу основных принципов преимущественно экономического и политического характера, которые различные правовые системы только описывают радикально различным образом. Эти различные правовые описания являются всего лишь вариациями нескольких фундаментальных экономических принципов, которые выявляются с помощью экономического анализа права. Они лежат в основе юридической техники принятия решений, призванных регулировать отношения собственности, что означает наличие глубинной связи между экономическими принципами рыночной экономики и частным правом. При этом право собственности оказывает более глубокое влияние на распределение ограниченных экономических ресурсов, чем обязательственное право. Не случайно именно это обстоятельство является одним из экономических оснований цивилистической идеи (принципа) *numerus clausus* (принцип исчерпывающего перечня вещных прав, закрепляемых в законе)¹⁸. В дальнейшем изложении я еще вернусь к идее о том, почему вещно-правовые способы защиты нарушенных субъективных прав рассматриваются как приоритетные по отношению к другим способам защиты в частном праве.

Всякий раз, когда речь идет о праве собственности, возникает проблема определённости этого права. Для того чтобы снизить издержки, связанные с выяснением наличия вещного права, права собственности на ограниченные ресурсы должны возникать не иначе как стандартным способом, специально закреплённым в кодексе.

¹⁵ Giaro, Petrażycki, 211-239; id., Leon Petrażycki i ekonomiczny analiz prawa. Materiały dla dal'nejšrassuždenij, Naučnye trudy Moskovskoj Akademii Ėkonomiki i Prava 24 (2009) 454-86; id., Leon Petrażycki – Osnovopoložnik ekonomicznogo analiza prava, Ėkonomika Predprinimatel'stvo Okružajuščaja Sreda 38.2 (2009) 71-79.

¹⁶ Фиттипальди Эдуардо. Fittipaldi Edoardo, 2009. *Bonae fidei possessor fructus consumptos suos facti. Tentative Answers to One Question Left Open by Leon Petrażycki's Economic Analysis of Law. Societas/Communitas*, 7, 0031:15-36.

¹⁷ Гаджиев Г.А. Право и экономика (методология). М., 2016. С. 53.

¹⁸ У.Маттеи, Е.А.Суханов. Основные положения права собственности. М., 1999. С.7, 65.

«Право и экономика» развилось из теории прав собственности, у истоков которой стояли Рональд Коуз, Армен Алчиан, Л. де Алесси. Одним из основных постулатов новой экономико-правовой дисциплины является аксиома: чем определённые права частной собственности, чем они лучше защищены государством, тем лучше они выполняют роль основного экономического стимула. Чем определённые права частной собственности, тем теснее отношения между благосостоянием индивидуума и экономическими последствиями его решений¹⁹.

Если права собственности чётко определены законом, то в процессе обмена (в результате трансакций) вещь непременно окажется в обладании субъекта, который предложил за неё наивысшую цену, поскольку она представляет для него максимальную ценность²⁰. Выдающийся учёный-экономист Эрнандо де Сото, повторяя эти идеи, составляющие основу т.н. теоремы Коуза, пишет, что «процветание капитализма на Западе и прозябание его в других районах мира объясняется просто: бóльшая часть имущества, принадлежащего гражданам западных стран, включена в систему законных процедур регистрации частной собственности»²¹.

В последние годы появились интересные публикации российских учёных-экономистов (А.Аузан, С.Б.Авдашева, М.И.Одинцова, В.Л.Тамбовцев и др.) и учёных-юристов (А.Г.Карапетов, Дм.Степанов, Т.Сырунина (Храмова), Т.Я.Хабриева, С.А.Курочкин, С.В.Третьяков). Особой похвалы заслуживают: учебное пособие М.И.Одинцовой «Экономика права» (М., 2016), двухтомное исследование А.Г.Карапетова и А.И.Савельева «Свобода договора и её пределы» (М., 2012) и книга А.Г.Карапетова «Экономический анализ права» (М.2016).

Хочу привлечь внимание к книге замечательного советского и российского теоретика права Геннадия Васильевича Мальцева, члена-корреспондента АН СССР «Социальные основания права», в которой поднимаются такие проблемы, как необходимость «смены вех» в научной методологии, поиск новой рациональности и важной для юристов синергетической методологии. Это Г.В.Мальцев оказался провидцем, когда он писал: «Под воздействием синергетической парадигмы, выполняющей интегративные функции в отношении естественно-научного и социогуманитарного знания, может позитивно измениться статус юриспруденции в научной сфере; она увидит в себе настоящую полноценную науку, избавленную от вечного подражания математике, физике и даже экономике, потому что «новый закон природы» мыслится как изоморфный элемент, присущий всем разновидностям знаний, от математических до юридических. Исчезнет различие между «старшими» и «младшими», «ведущими» и «ведомыми» науками, междисциплинарное общение станет свободным. Наконец, есть надежда (но не более того!), что синергетика

¹⁹ De Alessi L. Property rights, transaction costs and X-efficiency: an essay in economic theory. / American Economic Review. 1983, 73, № 1.

²⁰ Р.И.Капелюшников. Экономическая теория прав собственности. 1990. С. 17.

²¹ Эрнандо де Сото. Загадка капитала. М., 2001. С. 57-58.

поможет праву избавиться от старых и злейших его недостатков – субъективизма и волюнтаризма»²².

В журнале «Вестник гражданского права» регулярно печатаются переводы известных западных авторов, работающих в области «Права и экономики».

В ряде юридических вузов преподаётся курс «Право и экономика». В государственном исследовательском университете «Высшая школа экономики» в настоящее время делается попытка не только преподавания этой дисциплины студентам-юристам, но и создания юридических школ (по типу Йельской школы права, выпускник которой Гвидо Калабреззи вспоминал, что его учителями по экономике были три экономиста, впоследствии ставшие лауреатами Нобелевской премии – Джеймс Тобин в Йеле, Лоуренс Клейн и сэр Джон Хикс в Оксфорде).

В Нижегородском государственном университете в 2016 году состоялась защита диссертации Е.А.Тимофеева «Law and Economics»: учение о праве и государстве в США в XX веке» (специальность – «Теория права»).

5. В одном из самых популярных учебников на эту тему – «Law and Economics», написанных Р.Кутером и Т.Уленом, раздел о методологии права и экономики состоит всего из пяти страниц²³. В нем содержится довольно поверхностное сравнение способов научного познания, используемых в экономической науке и юриспруденции. Сами авторы признаются, что они проводят это сравнение с некоторым содроганием, поскольку методологические дискуссии являются всего лишь хорошим лекарством от бессонницы. Эта нескрываемая ирония очень характерна для американской науки, представители которой придерживаются философской традиции прагматизма.

Европейские ученые, занимающиеся «Правом и экономикой», обращают большее внимание на методологическую проблематику. Наиболее примечательной является монография швейцарского ученого Клауса Матиса, являющегося редактором научной серии «Экономический анализ права в европейской юридической науке»²⁴. Многие авторы, пишущие как на английском, так и на русском языке, обращают внимание на **методологическую проблематику**. Что касается специальности авторов, то большую озабоченность проявляют юристы, нежели экономисты, для которых доводы о необходимости и возможности оценки экономической эффективности юридических норм кажутся почти абсолютной истиной, однако юристы не склонны воспринимать ее как истину в конечной инстанции, поскольку веками формировавшееся юридическое мышление логике экономической эффективности противопоставляет логику правовой справедливости. Итак, отношения между юриспруденцией и экономикой являются в некоторой степени конфликтными, исходя из сложившихся в

²² Г.В.Мальцев. Социальные основания права. М., 2007. С. 106-107.

²³ См.: Cooter R., Ulen T. Law and Economics. L., 1988. P. 8 – 12.

²⁴ Klaus Mathis. Efficiency instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Springer. 2011.

двух социальных дисциплинах различий в методах познания. Поэтому экономические методы познания правовых норм в принципе можно использовать и в юридической науке, и даже в практической юриспруденции, но для этого предварительно должен быть решен важный методологический вопрос о допустимости при разрешении юридических споров использовать экономические резоны²⁵. Чтобы решить этот важнейший методологический вопрос, необходимо предварительно сопоставить методы познания и структурирования в сознании человека, разработанные юриспруденцией и гораздо позднее – экономической теорией. В более широком контексте эта исследовательская программа предполагает сопоставление экономических и правовых институтов и анализ их влияния друг на друга.

