



Артем Георгиевич Карапетов

директор Юридического института «М-Логос»,
доктор юридических наук

Статья посвящена проблеме выбора оптимальной модели защиты гражданских прав с точки зрения политики права и экономического анализа права в особенности. В первой части статьи, публикуемой в данном номере журнала, излагаются основные аргументы в пользу и против сугубо компенсационной защиты, в рамках которой вещные, договорные, корпоративные и иные гражданские права защищаются исключительно иском о возмещении убытков. Автор отстаивает позицию, что установление в позитивном праве компенсационной модели защиты в качестве единственного варианта защиты гражданских прав таит в себе опасность превращения гражданских прав в фантом, так как, по сути, дает любому лицу возможность отобрать или нарушить это право в ситуации, когда выгода от нарушения превышает прогнозируемый размер убытков, который жертве удастся доказать в суде. В российских правовых реалиях эта проблема встает особенно остро в свете известных сложностей в доказывании убытков в отечественных судах. Во второй части статьи общие выводы, сделанные в первой части, применяются к проблематике выбора оптимальной модели защиты договорных прав.

Ключевые слова: защита гражданских прав, обязательство, возмещение убытков, договор

Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд¹

Введение

Одна из целей гражданского права состоит в обеспечении эффективного инструментария защиты прав. Многие столетия цивилисты спорят о том, как те или иные гражданские права (обязательственные, вещные, корпоративные, интеллектуальные, личные неимущественные и др.) должны защищаться.

В рамках этих дискуссий нередко используются аргументы этического порядка. Так, например, один из критериев, постоянно всплывающих в такого рода спорах,

¹ Автор выражает свою глубокую признательность за высказанные замечания и комментарии к проекту данной статьи А.А. Павлову, Р.С. Бевзенко, А.В. Томсинову, С.Л. Будылину, К.А. Усачевой и А.Г. Архиповой.

является критерий коррективной справедливости, оценивающий соразмерность правовых санкций и их влияние на восстановление попорченного интереса жертвы правонарушения. В частности, дискуссии о снижении согласованной сторонами договора неустойки или допустимости взыскания с делинквента карательных убытков (*punitive damages*) немислимы без анализа вопроса о компенсационной природе ответственности как проявления общей нормативной идеи о соразмерности наказания, восстанавливающей баланс имущественных позиций сторон. Этот же критерий во многом опосредует возникновение доктрины существенного нарушения договора как основания для расторжения нарушенного договора. Без оценки справедливости распределения рисков редко обходится спор о защите вещных прав (в том числе в контексте истребования вещи у добросовестного приобретателя).

Не менее серьезный этический фактор — это фактор личной автономии. Например, в вопросе о пределах допустимости использования иска о присуждении к исполнению обязательства в натуре большую роль играет такой критерий, как идея о недопустимости слишком интенсивного вторжения в сферу личной свободы должника. Отчасти именно отсюда проистекает действующее во многих странах ограничение на возможность принуждения должника-гражданина к совершению действий, требующих реализации личных и творческих навыков.

В то же время современный анализ средств защиты гражданских прав трудно себе представить и без экономического взгляда на частноправовую догматику как в плане объяснения ее эволюции (так называемый позитивный экономический анализ), так и в плане формирования установок *de lege ferenda* (нормативный экономический анализ).

Настоящая статья не претендует на комплексный политико-правовой разбор средств защиты гражданских прав, но предлагает читателю преимущественно экономический взгляд. Более того, в фокус нашего анализа мы берем только один конкретный аспект экономической теории защиты гражданских прав. Нас интересует фундаментальный вопрос о сравнительных экономических характеристиках различных моделей защиты, который уже более 40 лет широко обсуждается в зарубежной правовой науке, но до сих пор не становился предметом серьезного исследования в российском праве.

Экономический анализ системы мер защиты гражданских прав позволяет ответить на два основных вопроса.

1. Первый из них — это вопрос о том, приводит ли применение доступных правообладателю средств защиты к восстановлению экономической эффективности, которая, как правило, подрывается фактом нарушения прав.

Есть несколько общепризнанных критериев экономической эффективности. Согласно ключевому из них для оценки экономической эффективности применяется простой принцип, предложенный в свое время В. Парето. Согласно критерию Парето действие влечет экономическую неэффективность, если хотя бы одно из затронутых этим действием лиц сталкивается со снижением своего экономического благосостояния по сравнению с тем, что имело место до совершения действия (пусть даже другое или другие лица в результате этого действия повышают свое благосостояние). И наоборот, такое изменение в положении лиц влечет экономи-

ческое улучшение (так называемое улучшение по Парето), если в результате все затронутые лица повышают свое благосостояние или как минимум хотя бы одно лицо его повышает при условии, что в отношении других сохраняется статус-кво².

Правонарушение, как правило, ущемляет экономические интересы правообладателя, причиняя ущерб его экономическому благосостоянию. Даже если нарушитель выигрывает от нарушения больше, чем проигрывает жертва, принцип Парето не соблюдается. Соответственно, с экономической точки зрения одна из экономических функций средств правовой защиты состоит в том, чтобы создать условия для полноценного восстановления нарушенного экономического интереса. Всегда ли эта задача достойна реализации и всегда ли право должно ограничиваться восстановлением экономического благосостояния жертвы правонарушения? И в какой степени те или иные средства защиты эту задачу выполняют?

2. Второй вопрос, который нас здесь интересует, это вопрос о том, какие стимулы те или иные модели защиты гражданских прав создают в отношении поведения потенциальных правонарушителей. Здесь в центре нашего внимания прежде всего оценка превентивного эффекта соответствующих моделей защиты гражданских прав. В какой степени те или иные модели защиты способны предотвращать правонарушения на будущее и стимулировать участников оборота воздерживаться от посягания на права других лиц? Это достаточно характерный для экономического анализа права подход. Если традиционные юристы оценивают право скорее с *ex post* позиций и анализируют, насколько справедливо то или иное решение уже возникшего спора, то экономисты смотрят на право в первую очередь как на систему стимулов и оценивают правовое решение с *ex ante* позиций, пытаясь понять, какие стимулы это решение создает в отношении поведения людей в будущем³.

Достаточно очевидно, что построение системы превенции правонарушений является одной из центральных задач правовой системы. Иначе общество будет ввергнуто в пучину абсолютной анархии и произвола. Ведь выгоды от правонарушения, как правило, вполне осязаемы. Как показывают теория игр и банальный жизненный опыт, при отсутствии права или иных социальных регуляторов стратегия некооперативного и бесчестного (оппортунистического)⁴ поведения в принципе оказывается доминирующей стратегией поведения рационального участника оборота в рамках одно-разового взаимодействия с другими людьми в условиях, когда каждый из участников этого взаимодействия не знает о том, какую стратегию поведения выберет другой. Этот тезис демонстрирует ключевая для теории игр модель социального взаимодействия рациональных индивидуумов — «дилемма заключенного» (*prisoner's dilemma*)⁵.

² О критерии эффективности по Парето см.: Карпатов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы: в 2 т. Т. 1. М., 2012. С. 254–264.

³ См.: Mercurio N., Medema S.G. *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond*. Princeton, 2006. P. 43–45.

⁴ Экономисты и правоведы, работающие в рамках методологии экономического анализа права, под оппортунизмом понимают поведение, которое в общих чертах соответствует тому, что цивилисты склонны называть недобросовестным поведением (см.: MacKay E. *Law and Economics for Civil Law System*. Cheltenham, 2013. P. 433).

⁵ Эта теоретическая игровая модель оценивает оптимальную поведенческую стратегию каждого из нескольких преступников, попавших в следственный изолятор по обвинению в убийствах и получивших от

Согласно этой модели игроку выгоднее игнорировать интересы других участников игры, вести себя некооперативно и сугубо эгоистично, если он знает, что повторения игровой ситуации не будет. Это связано с тем, что возможный выигрыш одного игрока от обмана другого превышает тот выигрыш, который первый может получить от честного сотрудничества (например, выгода от кражи намного выше, чем выгода от сделки, по которой за товар придется заплатить). В заданных условиях, казалось бы, Парето-оптимальная (т.е. максимизирующая взаимную выгоду) стратегия состоит в том, чтобы обоим игрокам вести себя кооперативно (честно, добросовестно). Но парадокс «дилеммы заключенного» состоит в том, что эта кооперативная и Парето-оптимальная стратегия не срабатывает в силу того, что ни один из игроков не знает, на какой вариант поведения решится оппонент. В ситуации неопределенности в вопросе о честности друг друга каждому оказывается выгоднее вести себя оппортунистически, и так называемое равновесие по Нэшу (оптимальная игровая модель поведения) наступает при соблюдении столь неприятной стратегии взаимного обмана, насилия и оппортунизма. В таком случае выигрыш мошенника будет значительным, если оппонент окажется наивным добряком и поведет себя честно. В случае же, если оппонент также проявит оппортунизм, проигрыш первого игрока все равно не сравнится с тем, что он проигрывает, если сам поведет себя честно, а оппонент окажется недобросовестным⁶.

Проще говоря, при отсутствии внешних регуляторов жизнь общества превращается в войну всех против всех по Гоббсу, если допустить, что речь идет о сугубо рациональных индивидуумах, чье поведение абсолютно эгоистично, и взаимодействие между одними и теми же парами людей носят разовый, а не пролонгированный характер.

В силу каких факторов обществу удастся предотвратить такое катастрофическое развитие событий?

Во-первых, классическим внешним регулятором, направленным на решение этой проблемы, является интернализация человеком (т.е. принятие в качестве элемента

следователя предложение пойти на сделку со следствием и дать показания друг против друга. По условиям этой модели в случае, если оба подследственных будут молчать, их не смогут осудить за убийство и осудят лишь на крайне небольшой срок по более мягкой статье (полгода заключения каждому). Если каждый из них даст показания против другого, оба будут осуждены на 2 года. Если же один из них даст показания против другого, а последний окажется верным «преступному братству», то предатель будет освобожден за сотрудничество со следствием, а другой преступник будет осужден на максимальный 10-летний срок. Эта модель крайне условна, но по ней легко определить чисто математически наиболее рациональную стратегию поведения участников такой игры. В условиях, когда каждый из подследственных не знает, какой выбор сделает другой, в качестве наиболее рациональной индивидуальной стратегии каждого индивида начинает доминировать стратегия предательства, в то время как на самом деле наиболее взаимовыгодной была бы стратегия взаимного молчания.

⁶ Подробнее о применении теории игр как метода правового анализа и проблематики «дилеммы заключенного», в частности, см.: Baird D.G., Gertner R.H., Picker R.C. *Game Theory and the Law*. Cambridge, Mass., 1994. В последние годы проблемы теории игр (и в первую очередь феномен «дилеммы заключенного») стали предметом серьезного изучения зарубежных правоведов. По некоторым подсчетам «дилемма заключенного» упоминается в более чем 3000 научных статей в американской юридической периодике (см.: McAdams R.H. *Beyond the Prisoner's Dilemma: Coordination, Game Theory and Law* // 82 *South California Law Review*. 2008–2009. P. 210, 211). В частности, «дилемма заключенного» обсуждается в ряде американских научных статей применительно к договорному праву (см.: Eastman W. *How Coasean Bargaining Entails a Prisoners' Dilemma* // 72 *Notre Dame Law Review*. 1996. P. 97–100; Scott R.E. *Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts* // 75 *California Law Review*. 1987. P. 2005 ff) и целому ряду иных областей частного права.

собственных убеждений) определенных представлений о добре и зле, табу и мотиваций в процессе воспитания и социальных коммуникаций, а также отчасти, видимо, и путем эволюционного отбора. Общество воспитывает индивида так, что он начинает вести себя в ряде случаев вопреки своим эгоистическим устремлениям. Нарушение заученных табу вызывает чувство вины и муки совести. Нежелание сталкиваться с ними отталкивает человека от общественно опасного поведения. Это самый дешевый и удобный инструмент социальной регуляции. Свой, хотя бы и рудиментарный, категорический императив есть почти у каждого человека. И у многих людей в набор таких интернализированных этических установок включаются уважение прав ближнего и воздержание от причинения ему вреда.

Во-вторых, нельзя забывать и про такой регулятор, как страх репутационного давления со стороны других членов социальной группы. Дело в том, что одноразовое социальное взаимодействие встречается далеко не всегда. После одной конкретной транзакции, в которой контрагент получил сверхприбыль из-за своего оппортунистического поведения и эксплуатации благодушия и наивности ближнего, он приобретает плохую репутацию и настраивает этого же своего партнера или иных лиц, которым стало известно о таком поведении данного лица, на применение против него зеркальной стратегии «зуб за зуб» или вовсе стратегии воздержания от деловых с ним контактов. Возможный выигрыш от обмана наивных оппонентов в первых раундах игры нивелируется все нарастающим объемом проигрышей и упущенных возможностей по мере того, как все большее число игроков начинает использовать аналогичную оппортунистическую стратегию против него или подвергать его ostracism. Соответственно, при повторении игры стратегия сотрудничества постепенно начинает вытеснять оппортунистическую модель, так как оказывается оптимальной⁷. Короче говоря, плохая деловая репутация рано или поздно начинает заявлять о себе в бухгалтерских книгах недобросовестного участника оборота. Так, например, испорченная кредитная история лишает лицо в дальнейшем шансов на получение дешевого финансирования. И это не может не сказываться на стимулах к честному поведению.

Иначе говоря, стратегия «своровать/обмануть и убежать» может быть выгодной в условиях, когда игрок не намеревается больше сотрудничать и взаимодействовать с жертвой или с теми, кто может узнать об этом факте. Но в условиях, когда о репутации игрока узнают те, с кем он хотел бы вступать в сделки в дальнейшем, его оппортунизм начинает играть против него же и лишает массы возможных преимуществ от взаимовыгодного сотрудничества в будущем⁸. Ни в коем случае юристы не должны недооценивать сдерживающую роль репутации и издержек, связанных с ее подрывом. Думаем, не ошибемся, если предположим, что 99,9% всего рыночного оборота осуществляется без конфликтов и не фиксируется в протоколах судебных заседаний во многом именно в силу этого стимула.

Но всегда ли эти внеправовые инструменты регуляции поведения достаточны, чтобы предотвратить нарушения прав граждан?

⁷ См.: Axelrod R., Hamilton W.D. *The Evolution of Cooperation* // *Science, New Series*. Vol. 211. № 4489. 27.03.1981. P. 1390–1396.

⁸ См.: Шеллинг Т. *Стратегия конфликта*. М., 2007. С. 169.

Очевидно, что нет. Издержки в виде возникновения мук совести из-за нарушения собственных представлений об этике или репутационного давления со стороны общества становятся все меньше по мере того, как наше мышление становится все более инструментальным и мы все дальше уходим от мира замкнутых общин в огромные города с миллионным населением и безмерными информационными потоками. Мир глобализуется, что часто позволяет жулику достаточно легко уходить от репутационных санкций, постоянно меняя «социальный антураж» и выискивая себе новых жертв, не знакомых с его репутацией.

Иначе говоря, вес ожидаемых внеправовых издержек от оппортунистического нарушения контракта, прав собственности и т.п. на чаше весов, на которых рациональное лицо взвешивает издержки и выгоды от (не)соблюдения прав ближнего, становится постепенно все меньше. Это при неизменности веса фактора выгоды от правонарушения предопределяет рост случаев нарушения гражданских прав. Такая ситуация особенно характерна для стран с крайне низким уровнем социального капитала (межличностного доверия и готовности людей вступать в добровольные социальные связи во имя общего блага) и далеко зашедшей деградацией общественной морали, к которым, к сожалению, относится и Россия.

Здесь открывается пространство для реализации превентивной функции права. Право нужно именно потому, что другие социальные регуляторы срабатывают далеко не всегда. И роль права тем сильнее, чем меньше регулятивная сила интернализированной гражданами этики и сдерживающая роль репутационных санкций.

