

ЭКОНОМИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ ПРАВА КАК СРЕДСТВО ПРЕОДОЛЕНИЯ СУДЕБНОГО ФОРМАЛИЗМА

© 2013 Воловик Оксана Анатольевна

кандидат юридических наук, доцент

Восточноукраинский национальный университет им. Владимира Даля, г. Луганск, Украина

E-mail: vol_oks@rambler.ru

Проанализировано современное состояние правового дискурса в разрезе дисциплины “Право и экономика”. Установлен его потенциал для правовой интерпретации в судебной практике на примере разрешения споров с финансовыми учреждениями.

Ключевые слова: право и экономика, правовая интерпретация, судебная практика, формализм.

За последние годы в экономико-правовой мысли постсоветских стран актуализовались вопросы привнесения экономического анализа права в правовой дискурс¹, включая отраслевые правовые исследования. Научное сообщество можно условно разделить на приверженцев и противников этого подхода, а также на тех, кто занимает половинчатую позицию, когда утверждать о неприемлемости экономических подходов к правовому анализу неправдоподобно и недальновидно, но и абсолютизировать американскую научную дисциплину, известную под названиями “право и экономика”, “экономический анализ права” или “экономика права”, без предметного разбора преждевременно.

В настоящей статье, *объектом* которой является проблематика обновления методологии правовых исследований за счет привнесения научного арсенала дисциплины “экономика и право”, обозначим *предмет* исследования - выяснение современного состояния научного дискурса в этой плоскости и методологических перспектив дисциплины “экономика и право” для анализа судебной практики. *Целью* статьи выступает обоснование целесообразности расширения границ правового анализа судебной практики за счет привнесения экономических критериев (ценности экономической эффективности).

Экономический анализ права (Law and Economics) (далее “право и экономика”, ЭАП) является одним из разделов институциональной экономики, который выделился в самостоятельное направление в 1960-х гг., а к концу XX столетия стал считаться передовым международным направлением исследований на стыке экономики и юриспруденции. Наибольший вклад в становление и развитие этой дисциплины в западной научной мысли внесли американцы Р. Коуз, Г. Калаб-

рези, Р. Познер, Г. Беккер и др., часть из которых были удостоены нобелевских премий.

Суть ЭАП состоит в использовании арсенала экономики (микроэкономики) для анализа правовых норм (законодательства и судебной практики) с целью определения их влияния на экономическое поведение и эффективность и наоборот (как изменяются правовые нормы под влиянием экономических факторов). Значение “права и экономики” обоюдовыгодное как для специалистов в области экономики, так и юриспруденции. Экономист может изучать влияние правовых институтов на экономические процессы и принятие людьми рациональных решений в областях, так или иначе урегулированных правом (начиная с того, как(ой) заключить договор или насколько (не)выгодно совершить то или иное правонарушение и т.п.). Юристам ЭАП полезен для анализа эффективности принимаемых нормативных актов и судебных решений².

Связь экономики и права подчеркивалась и изучалась на протяжении всей истории человечества, с той разницей, что современному взгляду на соотношение указанных феноменов соответствует не экономический, а институциональный, эволюционный детерминизм. Иными словами, правовая и экономическая система не являются самодостаточными (на них воздействуют разные социальные, политические и другие факторы), но их (систем) взаимное влияние является очевидным³.

В рамках юридического исследования нас более интересует правовой аспект (потенциал) научной дисциплины “право и экономика”, и здесь, как уже отмечалось, следует обозначить суть современного противостояния на ее счет в постсоветской правовой науке.

Как известно, указанная дисциплина является детищем американской науки, основанной на анализе общего (прецедентного) права. ЭАП первоначально базируется на структуре, логике и нормах американского права. Стремительное развитие и распространение он получил благодаря судам: многие конструкции ЭАП были разработаны и сформулированы при рассмотрении конкретных дел и только *потом проанализированы учеными* (здесь и далее курсив авт. - О.В.)⁴. Указанная особенность является весьма существенной, поскольку бытует мнение, что ЭАП - специальный инструмент, которым были оснащены американские суды для построения американского капитализма. Но это далеко не так. Например, широко известна поговорка американских экономистов о том, что заслуга в построении тамошнего капитализма принадлежит именно американским судьям. Эта заслуга состояла в *интуитивно-экономически-эффективном* мышлении начиная со второй половины XX столетия, которое не ограничивалось рамками формалистического подхода к рассмотрению судебных дел и, соответственно, имело иные - содержательно (а не формально-) рациональные детерминанты судейского усмотрения. Один из апологетов ЭАП, Ричард Познер, чья книга "Экономический анализ права" (1973) стала классическим учебником по данной дисциплине⁵, в одной из своих относительно недавних работ отметил очень важный аспект данного подхода. Он пояснил, что в своих правовых исследованиях по части ЭАП занимался позитивным, а не нормативным подходом (т.е. пытался ответить на вопрос "какое *есть* (по факту) американское право", а не "каким оно должно быть"), в свете которого разработал знаменитую теорию. Приведем его тезис: "позитивная теория утверждает только то, что общее право *оказывается* двигателем максимизации богатства, а не то, что оно *должно* им быть"⁶.