Не отрицая научной ценности методов экономического анализа права, М.В. Антонов указывает на необходимость **уяснения методологических границ их применения**, условий и пределов значимости их выводов. По сути, это намек на ограниченность методов экономического анализа, которые предназначены для изучения лишь одной из сторон правовой действительности, а поэтому изначально ошибочным является построение метатеории наподобие марксистской, где экономические отношения были бы основой для объяснения всего социального бытия, включая сферу права. Вследствие этого необходимо сохранить границы разных дисциплин без смешения разных научных подходов в одно синкретическое целое, но вполне допустимо развитие междисциплинарного изучения форм взаимосвязи и взаимовлияния правовых и экономических институтов²⁶.

Призывы к проявлению осторожности в восприятии идей «Права и экономики» рано высказывались наиболее дальновидными западными учеными. Профессор Йельской школы права Артур Корбин в своем прощальном письме преподавателям своей школы писал с иронией о том, что чем меньше мы знаем об экономике, этике и политике, тем больше мы склонны питать иллюзии, что в них-то и найден искомый абсолют истины. Он высказал чрезвычайно глубокую методологическую идею о том, что поиски истины, единственного абсолюта – бессмысленны. И, тем не менее, юристы – ученые продолжают поиски абсолюта, хотя ученые уже давно знакомы с философской идеей о том, что ничего в научном мире, созданном сознанием и фантазией человека, не может быть абсолютным.

Никлас Луман также предупреждает о рисках чрезмерного доверия к восприятию экономических теоретических моделей, которые могут подорвать догматическую независимость правовой системы²⁷.

Но являются ли экономические методы познания правовых явлений совместимыми с юриспруденцией? Не приведет ли их применение к разрушению основополагающих ценностей, лежащих в фундаменте

²⁵ См.: Гаджиев Г.А. Предмет конституционной экономики // Очерки конституционной экономики / отв.ред. Г.А.Гаджиев. М., 2009. С. 88.

²⁶ См.: Антонов М.В. Экономический анализ права и проблемы методологии сравнительного правоведения // Сравнительно-правовой подход при анализе источников права. СПб., 2010. С. 24, 25; Он же. О некоторых теоретических проблемах применения экономического анализа права в России // Право. 2011. № 3. С. 25.

²⁷ Luhmann N. Rechtssystem and Rechtsdogmatik. Kohbhammer, 1974.S. 48.

юриспруденции? Вопросы не лишние, с учетом предложения Р.Познера отказаться от идеи справедливости и заменить ее идеей экономической эффективности. По моему мнению, право обладает свойством резистивности или сопротивляемости замене юридических методов экономическими. Мы, юристы, должны осознавать те риски, которые возникнут, если мы уступим проявлениям «экономического империализма». Необходимо сохранить существующие границы двух самостоятельных социальных наук – экономической и юридической. В связи с этим уместно напомнить мысль Гэри Беккера о том, что отличительной чертой экономической науки является не ее предмет, а ее метод, то есть экономические методы должны использоваться в процессе научного изучения правовых институтов.

Моя научная позиция состоит в том, что «Право и экономику» можно развивать как междисциплинарное научное направление, как часть юридической науки. При этом специфика методов познания правовых феноменов должна сохраняться. Однако не стоит забывать и о процессе в науке, который Ф. фон Хайек обозначил словами: «пагубные последствия специализации научных знаний».

Вполне можно согласиться с тем, что предмет юридической и экономической наук может частично совпадать. Имущественные отношения между людьми находятся в совместном ведении (как минимум) двух наук. Иллюзорность научного сознания ученых-юристов и экономистов – вот объяснение тому, что две очень близкие системы научных знаний, понятийный ряд которых обслуживает одни и те же реально существующие отношения между людьми, стали фокусироваться на разных гранях этих отношений. Тот ракурс, который интересен для юриспруденции – это правовая грань имущественных отношений, – правоотношения. Экономическая наука изучает экономические грани имущественных отношений. А поэтому сложились, как нормы научного сознания, которое всегда нормативно, юридические и экономические методы изучения различных граней одних и тех же отношений, онтологически зафиксированных во всеобщей реальности.

Это явление я называю изоморфностью права и экономики.

На ее основе, сохраняя специфику и отраслевую принадлежность экономических и юридических научных методов, в рамках «Права и экономики» можно сочетать эти методы, или – агрегировать их. Замечу, что латинский научный термин *aggregates* означает соединение (и не только механическое) в одно целое разнородных или же однородных частей.

Но тогда этот метод соединения в одно целое (или – для достижения единой цели) разнородных методов будет представлять собой новый метод – метод агрегирования экономических и юридических методов познания как собственный метод «Права и экономики». Он реально существует и применяется в практике органов исполнительной власти при оценке регулирующего воздействия нормативных актов.

Для более легкого восприятия этих идей, относящихся к предмету онтологии права, воспользуюсь простейшим примером: два студента

договариваются о том, что один дает другому на определенный срок займы три тысячи рублей, а потом возвращает (или – не возвращает) их. Почему он возвращает деньги? Я задавал этот вопрос в аудитории студентам - юристам, студентам, изучающим философию, и студентам - экономистам. Полученные ответы привели меня к важным (для меня!) идеям о юридической картине мира.

Будущие юристы считают, что возвращение взятого займа вызвано страхом перед юридической ответственностью. Студенты - философы говорили о том, что человек возвращает деньги в силу порядочности, а в более широком смысле – руководствуется чувством долга, как бы слышит «голос совести» потому, что в обществе происходит интернализация этических установок, выработанных обществом в течение тысячелетий. Знаменитые заповеди изобрел не «человек по имени Моисей», это – результат человеческого опыта²⁸. И действительно, чем лучше развита система этических норм и чем крепче они усвоены обществом, тем выше показатели так называемого социального капитала и человеческого капитала, без которых невозможно экономическое развитие.

Человек в процессе исполнения сделки в реальной жизни может руководствоваться разными мотивами, которые являются частью психологической реальности, но это скрытая для глаз реальность. Мотивы присутствуют в сознании человека, и оно может быть разным у юриста и экономиста. Это могут быть мотивы страха, мотивы, рожденные чувством долга, соображения расчета, бережливости. Вполне возможно, что в мотивах может иметь место синкретизм – слитность, нераздельность.

Итак, в реальности эти мотивы могут действовать совместно. Но в научном сознании они подменяются иллюзиями. Две очень близкие системы знаний – экономическая теория и юриспруденция, понятийный ряд которых обслуживает одни и те же отношения между людьми, - стали фокусироваться на разных гранях этих отношений. Тот ракурс, который интересует юристов, - это правовая грань отношений, т.е. правоотношения. Экономисты изучают экономические грани, аспекты общественных отношений, экономические отношения. Постепенно сложились совершенно разные научные методы изучения различных граней одних и тех же отношений.

Первый урок, который я пытаюсь преподнести студентам–юристам, читая спецкурс «Право и экономика: методология» в Санкт-Петербургском филиале Высшей школы экономики, состоит в том, что изучение права и экономики должно начинаться с философско-правовых оснований и, прежде всего, идей онтологии права о юридическом мире. Я показываю им разницу, существующую между физическим миром, правовой реальностью и юридическим концептом правовой реальности, т.е. юридической научной картиной мира, опираясь на труды выдающегося философа права Золотого века русской юриспруденции Евгения Васильевича Спекторского²⁹.

²⁸ Зигмунд Фрейд. Человек по имени Моисей. М. 2015.

²⁹ См.: Спекторский Е. К вопросу о реальности права// Юридический вестник. 1914. Кн.5.

Юридический мир, в отличие от физического, измышлен, в этом смысле фикционен, он является результатом научной обработки (рефлексии) опыта, накопленного человечеством по разрешению и предотвращению конфликтов и в целях достижения гражданского мира.

Физический мир и гражданский мир находятся, условно выражаясь, в разных регистрах. Сфера конфликтного бытия послужила питательной почвой для появления трех наук – этики, позже юриспруденции, а еще позже – экономической теории. Социальные науки имеют дело с социальными нормами – этическими, юридическими и экономическими. Все эти нормы и изучающие их общественные науки научно осмысливают человеческий опыт, связанный с отношениями в обществе и с конфликтами. В XX веке эту область человеческого опыта стали исследовать ученые-экономисты.

Итак, в реальной жизни существует общественное отношение. А в науке происходит специализация научных знаний об этом отношении, разные социальные науки изучают разные грани одного и того же отношения.