I. Режимы защиты гражданских прав

1. Краткая история дискуссии

Дискуссия на тему оптимального с экономической точки зрения выбора модели защиты прав оказалась в центре внимания в 1972 г., когда в США вышла прорывная статья Г. Калабреззи (*G. Calabresi*) и А. Дугласа Меламеда (*A. Douglas Melamed*)⁹. Безусловно, и до этого ученые и правотворцы многих стран задумывались об экономической роли и регулирующем влиянии различных моделей защиты гражданских прав на поведение участников оборота, но при этом редко эксплицитно использовали экономический инструментарий.

Г. Калабреззи и А. Дуглас Меламед в своей статье предложили простую и элегантную модель решения этой проблемы, позволяющую правотворческим органам делать этот выбор более или менее осознанно, на основе оценки потенциально регулирующего воздействия. Они сконцентрировали свое внимание на двух основных проблемах. Во-первых, на вопросе о том, по каким политико-правовым критериям позитивное право распределяет защищаемые гражданские права (например, признает право одного соседа на тишину или право другого на шумное времяпровождение в своей квартире либо право завода на загрязнение реки сточ-

⁹ См.: Calabresi G., Douglas Melamed A. *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral* // 85 *Harvard Law Review*. 1972. P. 1089ff.

ными водами или право землевладельца на чистоту протекающей по его участку реки). Во-вторых, на вопросе о том, каковы политико-правовые критерии выбора моделей защиты того права, которое правовая система все-таки признает за соответствующим лицом. В рамках настоящей статьи нас интересует именно последняя проблема. Поэтому далее мы дадим краткую экспозицию модели, предложенной Г. Калабрези и А. Дугласом Меламедом для выбора оптимального режима защиты прав¹⁰.

Авторы рассматриваемой статьи в рамках своего анализа предложили выделять три группы прав в зависимости от того, какая модель защиты предоставляется жертве позитивным правом. Первую группу они обозначили как права, защищаемые в рамках *Liability rule* (принципа ответственности). Вторая группа прав по их классификации — это права, защищаемые в рамках *Property rule* (принципа собственности). Наконец, третий вид прав — это права, защита которых осуществляется в рамках *Inalienability rule* (принципа неотчуждаемости).

Защита по модели *Liability rule* дает жертве лишь возможность возмещения своих убытков (т.е. получения денежного эквивалента утраченного права), и не более того. Защита по модели *Property rule* предоставляет пострадавшему возможность заблокировать саму возможность нарушения права, восстановить попорченное право в натуре или применить к нарушителю карательные санкции, нацеленные не столько на компенсацию, сколько на пресечение правонарушения (например, путем судебного запрета). В рамках *Inalienability rule* отчуждение права в принципе невозможно даже при условии согласия управомоченного лица (например, продажа избирательных прав, родительских прав, собственных органов для трансплантации или добровольное обращение в рабство).

В рамках настоящей статьи мы оставляем за скобками права, защищаемые по модели принципа неотчуждаемости. Данный аспект обсуждаемой статьи по большому счету имеет отношение не столько к интересующей нас проблематике защиты прав, сколько к теме их оборотоспособности. Поэтому далее мы вкратце опишем предложенную в статье Г. Калабрези и А. Дугласа Меламеда политико-правовую теорию выбора между *Property rule* и *Liability rule* при определении оптимальной модели защиты гражданских прав. Более того, в рамках нашей статьи мы концентрируем анализ не на классификации прав по критерию предлагаемых позитивным правом моделей их защиты, а на разборе самих этих моделей.

По мнению Г. Калабрези и А. Дугласа Меламеда, защита гражданских прав по модели *Property rule* за счет предоставления правообладателю возможностей по пресечению или буквальному восстановлению принадлежащего ему гражданского права в случае его попорнения дает правообладателю своего рода право вето на отчуждение этого гражданского права. Это происходит в силу того, что претендент лишается выгод от волонтаристского его присвоения или рискует быть привлеченным к карательной ответственности, превосходящей убытки жертвы. В результате он стимулируется предварительно вступать с правообладателем в полноценные переговоры о цене, за которую данное право может быть отчуждено. Тем самым пози-

¹⁰ *Взгляды на данную проблему в рамках обсуждаемой статьи см.: Calabresi G., Douglas Melamed A. Op. cit. P. 1105 ff.*

тивное право создает условия для сугубо добровольного оборота прав и подавляет стимулы к волонтаристским правонарушениям.

Например, как отмечают авторы, режим защиты по модели *Property rule* господствует в области вещного права: по общему правилу вещь не может быть легитимно изъята у собственника без его согласия и без уплаты согласованной с ним *ex ante* компенсации, а в случае силового отобрания может быть возвращена посредством соответствующего иска, в то время как вор будет привлечен к уголовной ответственности. Такая перспектива вынуждает претендента на принадлежащую другому лицу вещь вступать в переговоры и пытаться выкупить ее, предложив такую цену, которая устроит собственника.

Принципиальное же отличие защиты по модели *Liability rule*, по мнению Г. Калабрези и А. Дугласа Меламеда, состоит в том, что последняя устанавливает в качестве единственной санкции за нарушение возмещение убытков и тем самым, по сути, объявляет потенциальному нарушителю цену нарушения. Такая модель защиты де-факто дает претенденту возможность нарушать (отбирать) право управомоченного лица, не испрашивая его согласия, под условием последующего возмещения убытков. Если право предусматривает только возмещение убытков в качестве единственной меры защиты, то норма, запрещающая посягание на право индивида под страхом уплаты этой компенсации, равнозначна норме, дающей лицу возможность попортить право этого индивида при условии уплаты цены, равной убыткам последнего.

Итак, Г. Калабрези и А. Дуглас Меламед, выделив в позитивном плане режимы защиты по модели *Liability rule* и *Property rule*, задались нормативным вопросом о том, в каких случаях оправданно выбирать тот или иной режим.

Видимое на первый взгляд экономическое преимущество режима *Liability rule*, как указали Г. Калабрези и А. Дуглас Меламед, состоит в формировании условий для легкого оборота прав за счет предоставления любому претенденту своего рода опциона на их выкуп под условием отсрочки платежа и с делегацией суду возможности определить размер выкупной цены *ex post*. Так как усмотрение судов в определении размера этой компенсации ограничено и суд в теории не взыщет с нарушителя больше, чем ценность данного права для текущего правообладателя, претендент получает возможность сопоставить ожидаемые убытки управомоченного лица и свою выгоду от нарушения его права. В таких условиях поведение потенциального претендента на принадлежащее другому лицу право подчиняется простой логике: если выгода от правонарушения оказывается выше предвидимой суммы подлежащих взысканию за это убытков, возникают четкие стимулы нарушать право, отбирая его у управомоченного лица без его согласия. Выплатив впоследствии объявленную судом цену (в виде убытков правообладателя), нарушитель все равно останется в выигрыше. В итоге права перераспределяются в пользу того, кому обладание данным правом ценнее. Говоря экономическим языком, такой режим защиты (в случае фактической уплаты или взыскания убытков) претендует на признание эффективным по Парето, т.е. не ущемляющим интересы ни одного из двух затронутых этим режимом лиц и при этом выгодным им обоим или хотя бы одному из них.

Иначе говоря, в рамках *Liability rule* лишение управомоченного лица возможности заблокировать *ex ante* утрату своего права, восстановить его буквально образом или применить к нарушителю карательные санкции, как может показаться, не ущемляет интересы управомоченного лица, так как они будут полностью защищены *ex post* за счет взыскания убытков, в то время как нарушитель даже после выплаты убытков остается в выигрыше (как минимум если он правильно рассчитал свои выгоды и возможные убытки жертвы и пошел на нарушение осознанно). При этом в рамках такой модели нарушителю нет особого смысла вступать в переговоры с управомоченным лицом *ex ante*, дабы заручиться его добровольным согласием продать это право. В итоге экономятся трансакционные издержки на ведение таких переговоров.

Но у этого режима защиты есть один очевидный экономический недостаток, на который справедливо обратили внимание Г. Калабрези и А. Дуглас Меламед. Вся описанная модель приращения экономической эффективности за счет перехода прав в руки тех, кто их ценит выше и кому это право может принести большую пользу, работает только тогда, когда существует 100-процентная гарантия *ex post* взыскания всех убытков жертвы в судебном порядке. В реальности это допущение часто не соответствует реальности.

Причин здесь очень много. Авторы обсуждаемой статьи, в частности, обращают внимание на то, что при взыскании убытков суды обычно полагаются на рыночный уровень цен, в то время как на практике обладание правом или благом может иметь важную субъективную ценность для конкретного управомоченного лица, превышающую рыночный уровень. При утрате прав на вещь расчет убытков очень сложно основать на этой субъективной ценности в силу известных проблем в доказывании субъективных предпочтений. В итоге истец чаще всего будет вынужден апеллировать к рыночным показателям цен и, соответственно, не сможет получить *полноценный* денежный суррогат обладания данным правом. Кроме того, негативные последствия нарушения не всегда могут быть абсолютно адекватно квантифицированы (например, моральный ущерб от попраania личных неимущественных прав).

Все это приводит к тому, что применение режима *Liability rule* провоцирует проблему недокомпенсации. Соответственно, в реальности этот режим нередко не оказывается Парето-эффективным: нарушитель возместит жертве в качестве убытков далеко не всю ту ценность, которую данное право представляло для правообладателя. И в итоге *ex post* компенсация оставляет жертву в положении, которое хуже, чем то, в котором она находилась до момента нарушения.

Избежать этих проблем можно тогда, когда право будет вынуждать потенциального нарушителя вместо оппортунистического попраania прав жертвы идти с ней на переговоры *ex ante* и выторговывать ее согласие на отчуждение соответствующего права. В рамках таких переговоров будет выявлена субъективная ценность соответствующего права для управомоченного лица, и если последнему будет предложена компенсация, соразмерная его субъективной оценке данного права, ему не будет смысла ветировать такое соглашение. Сторонам, заинтересованным в своей материальной выгоде, куда проще прийти к согласию в отношении размера такой компенсации *ex ante*, чем суду определить эффективный размер «цены выкупа» при разрешении таких споров *ex post*.

В условиях свободных рыночных переговоров реально найти адекватную сумму компенсации, так как эти переговоры являются лучшим инструментом определения цен любых благ. В процессе добровольного согласования происходит торг, который проявляет резервные цены сторон (т.е. минимальную цену, за которую с данным правом готово расстаться управомоченное лицо, и максимальную цену, за которую его готов приобрести претендент). Согласованная цена оказывается в пределах этих резервных цен, что гарантирует взаимовыгодность данной трансакции. В итоге обеспечивается «улучшение по Парето», когда обе стороны оказываются однозначно в выигрыше¹¹. И при этом предотвращаются колоссальные издержки судебной системы на разрешение споров о размере убытков.

Что же может склонить претендента на инициацию таких переговоров? В первую очередь такой правовой режим, который дает управомоченной стороне возможность выбирать между взысканием убытков и иной альтернативой — пресечением нарушения ее прав или восстановлением их в натуре либо применением к нарушителю карательных, сверхкомпенсационных санкций (например, уголовных). А это и есть в терминологии Г. Калабреззи и А. Дугласа Меламеда режим защиты по модели *Property rule*. По сути, авторы исходят из идеи о том, что по общему правилу такой режим является предпочтительным.

В то же время авторы не останавливаются на этом и фиксируют основания, при которых праву все же следует отдать предпочтение защите по модели *Liability rule*. Таким основанием они считают ситуацию, когда ведение переговоров *ex ante* невозможно в принципе или крайне затруднительно (например, в силу высокого уровня трансакционных издержек).

Один из приводимых Г. Калабреззи и А. Дугласом Меламедом примеров — это ситуация, когда государство (или муниципалитет) выкупает землю у собственников для целей реализации на соответствующих территориях инфраструктурных строительных проектов (прокладки дорог и т.п.). В таких случаях для реализации одного проекта, как правило, требуется индивидуальное согласование цены выкупа с десятками и даже сотнями землевладельцев, и упорство даже небольшого числа из них может заблокировать планы муниципальных или государственных властей.

Авторы приводят в качестве примера ситуацию устройства парка в городе. Допустим, 100 тысяч жителей города были бы готовы заплатить по 100 долл. за возможность иметь такой парк, но для этого соответствующую землю необходимо выкупить у 1 тысячи собственников земельных участков. Такая сделка была бы эффективной по Парето, если бы собственники участков ценили бы свою землю в совокупности ниже или как минимум не выше, чем жители города в целом готовы были бы заплатить за выкуп у них земли. С учетом того, что горожане готовы дать по 100 долл. на выкуп, общая сумма теоретического выкупного фонда составляет 10 млн долл. Допустим далее, что в среднем каждый из землевладельцев ценит свой участок в 8 тыс. долл. и готов за эту сумму с ним расстаться (что в совокупности дает оценку в 8 млн долл.). Притом что жители города в целом согласны вложить в проект 10 млн долл., сделка выглядит вполне возможной и потенциально экономически эффективной: кооперативный излишек (т.е. разница между субъектив-

¹¹ О понятии резервных цен см.: Каранетов А.Г., Савельев А.И. Указ. соч. С. 254–264.

ными оценками сторонами обмениваемых благ) равен 2 млн долл. Добровольная сделка в теории, казалось бы, может состояться по любой цене в диапазоне между 8 и 10 млн долл. В итоге произойдет улучшение по Парето и рост общего экономического благосостояния: благо перейдет в руки тех, кто готов заплатить за него больше (т.е. в руки того, кому оно ценнее).

Но на практике такая сделка может сорваться из-за высоких транзакционных издержек, спровоцированных стратегическим поведением ее сторон.

Авторы описывают классическую для экономического анализа права проблему *holdout*, когда для реализации некоего экономического решения инициатору требуется выкупить согласие множества лиц и каждое из них может, не давая свое согласие, заблокировать решение¹². Осознание каждым из землевладельцев того, что весь проект может сорваться из-за отказа любого из них от продажи своего участка и, соответственно, что у него имеется право вето, стимулирует стратегическое поведение в форме шантажа на индивидуальных переговорах. Каждый из тех землевладельцев, чье согласие испрашивается, будет пытаться затребовать за свое согласие львиную долю всего кооперативного излишка (т.е. потенциальной экономической выгоды от всего решения), искусственно завышая свою субъективную оценку принадлежащего ему участка. В итоге драматически возрастают риски срыва проекта.

На стороне жителей города возникает другая классическая для экономического анализа права проблема стратегического поведения — проблема «безбилетника» (*freerider/freeloader problem*). Каждый из жителей города имеет стимулы скрывать свою заинтересованность в парке в расчете на то, что необходимую сумму соберут без него. В итоге колоссально возрастают издержки на согласование финансирования на стороне коллективного покупателя.

В такого рода ситуациях из-за проблем стратегического поведения сторон (а именно феноменов *holdout* и *freerider*) рыночный механизм часто дает сбой. Транзакционные издержки соответствующих групп заинтересованных лиц (землевладельцев и горожан) на координацию и пресечение угроз индивидуального шантажа со стороны первых и «безбилетничества» на стороне вторых могут оказаться (и часто оказываются) выше кооперативного излишка, и теоретически взаимовыгодная сделка не реализуется.

В связи с этим не удивительно, что в такого рода ситуациях во многих странах проблема решается за счет вмешательства публичной власти в форме реализации нерыночной, принудительной транзакции. Государство (муниципалитет) на основе решения, принимаемого большинством жителей или избранными ими чиновниками, собирает с жителей в принудительном порядке налог и в принудительном же порядке выкупает на полученную сумму права собственности на участки у землевладельцев с определением размера компенсации судом (в США это происходит в рамках доктрины *eminent domain*). Если смотреть на эту проблему с точки зрения землевладельца, его право собственности отчуждается в пользу третьих лиц без его согласия, но с выплатой компенсации, т.е. его право собственности в данной ситуации, по терминологии Г. Калабреззи и А. Дугласа Меламеда, оказывается защи-

¹² О проблеме *holdout* см.: Cooter R., Ulen T. *Law and Economics*. 5th ed. Boston, 2008. P. 184–185.

