

КОДИФИКАЦИЯ И ПРАВОВАЯ БЕЗОПАСНОСТЬ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

© 2012 г. Рольф Книпер¹

Краткая аннотация: настоящая статья исследует влияние научных экономических теорий на кодификацию и догматику гражданского права. В ней излагается, как предположения относительно институтов собственности и владения легитимируют для динамики и социального равновесия рыночных экономических отношений нормы гражданских кодексов, одновременно оказывая на них влияние. Правовая надежность и защита доверия являются для отношений между деловыми партнерами центральными ценностями, которые как в договорном, так и в вещном праве должны находить свое кодифицированное выражение.

Annotation: the article examines the influence of economic theories on codifications and doctrines of civil law. It explains how perceptions of property and possession as prerequisites of dynamic and socially balanced market relations legitimize and influence important legal constructions and norms of Civil Codes. Legal security and trust are central values for the relations between business partners. They have to find an adequate expression both in contract law and property law.

Ключевые слова: институты экономики, экономика собственности, транзакционные расходы, договорное право, право собственности.

Key words: institution economics, property economics, transaction costs, contract law, property law.

Научно-экономические наблюдения

Тема исследований подводит к тому, чтобы выйти из рамок узкой юридической научной аргументации и задать вопрос, как оценивает экономическая наука значимость кодификации и правовой безопасности для имущественных отношений участников делового оборота. В одном известном немецком учебнике экономического анализа гражданского права говорится по этому поводу, что «основной задачей правопорядка является обеспечение безопасности и легкости правового оборота, и в особенности обмена товарами и услугами»². Это высказывание инспирировано научными исследованиями из области экономики по вопросам институтов и функциональных условий рыночной экономики. В последние десятилетия действительно проводились исследования, почему в некоторых государствах независимо от наличия или отсутствия полезных ископаемых удается построить общество благополучия, а в других обществах господствует стагнация.

Теоретики-экономисты пришли к интересному результату, согласно которому качество права, его применение квалифицированными юристами и его осуществление независимыми судьями являются важнейшими предпосылками. Лауреат Нобелевской премии по экономическим наукам Д. Норт считает «неспособность обществ обеспечить действенное и не связанное с высокими расходами выполнение договоров важнейшей причиной как исторической стагнации, так и недостаточного развития стран третьего мира»³, тогда, как договор, или, выражаясь юридическим языком, обязательственное право – первостепенно, другие уделяют основное внимание оформлению права собственности, т.е. вещному праву, и объясняют это тем, что наличие безопасного, транс-

парентного и формализованного права собственности, которое может быть установлено без высоких информационных расходов, является ключом экономической динамики. Они утверждают, что собственность следует отличать от владения, которое представляет собой лишь фактическое обладание вещью. Поэтому важно, по их мнению, чтобы в законе были предусмотрены дифференцированные правила для обоих институтов – собственности и владения, что в совмещении должно бы обеспечить безопасность и в то же время эффективность права. Они же считают, что динамика экономического развития наступает лишь тогда, когда защищенность права собственника делает возможным безопасную передачу собственности во временное владение с целью пользования. Помимо этого лишь формальное право собственности допускает включение его объектов в обеспечение кредита и создает тем самым предпосылки для действия кредитного рынка, без которого не могут функционировать денежная и рыночная экономика. При необходимости принудительное утверждение права собственности и договоров в независимых, применяющих право судах является решающим фактором, утверждается, что общества, создающие соответствующие институты для уточнения статуса собственности и для обеспечений кредитов, для их формализации и их исполнимости по отношению к каждому, добиваются организации разумных и обеспечивающих благосостояние производственных отношений и условий использования производственных факторов⁴.

Основываясь на этих принципах, Х. де Сото основал движение, задачей которого является формализация права собственности как раз бедных слоев населения. Он видит в нем значительный шаг к преодолению бедности⁵.

Очевидно, что утвержденное публичными грамотами и внесенное в реестры право собственности наиболее отвечает

¹ Профессор Бременского университета, доктор права (E-mail: rolf.knieper@gmail.com).

² Schäfer H.B. C. Ott. Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. 2005. S. 523.

³ North C. Institutionen, institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung. 1990. S. 65.

⁴ Steiger O. Property Economics versus New Institutional Economics / In: Journal of Economic Issues. 2006. P. 183 ss; Boudreaux K. P.D. Aligica. Paths to Property. 2007. S. 30.

⁵ См.: Hernando de Soto, The Mystery of Capital, 2000.