6. Научное направление «Экономический анализ права» развивается, в основном, учеными-экономистами, специалистами в области институциональной экономики, хотя само это название, как считается, начал активно использовать Ричард Познер, юрист и федеральный судья. Это он предложил использовать экономическую эффективность как ценность, которая должна заменить деонтологическую категорию справедливости³⁰ в качестве архимедова рычага для коренного изменения юридической картины мира. И это наиболее крайнее проявление неприемлемого «экономического империализма». Направление, именуемое «Право и экономика», разрабатывается в основном юристами-экономистами, это – юрикоцентрическое междисциплинарное учение, завоевавшее наибольшую популярность. Агностической платформой этого учения, как писал Гвидо Калабрези, являются представления, согласно которым юридический мир как научный концепт правовой действительности, принимается таким, как он есть³¹. Признав это, «Право и экономика» стремится найти в реальном мире факты, которые могут быть использованы для реформирования юридической теории. При этом экономико-правовой подход обнаруживает свою полезность как для коррекции юридической картины мира, так и для формирования поправок к экономической теории.

Сила «Права и экономики» в использовании эвристических познавательных структур, таких, как трансакционные издержки, экстремальные эффекты, эффективность юридических норм, модели способов защиты прав и многих других.

Эти познавательные структуры вполне эффективно используются в таких отраслях юридической науки России, как гражданское право (особенно – корпоративное право и договорное право), экологическое право,

³⁰ Р.Познер. Экономический анализ права. СПб, 1994, т.1.

³¹ Г.Калабрези, указ. работа, с.38-39.

конкурентное право, появились исследования и в области процессуального права. В публичном праве ведутся исследования, называемые «конституционной экономикой». Уже есть судебные решения Конституционного Суда РФ, в которых явно присутствуют идеи «Права и экономики»³².

Экономические познавательные методы используются и для описания, объяснения, корректировки юридической картины мира.

Я полагаю, что в России должна создаваться российская версия «Права и экономики». Как писал великий поэт Владимир Маяковский в своем наставлении молодежи: «Смотрите на жизнь без очков и без шор, глазами жадными хапайте всё то, что у вашей земли хорошо и что хорошо на Западе».

При этом я исхожу из того, что познавательные возможности экономической науки не могут объяснить устройство юридического концепта действительности, но это не означает, что экономические познавательные структуры должны полностью отвергаться. Необходимо найти сложный баланс между утилитаристскими резонами, высоко ценящими категории «польза», «эффективность», и деонтологическими соображениями, прежде всего – этическим основанием юриспруденции – справедливостью.

Экономические методы, познавательные структуры «Права и экономики» вполне способны обнаружить иллюзорность, нерациональность и даже ошибочность каких-то сложившихся юридических представлений. В частности, в юриспруденции, как считает С.В.Третьяков, едва ли не господствующим является представление об автоматизме поведения субъекта права в процессе реализации юридических норм³³. Согласно этой теоретической конструкции юриспруденции ценность юридических норм проявляется в способности оказывать воздействие на волю субъектов права и через нее – на их поведение. Действие права представляет собой информационное, ценностно-мотивационное и непосредственно-регулирующее воздействие на общественные и прежде всего экономические отношения³⁴. Оно означает согласно юридическим воззрениям переход (перевод) юридических моделей поведения в практику реального поведения. Это теоретическое построение, призванное объяснить, описать, структурировать в виде научных знаний процесс оказания влияния юридических норм на общественные отношения, использует самые распространенные в юридическом способе познания мира приемы – а это презумпции и фикции. Презюмируется, что раз юридические нормы существуют, то они обязательно – эффективно или неэффективно – оказывают воздействие на поведение людей. Эта презумпция фиктивна,

³² См.: Постановление КС РФ от 2 июня 2015 г. № 12-П по делу о проверке конституционности части 2 ст.99, части 2 ст.100 Лесного кодекса; от 12 декабря 2016 г. по делу о проверке конституционности п.п.1 ст.1301, п.п.1 ст.1311 и п.п.1 п.4 ст.1515 ГК РФ.

³³ См.: Третьяков С.В. Формирование исследовательской программы экономической теории права// Трансграничный торговый оборот и право. М., 2013. С.228.

³⁴ См.: Теория государства и права / под ред. В.К.Бабаева. М., 2006. С.474.

поскольку мотивы поведения человека могут быть обусловлены совсем не действием юридической нормы.

Экономическая и экономико-правовая теория предлагает отказаться в целях познания от традиционной презумпции и фикции. Экономическая теория права фиксирует свое внимание только на стимулирующей функции права, когда норма, её онтологическое существование может стимулировать поведение, а может и не оказывать никакого стимулирующего воздействия³⁵. Как минимум эта теория более реалистична, а отказ от привычных штампов в юридическом мышлении очень полезен, поскольку в юриспруденции ощущается дефицит внутренних ресурсов стимулирования критической функции юридической теории.

Юристы начинают анализ эффективности юридических норм с оценки целей, которые ставил перед собой законодатель. Цель в таком случае означает использование в теоретическом концепте еще одной фикции – воли законодателя. Затем юристы пытаются сопоставить и квантифицировать (оценить), насколько полно в практике реализации юридической нормы модель реального поведения приближается к юридической (идеальной) модели. Как справедливо подметил С.В.Третьяков, поскольку правовая теория не располагает каким-либо полноценным инструментарием оценки воздействия права на общественные отношения, единственным инструментом, призванным на теоретическом уровне сопрягать «должное» и «сущее», является категория цели правового акта³⁶. У юристов, таким образом, в их теории юридического познания имеется только телеологическая конструкция понимания и объяснения эффективности права.

Обращу внимание на чрезвычайно важный вывод: оказывается, можно критически оценить основы юридического теоретического конструкта правовой действительности, обнаружить в самой модели традиционного юридического мышления избыточные фикции, если сопоставить методы познания экономической теории и юриспруденции. И тогда необходимо признать, что, помимо онтологических методов описания взаимосвязи права и экономики, надо конструировать новые гносеологические методы «реверса» права и экономики.

Такие методы познания, которые сконструированы экономистами, как теория рационального выбора (общественного выбора), ценовой метод, когда цена рассматривается в качестве альтернативных издержек нерыночного поведения субъектов права, обладают определенным объяснительным потенциалом и должны использоваться для критического переосмысления и изменения многих базовых структур юридической картины мира.

С точки зрения экономической теории права, анализ эффективности действия юридических норм осуществляется с применением совершенно иных, нежели в юриспруденции, методов. Основой этих методов является предположение, что на реальное поведение субъекта права влияет множество

³⁵ См.: Третьяков С.В. Указ.соч. С.229.

³⁶ См.: Третьяков С.В. Указ.соч. С.222.

факторов, поэтому влияние юридической нормы может быть и минимальным. Нормы права, точнее санкции данных норм, трактуются экономистами как некие цены, назначаемые за определенное поведение. Нормы при этом рассматриваются только как одно из множества сложившихся в обществе ограничений экономического поведения. Экономические субъекты ориентируются прежде всего на максимизацию полезности. В юридическом концепте действительности эта идея заменяется идеей о том, что целью предпринимательской деятельности является извлечение прибыли (абз.3 п.1 ст.2 ГК РФ).

Предприниматель, ориентируясь на получение прибыли, вообще может при выборе варианта экономического поведения игнорировать юридические нормы, исходя из своего понимания рационального выбора.

Как считает С.В.Третьяков, такое понимание сущности правовых регуляторов (норм) накладывает определенные онтологические обязательства на трактовку собственно правовой формы как таковой и предлагает проанализировать эти онтологические обязательства³⁷.

Во-первых, содержание правовой нормы представляет собой лишь одно из множества внешних, объективно существующих (сложившихся) ограничений, которые рациональный субъект права принимает во внимание при формировании своей поведенческой стратегии. Значит, экономический анализ действия юридических норм вовсе не презюмирует, что они непременно и чуть ли не автоматически исполняются. Благодаря такому подходу создается более сложная объяснительная теоретическая модель, которая нацелена, в первую очередь, на анализ **последствий** соблюдения или несоблюдения (что вполне реально) правовых норм. Это иной методологический принцип экономического анализа права, когда в научном анализе осуществляется фокусировка на исследовании фактических последствий реализации юридических норм. Квантификация (оценка) при этом осуществляется с помощью методов ценовой теории. С.В.Третьяков делает вывод, что для экономической теории права в отличие от юриспруденции характерно консеквенциалистское понимание эффективности права.

Во-вторых, в экономической теории права обращается внимание на **стимулирующие функции права**. С точки зрения экономической теории важно, чтобы субъекты рынка учитывали возможное влияние правовых норм на их поведение до выбора ими стратегии поведения. Именно в этом случае правовой механизм имеет качество стимула. Если же речь идет о наказании правонарушителя, это уже не столь важно, поскольку нежелательное действие уже совершено. Стимулирующий эффект юридической нормы в юриспруденции обозначается понятием «превенция»³⁸.