шаемой по модели *Liability rule*. Таким образом, этот механизм исключает и проблему *holdout*, и проблему «безбилетника».

Иначе говоря, решение, предложенное Г. Калабрезе и А. Дугласом Меламедом, состоит в том, что право должно выбирать модель защиты по принципу *Property rule* тогда, когда существует более или менее реальная возможность проведения *ex ante* переговоров между правообладателем и претендентом на это право. Когда такие переговоры возможны (а это чаще всего бывает в случае, когда в потенциальной транзакции участвуют два лица¹³), право должно лишать претендента стимулов к оппортунистическим атакам на права другого лица и принуждать его к совершению рыночной, добровольной транзакции на основе согласования цены выкупа права. Защита же по модели *Liability rule* оправдана тогда, когда такие переговоры *ex ante* либо в принципе невозможны (например, в силу неумышленного деликта в результате ДТП), либо крайне затруднены (например, из-за множественности лиц, согласие которых необходимо для совершения одной транзакции и проблем стратегического поведения оных).

В дальнейшем десятки американских правоведов и экономистов включились в анализ предложенной Г. Калабрезе и А. Дугласом Меламедом дихотомии и предложенных авторами политико-правовых резонансов. Одна группа исследователей в целом соглашалась с ними и отдавала приоритет режиму защиты по модели *Property rule* (за рамками редких случаев крайне высоких транзакционных издержек)¹⁴. Другая пыталась так или иначе опровергнуть их подход, склоняясь к более широкому применению *Liability rule*¹⁵. Постепенно эта дискуссия перебралась и за океан. В обсуждение с недавних пор включились и континентально-европейские правоведы¹⁶.

Иногда авторы¹⁷ в рамках этой непрекращающейся дискуссии, удаляясь от относительно простых для понимания и реализации на практике выводов из статьи Г. Калабрезе и А. Дугласа Меламеда и пытаясь достичь идеально логичной модели,

¹³ См.: Cooter R., Ulen T. *Op. cit.* P. 104–105.

¹⁴ См.: Hylton K.N. *Property Rules and Liability Rules, Once Again* // 2 *Review of Law & Economics*. Iss. 2. 2009. P. 137 ff (отмечается важная роль субъективной ценности блага, которая в рамках *Liability rule* игнорируется); Lewinsohn-Zamir D. *The Choice Between Property Rules and Liability Rules Revisited: Critical Observations from Behavioral Studies* // 80 *Texas Law Review*. 2001. P. 219 ff (выводы о предпочтительности *Property rule* в условиях отсутствия высоких транзакционных издержек подтверждаются современными наработками в области поведенческой экономики); Epstein R.A. *A Clear View of the Cathedral: The Dominance of Property Rules* // 106 *Yale Law Journal*. 1996–1997. P. 2091 ff (режим *Liability rule* критикуется с позиций долгосрочных деструктивных последствий для правопорядка); Smith H.E. *Property and Property Rules* // 79 *New York University Law Review*. 2004. P. 1719 ff (режим *Liability rule* критикуется с точки зрения сложностей в получении судом информации о ценности права для правообладателя).

¹⁵ См.: Polinsky A.M. *Resolving Nuisance Disputes: The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies* // 32 *Stanford Law Review*. 1980. P. 1075 ff; Kaplow L., Shavell S. *Property Rules versus Liability Rules: an Economics Analysis* // 109 *Harvard Law Review*. 1996. P. 713 ff; Ayres I., Talley E. *Solomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitlement to Facilitate Coasean Trade* // 104 *Yale Law Journal*. 1995. P. 1027 ff; Rachlinski J.J., Jourden F. *Remedies and the Psychology of Ownership* // 51 *Vanderbilt Law Review*. 1988. P. 1574 ff.

¹⁶ См., напр.: Ott C., Schäfer H.-B. *The Dichotomy Between Property Rules and Liability Rules: Experiences from German Law* // 1 *Erasmus Law Review*. 2008. P. 41 ff.

¹⁷ См., напр.: Ayres I., Talley E. *Op. cit.* P. 1027 ff.

настолько увлекались введением все новых переменных, уточнений, исключений и исключений из исключений, что многие их предложения по оптимальному выбору средств защиты стали избыточно сложными, абстрактными и оторванными от реальности¹⁸. Кроме того, некоторые из них приобрели форму, которая трудно воспринимается юристами, и оказывались просто нереализуемыми на практике, так как требовали от суда глубинного экономического анализа, к которому он чаще всего абсолютно не готов¹⁹. Развивая в свое время высказанную по похожему поводу П. Атия шутку, можно задаться риторическим вопросом о том, почему, если судьи действительно являются столь хорошими экономистами, чтобы осуществлять такие расчеты, они не консультируют казначейство²⁰.

В то же время многие ценные мысли, прозвучавшие за эти годы в рамках дискуссии по поводу *Liability rules vs Property rules*, значительно обогатили наше понимание различных действующих моделей защиты гражданских прав (в сфере интеллектуальной собственности²¹, защиты коммерческой тайны²², вещно-

¹⁸ Аналогичные критические замечания в отношении избыточного перфекционизма и абстрактности некоторых исследований на эту тему см.: Krier J.E. & Schwab S.J. *Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light* // 70 *New York University Law Review*. 1995. P. 480–482. Например, к этой категории малореlevantных реальной юридической практике импликаций экономического анализа защиты права можно отнести дискуссию о так называемом парадоксе компенсации, который представляется некоторым сторонникам экономического анализа права серьезной проблемой. Ее суть в том, что наличие гарантии полной компенсации убытков лишает обладателя права стимулов принимать разумные меры к охране своего права (см.: Cooter R. *Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution* // 73 *California Law Review*. 1985. P. 1 ff). Оторванность этой дискуссии от правовых реалий становится очевидной, как только мы вспомним, что на практике вероятность доказать и взыскать все возникшие в связи с правонарушением убытки намного меньше 100%, а многие негативные последствия правонарушений в принципе не могут быть адекватно квантифицированы.

¹⁹ См.: Sherwin E. *The Truth About Property Rules: Some Obstacles to the Economic Analysis of Remedies* // 2 *Washington University Jurisprudence Review*. 2010. P. 58.

²⁰ См.: Atiyah P.S. *Essays on Contract*. Oxford, 2001. P. 151.

²¹ Традиционно считалось, что, в силу того что трансакционные издержки в сфере оборота интеллектуальной собственности не велики (так как трансакция происходит между одним правообладателем и одним потенциальным приобретателем и не возникают проблемы стратегического поведения), а при этом сложности в ex post определении судом размера полной компенсации и субъективной ценности такого права для правообладателя крайне значительны, праву стоит защищать интеллектуальные права средствами *Property rule*, такими как карательные компенсации, судебные запреты и т.п. Угроза применения таких санкций вынуждала бы потенциального претендента на чужое интеллектуальное право не к оппортунистическому его отобранию, а к добровольному выкупу посредством прямых переговоров (см., напр.: Merges R.P. *Of Property Rules, Coase and Intellectual Property* // 94 *Columbia Law Review*. 1994. P. 2665ff; Blair R.D., Cotter T.F. *An Economic Analysis of Damages Rules in Intellectual Property Law* // 39 *William and Mary Law Review*. 1998. P. 1585ff). Но в последнее время все чаще раздаются голоса в пользу перехода к режиму защиты интеллектуальной собственности по модели *Liability rule* с той аргументацией, что в реальности трансакционные издержки в этой сфере намного выше, чем ранее считалось. См.: Lemley M.A. *Contracting Around Liability Rules* // 100 *California Law Review*. 2012. P. 463ff (критика некоторых экономических оснований стандартной модели, предпочитающей *Property rule* защите интеллектуальной собственности). Отмечается также, что американские суды в последнее время в таких случаях начинают все чаще отказывать в вынесении решений о введении судебных запретов в отношении нарушителей интеллектуальных прав, ограничивая права жертвы иском об убытках (см.: Depoorter B. *Property Rules, Liability Rules and Patent Market Failure* // 1 *Erasmus Law Review*. 2007–2008. P. 59ff).

²² См.: Melville D. *Liability Rules, Property Rules, and Incentives Not to Bargain: The Effect of Competitive Rivalry on the Protection of Legal Entitlement* // 29 *Seton Hall Law Review*. 1998–1999. P. 1277ff (аргументы в пользу сугубо компенсационной защиты прав на коммерческую тайну).

го²³, корпоративного²⁴, договорного²⁵ и др.) и могут помочь в определении моделей, которые праву стоит реализовывать.

2. Развивая идеи Г. Калабреззи и А. Дугласа Меламеда

Как нам кажется, в статье Г. Калабреззи и А. Дугласа Меламеда был ухвачен крайне важный аспект политики частного права. Попытаемся развить намеченные этими авторами идеи и проанализировать их политико-правовые импликации.

Как читатель далее увидит, мы не следуем предложенной в анализируемой статье классификации и вводим, как нам кажется, более точную таксономию режимов защиты.

Когда позитивное право структурирует те или иные гражданские права и их содержание, оно неминуемо сталкивается с проблемой выбора оптимальной модели их защиты в случае нарушения. Среди различных частноправовых средств защиты гражданских прав следует выделить два различных по своей функциональной направленности режима, регулирующие воздействие которых мы далее и разберем.

- 1) Прежде всего надо выделить режим *компенсационной защиты*, в рамках которой право защищается посредством истребования от нарушителя денежного возмещения, но не может защищаться путем превентивного пресечения или буквального восстановления. Можно выделить три основные модели такой защиты.
 - a) Наиболее типичной для гражданского права является модель *полной компенсационной защиты*. Здесь поправное право защищается иском о возмещении всех возникших убытков, и пострадавший как минимум в теории за счет денежной компенсации ставится в положение в экономическом плане равнозначное тому, в котором он находился бы, не будь его право нарушено. Например, заемщик не может при-

²³ См.: Kaplow L., Shavell S. *Op. cit.* P. 768–769 (авторы, в целом симпатизируя скорее режиму *Liability rule* в целом, все же склонны поддерживать режим *Property rule* применительно к защите вещных прав, аргументируя свой выбор тем, что иначе при возможности отобрания собственности с условием о последующей денежной компенсации запускался бы порочный круг: тот, у которого вещь принудительно изъята, прилагал бы усилия к ее обратному отобранию, и так до бесконечности. В итоге это вынуждало бы текущих собственников осуществлять колоссальные инвестиции в защиту владения, а претендентов — в совершенствование аппарата насилия). См. также: Smith H.E. *Property and Property Rules*. P. 1719ff (отстаивается идея о необходимости защиты вещных прав в рамках режима *Property rule*, за рядом исключений вроде права на введение по суду принудительного возмездного сервитута прохода к публичным дорогам).

²⁴ См.: Easterbrook F.H., Fischel D.R. *The Economic Structure of Corporate Law*. Cambridge, Mass., 1996. P. 158ff (анализ в категориях *Liability rule* и *Property rule* права акционера на выкуп своих акций (*appraisal*) в случае несогласия с решениями руководства в отношении судьбы корпорации в сопоставлении с правом акционеров на инициацию судебных запретов); DeMott D.A. *Proprietary Norms in Corporate Law: An Essay on Reading Gambotto in the United States // Gambotto v. WCP Ltd.: Its Implications for Corporate Regulation / ed. I. Ramsay*. 1996. P. 90ff (анализ института принудительного вытеснения миноритариев в рамках модели *Liability rule* защиты корпоративных прав акционера).

²⁵ Анализ применения *Property rule* и *Liability rule* в этой сфере см. ниже в параграфе о моделях защиты договорных прав.

нудить банк к выдаче обещанного кредита, но может взыскать с банка полное возмещение убытков, а акционер в ряде случаев не может оспорить сделку компании, которая, возможно, вредит ее интересам (а значит, и самому акционеру), но может потребовать от директора возмещения возникших у компании убытков в рамках косвенного иска. Та же модель действует и применительно к случаям неумышленных деликтов, не подпадающих под составы административной или уголовной ответственности.

- b) В рамках второй модели жертва также может потребовать от нарушителя уплаты компенсации, но при этом ее размер будет установлен в размере меньшем, чем те убытки, которые пострадавший в связи с этим несет. Например, когда закон устанавливает ограниченную ответственность перевозчика, он легитимирует ситуацию, в которой право может быть защищено требованием денежной компенсации, не способной восстановить в полной мере имущественное положение жертвы. Таковую модель мы будем называть *моделью ограниченной компенсационной защиты*.
- c) Позитивное право иногда обеспечивает защиту гражданских прав за счет карательных частноправовых взысканий сверхкомпенсационного характера. Оно может даровать жертве возможность взыскания возмещения в размере, превышающем ее убытки (например, карательные убытки в американском деликтном праве, карательные компенсации в праве интеллектуальной собственности, штрафные санкции в потребительском праве, сверхкомпенсационные законные или договорные неустойки и т.п.)²⁶. Таковую модель мы будем называть *моделью карательной сверхкомпенсационной защиты*²⁷.
- d) Наконец, в ряде правопорядков (в том числе в России в качестве общего правила — в силу абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ) пострадавший может защищать свое право за счет взыскания с нарушителя той выгоды, которую последний извлекает из нарушения. В рамках этого режима пострадавший может рассчитывать на реституцию в его пользу всех тех доходов, которые нарушитель смог извлечь из нарушения. Эту модель мы будем обозначать как модель *реституционной защиты*.
- 2) Второй режим защиты прав проявляется в форме дарования жертве (без ущерба для ее прав по взысканию денежной компенсации) дополнительных правомочий по пресечению *ex ante* ситуации нарушения своего права или восстановлению *ex post* утраченного права в натуре (*режим абсолютной защиты*). Эти два типа правомочий создают основания для выделения в рамках указанного режима двух моделей защиты.

²⁶ Карательный элемент может проявиться и за рамками частного права. Например, нарушитель может быть подвергнут административной или уголовной ответственности как в форме штрафов (в том числе оборотных, как то имеет место в отечественном антимонопольном праве), так и в форме иных публичных санкций (в том числе связанных с лишением свободы, отзывом лицензий и т.п.). Но публично-правовые кары не направлены даже отчасти на присуждение той или иной компенсации жертве (если не считать морального удовлетворения от восстановления справедливости). Поэтому они нами не отнесены к компенсационному режиму защиты прав и в целом вынесены за скобки.

²⁷ Отнесение сверхкомпенсационных взысканий к режиму компенсационной защиты, безусловно, носит несколько условный характер. В рамках настоящей статьи под компенсацией в широком смысле понимается любое денежное взыскание, идущее в доход жертвы правонарушения, независимо от того, соответствует ли присужденная сумма убыткам жертвы или нет.

- a) В рамках модели *блокирующей защиты* правообладатель может заблокировать нарушение своего права на будущее, например подав иск о введении судебного запрета на дальнейшее загрязнение водоема или заблокировав судебным запретом совершение одной из сторон договора действий, нарушающих принятые ею на себя в договоре негативные обязательства.
- b) В рамках модели *восстановительной защиты* правообладатель получает возможность восстановить свое право или обеспечить его реализацию в натуре. Здесь управомоченная сторона вправе обеспечить буквальное восстановление или реализацию своего права. Например, этот вариант проявляется в ситуациях, когда право дает собственнику возможность истребовать свою вещь в порядке виндикации, акционеру — право оспорить сделку, совершенную руководством компании в ситуации заинтересованности и не одобренную надлежащим образом, кредитору по договору — право на присуждение к исполнению обязательства в натуре, должнику — право на оспаривание цессии, совершенной кредитором в нарушение содержащегося в договоре запрета на уступку.

Если сопоставить эту классификацию с той, которую предложили Г. Калабреззи и А. Дуглас Меламед, то становится очевидным, что режиму *Liability rule* соответствуют модели полной или ограниченной компенсационной защиты, в то время как режиму *Property rule* соответствуют модели сверхкомпенсационной и реституционной защиты, а также все модели, относящиеся к режиму абсолютной защиты.