На принципиальном различии американской (производная от англосаксонской, прецедентной) и отечественной (постсоветской, производная от континентальной) судебной системы строится аргументация критики направления "экономика и право" российским ученым А. Курбатовым. Так, в 2012 г. на популярном портале "zakon.ru" (первая социальная сеть для юристов) им был размещен блог под громким названием «Американизация» российского права. Экономический ана-

лиз права как средство уничтожения его доктрины"», в котором автор резко критикует теорию ЭАП, выработанную в системе прецедентного права и не нашедшую широкого распространения в Европе⁷. Аналогичных взглядов придерживается украинский ученый в области хозяйственного права Г.Л. Знаменский⁸, критикуя своего коллегу В. Джуня⁹ за популяризацию подхода ЭАП для обновления методологии современных экономико-правовых исследований.

ЭАП критикуют преимущественно за его заикленность на критерии экономической эффективности, который, в свою очередь, означает привнесение в правовой анализ внешних по отношению к правовой системе ценностей (в частности, критерия эффективности, общественной полезности). Иными словами, американским судьям дозволено рассуждать (и творить право) не только о том, что соответствует "букве закона", но и о том, что является не просто правовым, а прежде всего, *экономически эффективным* правовым решением. Если следовать этому пути, по мнению А. Курбатова и иных критиков, следует ожидать, что главный принцип правовой науки - позитивизм (как строгое следование позитивному праву) - будет нивелирован, право станет использоваться как средство достижения конкретных целей, суды будут принимать решения по принципу (экономической) целесообразности и, не исключено, в зависимости от политических пристрастий судей.

Однако такое видение, на наш взгляд, чрезмерно нагнетает ситуацию, поскольку уже давно не является очевидным то, что наш позитивизм лучше их экономического анализа. Более того, украинская судебная система, равно как и российская, судя по реакции мировой общественности, несколько уступают американской (в части стандартов правосудия), несмотря на то, что последняя не канонизирует позитивизм. К тому же ЭАП не претендует на экономический империализм - в американской правовой науке развиваются направления защиты прав человека и других ценностей в рамках так называемой *интегративной* юриспруденции. Так что отождествлять "экономику права" с повальной "американизацией" не стоит.

Нельзя также согласиться и с тем, что ЭАП категорически не принят в Европе. Да, действительно, Германия и Франция, будучи приверженцами догматической (формалистической) тради-

ции в праве, очень неохотно и с большими трудностями откликаются на его внедрение в правовой анализ. Так, немецкие исследователи К. Цвайгерт и Х. Кётц пишут о том, что Германии “предстоит еще пройти долгий путь, прежде чем там сформируется стиль юридического мышления, ориентированный на адаптацию правового механизма к жизненным реалиям”¹⁰, поскольку стандарты формально-догматического анализа имеют большую традицию и потому весьма устойчивы.

В то же время другие немецкие авторы, вероятно, осознающие, что секрет успеха немецкого государства состоит не столько в догматических традициях правовой науки, сколько в особенностях национального характера немцев и в умении государства эффективно их использовать, считают прогрессивным внедрение подхода “права и экономики” в систему частного права на трех уровнях: “1) как инструмент законодательства на уровне законодателя; 2) как аналитический инструмент для критики и пересмотра законодательства и судебных решений; 3) как составную часть правовой интерпретации”. При этом без третьего уровня - использования ЭАП как метода правовой интерпретации - его интеграция в правовую систему будет иметь незначительный эффект¹¹.