7. В юридическом концепте действительности еще достаточно много иллюзий, искажений реальной правовой действительности. Одна из них –

³⁷ См.: Третьяков С.В. Указ.соч. С.227.

³⁸ Там же. С.229.

иллюзия абсолютности. Юристам кажутся абсолютными какие-то права человека, абсолютным является дихотомия, в силу которой юридические нормы бывают либо публичными, либо частными, и ничего иного быть не может. А может быть юридическая норма в какой-то степени частной, а в какой-то – публичной? Почему юристы, как дальтоники, видят юридический мир только в сочетании двух цветов – черного и белого?

Впору вспомнить картину гениального художника (и философа) Казимира Малевича «Черный супрематический квадрат», который сто лет назад предсказал то, что будет происходить в социальных науках. Черный квадрат можно рассматривать как символ важной философской проблемы. Внешняя простота, незатейливость рефлексии квадрата скрывает глубину идеи. На самом деле изображен не квадрат, а прямоугольник! В оптике описываются законы иллюзии человеческого зрения. Но точно так же в «научном зрении» постоянно возникают иллюзии простоты. Оказывается, квадрат вовсе не черный – художник смог отразить тридцать оттенков серого цвета! Выходит, картина Малевича описывает то, что ученые определяют как «когнитивный диссонанс», т.е. расхождение между восприятием, т.е. осмыслением актуальной ситуации с учетом имеющихся знаний. Обыватель, стоя у картины Малевича, лишь смеется и, как правило, утверждает, что и он тоже может так нарисовать. И это означает, что он не выдерживает своего рода тест на воображение.

Способность увидеть вместо радикального черного цвета спектр оттенков – это уже свидетельство способности отказаться от упрощенных научных представлений. Везде можно увидеть спектр, диапазон, и это важная философская аксиома. Человеку, знакомому с философией Эрнста Кассирера, - а Казимир Малевич читал его работы по философии символических форм, - становится понятно философское послание Малевича. Изображение приобретает четкий философский подтекст, не зря художник написал философские размышления на тему искусства и бытия.

Итак, «Черный квадрат» - на самом деле – яркая метафора, которую я использую для того, чтобы показать издержки от использования абсолютных величин в юриспруденции.

Юристы не зря разработали юридическое понятие вины, отличное от теологического греха, для того, чтобы сделать оценки деяний человека более относительными, т.е. справедливыми. Для юридического мышления деонтологические резоны крайне необходимы, только утилитаристские соображения неуместны в юриспруденции.

И это мое утверждение является, по сути, дедукцией из двух важных решений Конституционного Суда России, которые опираются на идеи «Права и экономики». И это обстоятельство означает, что идеи «Права и экономики» не являются спекулятивными, это не безумное подражание западной юридической доктрине, и что это учение весьма практично.

Познавательные структуры «Права и экономики» можно обнаружить в аргументах Европейского Суда по правам человека. В качестве примера сошлюсь на решение Европейского Суда по делу Пауэлл и Рейнер против

Соединенного Королевства, в котором Суд рассматривал в контексте статьи 8 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод жалобы заявителей на чрезмерно высокий уровень шума от самолётов в районе аэропорта Хитроу, где они проживали.³⁹ Шум самолётов в районе глиссады представляет собой экстерналии, ущерб от которых владельцы аэропорта должны интернализировать.

Идеи «права и экономики» просматриваются и в мотивировочной части решений Европейского Суда от 6 декабря 2011 г. по делу «Гладышева против Российской Федерации» и от 29 января 2015 г. по делу «Столярова против Российской Федерации». Заявители по этим делам являлись добросовестными приобретателями квартир, купленных у незаконных владельцев. Первоначальным собственником, предъявляющим иск об истребовании имущества из чужого незаконного владения, являлся орган публичной власти⁴⁰. Гр. Гладышева проживала в купленной квартире со своим несовершеннолетним сыном в течение трех лет, ее право собственности на квартиру было зарегистрировано в установленном порядке, титул собственности не оспаривался в течение этого времени. Суды установили с обратной силой, что публичным собственником квартиры оставался г. Москва и факт мошенничества в процессе приватизации, который делал первоначальную сделку недействительной. Пункт 1 ст. 302 ГК РФ допускает истребование имущества у добросовестного приобретателя при условии, что оно выбыло из владения собственника помимо его воли. В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 было указано, что для истребования имущества у добросовестного приобретателя первоначальный собственник должен доказать, что имущество было отчуждено помимо его воли; т.е. высшие суды дали судам указание исследовать намерения собственника в качестве самостоятельного вопроса, отличного от вопроса о том, являлся ли действительным договор о переходе права на имущество. А в Определении Конституционный Суд РФ от 27 января 2011 г. № 188-О-О отмечается отсутствие автоматической связи между недействительностью сделки и отсутствием воли собственника на выбытие имущества. Иными словами, недействительность сделки, во исполнение которой передано имущество, не свидетельствует сама по себе о его выбытии из владения передавшего это имущество лица помимо его воли; судам необходимо устанавливать, была ли воля собственника на передачу владения иному лицу.

Европейский Суд напомнил, что риск любой ошибки, допущенной государственными органами, должно нести государство, эти ошибки не должны устраняться за счет заинтересованного лица⁴¹.

³⁹ Eur. Court H.R. Powell and Rayner v United Kingdom, Judgement of 21 February 1990. Series A. № 172.

Перевод на русский язык: См.: Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. Т.1, с.659-664.

⁴⁰ Сейчас на рассмотрении Европейского Суда находятся более 30 коммуницированных жалоб, аналогичных жалобам гр.гр. Гладышевой и Столяровой.

⁴¹ Аналогично рассуждая, Конституционный Суд РФ ранее защитил право добросовестных приобретателей нерастаможенных иномарок. См.: Гаджиев Г.А. «Право и экономика (методология)», с. 220 – 226.

Постановление ЕСПЧ по жалобе гр. Гладышевой примечательно прежде всего тем, что в нем взвешивается интерес публичного собственника в возврате из чужого незаконного владения жилого помещения, незаконно утраченного публичным собственником и частным интересом добросовестного приобретателя⁴². Примечателен вывод Суда: несмотря на то, что интерес публичного собственника является легитимным, поскольку он лежит в основе государственной жилищной политики, этот абстрактный интерес не обладает столь же высокой конституционной ценностью, какая признается за интересом *конкретного* гражданина владеть, пользоваться и распоряжаться *конкретной квартирой*, незаконно выбывшей из его владения. Гражданин, утративший жилое помещение, с иском об истребовании которого он обращается к последнему приобретателю, заинтересован в возврате *именно этой квартиры*, поскольку имеет к ней эмоциональную привязанность. Таким образом, конкретный интерес частного собственника и абстрактный интерес органа власти в возврате жилого помещения, незаконно выбывшего из их владения, не могут считаться равнозначными.

Абстрактный интерес публичного собственника в удовлетворении жилищных потребностей потенциального нанимателя по договору социального найма также уступает по своей конституционной значимости конкретному интересу последнего приобретателя жилого помещения в сохранении спорной квартиры в своем владении. Последний приобретатель сознательно приобрел именно эту квартиру на вторичном рынке (по соотношению цена-качество она представлялась ему лучшей среди всех имевших альтернатив), и утрата этой квартиры связана для него с большим эмоциональным потрясением и существенными неудобствами по поиску нового жилья и переезду. Таким образом, абстрактный интерес публичного собственника в обладании спорной квартирой, в отличие от конкретного интереса частного собственника или последнего приобретателя, не может рассматриваться как требующий столь же высокого уровня правовой защиты.

Кроме того, пункт 1 статьи 302 ГК РФ не учитывает связанность публичной власти конституционной обязанностью уважать и защищать права граждан, а, следовательно, *отсутствие у публичного (в отличие от частного) собственника свободы в выборе способа защиты своих прав*. Публично-властный субъект обязан выбрать такой способ восстановления нарушенного права, который причиняет наименьший вред правам конечного приобретателя, и тем самым обеспечивает уважение права собственности и права на жилище ответчика. Справедливый баланс интересов может быть обеспечен, если публичный собственник воспользуется для защиты нарушенных прав статьей 1064 ГК РФ, позволяющей ему предъявлять иск о возмещении ущерба *непосредственно к лицам, виновным в первоначальном незаконном выбытии выморочного имущества из государственной (муниципальной) собственности*.