Безусловно, предложенная нами классификация вряд ли может претендовать на полноту охвата. Некоторые средства защиты из различных областей гражданского права могут не быть ею охвачены. Но мы и не претендуем на некоторое новое слово в правовой догматике. Приведенная классификация необходима нам для того, чтобы попытаться разобраться в вопросе об экономических стимулах, которые те средства защиты, которые в эту классификацию умещаются, формируют в отношении поведения участников оборота.

Итак, попытаемся, используя методы экономического анализа человеческого поведения, описать регулирующее воздействие, которое указанные выше модели защиты оказывают на поведение потенциальных правонарушителей и их жертв.

II. Регулирующее воздействие режима компенсационной защиты

1. Модели полной и ограниченной компенсационной защиты

Безусловно, частное право немыслимо без такого системообразующего института, как иск о компенсации убытков, возникших у жертв правонарушения.

В этическом плане взыскание убытков обеспечивает идеал коррективной справедливости, описанный в свое время еще Аристотелем²⁸, поддержанный Фомой Ак-

²⁸ См.: Аристотель. *Этика*. М., 2010. С. 136, 138–139.

винским²⁹ и являющийся на самом деле важнейшим элементом человеческой этики. Моральное требование применения к нарушителю санкции, с одной стороны, пропорциональной тяжести нарушения, а с другой — восстанавливающей положение жертвы, имевшее место до нарушения, как представляется, разделяется большинством людей³⁰.

В экономическом же плане взыскание убытков восстанавливает попорченную экономическую эффективность по Парето. Нарушение права, как уже отмечалось, чаще всего причиняет вред правообладателю. Соответственно, даже если нарушитель что-то от этого нарушения выигрывает, мы имеем ситуацию, когда нарушение приводит к неэффективному по Парето изменению. Взыскание убытков в теории восстанавливает статус-кво и ставит жертву в положение безразличия³¹ к факту правонарушения (это означает, что в идеале после взыскания убытков жертва должна оказаться в том экономическом состоянии, в котором она находилась бы, если бы ее право нарушено не было). Так что элементарный микроэкономический анализ приводит к выводу о позитивной экономической роли института взыскания убытков.

Приводит ли такая компенсация к превенции правонарушений? Ответ на этот вопрос зависит от соотношения выигрыша нарушителя и убытков жертвы.

Если правообладатель в принципе не несет никаких убытков, а нарушитель хоть что-то выигрывает от нарушения, то последнее приводит к улучшению по Парето. Так, в частности, в некоторых случаях нарушения вещных прав или прав интеллектуальной собственности снижение материального благосостояния правообладателя не происходит. К примеру, если лицо незаконно заселилось на пару летних недель в пустующую дачу некоего собственника, не причинив ей никакого вреда, трудно говорить о возникновении у последнего каких-либо убытков (в том числе упущенной выгоды). В такого рода случаях осудить факт правонарушения с точки зрения принципа экономической эффективности, казалось бы, достаточно сложно. Правообладатель не несет убытки, а нарушитель при этом увеличивает свое благосостояние.

С точки зрения критерия Парето правонарушение может представляться как экономически эффективное поведение и тогда, когда жертва несет убытки, но они ниже, чем выигрыш нарушителя, и последний осуществил возмещение. Например, если правообладатель имеет благо или право, которое он ценит в 1000 руб., и имеется другое лицо, которое выигрывает от нарушения этого права 1500 руб., последнее, решившись на правонарушение, может компенсировать жертве ее убыток и остаться в плюсе.

В обоих описанных случаях можно говорить о *prima facie* экономически эффективном правонарушении. Такого рода нарушения следует отличать от нарушений

²⁹ См.: Thomas Aquinas. *Summa Theologica*. II-II. Q. 61. URL: <http://www.egs.edu/library/thomas-aquinas/articles/summa-theologica-part-ii-ii-secunda-secundae-translated-by-fathers-of-the-english-dominican-province/treatise-on-the-cardinal-virtues-qq-47-170/question-61of-the-parts-of-justice/>.

³⁰ О роли коррективной справедливости в частном праве см.: Weinrib E.J. *Corrective Justice*. Oxford, 2012; Gordley J. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford, 1991.

³¹ См.: Cooter R., Ulen T. *Op. cit.* P. 247.

неэффективных, т.е. таких, в результате которых правообладатель проигрывает больше, чем выигрывает нарушитель.

Какую роль играет иск о взыскании убытков в деле превенции эффективных и неэффективных правонарушений?

Такая мера защиты в теории способна подавить стимулы к неэффективным нарушениям. Если нарушитель выигрывает от нарушения 1000 руб., а жертва проигрывает 1500 руб., нарушение является неэффективным по Парето. Угроза возмещения в качестве убытков 1500 руб., т.е. суммы большей, чем выигрыш нарушителя, в теории предотвращает нарушения, которые не приводят к взаимному приросту экономического благосостояния. Поэтому специалисты в экономическом анализе права, как правило, поддерживают институт возмещения убытков.

Но что если нарушение является эффективным и нарушитель выигрывает больше, чем проигрывает жертва? В такой ситуации иск о возмещении убытков восстанавливает экономический интерес жертвы, но оставляет нарушителю определенную долю выигрыша, достаточную для того, что нарушение оказывалось бы все еще выгодным предприятием. Соответственно, с микроэкономической точки зрения такой иск не препятствует эффективным правонарушениям.

Более того, в тех случаях, когда возмещение убытков является единственно доступной правообладателю опцией защиты своих нарушенных прав, позитивное право фактически стимулирует эффективное правонарушение и создает условия для перехода прав и благ в руки того, кому они ценнее (т.е. кто извлекает из обладания ими бóльшую выгоду)³². Иначе говоря, когда позитивное право объявляет, что оно будет защищать частные права исключительно в рамках модели полной компенсационной защиты, оно фактически дает претенденту на соответствующее право (нарушителю) своего рода опцион на казалось бы Парето-улучшающий (а значит, эффективный) принудительный выкуп данного права у правообладателя. В случае отсутствия каких-либо дополнительных санкций предполагаемый размер компенсации, который придется уплатить жертве, превращается в цену выкупа. С точки зрения реальных последствий норма «Стоянка запрещена — штраф 1000 руб.» при отсутствии иных санкций равнозначна оферте «Парковка разрешена — тариф 1000 руб.». Как бы цинично это ни звучало, реальная картина мира именно такова.

Соответственно, в ситуации, когда право защищается только иском об убытках, правообладатель лишен возможности ветировать поспраивание собственных прав и вынужден рассчитывать на получение соответствующего тарифа. Отличие от вышеописанного примера с парковкой состоит лишь в том, что сам размер «тарифа» при нарушении гражданских прав привязан к убыткам жертвы, заранее не определен и фиксируется судом *ex post*. Если ожидаемая нарушителем выгода от нарушения выше, чем ожидаемое же значение этого «тарифа», то ограничение прав жертвы только иском об убытках зажигает зеленый свет перед практикой, казалось бы, эффективных по Парето умышленных правонарушений.

Некоторые сторонники классического, чикагского, экономического анализа права поддерживают такое развитие событий как минимум применительно к неко-

32

См.: Mercurio N., Medema S.G. *Op. cit.* P. 138 ff.

торым категориям гражданских прав (например, договорных, интеллектуальной собственности и т.п.) и считают, что нарушение, которое оказывается эффективным с учетом выплаты жертве ее убытков, является вполне достойным действием, которое право не должно блокировать. По их мнению, такого рода нарушения приводят к росту экономического благосостояния путем перемещения ресурсов и прав в руки тех, кто их ценит выше. То, что это перемещение происходит волонтаристским способом, без *ex ante* согласия правообладателя, сторонников теории эффективного нарушения не волнует. Например, согласно такой позиции договорное право подразумевает возможность должника, считающего, что для него выгода от неисполнения договора будет больше, чем размер ожидаемых убытков кредитора, выйти из договора, если он готов покрыть эти убытки в случае предъявления кредитором соответствующего иска³³. Соответственно, сторонники этого взгляда часто выступают против любых правовых институтов, которые могли бы помешать совершению таких эффективных нарушений (например, против доступности иска о присуждении к исполнению в натуре и судебных запретов, против взыскания с нарушителя его дохода, извлеченного из нарушения, против карательных убытков и иных сверхкомпенсационных взысканий и т.п.), а также за любые институты, которые упрощают совершение эффективных нарушений (например, запрет на взыскание непредвидимых убытков, требование митигации убытков и т.п.).

Но тут следует задаться вопросом, насколько оправдан такой взгляд на эффективное нарушение. Допустима ли ситуация, когда такой иск будет *единственным* средством защиты правообладателя, и если да, то в каких случаях?

На наш взгляд, такое решение порождает серьезные проблемы с точки зрения экономической эффективности, как только мы покидаем зону абстрактных микроэкономических моделей и берем в расчет жизненные реалии и долгосрочные регулятивные эффекты.

В целом нужно выделить три уровня негативного регулирующего воздействия такого режима принудительного выкупа гражданских права, который де-факто легализуется в рамках модели полной компенсационной защиты в качестве единственного доступного правообладателю механизма.

Первый круг последствий состоит в следующем.

Основная проблема модели полной компенсационной защиты, когда она является единственной доступной санкцией за правонарушение, состоит именно в том, что она создает стимулы к принудительному, недобровольному обороту прав, не гарантируя *реальную* полную компенсацию.

Претендент на право, принадлежащее другому лицу, не обязан вступать с ним в переговоры, а может присвоить чужое или попать это право иным образом, не испрашивая согласие. Ему достаточно быть готовым уплатить компенсацию, размер которой *ex post* определит суд. И если бы между ценой, которая была бы испрошена правообладателем в рамках переговоров, и размером убытков, которые в аналогичной ситуации присудит суд, не было бы разницы, вопрос не был бы

³³ См.: Markovits D., Schwartz A. *The Myth of Efficient Breach: New Defenses of the Expectation Interest* // 97 *Virginia Law Review*. 2011. P. 1948.

принципиальным с экономической точки зрения. Но вся проблема состоит в том, что в реальной жизни (а не в мире экономических абстракций), как только мы покидаем зону добровольных соглашений, мы лишаемся гарантий получения жертвой *ex post* полной компенсации.

И тут возникает ключевая проблема недокомпенсации, на которую обратили внимание Г. Калабреззи и А. Дуглас Меламед. Суды слишком часто, чтобы это можно было бы игнорировать, склонны присуждать в качестве убытков сумму меньшую, чем размер реальных убытков, ставящих жертву в положение безразличия к факту правонарушения. Некоторые американские авторы³⁴, ратующие за более широкое применение *Liability rule*, прямо оговаривают, что их выводы верны только в той мере, в которой не наблюдается устойчивая тенденция к недокомпенсации. В условиях же, когда любому юристу, реально знакомому с практикой взыскания убытков, абсолютно очевидно обратное, все логические построения сторонников *Liability rule* неминуемо рушатся.

Когда мы говорим о том, что жертва не получает полной компенсации, имеется в виду, что размер определенной судом и фактической взысканной в пользу жертвы компенсации оказывается меньше той минимальной цены, по которой она была бы готова расстаться с правом на добровольных началах. А это значит, что в такой ситуации даже с учетом взыскания убытков происходит нарушение принципа экономической эффективности по Парето. Нарушитель может в итоге приобрести право по цене, которая его вполне устраивает, в то время как правообладатель получает меньше, чем его субъективная оценка своего права.

Каковы причины риска недокомпенсации? Они вполне очевидны.

Во-первых, это проблемы с доказыванием убытков, главная из которых — сложность в доказывании субъективной ценности прав. Любое благо или право имеет ценность, но эта ценность, как было с успехом доказано в экономической науке и более никем всерьез не оспаривается, носит сугубо субъективный характер. Один собственник может ценить принадлежащий ему контрольный пакет акций компании, скажем, в миллион (т.е. готов расстаться с ним минимум за эту сумму, являющуюся, таким образом, резервной ценой отчуждателя), в то время как другое лицо, рассчитывая на синергетический эффект от поглощения данной компании и соединения ее производства с иными своими активами, ценит этот же актив в полтора миллиона (т.е. готов заплатить за этот актив не более этой суммы, которая составляет резервную цену покупателя). Именно из-за разницы в субъективных оценках благ и возникает их оборот. Если стороны ценят одно и то же благо абсолютно одинаково, то в сделке просто нет никакого смысла и она в большинстве случаев просто не состоится. Сделки совершаются именно потому, что приобретатель ценит благо больше, чем отчуждатель.

Никакой внешний регулятор (и в том числе суд) не способен проникнуть в сознание людей и оценить их субъективное ощущение ценности соответствующего блага (права). В этих условиях единственный надежный способ обеспечить *гарантированно взаимовыгодный* оборот прав состоит в том, чтобы положиться на добро-

³⁴ См.: Kaplow L., Shavell S. *Op. cit.* P. 730–732.

вольное соглашение сторон. Если стороны ударили по рукам и нет пороков воли, значит, согласованная цена оказалась устраивающей обоих, т.е. выше резервной цены отчуждателя (минимальной цены, по которой он был бы готов продавать) и ниже резервной цены приобретателя (максимальной цены, по которой он был готов приобрести). Факт достижения добровольного соглашения, не сопряженного с теми или иными пороками воли, сигнализирует о взаимовыгодности трансакции (как минимум на момент ее совершения).

В этих условиях одна из важнейших задач частного права состоит в обеспечении правовой инфраструктуры для совершения таких добровольных соглашений. Опровержимая презумпция свободы договора означает опровержимую презумпцию того, что оборот экономических благ и прав должен строиться на началах добровольного согласования воль³⁵. Именно поэтому принудительный отъем экономических благ претит началам частного права. То же можно сказать не только о правах непосредственно на экономические блага, но и о любых гражданских оборотоспособных правах.

Итак, при добровольных переговорах риск того, что цена окажется ниже, чем субъективная ценность права для правообладателя, минимален. Ведь если цена не устроит правообладателя, сделка просто не состоится. В случае же судебного определения размера этой платы в форме решения о взыскании убытков правообладателю приходится мириться с тем фактом, что его право уже попорно, и, соответственно, он оказывается в крайне уязвимом положении лица, обязанного инициировать судебное разбирательство (нередко длительное и дорогостоящее) и доказать *ex post* некоему арбитру, не имеющему прямого доступа в сознание посторонних лиц, что данное право истец ценит именно так, а не иначе. Судьи, как правило, не способны отличить чистые спекуляции истцов об их субъективном ощущении ценности утраченного права от достоверных утверждений на сей счет и вынуждены опираться на объективные показатели (оценки рыночной стоимости и т.п.). Кроме того, интерес правообладателя может быть вовсе неимущественным. Надежно перевести его в денежный эквивалент суду просто невозможно. В итоге в целом ряде случаев сумма компенсации может оказаться ниже резервной цены правообладателя (даже после выплаты присужденной судом суммы убытков) и мы будем наблюдать ситуацию нарушения критерия эффективности по Парето и трансакцию не только принудительную и недобровольную, но еще и невзаимовыгодную.

Есть и масса иных проблем с доказыванием убытков (особенно упущенной выгоды). В российской судебной практике проблемы с определением адекватного и предсказуемого стандарта доказывания убытков настолько серьезны, что такие иски подаются крайне редко, а суды удовлетворяют их еще реже. Истцам нечасто удается убедить суд в том, что убытки имеют место, они находятся в прямой причинно-следственной связи с правонарушением и их размер соответствует заявленным требованиям.

Более того, даже в развитой с правовой точки зрения стране из-за проблем с доказыванием истец далеко не всегда получает абсолютно полное возмещение. Так, например, при взыскании упущенной выгоды не всегда можно доказать, что эту

³⁵ См.: Каранетов А.Г., Савельев А.И. Указ. соч. С. 243–284.