этим требованиям. Значительным эффектом формализации права собственности является возможность его простой и надежной передачи и его обременения. В конфликте между статикой и способностью участвовать в обороте акцент делается на оборотоспособность: Норт считает наиболее важным для развития современной торговли преодоление принципов *Common Law* и защиту собственности добросовестного покупателя, когда договоры о купле-продаже подтверждаются “письмом и печатью”, т.е. в публичных грамотах⁶. Действие этого документа должно заключаться в обеспечении гарантии посредством конструкции, согласно которой представленные в ней факты считаются верными и доказанными. Это соответствует действующему и сегодня принципу открытости и презумпции правильности поземельной книги по немецкому праву.

При введении новых формализованных прав собственности и их юридическом обосновании, однако, неизбежны потери в социальной сфере, которые должны учитываться как раз в обществах с переходной экономикой⁷. На самом деле, возможно, индивидуализированная собственность разрушает социальные структуры и солидарные объединения. Эти последние основываются как раз на диффузных, конструированных посредством неформальных соглашений и традиций правах и обязанностях групп, которые уполномочивают на владение, пользование и хранение общественных благ. При проведении индивидуализации всей собственности, что неизбежно в условиях рыночной экономики, соответственно, во избежание социальных катастроф следует сопровождать ее социальной политикой, которая компенсирует разрушение старых структур. Массовые приватизации в постсоветских странах часто не учитывали эту связь, что привело к негативным социальным последствиям.

Важная часть современного учения о народном хозяйстве придает большое значение праву и другим институтам при анализе рыночных отношений для сближения нелиберальных моделей с реальностью. Эти последние конструируют макроэкономические равновесия между предложением и спросом на рынке, в котором каждый фиктивный участник как *homo oeconomicus* ведет себя как абсолютно законопослушный партнер, не злоупотребляет властью, не обманывает и информирован обо всем. На самом деле при принятии подобных моделей у государства можно потребовать максимально ослабить значение права и либерализовать его, поскольку оно имеет в этой ситуации лишь маргинальное значение и только препятствует осуществлению идеальных рыночных отношений.

Заслугой современной “институциональной экономики” является как раз то, что она показала оторванность от реальности этих высказываний и выявила опасные последствия, которые возникают, когда путают теоретические, идеализированные модели с реальностью. Эта реальность отмечена существованием рыночных властей, вынужденностью действовать в состоянии незнания и неуверенности, оппортунизмом участников рынка, который имеет своей целью “передать неполную или искаженную информацию, в частности сознательно дезинформировать, умалчивать, завуалировать информацию или другим путем вводить в заблуждение...”⁸. Эти реальности являются неизбежным следствием того, что каждый участник рынка должен расходовать время и деньги

для того, чтобы получить информацию о своем контрагенте и о предмете договора, защитить свои интересы во время ведения переговоров о договоре, уменьшить риск недобросовестности партнера по договору и, наконец, принять превентивные меры для возможной принудительной реализации своих требований.

Другими словами, они требуют наличия реализации материального и процессуального права и соответствующих институтов. Тогда они обозначаются как “созданные людьми ограничения человеческих взаимодействий”, которые могут иметь определенную форму или не иметь ее и быть выраженными в традициях и обычаях; они имеют целью “посредством создания стабильной (но не обязательно эффективной) системы свести к минимуму неуверенность человеческих действий” и снизить их стоимость⁹. Институты необходимы как основание для адекватного поведения, организации “надежных гарантий”, убеждения партнеров по договору в том, что следует придерживаться договоренностей, даже если они уже не отвечают их предпочтениям и желаниям. Экономичное и быстрое проведение и, возможно, принудительное исполнение деловых и договорных прав считаются главными предпосылками для существования прочных и стабильных рыночных условий и динамичной, организованной экономики.

Доверие является ключевым понятием. Его существование может значительно повысить эффективность действий членов рыночных отношений и решающим образом снизить расходы на каждой фазе договорных отношений. Оно связано с риском и не может быть объявлено, его наличие не может быть рекомендовано¹⁰. Гражданские права и другие неформальные институты служат тому, чтобы создать доверие, или, вернее, недостающее доверие заменить действием жестких норм. В качестве альтернативы возможно создание иерархических отношений, в которых доверие заменяется подчинением. Это может быть организовано на предприятиях¹¹, но также и в семьях, где требуются обязательная лояльность, и при необходимости возможно принуждение к ней. Однако организация экономических отношений в обществах с развитой денежной экономикой весьма ограничена. Для осуществления “неперсонализированного обмена” неизбежно наличие правил, которые могут быть применены “действенным правосудием”¹², подразумевающих тщательное планирование, проведение мероприятий, учитывающих обычаи делового оборота и их использование¹³.