⁴² Гладышева против РФ, п. 76; Столярова против РФ, п. 46.

Столь подробное описание этого решения Европейского Суда потребовалось мне для того, чтобы сфокусироваться на основной идее Суда, состоящей в том, что способы защиты частной собственности приоритетны по сравнению со способами защиты публичной собственности.

А между тем, этот вывод следует из анализа способов защиты прав, осуществленного в знаменитой статье Г.Калабреззи и А.Меламеда⁴³. По сути, авторы обращают внимание на то, что в частном праве разных стран можно обнаружить некие фундаментальные и общие для них правовые принципы. Речь идет об универсальных принципах гражданского права, выведение которых Г.Ф.Шершеневич относил к основным задачам гражданского правоустройства⁴⁴. Ученый мечтал о том времени, когда соединенными усилиями юристов всех стран будет создана общая теории гражданского права. Надо признать, что усилиями Г.Калабреззи и А.Меламеда сделан важный шаг в этом направлении.

Все способы защиты нарушенных прав, указанные автором, помещают в трехчленную систему: 1) способы, основанные на принципе неотчуждаемости каких-то благ (к примеру, закон запрещает распоряжаться человеческими органами); 2) способы защиты, включаемые в группу способов защиты прав собственности (property Rule); 3) способы защиты, вытекающие из принципа ответственности (Liability Rule). Способы защиты прав собственности включают возможности предъявления виндикационных, негаторных исков; они стимулируют вступать в полноценные переговоры о возможной цене нарушения, за которое право собственности может быть и нарушено (своего рода продажа права на нарушение права собственности). Замечу, что такое правомочие собственника юридическому дискурсу неизвестно).

Способы защиты, охватываемые Liability Rule, состоят в возможности возмещения причиненного вреда в рамках деликтных правоотношений. Они дают теоретическую возможность нарушителю субъективного права отбирать – покупать нарушение субъективного права за заранее назначенную цену в виде полного возмещения вреда.

Заслуга Г.Калабреззи и А.Меламеда и в том, что они поставили и разрешили по сути нормативный вопрос о том, в каких правовых ситуациях оптимально использование той или иной модели защиты нарушенного права. Они обнаружили, что если выгоды от правонарушения оказываются выше предвидимой нарушителем суммы подлежащих взысканию с него за это убытков, то возникает экономический стимул нарушения прав путем отбора его у правообладателя без его согласия. Этот стимул зачастую оказывается влиятельнее, чем юридические сдерживающие нормы. Авторы обратили внимание и на то, что в правовой действительности отсутствует

⁴³ Calabresi G., Melamed A.D. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral // Harvard Law Review. 1972. Vol. 85. P. 1089.

Глубокий анализ этой статьи содержится в статье А.Г.Карапетова «Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд. // Вестник экономического правосудия РФ. 2014, №№ 11 – 12.

⁴⁴ Г.Ф.Шершеневич. Задачи и методы гражданского правоустройства. Избранное. С. 324 – 343.

стоцентная гарантия *ex post* взыскания убытков в полном объеме в судебном порядке.

Это явление оказалось невидимым в юридической картине мира, но экономическая методология обнаружила «объекты-невидимки». Принцип частного права о полном возмещении вреда при использовании познавательных моделей права и экономики приобретает иллюзорный характер, поскольку не позволяет устранить риски недокомпенсации, в особенности, в случаях причинения ущерба т.н. «мериторным благам»⁴⁵. Понятие мериторных благ, которым оперируют юристы, обнаруживает блага, которые не учитываются рынком. В представлениях юристов существуют только волевые отношения между людьми, юристы-экономисты допускают возникновение отношений между человеком и вещью, когда в решениях Европейского Суда по жалобам Гладышевой и Столяровой используется аргумент об «эмоциональной привязанности» человека к вещи, которая должна учитываться при принятии решения суда, то имеется в виду отношение человека к вещи. Как мне кажется, высокая степень значимости методологии «права и экономики» для юридической науки обусловлена тем, что она демонстрирует юристам насущную необходимость моделирования усложненной реальности, что в целом, характерно для методологии постмодернистских представлений о праве. Немецкие специалисты в области «права и экономики» Клаус Отт и Ханс-Бернд Шафер утверждают, что когда государство выбирает тот или иной способ (или модель) защиты права, оно выбирает и политический курс. Если государство считает приоритетным способы защиты права на модели Property Rules, то это ориентация на принцип автономии, свободу договора, это выбор образа либерального государства. Если же выбор делается в пользу идеи всеобщего благоденствия, являющейся идеей «холодного социализма», то государство широко применяет способы защиты по модели Liability Rules⁴⁶.

Существуют юридические признаки государства всеобщего благоденствия (*welfare state*) – коллективное обязательное страхование (например, ОСАГО, система взносов на капитальный ремонт жилья и т.д.).

Классификация моделей защиты Калабреззи-Меламеда обладает большим объяснительным потенциалом при анализе многих изменений, происходящих в правовой реальности. В частности, проводимая в г.Москве программа реновации старого жилого фонда представляет собой реализацию вэлфаристского (от *welfare state*) подхода публичной власти, близкого к концепции социального государства. А защита личных прав (*privacy rights*), которые ранее основывались на модели Liability rules, заменяются способами защиты по модели property rules. В деле по иску принцессы Каролины Монакской против издательства «Бурда», которое в течение многих лет

⁴⁵ См.: Калабреззи Г. О мериторных благах: коммодификация и командификация // Будущее права и экономики. М., 2016.

⁴⁶ Claus off, Hans-Bernd Schafer. The dichotomy between property rules and liability rules: experience from German law.

рассматривалось высшими судами ФРГ, а затем Европейским Судом по правам человека, а потом вновь высшими судами ФРГ, которые, кстати, не согласились с правовой позицией Европейского Суда, в конечном счете была использована модель защиты «property rules», в то время как Европейский Суд ориентировался на не менее обременительные для издательства правила защиты «Liability rules».

На этом примере можно сформулировать чрезвычайно важный вывод о том, что компенсация, выплачиваемая правонарушителем по модели Liability rules, т.е. деликтная ответственность, проигрывает в сравнении с моделью защиты прав собственности потому, что не учитывает феномен недокомпенсации и не является достаточно эффективным способом сдерживания, профилактики правонарушений.

Для «чистого частного права» характерна прежде всего модель защиты вещных прав. Именно они понуждают вступать в добровольные соглашения между собой, которые наиболее оптимально урегулируют отношения. Вот почему способы защиты по модели Property Rules становятся приоритетными.

Теперь становится понятным, почему когда выдающиеся представители экономической науки, такие как Р.Коуз, Мансур Олсон подчеркивают исключительную важность правового принципа верховенства прав, предполагающего в том числе принцип неприкосновенности частной собственности⁴⁷, который является основным для повышения юридической капитализации страны.

Методологические соображения Калабрезии-Меламеда о моделях защиты были использованы в процессе выработки решения Конституционный Суд РФ о проверке конституционности положений части IV ГК РФ о защите прав правообладателей посредством т.н. «штрафных убытков», которые сконструированы в американском праве по правилам защиты Property Rules (Постановление от 12 декабря 2016 г.).

Норма о карательных убытках заимствована из законодательства США, где взыскание наказательных убытков (punitive statutory damages) является широко распространенной практикой. Но в отличие от законодательства США, которое предусматривает, что в случае, если будет доказано, что нарушитель не знал о противоправном характере своих действий, сумма наказательных убытков снижается в три раза, в ГК РФ субъективная сторона не учитывается, поскольку нижняя граница компенсации носит жесткий характер.

В целом, отвергая карательные убытки в деликтном праве, специалисты по гражданскому праву допускают их применение при посягательствах на исключительные права авторов (например, взыскание с нарушителя двойной стоимости платы по лицензии за право использования авторского права). Считается, что сфера интеллектуальной собственности –

⁴⁷ См.: Gadis Gadzhiev. The Russian Judicial Doctrine of the Rule of Law: Twenty Years After // The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat). Springer. 2013. P.209-229.

это исключение из правила, поскольку объекты этих прав не являются телесными. Поэтому многие лица могут получать выгоду от использования исключительных прав при небольших рисках быть привлеченными к ответственности.

Особая уязвимость интеллектуальной собственности объясняет, почему обычных норм деликтного права и норм об обязательствах из неосновательного обогащения оказывается недостаточно для эффективной профилактики правонарушений. Выгода от совершенного нарушения исключительных прав оказывается выше предвидимой суммы подлежащих взысканию с нарушителя сумм. Возникает ситуация недокомпенсации.