выгоду пострадавший действительно мог бы извлечь, не будь его право нарушено³⁶. Гипотезы в отношении упущенных возможностей всегда строятся на предположении альтернативного варианта развития событий и некоем критическом уровне вероятности возникновения данной выгоды, если бы нарушение права не состоялось. Соответственно, когда эта вероятность оказывается ниже такого критического уровня, суд, руководствуясь принципом «все или ничего», может отказать во взыскании упущенной выгоды из-за ее недоказанности, не прибегая при этом к варианту ее взыскания с дисконтом, пропорциональным вероятности ее возникновения (т.е. возможной выгоды, умноженной на процент вероятности ее получения).

Во-вторых, проблема может состоять еще и в том, что в ряде случаев истец в принципе мог бы доказать свои убытки, но для этого ему потребовалось бы раскрыть закрытую коммерческую информацию, которая в результате стала бы доступной ответчику и публике в целом. Например, для того чтобы доказать упущенную выгоду, необходимо представить доказательства, достоверно подтверждающие уровень себестоимости и прибыли по этой сделке, раскрыть цены перепродажи и нередко даже имена клиентов и т.п. Очень часто раскрытие такой коммерческой информации само по себе может угрожать экономическим интересам истца, что будет создавать барьеры к эффективному доказыванию и взысканию всех реально возникающих убытков³⁷.

В-третьих, далеко не все убытки могут быть в принципе взысканы с точки зрения частного права. Отдаленные или косвенные убытки, как правило, не возмещаются. Во многих странах, где действует правило о взыскании только предвидимых нарушителем убытков (Франция, Англия, США и др.), непредвидимые нарушителем убытки не подлежат возмещению. Судебные расходы также могут в силу права той или иной страны либо не взыскиваться вовсе (как, например, в большинстве штатов США), либо взыскиваться в ограниченном размере.

В-четвертых, даже если суд присудил в пользу истца возмещение всех действительно возникших убытков, нет никаких гарантий, что решение будет исполнено. В любой стране мира, а в России в особенности, исполняется далеко не каждое судебное решение о взыскании, особенно когда ответчик — гражданин или не очень крупная компания. В первом случае проблемы возникают из-за безнаказанной легкости, с которой ответчики-граждане переоформляют активы на третьих лиц в преддверии вступления в силу решения суда, значительного распространения практики получения неофициальных доходов, неуловимых для судебных приставов, а также невозможности обращения взыскания на единственное жилье. Для корпораций проблема связана с рисками банкротства, в рамках которого шансы истца на получение присужденных сумм в российских реалиях крайне незначительны, или недобросовестного вывода активов и перевода бизнеса на вновь созданное юридическое лицо.

В итоге мы имеем ситуацию, когда вероятность фактического получения правообладателем *полной* денежной компенсации (с учетом невысоких шансов доказать

³⁶ См.: Cooter R., Ulen T. *Op. cit.* P. 211.

³⁷ См.: Ben-Shahar O., Bernstein L. *The Secrecy Interest in Contract Law* // 109 *Yale Law Journal*. 2000. P. 1885ff.

свои убытки, правовых ограничений на взыскание убытков и проблем с получением взысканного на стадии исполнения решения) намного ниже 100%. Думаю, не ошибемся, если предположим, что такое счастливое развитие событий в российских реалиях может случиться максимум в 5% случаев. В остальных случаях суд либо вовсе откажет в иске по причине недоказанности размера убытков или причинно-следственной связи, либо присудит меньше, чем реальные убытки истца, либо решение будет не исполнено или исполнено лишь частично.

Если классический частноправовой инструментарий компенсации убытков не работает или работает неудовлетворительно, фактически профанируется фундаментальный этический стержень частного права — идея коррективной справедливости. Но одновременно тем самым право не позволяет правообладателю, чье экономическое положение было ущемлено правонарушением, восстановить его и избежать нарушения критерия экономической эффективности. Так что в реальной жизни восстановительный эффект модели полной компенсационной защиты очень часто не реализуется в полной мере.

Второй круг последствий. Если мы посмотрим на регулятивный эффект применения такой модели защиты, при которой гражданские права защищаются только иском об убытках, более широко, нам откроется еще более настораживающее явление. Когда потенциальные правонарушители осознают, что вероятность того, что им придется возместить жертвам все их убытки, столь низка, они дисконтируют ожидаемые издержки от применения к ним данной санкции на величину этого процента.

Такова природа человеческого поведения. Когда водитель двигается по шоссе и определяет приемлемую для себя скорость передвижения, он достаточно часто ориентируется на риск быть привлеченным к ответственности. При этом он учитывает не номинальное значение штрафа, а ожидаемые издержки по его уплате. Иначе говоря, водитель соизмеряет размер штрафа за превышение скорости с вероятностью быть пойманным и наказанным за нарушение ПДД. Если штраф равен 1 тыс. руб., но на дороге нет камер видеонаблюдения и, как правило, не встречаются патрули ГИБДД, вероятность быть наказанным оказывается крайне низкой. В итоге человек при определении целесообразности превышения скорости соизмеряет удовольствие или пользу от превышения скорости не с номинальным значением штрафа, а с его ожидаемым значением (величина штрафа, умноженная на процент вероятности его уплаты). Соответственно, при неизменности размера штрафа ПДД нарушаются тем чаще, чем ниже вероятность быть пойманным.

Ровно так же себя ведут люди и в любых иных ситуациях, когда они осуществляют рациональный выбор между правомерным и неправомерным поведением и сопоставляют сопряженные с этим выбором ожидаемые издержки и выгоды. Как показал в свое время нобелевский лауреат Г. Беккер, влиять на это поведение право может либо повышая номинальное значение санкции, либо повышая вероятность привлечения к ответственности³⁸. С учетом того, что модель полной компенсационной защиты не позволяет поднять уровень ответственности выше разме-

³⁸ См.: Беккер Г. *Человеческое поведение: экономический подход. Избранные труды по экономической теории.* М., 2004. С. 282–352.

ра убытков жертвы, единственный способ обеспечить эффективную превенцию правонарушений (в том числе нарушений, которые не являются эффективными и причиняют жертве вред больший, чем доход от нарушения у нарушителя) в рамках данной модели состоит в том, чтобы повысить вероятность фактического возмещения всех убытков. В настоящих условиях приблизить этот показатель к 50% и тем более к 100% просто нереально.

Ожидаемые издержки потенциального правонарушителя от применения к нему частноправовой санкции, когда она является лишь угрозой возмещения убытков, оказываются в силу описанных трудностей в доказывании и взыскании убытков существенно занижены (зачастую настолько, что рациональное лицо должно их просто игнорировать). В итоге этого искажения в разы увеличивается вероятность того, что этот уровень ожидаемых издержек окажется ниже вполне осязаемой выгоды, которую нарушитель может извлечь из факта попрания права ближнего. В итоге мы получаем ситуацию, когда потенциальному правонарушителю в случае применения режима исключительно компенсационной защиты в целом оказывается выгодно нарушать права третьих лиц даже тогда, когда нарушение является абсолютно неэффективным.

К чему это приводит, вполне очевидно. Полная компенсационная защита в реальной жизни не только не способна восстановить нарушенный интерес жертвы правонарушения, но и оказывается достаточно неэффективным инструментом обеспечения превенции правонарушений. В этом состоит драматический недостаток регулятивного потенциала иска о взыскании убытков. Этот классический частноправовой институт оказывается не в силах создать эффективные стимулы к уважению прав ближних в тех случаях, когда он является единственной санкцией за их нарушение.

Еще бóльшие проблемы возникают в связи с тем, что потенциальный нарушитель в большинстве случаев не сможет адекватно оценить возможные убытки правообладателя. Это возможно только в утопическом мире совершенной информированности. Реальность далека от этого³⁹. В итоге нарушитель может полагаться лишь на свои крайне приблизительные расчеты. В некоторых случаях они могут быть оправданны и правонарушение оказывается эффективным (если будет гарантировано 100-процентное покрытие убытков). Но во многих других случаях его расчет будет неверным. В итоге режим полной компенсационной защиты в качестве единственного варианта защиты гражданских прав провоцирует ошибки в расчете эффективности нарушений. Конечно, право может в ряде случаев помогать нарушителю снизить риски таких просчетов, например устанавливая правило о том, что возмещению подлежат лишь предвидимые убытки (как то имеет место в договорном праве Англии, США и некоторых других стран). Но этот шаг, несколько смягчая остроту проблемы несовершенной информации, резко обостряет проблему недокомпенсации, лишая правообладателя шансов на компенсацию большей части своих потерь и тем самым создавая условия для неэффективных правонарушений.

Что уж говорить о тех ситуациях, когда позитивное право ограничивает размер возмещаемых убытков (например, исключает взыскание упущенной выгоды, уста-

³⁹ См.: Dreisen D.M. *Contract Law's Inefficiency* // 6 *Virginia Law & Business Review*. 2011. P. 302ff; Dodge W. *The Case for Punitive Damages in Contract* // 48 *Duke Law Journal*. 1999. P. 666–670.

навливают некие пороговые значения взыскания убытков или предусматривает на низком уровне исключительные законные неустойки)? В такого рода ситуациях превентивный эффект компенсационной защиты еще более ограничен. Если нарушитель не рискует подпасть под какую-либо иную санкцию, кроме иска о взыскании ограниченного размера убытков, обладание неким правом оказывается еще более беззащитным. Право как бы объявляет любому желающему индульгенцию на посягание частных прав других лиц под условием выплаты им лишь части той субъективной ценности, которое это право для них имеет.

Третий круг последствий. Наконец, еще более общий уровень регуляторных последствий закрепления модели полной компенсационной защиты в качестве единственной доступной жертве опции состоит в следующем. Как уже отмечалось, такое положение вещей (даже если игнорировать проблему недокомпенсации) стимулирует совершение правонарушения как минимум в тех случаях, когда выгода от нарушения у нарушителя выше, чем предполагаемые убытки жертвы (т.е. «эффективные» правонарушения). По сути, постороннему лицу, желающему отнять наше право, дозволяется принудительно выкупить его без нашего согласия. Это в конечном итоге превращает саму идею правонаделения в фантом.

Право, поощряя или бескомпромиссно карая то или иное поведение, может в определенной степени отражать и тем самым закреплять или менять этические предпочтения граждан. В этом состоит так называемая экспрессивная функция права (*expressive function of law*)⁴⁰. Соответственно, если сведение средств защиты права к иску о возмещении убытков поощряет правонарушения, то очевидно, что правовой режим, реализующий эту идею, в конечном итоге будет означать моральную приемлемость нарушения прав ближнего, а также способствовать развитию практики оппортунизма и недобросовестности. По сути, режим исключительно и строго компенсационной защиты просто зажигает зеленый свет тотальной правовой энтропии и разрушению правовой культуры. Правонарушение начинает поощряться и рано или поздно воспринимается как нечто вполне моральное и даже желательное.

Деструктивное долгосрочное последствие от развития в праве идеи «эффективного» правонарушения имеет вполне экономическую природу. Современный экономический рост строится во многом на доверии, культуре честности, уважении прав и верности слову. Эти социальные нормы, как моторное масло, снижают транзакционные издержки в экономике и позволяют людям доверять друг другу, чувствовать себя защищенными. Чем чаще право потворствует оппортунизму и поощряет правонарушения, тем сильнее деструктивное влияние на эту систему социальных норм, деморализующее влияние права и в конечном итоге подрыв институциональных условий для нормального экономического развития. То, что может казаться эффективным в данный момент, в долгосрочной перспективе может приводить к неэффективным результатам⁴¹.

⁴⁰ Об экспрессивной функции права см.: Anderson E.S., Pildes R. *Expressive Theories of Law: A General Restatement* // 148 *University of Pennsylvania Law Review*. 2000. P. 1503 ff; Cooter R. *Do Good Laws Make Good Citizens? An Economic Analysis of Internalized Norms* // 86 *Virginia Law Review*. 2000. P. 1577 ff; Kahan D.M. *What Do Alternative Sanctions Mean?* // 63 *University of Chicago Law Review*. 1996. P. 591 ff.

⁴¹ Dreisen D.M. *Op. cit.* P. 302 ff.

Достаточно представить себе мир, в котором право собственности может быть принудительно отнято под условием возмещения рыночной стоимости утраченной собственником вещи и собственнику не были бы доступны ни иски о vindicatio, ни возможность инициации уголовного преследования вора. Собственники в этих условиях вынуждались бы к несению крайне высоких издержек по предотвращению таких нарушений их прав, снижали бы долгосрочные инвестиции, в своих бизнес-планах учитывали бы высокие литигационные издержки по взысканию убытков и риски недокомпенсации, переносили бы эти издержки в цены и т.п. Но, думается, не нужно проводить сложные расчеты, чтобы прийти к однозначному выводу о порочности такого состояния правовой среды и ее несовместимости с долгосрочными целями экономического развития.

К. Хилтон называет такие негативные последствия издержками денормализации (*denormalization costs*) экономических отношений⁴². Ф. Микельман называет похожий набор деструктивных регуляторных последствий от формирования системы, в которой поощряются правонарушения и высоки риски отъема прав без полноценной компенсации, издержками деморализации (*demoralization costs*)⁴³.

Иначе говоря, в долгосрочной перспективе потери для общего благосостояния, возникающие от невозможности совершить эффективное правонарушение, могут быть намного меньше, чем потери, возникающие из-за формирования институциональной среды и правовой культуры, в рамках которой поощряются правонарушения.

С учетом всего вышесказанного во имя достижения долгосрочных целей — культуры уважения прав, добросовестности и неприятия оппортунизма, а также обеспечения инфраструктуры для добровольных взаимовыгодных трансакций право должно бескомпромиссно бороться с любыми правонарушениями, как неэффективными, так и теми, которые на микроэкономическом уровне кажутся эффективными. Как справедливо отмечается в литературе, защита системы добровольного обмена и борьба с произвольными посягательствами на частные права являются важнейшими задачами правопорядка⁴⁴.

Как минимум до тех пор, пока закон признает то или иное гражданское право, он должен обеспечивать применение системы санкций, эффективно предотвращающей любые на него посягательства. Позитивное право не может позволить относиться к признаваемым им за частными лицами правам неуважительно. Беззубое гражданское право, беззащитное перед лицом потенциальных нарушений, в институциональном плане хуже отказа правовой системы от самого признания такого права.

Соответственно, если позитивное право решает допустить вторжение в чужие права с условием о выплате определенной судом компенсации, оно это должно за-

⁴² См.: Hylton K.N. *Property Rules and Liability Rules, Once Again*. P. 137ff.

⁴³ См.: Michelman F.I. *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of «Just Compensation» // 80 Harvard Law Review*. 1967. P. 1212–1215.

⁴⁴ См.: Epstein R.A. *A Clear View of the Cathedral: The Dominance of Property Rules*. P. 2099.

крепить законодательно в рамках режима соответствующих прав (например, право государства на реквизицию или национализацию, право на принудительное установление сервитута, право на установление по суду принудительной лицензии и т.п.). Но до тех пор, пока в силу тех или иных политико-правовых соображений такие ограничения позитивным правом не признаны и мы говорим о *правонарушении*, правовая система должна обеспечивать действенную защиту частных прав и превенцию правонарушений без оглядки на то, что в отдельных случаях нарушение может быть в микроэкономическом плане эффективным.

Как мы видим, режим *Liability rule* может быть в теории установлен двумя путями. Первый состоит в том, что закон не признает ограничения соответствующих прав, а посягательства других лиц на эти права рассматривает как правонарушение, но ограничивает средства защиты жертвы только иском о взыскании убытков. Здесь выплата компенсации хотя и рассматривается как мера ответственности, санкция, но в реальности превращается в цену выкупа. Второй, в некотором смысле более честный вариант состоит в том, что закон прямо признает право другого лица на отъем или ограничение гражданских прав правообладателя с условием о выплате компенсации. В этом случае нет правонарушения, а компенсация (например, в форме возмещения убытков) прямо рассматривается не как мера ответственности, а как плата за принудительный выкуп или обременение чужого права. Практическая разница между двумя этими вариантами не столь значительна. Но первый куда менее оправдан с точки зрения долгосрочных последствий деформации правовой культуры. Если закон признает политико-правовую желательность ограничения гражданских прав, это лучше оформлять прямо и открыто в рамках правового режима этих прав, а не путем скрытого поощрения волонтаристских правонарушений. В то же время сказанное не значит, что позитивное право должно чувствовать себя абсолютно свободно при структурировании законодательно признанных возможностей правомерного отобрания или обременения гражданских прав с условием о выплате полной и тем более ограниченной компенсации. Фактор системной недокомпенсации из-за неспособности суда адекватно оценивать денежный эквивалент утрачиваемого или ограничиваемого права проявляется в равной степени в случаях как неправомерного его нарушения, так и правомерного отобрания/ограничения.