Именно на *позитивный* подход, о котором уже отмечалось выше, указывают не только американец Р. Познер, но и немец К. Кирхнер: посредством *объяснения* влияния соображений эффективности на правовую систему можно изучать *потенциальные расхождения между реально принятыми судебными решениями и теми решениями, которые были бы экономически эффективными*¹². Позитивный анализ так или иначе приобретает нормативный оттенок, если пытаться оценивать эффективность правовой системы, но если придерживаться более скромной линии, как ее оценивает К. Кирхнер, - поиска потенциальных расхождений между экономическими последствиями законодательства судебной власти, с одной стороны, и некоторыми четко определенными экономическими целями - с другой, можно прийти к такому варианту “права и экономики”, который является *аналитическим и предсказывающим*. Главное преимущество подобного подхода “права и экономики” по сравнению с другими подходами и здравым смыслом состоит в том, что с его помощью можно формулировать *проверяемые гипотезы о последствиях альтернативных правовых решений*¹³.

Попробуем проверить возможности данного подхода на примере украинской судебной практики в части споров, возникающих из отношений с банками.

Последний мировой финансовый кризис, совпавший с проблемами в украинской банковской сфере в 2008-2009 гг., повлек ситуации массового “замораживания” вкладов (депозитов) граждан и субъектов хозяйствования в проблемных банках. По мере восстановления имущественного положения финансовые учреждения деньги возвращали, но без учета компенсации потерь времени (а значит, и упущенных имущественных возможностей), в течение которого средства вкладчиков удерживались банками по причине восстановления временно утраченной платежеспособности. За период 2009-2010 гг. в Украине сложилась более-менее единообразная судебная практика - был выработан подход (с участием высшей судебной инстанции), согласно которому за время задержки выплаты вклада вкладчик может претендовать на выплату инфляционных начислений и 3 % годовых¹⁴ (общая норма из обязательственного права в части ответственности за несвоевременное исполнение денежного обязательства, ст. 625 Гражданского кодекса Украины (далее - ГК Украины))¹⁵.

В то же время правовое решение указанной ситуации может иметь и другие альтернативы. Их, как минимум, две: первая - это выплата на уровне (одной) учетной ставки Национального банка (ст. 1048 ГК Украины); данный подход, *гипотетически* состоятельный в Украине, в частности, реально применяется в российской практике за незаконное пользование деньгами (ст. 395 Гражданского кодекса Российской Федерации). В то же время, как справедливо отмечают российские авторы, применение судами ставки рефинансирования экономически неоправданно, поскольку последняя не является рыночным показателем и не отражает реальные потребности участников гражданского оборота; более того, указанная ставка имеет устойчивую тенденцию к снижению, что приводит к существенному дисбалансу между интересами кредитора и должника¹⁶.

И наконец, третья альтернатива - возмещение упущенной выгоды на уровне средней депозитной ставки (ст. 22, 623 ГК Украины), действовавшей в период невозврата (незаконного удержания) денег, что отвечает принципу полного возмещения, справедливой компенсации. Этот под-

ход (упущенной выгоды) судами континентальной традиции используется очень осторожно, если не сказать, что не используется вовсе, хотя европейски ориентированное законодательство вполне позволяет его применять.

Если сравнивать экономическую эффективность указанных альтернатив (вариантов судебных решений) на основе данных трех последних лет в Украине, то вырисовывается следующая картина: *единственно легитимно возможный* сегодня способ (формула) возмещения (“инфляция + 3 % годовых”) является тенденциозно *наименее удовлетворяющим* имущественные интересы кредитора (вкладчика финансового учреждения); возмещение на уровне ставки рефинансирования находится на втором месте; принцип упущенной выгоды (на уровне средней депозитной ставки) - на первом месте, на один-два порядка выше от второго и на один-пять порядков выше от первого в зависимости от годов выборки. Напомним, что два последних подхода не применяются по мотивам “не предусмотрены законом”, а рабочей моделью возмещения потерь вкладчиков является “инфляция + 3 % годовых”. Учитывая, что в 2012 г. инфляция в Украине имела отрицательное значение (99,8 %), гипотетически за целый год безосновательного пользования банком чужими деньгами возможно взыскать вкладчику 2,8 % годовых. При таком раскладе говорить об эффективных гарантиях соблюдения и защиты прав собственности в Украине явно не приходится.

Указанный пример неэффективности правовых механизмов (правовой системы) склоняет к безутешному выводу - *добровольные контракты (в частности, финансовым учреждениям) в Украине потенциально более выгодно нарушать, чем исполнять*. И тому подтверждение - средняя ставка банковского кредитования (сроком от года), которая за 3 последних года не опускалась ниже 22 % для домохозяйств (граждан) и 15 % для нефинансовых корпораций (взяты минимальные показатели). То есть, даже нарушив обязательство и уплатив “инфляция + 3 % годовых”, финансовое учреждение останется в прибылях, поскольку доход от кредитных операций значительно превысит расходы от возможных (в судебном порядке) компенсационных выплат.