Возможность взыскания карательных убытков выступает в качестве стимула к судебной защите исключительных прав самими правообладателями. Американская доктрина исходит из предположения, что частноправовая модель контроля за соблюдением прав авторов предпочтительнее, чем контроль административных органов. Логика здесь такова – чем меньше компетенции у проверяющих органов государства, тем больше возможностей для защиты посредством частной литигации (*private enforcement*). Вместо усиления административного контроля американская правовая система посредством института карательных убытков создает институциональные условия для того, чтобы за соблюдением законных прав частных лиц отвечали они сами.

Необходимо напомнить, что целью введения института штрафных (карательных) убытков было повышение эффективности правовых средств, устрашение реальных нарушителей, производителей контрафактной продукции.

Впервые Конституционный Суд РФ решал коллизию, составляющую предметную сферу междисциплинарной системы знаний, получившей название «Право и экономика», а именно – коллизию между потребностью придания юридической норме об ответственности экономической эффективности, которая в «*Law and economics*» обозначается понятием *rational* (рациональный) и юридической справедливостью, которая выражается термином английского юридического языка *reasonable* (справедливый – правовой).

Суть правовой позиции КС РФ состоит в том, что, безусловно, нормы гражданского права в процессе воздействия на имущественные и личные неимущественные отношения должны обеспечивать охрану публичных интересов (в частности, таким способом, как охрана интеллектуальной собственности – ч. 1 ст. 44 Конституции РФ), но только в той мере, в какой они не вступают в противоречие с конституционно значимыми фундаментальными принципами частного права. Защита этих принципов неразрывно связана с конституционным принципом доверия к суду: не случайно и в ст. 333, и в ст. 308.3 ГК РФ суду предоставляется возможность определить размер денежной суммы, присуждаемой кредитору, на основе принципов справедливости, соразмерности и недопустимости извлечения выгоды из незаконного или недобросовестного поведения (п. 4 ст. 1 ГК РФ).

Первый в перечне основных начал гражданского законодательства (п. 1 ст. 1 ГК РФ) – принцип равенства участников регулируемых гражданским законодательством отношений, вытекающий из конституционного принципа экономической свободы, которая гарантируется в России (ч. 1 ст. 8 Конституции РФ), предполагает эквивалентность во взаимоотношениях сторон. Поэтому, регулируя частноправовые отношения, законодатель должен учитывать фундаментальный принцип частного права – взаимосвязанное обоснование правовых последствий. В частности, применительно к сфере деликтных правоотношений он означает, что, наделяя материально-правовыми или процессуально-правовыми преимуществами одну сторону такого правоотношения, законодатель должен иметь в виду, что тем самым он существенно затрагивает интересы другой стороны, нарушая необходимый баланс. Заложенные в ГК РФ нормы создают преимущества правообладателя, оправданные целями охраны интеллектуальной собственности и проявляющиеся в том, что правообладатели не несут бремени доказывания ни размера причиненного им ущерба, ни наличия вины нарушителя. Но поскольку это нормы кодифицированного закона, имеющего общую часть, они не могут противоречить основным началам гражданского законодательства. ...

Франц Быдлинский убедительно объяснил, что наложение подобного наказания как компенсация противоречит фундаментальному принципу, согласно которому в частном праве правовые последствия нуждаются во взаимном обосновании. Он указывает на то, что в сфере частного права норма всегда затрагивает отношения двух или более субъектов права. Таким образом, установление гражданско-правовой нормы всегда имеет эффект в отношении всех определенных законом лиц. Более того, любое распределение прав, выгод или шансов в пользу определенных субъектов означает возложение обязанностей, обременений или рисков на других субъектов. Согласно этому мнению, необходимо сделать два обоснования: (1) почему одно лицо ставится в более благоприятное положение, в то время как в отношении другого предусмотрены неблагоприятные правовые последствия, а также (2) почему такое положение является обоснованным в отношениях этих двух субъектов. Другими словами, почему одно лицо должно приобретать права в ущерб правам этого конкретного лица и, наоборот, почему второе лицо должно становиться обязанным в пользу первого лица? Таким образом, в частном праве применяется принцип взаимного обоснования правовых последствий. Односторонние аргументы, принимающие во внимание лишь одного из субъектов права, даже и очень сильного, не могут служить обоснованием принципа частного права.

Применяя данный принцип, Хельмут Коциоль пришел к следующему выводу: даже если существуют очень сильные аргументы в пользу наложения санкции на ответчика, исходящие из публично значимой цели превенции нарушения исключительных прав, единственно эти аргументы не могут служить основанием для присуждения правообладателю преимущества

в том случае, если ему не был причинен соответствующий ущерб, и он не выдвинул иск ответчику в отношении его неосновательного обогащения⁴⁸.

Целесообразно рассмотреть проблему балансировки интересов субъектов гражданского права в имущественных отношениях, которые, как правило, образуют последовательные цепочки, более пристально. В частном праве существует такая закономерность, как противоположности интересов участников имущественных отношений, подлежащие учету законодателем. Есть он и в конституционном праве. Так, поиск баланса между равноценными, но вместе с тем антиномичными конституционными принципами – это прием своего рода поведения черты под противостоящими точками зрения, служащий целям гармонизации общественной жизни. При этом нам представляется исключительно важным обратить внимание на такую закономерность, как бинарность конституционных принципов. В основах конституционного строя гарантируется конституционный принцип экономической свободы. С помощью этого конституционного принципа обеспечиваются социальные интересы экономически энергичных членов общества – предпринимателей, работодателей, частных собственников. Другая категория граждан, которая нуждается в социальной помощи от государства, находится «под зонтиком» конституционного принципа социального государства. Юридический принцип экономической свободы находится в системной взаимосвязи с экономическими принципами эффективности и максимизации прибыли, а принцип социального государства связан с экономическими процессами перераспределения получаемой предпринимателями прибыли. Получается взаимосвязанная (в силу разнополюсности интересов) пара конституционных принципов.

Другой такой парой конституционных принципов, которую можно привести в качестве иллюстрации идеи бинарности, являются конституционные принципы свободы выражения мнений и свободы выборов. Столь же противоречивы и конституционные положения, которые, с одной стороны, гарантируют неприкосновенность частной жизни, а с другой – защищают свободы прессы. Аналогичная парность возникает и применительно к защите интересов женщины и интересов ребенка и общества при решении проблем абортов. И так далее (проблемы эвтаназии, искусственного оплодотворения).

Вернемся, однако, в предметную сферу частного права. И тут часто возникают «бинарные права», когда законодателю необходимо искать баланс между носителями антиномичных правовых интересов.

Достаточно вспомнить недавнюю историю с противоречивыми изменениями нормы п. 2 ст. 292 ГК РФ. Решая проблемы, связанные с развитием ипотечного кредитования, законодатель путем принятия Федерального закона от 30 декабря 2004 г. № 213-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» существенно

⁴⁸ Helmut Koziol. Punitivi Damages – A European Perspective. Louisiana Law Review Volume 68 / Number 3 Spring 2008.

изменил характер собственности; усилением права собственности собственника квартиры практически были упразднены права пользования членов семьи прежнего собственника. Таким образом, члены семьи прежнего собственника жилого помещения законодателем были лишены гарантируемого Конституцией РФ права на жилище. Усилив «эгоизм», присущий праву собственности, законодатель нарушил хрупкий баланс между правом собственности и правом пользования. Правоприменительная система в порядке обратной связи тут же начала подавать сигналы о складывающейся ситуации. И тогда Государственная Дума приняла обратные поправки в Жилищный и Гражданский кодексы РФ, касающиеся восстановления жилищных прав бывших членов семьи.

Что это – энтропия, влекущая спонтанное развитие законодательства или оправданное экспериментирование?