Как можно повысить вероятность взыскания полного возмещения убытков?

Можно ли решить проблему хронической недокомпенсации путем оптимизации режима взыскания убытков, оставаясь в рамках модели *Liability rule*? Безусловно, определенный ресурс для улучшения ситуации имеется.

Среди различных причин распространения практики отказа в иске об убытках следует выделить завышенный стандарт доказывания как размера убытков, так и причинно-следственной связи.

Одна из очевидных причин этого явления историческая. В советском праве механизм взыскания убытков не выполнял ту центральную роль, которую он играл и играет в развитых капиталистических странах, где взыскание убытков направлено как на компенсацию реальных потерь кредитора, так и на восполнение той

коммерческой выгоды, которую кредитор не смог получить из-за нарушения. Например, в советском договорном праве считалось, что компенсация убытков не может удовлетворить кредитора, заменив ему ценность реального исполнения, так как вопрос о договорной дисциплине не столько был вопросом частного права, сколько являлся элементом стабильного функционирования всей сложнейшей схемы плано-административной экономики. Многие виды убытков либо вовсе не взыскивались, либо взыскивались с рядом специфических для плановой экономики особенностей⁴⁵. Это привело к тому, что стандарт доказывания убытков (т.е. та степень достоверности доказательств, которая необходима для того, чтобы суд признал убытки доказанными) на настоящий момент не вполне определен.

Отчасти поэтому современные судьи, не имея наработанной практики и каких-либо четких методов доказывания тех или иных убытков, предъявляют крайне строгие требования к достоверности доказательств размера убытков и причинно-следственной связи и зачастую любые сомнения толкуют в пользу презумпции недоказанности этих фактов. Удовлетворить такие завышенные требования в части достоверности доказательств зачастую крайне сложно.

Но причины сложившейся ситуации не сводятся исключительно к отсутствию четких критериев определения стандарта доказывания. Есть еще одна глубинная и действительно вполне серьезная причина, которая, по всей видимости, подпитывает настороженность судов в отношении взыскания убытков и удерживает от либерализации подхода к их доказыванию. Речь идет о крайне низком уровне деловой и правовой культуры в нашем обществе. В этих условиях судьи, которые оценивают представленные доказательства по внутреннему убеждению, просто боятся, и причем отчасти вполне обоснованно, что в случае снижения контроля за достоверностью доказательств причиненных истцу убытков это средство защиты будет использоваться в целях злоупотребления правом.

Собственного бизнес-опыта у судей, как правило, нет, а многие из них всю свою профессиональную жизнь проработали в суде, никогда не видя реальных бизнес-планов, имея достаточно отдаленные представления о принятых нормах прибыли и т.п. В таких условиях у судей часто просто не хватает собственного опыта для самостоятельной оценки достоверности причинно-следственной связи и убедительности расчетов убытков. Отличить абсолютно надуманные спекуляции истца или фиктивные «бумажки», составленные им для обоснования ни на чем не основанных сумм убытков, от реальных и добросовестных попыток добиться полной компенсации самому суду достаточно сложно (особенно в случае с упущенной выгодой). Соответственно, боясь оказаться орудием в руках недобросовестных истцов, судьи продолжают держать планку достоверности доказательств (тот самый стандарт доказывания) по убыткам очень и очень высоко.

В результате того, что сформировалась традиция применения столь высокого стандарта доказывания убытков, конкретному судье оказывается сложно выйти из колеи и большинство судей при любых сомнениях продолжают быть склонными скорее отказать в таком иске, чем удовлетворить его в сколько-нибудь крупном размере. В результате у юристов исчезают стимулы обращаться с таким иском в суд

⁴⁵ *Подробнее об особенностях советского режима договорных убытков см.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 3-е изд. М., 2011. С. 641–646.*

и платить госпошлину с низкими шансами на успех. Судебная практика по убыткам в итоге не формируется, а та, что имеется, в силу принятой в отечественной практике нетранспарентности мотивировок судебных решений в части оценки доказательств не позволяет оценить детали доказывания убытков по таким делам. В итоге у ученых или высших судов нет практически никакого материала для обобщения практики доказывания убытков и выработки тех или иных методических рекомендаций в отношении стандарта доказывания. Как мы уже отмечали, отсутствие таких ориентиров во многом и предопределяет сохранение сверхосторожной тактики судов. В итоге порочный круг замыкается...

В ответ на эту проблему право должно стимулировать суды снизить стандарт доказывания. Классический для гражданских споров стандарт доказывания состоит в том, что соответствующий факт (в данном случае факт возникновения и размер убытков, а также причинно-следственная связь) должен быть доказан истцом с такой степенью достоверности, что судье становится очевидным, что этот факт скорее был, чем наоборот (так называемый стандарт «баланс вероятностей»)⁴⁶. Наличие у судьи сомнений в тех фактах, на которых строит свой иск истец, не является препятствием для признания возложенного на истца бремени доказывания реализованным. Если эти сомнения не настолько существенны и суду по итогам оценки представленных истцом доказательств очевидно, что соответствующий набор фактов вероятнее всего имел место, суду следует считать его доказанным.

Если в силу ряда причин сложилась традиция предъявлять к требованиям о взыскании убытков неоправданно завышенный стандарт доказывания и требовать таких доказательств, которые не оставляют в принципе никаких разумных сомнений (т.е. использовать стандарт доказывания, скорее характерный для уголовных дел) и эта ситуация в силу «эффекта колеи» не меняется естественным путем, то ее изменение невозможно без изменения правовых норм. Позитивное право должно вмешаться и так или иначе простимулировать уточнение стандарта доказывания.

Но тут нельзя не заметить, что у понижения стандарта доказывания размера убытков и причинно-следственной связи есть и обратная сторона. Та цена, которую придется заплатить при либерализации режима доказывания убытков, состоит в том, что ради большей защиты прав истца в одних случаях мы приоткрываем возможности для недобросовестных лиц по злоупотреблению и необоснованному отбору средств у ответчиков в других случаях. Примеры, когда взыскание убытков пытаются использовать в качестве инструмента отбора собственности в рамках корпоративных войн, известны всем читающим деловую прессу последних лет.

В данной ситуации от права требуется разработка таких стимулов, которые могли бы, с одной стороны, облегчить истцам процесс доказывания и взыскания убытков, а с другой — по возможности минимизировать негативные последствия от понижения стандарта доказывания. Нужен некий разумный компромисс.

⁴⁶ Именно так определяется стандарт доказывания по гражданским делам, например, в странах англосаксонского права. Подробнее см.: Будылин С.Л. Внутреннее убеждение или баланс вероятностей? Стандарты доказывания в России и за рубежом // Вестник ВАС РФ. 2014. № 3. С. 25–57.

Такой вариант недавно был намечен в российском праве. Речь идет о проекте новой редакции ст. 393 ГК РФ (п. 5 данной статьи), принятой к моменту написания настоящего текста Государственной Думой в первом чтении в рамках идущей реформы ГК, а также правовой позиции ВАС РФ, закрепленной в постановлении Президиума от 06.09.2011 № 2929/11. Предлагается установить известное зарубежному праву⁴⁷ правило о том, что для взыскания убытков их размер должен быть доказан с разумной степенью достоверности. При этом согласно проекту ГК и данной судебной практике ВАС РФ суд не может отказать в удовлетворении требования истца о возмещении убытков по основанию исключительно их недоказанности, если очевидно, что какие-то убытки у кредитора имеются⁴⁸. В соответствии с этим подходом, когда по обстоятельствам дела размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности, определение размера убытков должно осуществляться судом исходя из принципов разумности, справедливости, соразмерности и с учетом всех обстоятельств дела⁴⁹.

В принципе нам импонирует это решение. Оно может быть оценено судами как та отмашка сверху, знаменующая и легализующая снижение требований к доказыванию достоверности убытков и в целом либерализацию режима доказывания убытков. Это решение способно преодолеть барьер, препятствующий более активному взысканию убытков.

Конечно, сама идея предоставления суду права определять убытки на основе собственных гипотетических расчетов может показаться опасным расширением судебной дискреции, отступлением от принципа состязательности процесса и действительно может спровоцировать риски взыскания в качестве убытков сумм, превышающих реальные убытки кредитора. Но нам эти риски представляются некритичными.

Расчет здесь делается не столько на то, что судебная дискреция будет подменять процессуальную активность истца, сколько на то, что лишение суда права отказать в иске при отсутствии абсолютно точных доказательств конкретного размера убытков будет создавать стимулы к снижению стандарта доказывания. Объяснение тут простое. Сейчас суду проще следовать сложившейся традиции и, признав расчеты истца недостоверными, отказать в иске, чем поверить истцу и взыскать убытки. Но когда право объявляет судье, что он не может отказать в иске о взыскании убытков только по причине недоказанности их размера, а должен определить размер убытков *ex officio*, это ставит судью перед достаточно сложной задачей. В этих условиях судье оказывается удобнее согласиться с расчетом истца, чем брать на себя ответственность по определению размера убытков. Фактически это правовое решение формирует такие стимулы, которые будут вынуждать судей снижать порог досто-

⁴⁷ См., напр.: п. 5 ст. 7.4.3 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА.

⁴⁸ Эта идея обсуждалась еще дореволюционными российскими цивилистами и относительно недавно была предложена к закреплению в российском праве В.В. Витрянским. См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 653–654.

⁴⁹ В последнее время этот подход к доказыванию убытков неоднократно подтверждался ВАС РФ. См.: постановления Президиума ВАС РФ от 18.06.2013 № 17044/12, от 16.04.2013 № 17450/12, а также п. 6 постановления Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 62. «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица».

верности доказательств по искам об убытках. В итоге расчет делается не столько на то, что суды будут сами определять гипотетические убытки кредитора, сколько на то, что суды будут больше верить расчетам истца.

Но отмеченные выше риски злоупотреблений и избыточных присуждений также не могут игнорироваться. Ведь в условиях сниженного порога достоверности доказательств суды могут начать удовлетворять иски об убытках на основе спорных или недостоверных расчетов истца. Остроту этой проблемы может отчасти снять следующее.

Во-первых, не стоит забывать, что применение этого режима возможно только тогда, когда истец смог достоверно доказать, что какие-то убытки у него все-таки возникли, и неопределенность возникает только в отношении точного размера убытков.

Во-вторых, для стабилизации практики доказывания убытков требуется большая аналитическая работа и закрепление, возможно, на уровне правовых позиций Верховного Суда детальных рекомендательных методик по доказыванию убытков. Набрать практику для составления таких «методичек» невозможно в нынешних условиях, когда иски о взыскании убытков — редкие гости в судах. Умозрительно такие рекомендации с достаточной степенью детализации составить крайне сложно. Соответственно, определенное время мы будем платить возможными злоупотреблениями в некоторых спорах за получение крайне важного опыта, накопив который можно впоследствии стабилизировать ситуацию, введя процесс доказывания убытков в некое более предсказуемое русло⁵⁰.

В-третьих, думается, период турбулентности будет недолгим. Достаточно быстро ответчики поймут, что такие иски начинают удовлетворяться. Это простимулирует их вести себя более активно в плане опровержения доказательств истца. Сейчас ответчики по искам об убытках обычно ведут себя крайне пассивно, просто заявляя о недоказанности и рассчитывая на то, что задачу по критической оценке этих доказательств будет реализовывать суд. Теперь же в случае, если суды начнут действительно снижать стандарт доказывания, у ответчиков возникает реальная угроза проиграть такой спор. Это будет вынуждать их активизироваться и в итоге снизит риски вынесения необоснованных решений, так как судье будет проще определить обоснованность иска в условиях состязательности и доказательственной активности обеих сторон.

Так что нам данное решение представляется в целом удачным. Следует сделать только одно уточнение. Во избежание избыточного дестимулирования доказательственной активности истцов имеет смысл установить такой режим взыскания убытков только для тех случаев, когда доказывание своих убытков истцом объективно затруднительно. Иначе некоторые истцы могут начать паразитировать на такой

⁵⁰ Нельзя здесь не отметить, что прояснение стандарта доказывания на основе обобщения судебной практики по искам о взыскании убытков будет крайне затруднено, если одновременно не начать требовать от судов более детального описания в судебных решениях процесса оценки доказательств. Даже тогда, когда у нас появится множество судебных решений о взыскании убытков, выработать на их основе какие-то методические рекомендации по доказыванию убытков будет очень сложно, если в судебных актах будет просто сухо констатироваться, что убытки доказаны.

возможности и воздерживаться от доказывания размера своих убытков даже тогда, когда это можно было бы достаточно легко сделать. Таким образом, рассчитывать на инициацию судебного усмотрения в деле определения размера убытков и фактический перенос на ответчика бремени опровержения расчетов истца может только добросовестный истец, который приложил разумные усилия к доказыванию.

Наконец, в части доказывания причинно-следственной связи может несколько помочь закрепление идеи о том, что причинно-следственная связь должна быть доказана не с абсолютной, а с разумной степенью достоверности. По сути, суды должны признавать убытки находящимися в причинно-следственной связи с нарушением тогда, когда истцом представлены доказательства того, что эта прямая связь скорее имеется, чем нет. Если, например, возникновение заявленных истцом убытков является с точки зрения реалий оборота типичным и вполне ожидаемым следствием данного нарушения, суду следует презюмировать наличие причинно-следственной связи. Именно такой критерий определения причинно-следственной связи (теория адекватной причинности⁵¹) используется в ряде зарубежных стран (например, в Германии). Сейчас некоторые суды нередко требуют практически абсолютной убедительности доказательств наличия причинной связи, что по гражданским делам в целом не является нормальным.

Могут ли эти изменения в правилах доказывания убытков улучшить положение дел в сфере компенсационной защиты гражданских прав? Безусловно, да. Могут ли они полностью снять проблему? Однозначно нет. Во-первых, отмеченные выше изменения режима доказывания все равно не смогут гарантировать, что у истца получится доказать все возникшие у него убытки (например, косвенные или достаточно отдаленные). Во-вторых, проблемы взыскания убытков кроются не только в завышенном стандарте доказывания, но, как уже отмечалось, и в том, что доказывание субъективной ценности нарушенного права (которая может быть и сугубо нематериальной) во многих случаях объективно невозможно даже с учетом более сбалансированного стандарта доказывания. В-третьих, остается нерешенной проблема исполнения судебных решений о взыскании убытков.

Соответственно, право, которое стремится создать эффективную систему предотвращения гражданских правонарушений, по общему правилу не может ограничивать арсенал доступных правообладателю инструментов защиты только иском о взыскании убытков.

Безусловно, сказанное отнюдь не означает, что вариант, при котором право защищается только мерами полной или ограниченной компенсационной защиты, является абсолютно неприемлемым. В ряде случаев такое решение может быть вполне оправданным с учетом конкретных политико-правовых резонансов (например, нарушение автором своего договорного обязательства написать книгу, в от-

⁵¹ О теории адекватной причинности см.: Treitel G.H. *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*. Oxford, 1988. P. 162–164; Marsh P.D.V. *Comparative Contract Law. England, France, Germany*. London, 1996. P. 341–342; Markesinis B., Unberath H., Johnston A. *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*. 2nd ed. Entirely Revised and Updated. Oxford, 2006. P. 474. См. также: Капанетов А.Г. Средства защиты прав кредитора в свете реформы гражданского законодательства // Вестник гражданского права. 2009. № 4. С. 163–195; Егоров А.В. Упущенная выгода: проблемы теории и противоречия практики // Убытки и практика их возмещения: сб. ст. / отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2006. С. 68–137.