Поскольку в дебатах преобладает точка зрения американских авторов, неудивительно, что написанное право – как в национальном праве гражданский кодекс, или в международном праве Венская конвенция о договорах международной купли-продажи¹⁴, – в качестве предоставленных государством в распоряжение инструментов трансакционных расходов, не упоминаются и не играют особой роли “в ка-

⁹ Вместо всех North см. выше, с. 1/4/6/43; Göbel см. выше, С. 1.

¹⁰ Institutions and Credible Commitment, in: Journal of Institutional and Theoretical Economics 149/1(1993), S. 11.

¹¹ Действительно, первая крупная работа по институциональной экономике посвящена вопросу, насколько связано учреждение предприятий с фактом минимизации трансакционных издержек внутренними иерархическими отношениями (см.: Ronald H. Coase. The Nature of the Firm // In: *Economica*. 1937. S. 386).

¹² North см. выше, С. 41/42.

¹³ O. Williamson см. выше.

¹⁴ Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи 1980 г. // BGBl. 1989. II S. 588 (Казахстан, к сожалению, еще не присоединился к этой важной конвенции – во вред своим экспортерам и импортерам).

⁶ North D.C. Op cit. S. 153.

⁷ На это указывает, в частности, Стейгер, см. также: *Knieper R. Rechtsreformen entlang der Seidenstrasse*, 2006. S. 3.

⁸ *Williamson O.E. Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus*. 1990. S. 54.

честве базы для основания доверия в противоречии с реальностью”¹⁵. При этом, мне кажется, совершенно бесспорным, что отмечаемые часто несоразмерно высокие по сравнению с Европой расходы на подготовку и заключение договоров в США находят свое объяснение в основном в отсутствии кодифицированного гражданского права. Действие обязательственного права освобождает заключение миллионов договоров, организующих обмен денег на товары или услуги, от детальных предварительных переговоров. Разумеется, закон должен быть хорошо сформулирован и в равной мере регулировать различные интересы, поскольку в противном случае он не имеет практического значения. Что же является правильным и соразмерным, следует из практического опыта партнеров по договору, правоприменения судами и постоянного диалога между законодателем и правовой наукой. Это многообразие мнений обеспечивает то, что не будет отдано предпочтение односторонним интересам какой-либо группы. Проводимые нами ежегодно в Казахстане международные конференции являются основой в построении “хорошего права”, существующего в том числе и за счет сравнительного права.

Правополитические соображения

Многие из приведенных здесь тем и примеров знакомы юристам – возможно, не по специфическим аспектам их обоснования, а скорее из-за их законного и научного выражения. Приведенные здесь соображения, исходящие из перспективы экономики социального государства, заботящегося о благе общества, можно найти в других формулировках уже в концептуальных работах по подготовке кодификаций гражданского права, например в “Мотивах по проекту Гражданского уложения для германского права” 1888 г. (далее – “Мотивы”). В них представлены такие различные правовые институты, как договор, представительство, юридические лица, возмещение ущерба, содержание собственности, различие между собственностью и владением, необходимость существования и границы добросовестного приобретения, защита прав и их ограничение соответственно потребностям “жизни и оборота” и правовая безопасность¹⁶, поскольку все эти понятия представляют собой “неизбежную потребность сегодняшнего оборота”¹⁷. К сожалению, не так легко доказать существование подобным образом ориентированных дебатов при редактировании моделей гражданских кодексов для стран СНГ. По моей оценке, при редактировании скорее основным было желание систематизировать и продолжить существующие кодификационные традиции.

Всегда должна идти речь о том, чтобы создать стабильность и надежность на основе долгосрочных законных рамочных условий. Эти последние признаются еще и потому, что они надлежащим образом учитывают интересы разных и различным образом осведомленных деловых партнеров, а также справедливо распределяют неизбежный риск рыночного оборота. Заботами законодателя должны быть ограничение межперсональных действий и создание тем самым правовой безопасности, как это выражено в институциональной экономике. Речь идет также об урегулировании ограничений

и безопасности с целью обеспечения упрощения делового оборота и одновременно осуществления экономической власти, имеющей социально-государственную направленность, поэтому

обширный отказ от формальных предписаний может быть нарушен только в случае наличия крупных имущественных интересов;

формулировка формализованного, всеобъемлющего и единого понятия собственности, которое, с одной стороны, в гражданском праве не будет учитывать публично-правовые особенности, даже если собственником является государство, и которое, с другой стороны, подкрепляется институтом разработанного права владения, допускающего ограниченное пользование;

существуют четко определенные рамки для учреждения, организации, т.е. юридических лиц, которые сами являются носителями прав и обязанностей, разрешающие ограничение ответственности участников, обеспечивающие эффективный, ответственный менеджмент и документирующих их существование в профессионально организованные, объединения, обеспечивающие правильность записей в реестрах;