Аналитический и предсказывающий потенциал подобного анализа, о чем писал немецкий исследователь К. Кирхнер, трудно переоценить,

и, главное, в распоряжении судебной власти *имеются* инструменты для применения более экономически эффективного подхода. Но проблема в том, что экономически эффективный вариант (альтернатива) почему-то не применяется судом и мало обсуждается в политико-правовых дискуссиях. Политико-правовые рассуждения напрочь исключены из контекста правовой интерпретации - в этом корень зла отечественного судебного формализма: суды не утруждают себя необходимостью основательной *ценностной мотивации* выбранного правового подхода к разрешению спора (в отличие от американских или английских судебных прецедентов, по контексту которых можно судить о широком историческом контексте (условиях) их вынесения).

Таким образом, судебная практика по экономическим спорам и правила правовой интерпретации в ее плоскости представляют особый интерес для исследований. Подход “экономика и право” позволяет ставить вопрос - гарантирует ли формальная логичность судебных решений их экономическую логику (содержательную рациональность) и какие экономически эффективные альтернативы еще возможны. Показатель экономической эффективности при введении в правовую интерпретацию может изменить представления о детерминантах судебного усмотрения и выступить одним из средств преодоления судебного формализма.

¹ См.: Тамбовцев В.Л. Право и экономическая теория : учеб. пособие. М., 2005; Одицова М.И. Экономика права : учеб. пособие. М., 2007.

² См.: История экономических учений : учеб. пособие / под ред. В. Автономова, О. Ананьина, Н. Макашевой. М., 2003. С. 676-680; Шмаков А.В. Экономический анализ права : учеб. пособие. М., 2011. С. 9-20.

³ См.: Шмаков А.В. Указ. соч. С. 9; Норт Д. Институты, институциональные изменения и функционирование экономики : пер. с англ. / [предисл. и науч. ред. Б.З. Мильнера]. М., 1997.

⁴ Яковлева С.В. Экономический анализ норм предпринимательского права // Предпринимательское право: вызовы времени : науч. тр. каф. предпринимательского права : Вып. 1 / под общ. ред. О.М. Олейник, Ю.Б. Фогельсона. М., 2009. С. 13.

⁵ Познер Р.А. Экономический анализ права / пер. с англ. под ред. В.Л. Тамбовцева : в 2 т. СПб., 2004.

⁶ Познер Р. О применении экономической теории и злоупотреблении ею при анализе права // Истоки: Экономика в контексте истории и культуры. М., 2004. С. 327.

⁷ Курбатов А. “Американизация” российского права. Экономический анализ права как средство уничтожения его доктрины. URL: <http://zakon.ru/Blogs/OneBlog/2029>.

⁸ Знаменский Г.Л. Исследования проблем хозяйственного права в новых условиях // Новое хозяйственное право : избр. тр.: сб. науч. тр. Киев, 2012. С. 65-79.

⁹ Джунь В. Методологічні питання дослідження господарського права // Вісник Академії правових наук України. 2010. № 1(60). С. 154-168.

¹⁰ Цит. по: Карпетов А.Г. Политика и догматика гражданского права: исторический очерк // Вестник Арбитражного Суда Российской Федерации. 2010. № 4. С. 66.

¹¹ Кирхнер К. Трудности восприятия дисциплины “право и экономика” в Германии // Истоки: Экономика в контексте истории и культуры. М., 2004. С. 368-392.

¹² Там же. С. 391.

¹³ Там же.

¹⁴ См.: Постановление Верховного Суда Украины от 8 нояб. 2010 г. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/13485876>; Обобщение судебной практики рассмотрения гражданских дел, возникающих из кредитных правоотношений // Офиц. сайт Верховного суда Украины. URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/F7B77DDB0B200007C22577F200512993?OpenDocument&>.

¹⁵ Гражданский кодекс Украины от 16 января 2003 года № 435 // Офіційний вісник України. 2003. № 11. Ст. 461.

¹⁶ Ерахтина О.С. Договоры в сфере предпринимательской деятельности (проблемы оптимизации правового воздействия): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009.

Поступила в редакцию 02.03.2013 г.