ношении которого право в целом обоснованно не считает допустимым иск об исполнении обязательства в натуре). Но, как нам кажется, описанные выше негативные проявления моделей полной и тем более ограниченной компенсационной защиты в качестве единственного варианта защиты прав в достаточной степени очевидны, чтобы по меньшей мере прийти к выводу о том, что в качестве общего правила *Liability rule* как единственно доступная жертве опция установлена быть не должна (особенно в случае умышленных и явно недобросовестных правонарушений). Разумно предположить, что как минимум в качестве общего правила презумпции правообладатель должен иметь в арсенале средств защиты нечто большее, чем простая компенсация убытков.

2. Модель сверхкомпенсационной защиты

Варианты модели

В контексте вышесказанного не приходится удивляться тому, что в ряде случаев позитивное право некоторых стран начинает защищать отдельные частные права за счет сверхкомпенсационных взысканий. По классификации Г. Калабреззи и А. Дугласа Меламеда эта модель защиты может быть отнесена к категории *Property rule*, так как она нацелена на пресечение правонарушений.

Существует несколько вариантов сверхкомпенсационных частноправовых взысканий. Один из них — это институт карательных убытков (*punitive/exemplary damages*), распространенный в США в деликтном праве, в области гражданских исков при нарушении антимонопольного законодательства, в некоторых иных сферах, а также ограниченно применяющийся в сфере защиты прав потребителей в случае нарушения некоторых категорий договоров. Известен этот институт и деликтному праву Англии, хотя и применяется он там намного более сдержанно, чем в США⁵².

Суть института карательных убытков состоит во взыскании с лица, совершившего умышленное (иногда и грубо неосторожное) гражданское правонарушение, в дополнение к доказанным убыткам еще и некой карательной компенсации, определяемой в результате умножения размера доказанных убытков на некий коэффициент (далее — мультипликатор)⁵³.

⁵² Об истории института карательных убытков в странах англосаксонского права на русском языке см.: Будылин С.Л. Штрафные убытки. Теперь и в России? // Вестник гражданского права. 2013. № 4. С. 19–52.

⁵³ Континентально-европейские правовые порядки за некоторыми исключениями не признают такой институт в частном праве. Однако в настоящее время обсуждения среди европейских цивилистов на этот счет резко активизировались. Только за последние несколько лет в Европе выпущен ряд крайне интересных книг, посвященных перспективам развития этого института (см.: Meurkens L., Nordin E. (eds). *The Power of Punitive Damages: Is Europe Missing Out*. Cambridge — Antwerp — Portland, 2012; Koziol H., Wilcox V. (eds). *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. Vienna — New York, 2009), и множество научных статей. На практике использование института карательных убытков в классическом американском формате с мультипликацией реально доказанных убытков на некий коэффициент пока не допускается. В то же время в континентально-европейском праве в ряде ограниченных случаев допускаются близкие по своему эффекту сверхкомпенсационные взыскания за нарушение гражданских прав (например, сверхкомпенсационные взыскания за нарушение прав на интеллектуальную собственность, нарушение антимонопольного

В чем смысл такой карательной компенсации?

Во-первых, с экономической точки зрения (т.е. с позиции стимулов к изменению поведения)⁵⁴ такое карательное возмещение не столько адресовано конкретному ответчику, сколько направлено на то, чтобы компенсировать описанную выше проблему дисконтирования потенциальными правонарушителями ожидаемых издержек от привлечения к ответственности на величину вероятности оного. Как мы отмечали выше, чем сложнее привлечь правонарушителя к ответственности и взыскать с него фактические убытки, тем меньше эффект превенции от обычного иска о полной компенсации и тем выше стимулы к нарушению прав других лиц. Для борьбы с этим право иногда дает жертве, которой все-таки удается привлечь отдельного нарушителя к ответственности, возможность взыскать убытки в кратном размере, что в глазах остальных потенциальных нарушителей приводит к увеличению величины ожидаемых издержек. Если право не может существенно повысить вероятность привлечения к ответственности в форме полного возмещения, оно начинает достигать желаемого превентивного эффекта за счет повышения номинального значения санкции. Превентивный эффект от полного возмещения убытков, обеспечиваемого в 100% случаев причинения ущерба, равнозначен эффекту от взыскания карательных убытков в двукратном размере при вероятности привлечения к ответственности в 50%, четырехкратном размере — при вероятности в 25%, десятикратном размере — при вероятности в 10% и т.д.⁵⁵

Во-вторых, возможность взыскания карательных убытков выступает в качестве стимула к судебной защите гражданских прав и контролю за деятельностью предпринимателей со стороны граждан. Американская правовая система в меньшей степени доверяет этот контроль административным органам и делает акцент на частноправовой модели контроля (*private enforcement*). Логика здесь такая: меньше компетенции у проверяющих органов, больше возможностей для контроля посред-

законодательства, нарушение прав на неприкосновенность частной жизни и др). Обзор таких случаев допустимых сверхкомпенсационных взысканий по праву Бельгии см.: Kezel E. *The Protection and Enforcement of Private Interests by (the Recognition of USA) Punitive Damages in Belgium* // Meurkens L., Nordin E. (eds). *Op. cit.* P. 231; по праву Германии см.: Magnus U. *Punitive Damages and German Law* // *Ibid.* P. 325 ff; по праву Франции см.: Borghetti J.-S. *Punitive Damages in France* // Kozjol H., Wilcox V. (eds). *Op. cit.* P. 55 ff; по праву Италии см.: Scarso A.P. *Punitive Damages in Italy* // *Ibid.* P. 103 ff. Более того, сейчас институт карательных убытков было предложено ввести в ГК Франции за умышленные нарушения договоров и деликты в рамках нескольких активно обсуждаемых в последнее время проектов его реформы (см.: Mahè C.P.B. *Punitive Damages in the Competing Reform Drafts of the French Civil Code* // Meurkens L., Nordin E. (eds). *Op. cit.* P. 261 ff). За такое нововведение выступают многие французские цивилисты, но не менее громко звучат и критические голоса. Обзор мнений см.: Borghetti J.-S. *Op. cit.* P. 68–73. Перспективы реализации этого нововведения пока крайне туманны.

⁵⁴ Литература по вопросу экономического анализа карательных убытков поистине необозрима. См., напр.: Polinsky A.M., Shavell S. *Punitive Damages: An Economic Analysis* // 111 *Harvard Law Review*. 1998. P. 869 ff; Cooter R. *Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?* // 40 *Alabama Law Review*. 1989. P. 1143 ff; Craswell R. *Deterrence and Damages: the Multiplier Principle and Its Alternatives* // 97 *Michigan Law Review*. 1999. P. 2185 ff; Hylton K.N. *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties* // 87 *Georgetown Law Journal*. 1998. P. 421 ff; Sharkey C.M. *Economic Analysis of Punitive Damages: Theory, Empirics and Doctrine* // *Research Handbook on the Economics of Torts*. Cheltenham, 2013. P. 486 ff; Rhee R.J. *A Financial Economic Theory of Punitive Damages* // 111 *Michigan Law Review*. 2012. P. 33 ff; Visscher L. *The Law and Economics of Punitive Damages* // Meurkens L., Nordin E. (eds). *Op. cit.* P. 471 ff.

⁵⁵ Cooter R., Ulen T. *Op. cit.* P. 396–397.

ством частной литигации. Но развитие практики контроля через частнопроводную защиту своих прав жертвами злостных правонарушений без обращения к органам исполнительной власти сталкивается с серьезной проблемой. Во многих случаях убытки жертв оппортунизма предпринимателей не столь значительны, чтобы создать достаточные стимулы к подаче гражданских исков в условиях, когда литигация требует от граждан больших затрат сил, времени и средств. В связи с этим вместо усиления административного контроля американская правовая система посредством института карательных убытков (а также ряда иных связанных институтов вроде допущения гонораров успеха и коллективных исков) создает институциональные условия для того, чтобы за соблюдение законных прав граждан отвечали сами граждане, получающие хорошие стимулы к инициации защиты своих прав в рамках гражданской литигации. Тем самым институт карательных убытков выступает в качестве элемента системы, в которой частные иски выступают своего рода альтернативой административному контролю⁵⁶. Если издержки активного административного надзора за бизнесом в форме лицензирования, санитарного и иного контроля ложатся тяжким бременем на плечи как добросовестного, так и недобросовестного предпринимателя, то регулирующая роль угрозы взыскания карательных убытков создает ожидаемые издержки в основном только для предпринимателей недобросовестных.

В-третьих, у этого института есть и сугубо этическая задача. Он выполняет функцию инструмента своего рода общественной мести правонарушителю за особо циничные и грубые формы гражданских правонарушений. В США карательные убытки во многих (хотя и далеко не во всех) штатах определяются не судьей, а вердиктом присяжных. Многие из них при определении суммы фиксируют искомый мультипликатор не столько по экономическим соображениям, связанным с вероятностью привлечения к ответственности, сколько просто ориентируясь на свою моральную интуицию и реагируя на степень упречности поведения ответчика, а также его финансовую состоятельность. Чем богаче ответчик, тем более высокий размер карательных убытков может оказаться настолько чувствительным, чтобы он осознал всю упречность своего поведения⁵⁷.

Итак, страх возмещения карательных убытков в теории может удерживать потенциальных нарушителей от оппортунистического и расчетливого попрания прав других лиц. Казалось бы, аккуратное использование такой модели защиты может, действительно, отчасти дезавуировать те недостатки, которые свойственны модели полной компенсационной защиты, особенно в тех случаях, когда другие меры реагирования на правонарушения (например, публично-правовая ответственность) недоступны или крайне неэффективны или вероятность выявления правонарушения и привлечения к ответственности катастрофически мала.

В то же время рецепция института карательных убытков создает множество вопросов, которые не место здесь анализировать. Тут и проблемы этического свойства (очевидное неосновательное обогащение успешного истца и нарушение базового для частного права принципа коррективной справедливости), и экономические

⁵⁶ См.: Meurkens L. *The Punitive Damages Debate in Continental Europe: Food for Thought*// Meurkens L., Nordin E. (eds). *Op. cit.* P. 20 ff.

⁵⁷ См.: Visscher L. *Op. cit.* P. 482.

проблемы, вызванные, в частности, рисками возрастания по экспоненте недобросовестной судебной активности граждан и, соответственно, неоправданных литигационных издержек в экономике.

Некоторые из указанных проблем на поверку оказываются несколько преувеличенными или не выглядят нерешаемыми. Например, риск взрывного роста литигационных издержек может отчасти компенсироваться тем, что чем более сильный эффект превенции создает угроза сверхкомпенсационных взысканий, тем меньше случаев самих правонарушений и тем меньше поводов для подачи исков⁵⁸. Недобросовестные же иски могут блокироваться за счет более последовательного и полного перенесения расходов выигравшего спор ответчика на проигравшего истца.

Что же до проблемы судебной дискреции, то острота проблемы может быть снята путем установления предельного значения мультипликатора. Так, например, в США в последнее время Верховный суд по деликтным искам склоняется во имя стабильности правоприменения и предотвращения труднопредсказуемых исходов дел о взыскании карательных убытков к введению порога на уровне не более девятикратного соотношения размера карательных убытков и величины реальных убытков. Суд в одном из недавних решений указал, что пропорция соотношения карательных и компенсационных убытков, которая выражается более чем в однозначном числе, должна при отсутствии особых оснований к обратному презюмироваться неконституционной (так называемое правило *single digit ratio*)⁵⁹. Иначе говоря, соотношение доказанных убытков и карательной компенсации, по мнению суда, по общему правилу должно быть ограничено соотношением 1 : 9. Многие отдельные штаты США недавно установили еще более низкие пороговые значения соотношения компенсационных и карательных убытков (в ряде штатов карательные убытки не могут превосходить 1, 2, 3 или 4 размера доказанных убытков)⁶⁰. В сфере частных исков за нарушение антимонопольного законодательства США закон допускает умножение суммы доказанных убытков на три (так называемое *treble damages rule*)⁶¹.

Нам представляется, что, конечно же, в идеальном мире, в котором лицам доступна вся необходимая информация, оптимальным решением было бы установление судом мультипликатора на уровне, который позволил бы привести размер взыскания к такой величине, при котором обеспечивалась бы 100-процентная превенция. Но в условиях, когда относительно точная информация о проценте вероятности взыскания полного размера убытков суду недоступна, предоставление суду неограниченной дискреции в определении величины мультипликатора было бы вряд ли оправданным. Соответственно, в реальном мире правовой системе, которая решает признать карательные убытки, следует установить некие пороги, в пределах которых суду дозволено мультиплицировать размер реально доказанных убытков.

⁵⁸ См.: Bayern S.J. & Eisenberg M.A. *The Expectation Measure and Its Discontents* // 1 Michigan State Law Review. 2013. P. 35.

⁵⁹ См.: *State Farm Mutual Automobile Ins. Co. v. Campbell*, 123 S. Ct. 1513 (2003).

⁶⁰ См.: Owen D.G. *Punitive Damages as Restitution* // Meurkens L., Nordin E. (eds). *Op. cit.* P. 127.

⁶¹ См.: Meurkens L. *Op. cit.* P. 34.

Вариант с пороговым значением мультипликатора в виде некоего коэффициента к размеру доказанных убытков и предоставлением суду дискреции в определении размера сверхкомпенсационного взыскания в указанных пределах в чистом виде в нашем праве пока не встречается. В то же время близкое (хотя и не идентичное) решение сейчас закреплено в российском законодательстве об интеллектуальной собственности. Взыскание правообладателем с нарушителя фиксированной компенсации вместо обычных убытков предусмотрено в п. 3 ст. 1252 ГК РФ. Причем суду дается право взыскать компенсацию в указанных в соответствующих специальных нормах (ст. 1301, 1311, 1515, 1537 ГК РФ) пределах. Особенность здесь состоит в том, что сам размер компенсации в этих нормах определяется не путем мультипликации размера реальных убытков, а с помощью мультипликации иных финансовых показателей. Например, согласно ст. 1515 ГК РФ за незаконное использование товарного знака с нарушителя может быть взыскана компенсация в двукратном размере рыночной стоимости права использования товарного знака либо в двукратном размере стоимости товара, на котором был незаконно размещен товарный знак. Недавно в постановлении Президиума от 02.04.2013 № 16449/12 ВАС РФ подтвердил, что нормы о конкретных размерах компенсаций устанавливают пределы ответственности и суд с учетом конкретных обстоятельств вправе взыскать меньше.

Кроме того, близкий вариант сейчас закреплен в п. 6 ст. 13 Закона РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей» (далее — Закон о защите прав потребителей) в виде нормы о взыскании с коммерсанта, нарушившего права потребителя и отказавшегося от добровольного удовлетворения его требований, штрафа в размере 50% от денежной суммы, в итоге присужденной судом в пользу потребителя. Иначе говоря, мультипликатор, определяющий размер карательной компенсации, здесь установлен на уровне 0,5.

В то же время имеются и иные проблемы. Например, встает вопрос о том, не приведет ли взыскание карательных убытков к избыточному давлению на делинквента в ситуациях, когда одно его правонарушение причинило убытки множеству лиц и каждый из них предъявит иск о взыскании как своих действительных, так и карательных убытков⁶². Достаточно представить себе производителя машин, выпустившего на рынок дефектную продукцию, которая причинила ущерб сотням покупателей. Если каждый в отдельном судебном производстве взыщет с ответчика карательные убытки в значительном размере, то это может привести к избыточному сдерживанию (*overdeterrence*)⁶³. Возможные пути решения этой проблемы (развитие института коллективных исков, допущение только одного случая взыскания карательных убытков за одно правонарушение и др.) требуется серьезно анализировать.

⁶² Об этой проблеме см.: Gash J. *Understanding and Solving the Multiple Punishments Problem* // Meurkens L., Nordin E. (eds). *Op. cit.* P. 65 ff.