Ст. 292 (п. 4) ГК РФ в редакции ФЗ от 30 декабря 2004 г. была предметом проверки в Конституционном Суде, который своим Постановлением от 8 июня 2010 г. № 13-П признал пункт 4 статьи 292 ГК Российской Федерации в части, определяющей порядок отчуждения жилого помещения, в котором проживают несовершеннолетние члены семьи собственника данного жилого помещения, если при этом затрагиваются их права или охраняемые законом интересы, не соответствующим Конституции Российской Федерации, ее статьям 38 (часть 2), 40 (часть 1), 46 (часть 1) и 55 (части 2 и 3), в той мере, в какой содержащееся в нем регулирование – по смыслу, придаваемому ему сложившейся правоприменительной практикой, – не позволяет при разрешении конкретных дел, связанных с отчуждением жилых помещений, в которых проживают несовершеннолетние, обеспечивать эффективную государственную, в том числе судебную, защиту прав тех из них, кто официально не отнесен к находящимся под опекой или попечительством или к оставшимся (по данным органа опеки и попечительства на момент совершения сделки) без родительского попечения, но либо фактически лишен его на момент совершения сделки по отчуждению жилого помещения, либо считается находящимся на попечении родителей, при том, однако, что такая сделка – вопреки установленным законом обязанностям родителей – нарушает права и охраняемые законом интересы несовершеннолетнего.

Бинарными являются корпоративные отношения, когда возникают экономические противоречия между миноритарными и мажоритарными участниками.

Так, интерес корпорации в привлечении дополнительного капитала может не соответствовать интересам конкретных участников, заинтересованных в сохранении размера своих долей и сложившегося соотношения между ними (эти проблемы рассматривались в Постановлении КС РФ от 21 февраля 2014 г. № 3-П в связи с жалобой ООО «Фирма Рейтинг» и в Постановлении КС от 24 февраля 2004 г. № 3-П по дробным акциям).

Поскольку в процессе предпринимательской деятельности акционерного общества могут сталкиваться интересы кредиторов и акционеров, акционеров и менеджмента, акционеров – владельцев крупных пакетов и миноритарных акционеров, одной из основных задач законодательства об акционерных обществах является обеспечение баланса их законных интересов с учетом того, что Конституция Российской Федерации закрепляет принцип, согласно которому осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц (статья 17, часть 3), гарантирует каждому судебную защиту его прав и свобод (статья 46, часть 1).

Особого внимания заслуживает правовая позиция КС РФ из Постановления от 24 февраля 2004 г., в котором впервые, в целях правовой справедливости, был сформулирован принцип доверия к суду: «Решение общего собрания акционеров о консолидации акций приводит к перераспределению собственности между акционерами. С учетом потребности в обеспечении стабильности отношений собственности и одновременно – в проведении консолидации акций баланс между перераспределением и стабильностью может быть обеспечен с помощью надлежащих юридических процедур, судебного контроля и равноценного возмещения при лишении собственника имущества помимо его воли, которые в своей совокупности позволяют снизить социальные издержки, связанные с перераспределением акционерной собственности».

Этот принцип конституционного права применен и в Постановлении КС РФ от 13.12.2016 № 28-П о компенсации, в котором содержится следующий вывод: «Отступление от требований справедливости, равенства и соразмерности при взыскании с индивидуального предпринимателя компенсации в пределах, установленных пунктом 1 статьи 1301, пунктом 1 статьи 1311 и подпунктом 1 пункта 4 статьи 1515 ГК Российской Федерации во взаимосвязи с абзацем третьим пункта 3 статьи 1252 данного Кодекса, за нарушение одним действием прав на несколько результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации может иметь место, если размер подлежащей выплаты компенсации, исчисленной по установленным данными законоположениями правилам даже с учетом возможности её снижения, многократно превышает размер причиненных правообладателю убытков (при том, что эти убытки поддаются исчислению с разумной степенью достоверности, а их превышение должно быть доказано ответчиком) и если обстоятельства конкретного дела свидетельствуют, в частности, о том, что правонарушение совершено индивидуальным предпринимателем впервые, и что использование объектов интеллектуальной собственности, права на которые принадлежат другим лицам, с нарушением этих прав не являлось существенной частью его предпринимательской деятельности и не носило грубый характер (например, если продавцу не было заведомо известно о контрафактном характере реализуемой им продукции). Кроме того, отсутствие у суда, столкнувшегося с необходимостью применения на основании прямого указания закона санкции, являющейся – с

учетом обстоятельств конкретного дела – явно несправедливой и несоразмерной допущенному нарушению, возможности снизить ее размер ниже установленного законом предела подрывает доверие граждан как к закону, так и к суду».

Напомню еще об одном важном решении КС РФ, касающемся принципа справедливости в связке с принципом доверия к суду. Это Постановление от 27 июня 2012 г. № 15-П, принятое в связи с жалобой гр. Деловой И.Б., которым суд признал взаимосвязанные положения пунктов 1 и 2 статьи 29, пункта 2 статьи 31 и статьи 32 ГК Российской Федерации не соответствующими Конституции Российской Федерации, её статьям 15 (часть 4), 19 (части 1 и 2), 23 (часть 1), 35 (часть 2) и 55 (часть 3), постольку, поскольку в действующей системе гражданско-правового регулирования не предусматривается возможность дифференциации гражданско-правовых последствий наличия у гражданина нарушения психических функций при решении вопроса о признании его недееспособным, соразмерных степени фактического снижения способности понимать значение своих действий или руководить ими.

При принятии этого постановления КС РФ также руководствовался принципом доверия к суду.

Операционально принцип доверия к суду, являющийся своего рода частью более широкого правового принципа справедливости, является гарантией самостоятельности судебной ветви власти. Он сигнализирует о неблагополучии в законе в тех случаях, когда законодатель забывает о реальности широкого диапазона различных возможных фактических обстоятельств, которые трудно или невозможно описать в законе. Онтологическую укорененность многообразия фактических обстоятельств я поэтому сравниваю с множеством красок в спектре и множеством оттенков даже черного цвета, что доказал Казимир Малевич своей знаменитой картиной «Черный квадрат». А законодателя, который, к примеру, не видит и не знает о «пятидесяти оттенках серого», можно сравнить с человеком, страдающим от дальтонизма. Правосудие предназначено для обнаружения всех оттенков, всех нюансов ситуаций, и только тогда решение суда, основанное на гибком типе законодательного регулирования, окажется соответствующим принципу справедливости.

Проблема соотносимости «штрафных убытков» с идеей правовой справедливости оказалась в центре внимания Конституционного Суда РФ при проверке положений статей 99 и 100 Лесного кодекса РФ.

В этом деле предметом рассмотрения оказался размер возмещаемого компанией-загрязнителем экологического ущерба, поиск оптимального его размера, при этом под оптимальностью понимается разумное соотношение между необходимостью сдерживания и предотвращения случаев разливов нефти из нефтепроводов, т.е. стимулирование нефтедобывающей компании к соблюдению требований охраны окружающей среды, но одновременно и учет баланса интересов сторон конфликта, так, чтобы размер ответственности не достигал разрушительного порога. Нефтяная компания

«Газпромнефть» просила признать неконституционными оспоренные нормы Лесного кодекса, в той мере, в какой они в условиях проведения нарушителем восстановительных мероприятий в натуре помимо этого допускают возмещение экологического вреда в денежной форме, используя т.н. таксовый метод, без учета уже частично осуществленного восстановления окружающей среды.

Суть конфликта между компанией и органами по защите лесного хозяйства состояла в том, что, по сути, компания считает возможным ограничиться только компенсацией вреда (*compensatory damages*), который, с ее точки зрения, является полным, а орган по защите лесного хозяйства утверждал, что необходимо скалькулировать ущерб природе таким образом, чтобы в сумму экологического ущерба были заложены стимулы, направленные на предупреждение правонарушения, т.е. чтобы возмещение ущерба было и наказанием.

Ответственность, предусмотренная нормами экологического законодательства, создает стимулы для интернализации внешнего воздействия на природу, т.е. для интернализации ущерба. Существенный вклад в придание реалистичности и полезности экономическому анализу правовых норм внесла работы Г.Калабреззи «Издержки при несчастных случаях: правовой и экономический анализ»⁴⁹, в которой дается таксономия полных общественных издержек, порождаемых разного рода деликтами, включая и ущерб, причиняемый окружающей среде. Эта систематизация общественных издержек служит основой для конструирования наиболее эффективных правовых инструментов для предотвращения случаев причиненного ущерба. Ущерб от деликтов, причинения вреда окружающей среде, включает: 1) издержки по сокращению количества и снижению вероятности подобных деликтов; 2) общественные издержки от самих деликтов (инцидентов); 3) административные издержки по обслуживанию несчастных случаев. Эти идеи Г.Калабреззи лежат в основе современного экологического регулирования, в частности определения наиболее эффективного варианта юридической ответственности за ущерб, наносимый загрязнением окружающей среды.