нужно рассмотрение ассимиляции государства с субъектом частного права, когда оно выступает участником рынка, и преодоление привнесенных из советской экономики особых форм для государственных предприятий при параллельном признании в публичном праве особенностей государства как носителя монополии власти и представителя общественных интересов;

необходима легализация добросовестного приобретения, которое при регулировании оборота движимого имущества связывается с владением, а недвижимого имущества – с внесением записи в реестр недвижимости;

необходимо введение поземельной книги, которая находилась бы в ведении государства, а правильность произведенных в ней записей, без сомнения гарантировалась и обеспечивалась бы назначенными в публичном порядке нотариусами;

право представительства, формирование которого в основном предоставляется частной автономией сторон, надлежащим образом регулирует равновесие интересов и ответственность всех участвующих сторон;

право, регулирующее ответственность, уравнивает интересы потерпевшего и лица, причинившего вред, путем связи вреда с виной с учетом размера вины;

договорное право на надлежащем уровне абстракции, регулирует основную структуру денежно-товарных отношений, оставляет пространство для частноавтономного оформления и тем не менее устанавливает справедливость;

существует ограничение частной автономии для создания социального равновесия и учета общественных интересов, например в случае отказа от конструкции “публичного договора” (например, в Гражданском кодексе Казахстана).

Это перечень примеров из материального гражданского права, который можно было бы почти произвольно продолжить.

Они должны быть дополнены процессуальным правом, опирающимся на принципы автономии сторон, эффективности и оперативности, и юстицией, которая на высоком профессиональном уровне способна разрешать споры, без вмешательства в сферы других властей путем законодательной инициативы или обязывающих решений пленумов. Хотелось

¹⁵ Исключение делает Норт, который характеризует развитие кодифицированного торгового права как решающий шаг вперед по сравнению с Common Law для развития динамичного и организованного рынка.

¹⁶ См.: “Мотивы”. Т. III. С. 266.

¹⁷ Там же. Т. I. С. 223. Это лишь произвольно приведенные цитаты для примеров; ср. также отдельные примеры. Т. I. С. 78; Т. II. С. 30; Т. III. С. 344. Для взаимосвязанности всего сказанного см.: *Knieper R. Gesetz und Geschichte // Ein Beitrag zu Bestand und Veränderung des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 1996.

бы только напомнить о том, что А. Смит считал правосудие одним из трех важнейших задач государства и был убежден в том, что “от беспристрастного отправления правосудия зависят свобода каждого отдельного человека и его чувства собственной безопасности”¹⁸.

Очевидно, что все это может осуществиться лишь в государстве, в котором уважают принципы правового государства и разделения властей и где публичные задачи создания и содержания социальных и физических инфраструктур, как это предусмотрено в казахской и германской Конституциях, реализуются на практике.

Названные здесь проблемные вопросы были темами наших прошлых международных научных конференций и останутся всегда актуальными в качестве спорных вопросов правовой политики.

В своих экономико-исторических исследованиях Д. Норт установил, что необходимые для рыночной экономики и товарно-денежных отношений институты гражданского права: как надежное право собственности, включая патентные права, экономическое исполнение договоров, организация предприятий в качестве юридических лиц с их ограничениями ответственности и выработанными формами управления, а также государственное разделение властей и неза-

висимая юстиция, – в Англии уже были созданы с XVII в., затем последовали Нидерланды. Все это упростило персональные отношения обмена и способствовало тем самым инвестициям и динамическому развитию экономики. В других же государствах с менее благоприятными исходными условиями, например в Испании или Пруссии, напротив, еще долгое время оставались сложные, бюрократические отношения, которые требовали больших инвестиций для сохранения связей и получения одобрения государственных служащих. В короткий промежуток времени (также и из-за этих различных институциональных условий) сильнейшее государство мира Испания безнадежно отстало от Англии¹⁹.

В некоторых странах в состоянии перехода от советской центрально-управляемой экономики к рыночной можно наблюдать определенные колебания, в надежде, что динамика рыночной экономики может развиваться в отсутствие названных здесь и установленных в законном порядке институтов товарно-денежных отношений, с одной стороны, и в отсутствие организации государства как правового государства – и что национальные специфичные особенности могут привести к идентичным результатам. На наш взгляд, это – заблуждение, которое несет большие социальные расходы, но так же, как и, с другой стороны, вера неолиберализма – в минималистическое государство.

¹⁸ *Smith A.* Eine Untersuchung über Natur und Wesen des Volkswohlstandes, 1776.

¹⁹ North. см. выше. С. 133.