Поскольку эксплуатация природных ресурсов означает их вовлечение в экономическую деятельность, то в условиях рыночной экономики публичные издержки на осуществление государством мероприятий по восстановлению окружающей среды должно покрываться, прежде всего, за счет субъектов хозяйственной деятельности, оказывающей вредное влияние на нее, т.е. применяется правовой экономический принцип «загрязнитель платит», являющийся проявлением принципа платности лесопользования и возмещения вреда лесу. Происходит гармонизация российского законодательства с законодательством Европейского Союза, и в частности с Директивой Европейского Парламента и Совета Европейского Союза 2004 (21 апреля) об экологической ответственности. В силу принципа

⁴⁹ См.: Calabresi G. *The Costs of Accidents: a Legal and Economic Analysis*. New Haven, 1970.

«загрязнитель платит» владелец предприятия, деятельность которого стала причиной экологического ущерба (или угрозы такого ущерба), должен нести имущественную ответственность. Это необходимо для стимулирования владельцев предприятий к принятию мер по развитию технологий, позволяющих минимизировать риск нанесения экологического ущерба.

Этот принцип является проявлением важной тенденции в современном праве – тенденции к экономизации экологического права. Достижение современной постклассической институциональной экономики и, в частности, экономического анализа права с успехом используются при создании европейского и российского экологического законодательства. Экономизация экологического законодательства проявляется и в том, что исходят из экономико-правовой идеи об экономическом обосновании расчета причиненного лесам ущерба. Экологическая ответственность при всей своей специфике не должна носить характер штрафных убытков (*punitive damages*), оно должно иметь целью возмещение экономического ущерба собственнику. Таким образом, необходимо ориентироваться не на произвольно устанавливаемые административные штрафы, а на экономически исчисляемую стоимость экологического вреда, нанесенного лесному участку и подлежащего экономическому исчислению и возмещению. Конституционный принцип соразмерности, пропорциональности при ограничении государством прав физических и юридических лиц должен применяться и в случаях наиболее распространенных в России нарушений лесного законодательства, а это незаконная вырубка леса и загрязнения земель лесного фонда при разливе нефти из нефтепроводов, принадлежащих нефтяным компаниям. Особенно эта проблема актуальна в арктической зоне России, природа которой характеризуется низкой устойчивостью экологических систем, зависимостью от незначительного антропогенного воздействия.

Применяя индуктивный метод и экстрагируя из этих двух постановлений КС РФ, касающихся ответственности нарушителей авторских прав (гражданско-правовая ответственность) и загрязнителей природной среды (экологическая ответственность) что-то общее, что в них, безусловно, есть, можно сформулировать достаточно важные общетеоретические выводы, касающиеся юридической ответственности. Во-первых, в этих двух отраслях российского права применяется модель ответственности, которая на языке «права и экономики» именуется строгой (*strong liability*). И в том, и в другом деле КС РФ старался найти оптимальную комбинацию утилитаристских резонансов (эффективность мер ответственности) и деонтологических (справедливости), выстраивая баланс интересов сторон. По сути, в результате создан новый режим или модель юридической ответственности, выходящие за пределы узкоотраслевых подходов к ответственности в праве. Идея о новых моделях юридической ответственности может помочь в разрешении длительных споров о том, существует ли экологическая ответственность как самостоятельное понятие.

Попутно замечу, что эта идея обнаруживает издержки от сложившейся в российской юридической науке абсолютизации многих правовых феноменов.

Напомню еще об одном важном решении КС РФ, касающемся принципа справедливости в связке с принципом доверия к суду. Это Постановление от 27 июня 2012 г. № 15-П, принятое в связи с жалобой гр. Деловой И.Б., которым суд признал взаимосвязанные положения пунктов 1 и 2 статьи 29, пункта 2 статьи 31 и статьи 32 ГК Российской Федерации не соответствующими Конституции Российской Федерации, ее статьям 15 (часть 4), 19 (части 1 и 2), 23 (часть 1), 35 (часть 2) и 55 (часть 3), постольку, поскольку в действующей системе гражданско-правового регулирования не предусматривается возможность дифференциации гражданско-правовых последствий наличия у гражданина нарушения психических функций при решении вопроса о признании его недееспособным, соразмерных степени фактического снижения способности понимать значение своих действий или руководить ими. Это решение о дееспособности граждан. Я писал об этой проблеме еще в своем мнении по делу о проверке конституционности положений ГПК РФ и ст. 28 Закона о психиатрической помощи по жалобам гр.гр. Гудковой, Штукатурова и Яшиной.

Заявитель П.В.Штукатуров полагал, что существующее законодательное регулирование предусматривает только полное лишение гражданина дееспособности в случае наличия у него психического расстройства. Законом не предусмотрено ограничение в дееспособности граждан в связи с наличием психического расстройства. Такое ограничение возможно только в том случае, если лицо вследствие злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами ставит свою семью в тяжелое материальное положение (статья 30 ГК Российской Федерации).

Таким образом, при решении вопроса о дееспособности граждан, имеющих нарушения психического здоровья, закон не позволяет суду учитывать степень нарушения самостоятельной способности гражданина понимать значение своих действий и руководить ими в конкретных сферах и в зависимости от особенностей определенного психического расстройства.

В своем мнении помимо выявления конституционно-правового смысла статьи 29 ГК Российской Федерации я считал необходимым в мотивировочной части Постановления обратить внимание законодателя на необходимость совершенствования положений статьи 29 ГК Российской Федерации, направленных на учет степени (глубины) утраты лицом способности понимать значение своих действий. Законодатель должен предусмотреть возможность частичного ограничения дееспособности психически больных. Об этом говорится и в Рекомендациях Комитета Министров Совета Европы R (99) 4 «О принципах, касающихся правовой защиты недееспособных взрослых», на которые ссылается Конституционный Суд Российской Федерации в пункте 2.1 мотивировочной части Постановления. Суть рекомендации состоит в том, что в целях гибкости правового регулирования меры защиты недееспособных взрослых должны

основываться на учете различных степеней недееспособности. Законодателю следует исходить из принципа максимального сохранения дееспособности. Это значит, что законодательное регулирование должно признать, что могут существовать различные степени недееспособности и что дееспособность может быть различной в разные периоды (диапазон правовых состояний).

В конце концов законодатель учел эти пожелания в новой редакции пункта 3 ст. 29 ГК РФ.

Идея, которая инспирировала мое мнение, одновременно проста и вместе с тем сложна: нельзя упрощать сложные явления, как нельзя и усложнять простые. Право имеет дело с множеством жизненных ситуаций, которые надо «охватить» в юридической норме. Появляется широкий диапазон различных правовых ситуаций, что можно сравнить с теми оттенками серого цвета у К.Малевича в «Черном квадрате»! Нельзя помещать их в прокрустово ложе абсолютизированных понятий – либо черный, либо белый цвет, либо есть полная дееспособность, либо она полностью отсутствует.

Точно так же нельзя абсолютизировать отраслевое деление в российском праве. Оно не должно препятствовать конструированию в праве смешанных правовых режимов или моделей ответственности, к необходимости создания которых подводят идеи «права и экономики».

Равным образом, нельзя абсолютизировать дихотомию «частное – публичное право», о чем выше уже говорилось.

Краткие выводы:

1) «Право и экономика» представляет собой новую критическую аналитическую методологию для совершенствования научной юридической картины мира;

2) необходимо учитывать, что догматическая самостоятельность юриспруденции может подвергаться лишь частичной коррекции. Утилитаристские соображения не в состоянии «вытеснить» деонтологические аргументы.

3) Надо иметь в виду, что избыточные иллюзии пользы от применения методов «Права и экономики» должны быть преодолены. Для одной категории юридических дел уместны преимущественно утилитаристские резоны, когда в качестве исходной ценности принимается экономическая эффективность юридических норм. Применительно к другой категории дел рационально использовать преимущественно деонтологические соображения, когда этическим мерилom юридических норм выступает корректирующая справедливость.

4) Главное отказаться от использования абсолютных величин и различий по типу albo-albo. Не стоит противопоставлять утилитаристские и деонтологические соображения и рассматривать их как взаимоисключающие, вполне может быть найден баланс между ними и одновременно использование как тех, так и других.

5) И, наконец, методология «Права и экономики» вполне может использоваться для объяснения происходящих изменений в праве, особенно в гражданском праве.

Мечта Г.Ф.Шершеневича о создании «общей теории гражданского права» для всех стран может быть реализована, в том числе с опорой на фундаментальные экономические принципы, общие для разных систем гражданского права.

Г.А.Гаджиев, д.ю.н.,
судья Конституционного Суда РФ,
научный руководитель факультета
права ВШЭ – Санкт-Петербург,
профессор