⁶³ Классический пример данной проблемы — эпопея «асбестовых споров» в США. В ее рамках с 1970-х гг. и по сей день истцы, выявляя ущерб своему здоровью в результате работы с асбестом или потребления продукции из асбеста, подают против компаний, использовавших асбест в своем производстве и не редко скрывавших известную им информацию о вредности этого материала, десятки тысяч частных исков о возмещении вреда здоровью и нередко о взыскании карательных убытков. Истцы по суду получают десятки тысяч долларов возмещения обычных убытков и нередко сотни тысяч долларов убытков карательных. В результате по некоторым оценкам с компаний по асбестовым делам в совокупности были и еще будут взысканы сотни миллиардов долларов, и многие из них были или будут вынуждены обанкротиться (см.: Gash J. *Op. cit.* P. 74).

Кроме того, требует серьезного изучения вопрос о справедливости взыскания карательных убытков наряду с привлечением к уголовной ответственности (когда таковая применима к нарушителю)⁶⁴. Также следует детально рассмотреть вопрос о степени вины правонарушителя, которая оправдывает применение института карательных убытков (умысел или умысел и грубая неосторожность).

В результате мы далеки от того, чтобы давать какие-то окончательные ответы или призывать немедленно, без скрупулезного политико-правового анализа этот институт рецепировать *in toto*. В то же время попытки осторожного регулятивного экспериментирования с данным институтом в строго ограниченных областях частного права нам представляются вполне допустимыми.

Второй вариант сверхкомпенсационных взысканий состоит в установлении на уровне закона неустоек, штрафов или иных фиксированных компенсаций, оторванных вовсе от суммы реальных убытков жертвы. На самом деле установление фиксированных неустоек, штрафов или компенсаций не гарантирует, что в итоге их размер окажется выше убытков жертвы, которые она смогла бы взыскать в рамках модели полной компенсации. В реальности убытки жертвы могут быть выше. Проблема эта не столь принципиальна в тех случаях, когда право оставляет жертве выбор между фиксированными штрафами, неустойкой и компенсациями, с одной стороны, и обычным иском о возмещении своих убытков — с другой, либо устанавливает такие штрафы в качестве минимума взыскания убытков. В такой ситуации выбор в пользу фиксированных неустоек, штрафов и компенсаций либо отказ от возможности взыскать убытки в большем размере (при установлении этих санкций в качестве минимума взыскания убытков) в большинстве случаев (хотя и не всегда) будет означать, что убытки жертвы, которые она считает возможным доказать в суде, меньше, чем эти фиксированные величины. Следовательно, с некоторой степенью условности эти фиксированные штрафы, неустойки или компенсации можно считать также разновидностью сверхкомпенсационных взысканий. Сказанное тем более очевидно, когда закон устанавливает «кумулятивные» штрафы, неустойки или компенсации, которые жертва может в полном объеме взыскать наряду со своими убытками.

Вариант с фиксацией предельного размера штрафа, неустойки или компенсации в законе в отрыве от доказанных убытков знаком нашему праву. Так, указанные выше нормы ГК РФ о защите интеллектуальных прав наряду с установлением кратных компенсаций допускают выбор жертвы в пользу взыскания компенсации в фиксированном размере (например, ст. 1515 ГК РФ устанавливает ответственность за нарушение прав на товарные знаки в размере от 10 тыс. до 5 млн руб.). О законных неустойках речь более подробно пойдет ниже в той части статьи, которая посвящена моделям защиты договорных прав.

Сфера возможного применения

Права, применительно к которым осторожные регулятивные эксперименты по введению сверхкомпенсационной защиты в виде либо карательных убытков, либо фик-

⁶⁴ Критику доктрины карательных убытков см.: Koziol H. *Punitive Damages: Admission into the Seventh Legal Heaven or Eternal Damnation? Comparative Report and Conclusions* // Koziol H., Wilcox V. (eds). *Op. cit.* P. 275ff.

сированных штрафов, неустоек или компенсаций могут быть признаны, на первый взгляд, обсуждаемыми, — это прежде всего такие права, вероятность выявления нарушения которых и фактической судебной защиты по модели полной компенсации крайне низка (например, из-за проблем со стимулами к судебной защите у слабой стороны или сложностей в доказывании факта правонарушения или размера фактических убытков). При этом огромное значение имеет правовой мониторинг состояния уровня защищенности прав в соответствующей области. Чем менее благополучно положение дел в сфере безопасности тех или иных прав, тем больше поводов как минимум задуматься о возможности введения карательных компенсаций. Чуткое отношение к реальной юридической практике позволяет своевременно выявить болевые точки, а внимательный их экономический анализ — определить истинные причины такого состояния дел. В ряде случаев, если альтернативные средства лечения не помогают, менее эффективны или просто недоступны, регулятор может оценить возможность и такого радикального для классического частного права средства защиты, как предоставление жертвам права на взыскание карательных компенсаций.

Где же может быть допущена такая форма ответственности?

Потребительское право здесь является наиболее очевидным претендентом на рецепцию института карательных компенсаций. Потребители обладают столь слабыми возможностями судиться с коммерсантами, а зачастую и стимулами к этому (в случае незначительных сумм ущерба), что в силу описанного эффекта дисконтирования это практически развязывает последним руки в отношении поправки прав потребителей⁶⁵. В плане агрегированных величин тот факт, что несколько десятков человек из ста тысяч жертв сотового оператора, который незаконно списал с лицевых счетов этих ста тысяч своих абонентов по 100 руб. и заработал на этом 10 млн руб., выиграет иск о полном возмещении убытков и вернет себе 100 руб., не может оказать абсолютно никакого сдерживающего эффекта. Эти ожидаемые издержки от проигранных судебных процессов настолько ничтожны, что у оператора (если отбросить фактор деловой репутации и исключить риск привлечения к публично-правовой ответственности) нет никаких поводов воздерживаться от такой махинации. В условиях доступности потребителю права на сверхкомпенсационные взыскания соотношение издержек и выгод для этого оператора будет несколько иным. Если он будет знать, что один абонент, успешно доказавший причинение ущерба, получит с него не 100 руб., а десятки тысяч рублей в качестве карательной компенсации и это создаст стимулы для других подавать такие же иски, то целесообразность оппортунистического поведения будет поставлена под серьезное сомнение.

Существуют ли еще сферы, где такая повышенная ответственность могла бы быть оправданной?

Как нам кажется, есть определенные основания как минимум задуматься над тем, чтобы допустить применение сверхкомпенсационных взысканий и за рамками норм Закона о защите прав потребителей в ситуации некоторых особо предосудительных случаев гражданских правонарушений, а именно случаев, когда нару-

⁶⁵ См.: Farber D. *Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract* // 66 *Virginia Law Review*. 1980. P. 1455–1464.

шение осуществляется в манере, которая позволяет охарактеризовать поведение нарушителя как явно недобросовестное (например, в ситуации, когда правонарушение осуществляется умышленно с целью причинить вред жертве или извлечь неправомерный доход)⁶⁶. Похожее решение предлагается сейчас в рамках проекта реформирования ГК Франции⁶⁷.

Безусловно, реализация этой идеи о более широком применении института карательных компенсаций требует серьезной проработки. Мы не готовы без проведения специального исследования предлагать столь смелый шаг. В то же время есть сфера, применительно к которой основания для такого регуляторного эксперимента особенно серьезны. На наш взгляд, такого рода повышенную ответственность на случай явно недобросовестных правонарушений можно было бы закрепить в отношении случаев, когда жертвой правонарушений оказываются физические лица, а нарушителем — коммерческая организация. В случаях нарушения прав граждан коммерческими компаниями в пользу сверхкомпенсационности имеется весьма серьезный аргумент. Сложности в инициации обычным гражданином судебной защиты, финансирования услуг юристов и ведения длительного процесса во многих случаях подавляют стимулы к подаче исков, что позволяет потенциальным правонарушителям дисконтировать издержки, связанные с планируемым нарушением прав граждан, фактически до нуля (при отсутствии серьезных рисков, связанных с публично-правовой ответственностью, и в условиях принятых в России копеечных присуждений морального вреда).

Особенно уместно введение карательных компенсаций было бы в отношении случаев причинения вреда жизни и здоровью граждан в результате умышленного или грубо неосторожного деликта, совершенного предпринимателями или коммерческими организациями. Российская действительность полна примеров ужасных историй, когда халатность предпринимателей, во имя краткосрочной прибыли цинично игнорирующих требования безопасности своей деятельности и продукции, приводила к гибели или причинению серьезного вреда здоровью людей, зачастую массового характера. Не секрет, что государственный надзор за деятельностью предпринимателей (в том числе лицензирование, санитарный, пожарный надзор и т.п.) крайне неэффективен и сопряжен с колоссальными издержками

⁶⁶ *Подробнее о релевантной степени вины, которая может оправдать применение института карательных убытков, речь пойдет ниже во второй части статьи, где будут анализироваться перспективы его применения к случаям нарушения договора*

⁶⁷ *Avant-projet de réforme du droit des obligations (см. 1371 проекта ГК Франции) гласит: «Лицо, чья вина проявляется в форме умысла, и в особенности нацелена на получение выгоды, может быть присуждено в дополнение к компенсационным убыткам к уплате карательных убытков, часть из которых суд может по своему усмотрению направить в государственную казну. Судебное решение о взыскании таких убытков должно быть аргументировано особыми причинами, а их сумма отделена от других убытков, присужденных в пользу жертвы. Карательные убытки не могут быть объектом страхования». Анализ данного предложения см.: Cartwright J., Vogenauer S., Whittaker S. (eds). *Reforming the French Law of Obligations: Comparative Reflections on the Avant-Projet de réforme du droit des obligations et de law prescription («the Avant-Projet»)*. London, 2009. P. 325 ff. Важно отметить, что введение института карательных убытков предлагается и в рамках другого конкурирующего проекта реформы ГК Франции, внесенного на рассмотрение по инициативе Laurent Bèteille. В этом проекте имеется ряд отличий от Avant-Projet, в частности устанавливается максимальный размер мультипликатора на уровне 2 размеров доказанных убытков, но самое главное — указывается на то, что случаи допустимого взыскания карательных убытков должны быть установлены отдельными законами. Сравнение этих проектов см.: Mahè C.P.V. *Op. cit.* P. 261 ff.*

для предпринимательской активности, обременяя как недобросовестных, так и добросовестных предпринимателей. Уголовная же ответственность нередко возлагается на менеджмент компаний, не обременяя в финансовом плане собственников и не создавая для них стимулы к найму такого менеджмента, который будет относиться к безопасности деятельности своих компаний с должной заботливостью и осмотрительностью. Если же административная ответственность возлагается на само юридическое лицо, ее размер чаще всего оказывается недостаточным для превенции таких правонарушений. Административные штрафы устанавливаются *ex ante* и ограничивают суды в возможности определения суммы, способной осуществить превенцию соответствующего правонарушения данной категорией предпринимателей.

В связи с этим интенсификация использования частноправовых карательных взысканий за грубо неосторожное (и тем более умышленное) причинение предпринимателями вреда здоровью и жизни граждан могла бы оказаться крайне уместной. Просто нелогично, что закон дарует право на сверхкомпенсационные взыскания потребителю на случай нарушения его договорных прав при покупке телевизора, но отказывается даровать аналогичное право гражданам на случай причинения их жизни или здоровью ущерба в результате грубой неосторожности или умысла коммерческой компании.

Некоторые выводы

Таким образом, на наш взгляд, право может устанавливать, что в случае некоторых типов правонарушений к нарушителю может применяться один из двух вышеописанных вариантов карательных сверхкомпенсационных взысканий. Угроза применения таких карательных санкций неминуемо повысит уровень защищенности гражданских прав, увеличит вероятность того, что жертва сможет де-факто возместить свои реальные убытки, несмотря на сложности в их доказывании, а также создаст для потенциального нарушителя, рассматривающего целесообразность нарушения, дополнительные стимулы к тому, чтобы склониться к выбору в пользу уважения прав ближнего и вступления с ним в *ex ante* переговоры по поводу их выкупа⁶⁸.

Безусловно, и вариант с карательными убытками, и вариант с фиксированными в законе штрафами и компенсациями могут в конкретной ситуации не обеспечивать 100-процентную превенцию. Так, например, очевидно, что в рамках американского варианта установления порогового значения мультипликатора посредством *single digit ratio* тогда, когда величина вероятности привлечения нарушителя к полной компенсационной ответственности равна, скажем, всего 5%, превенция правонарушений не будет эффективно осуществлена. В таких случаях даже десятикратный размер убытков не будет достаточным для того, чтобы нивелировать проблему дисконтирования и обеспечить искомый 100-процентный уровень превенции⁶⁹. То же можно сказать и о фиксированных штрафах. В то же время в условиях, когда идеальное решение недоступно, некоторое приближение к идеалу лучше, чем стояние на месте.

⁶⁸ См.: *Visscher L. Op. cit. P. 482.*

⁶⁹ *Ibid. P. 478.*

Но серьезные проблемы в применении этих инструментов исключают, как минимум на данный момент, реальную возможность широкого применения этого законодательного приема за рамками отдельных строго ограниченных областей. Допущение более широкого использования карательных денежных компенсаций в сфере гражданских правонарушений возможно только после серьезного изучения всех релевантных издержек и выгод от принятия такого решения. Так что рассчитывать на карательные компенсации как на универсальное решение проблемы превенции правонарушений вряд ли придется.

3. Модель реституционной компенсационной защиты

Наконец, последняя из обсуждаемых здесь моделей компенсационной защиты состоит в возмещении жертве той выгоды, которую из факта нарушения извлек нарушитель. С точки зрения классификации Г. Калабреззи и А. Дугласа Меламеда этот институт может быть также отнесен к категории *Property rule*, так как его цель состоит в превенции правонарушений⁷⁰.

Это средство защиты (*disgorgement of profits*) известно некоторым правовым порядкам как санкция за некоторые формы деликтов и нарушение прав на интеллектуальную собственность⁷¹, реже договорных прав и в некоторых иных сферах. При этом в разных областях частного права степень распространения этой формы компенсации разная. Например, если в сфере деликтного права или нарушения прав на интеллектуальную собственность⁷² такой иск признается во многих странах, то в сфере договорного права ситуация иная и такая форма компенсации признается далеко не везде⁷³. В рамках Проекта общей системы координат европейского частного права 2009 г. (*Draft Common Frame of Reference*, далее — *DCFR*) упоминание о праве жертвы взыскать с нарушителя извлеченный из нарушения доход отсутствует применительно к нарушениям договоров⁷⁴, но присутствует в отношении деликтной ответственности⁷⁵. Особенность российского ГК состоит в том, что та-

⁷⁰ См.: Sherwin E. *Op. cit.* P. 53.

⁷¹ Компаративный обзор доступности этой санкции применительно к деликтному праву и праву интеллектуальной собственности см.: Bar C. von. *Principles Of European Law: Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*. Munich, 2009. P. 922 ff.

⁷² См.: п. 1(a) ст. 13 Директивы ЕС от 29.04.2004 № 2004/48/ЕС «On the enforcement of intellectual property rights». Такая форма возмещения на случай нарушения прав на интеллектуальную собственность теперь признается в большинстве европейских стран

⁷³ В Голландии, например, такой иск возможен как в случае деликта, так и в случае нарушения договора (ст. 6:104 ГК Нидерландов). В Англии же он допускается в договорном праве только в очень ограниченном числе случаев (например, при нарушении фидуциарных обязательств). Подробный обзор зарубежного опыта использования этого способа защиты на случай нарушения договора см.: Siems M. *Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis* // 7 *Edinburgh Law Review*. 2003. P. 27 ff.

⁷⁴ В комментариях к ст. III.-3:702 DCFR прямо указано на неприменимость такого способа защиты к нарушению договоров. См.: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)* / ed. by C. von Bar, E. Clive. Munich, 2009. P. 942.

⁷⁵ См.: п. 4 ст. VI.-6:101 DCFR (с оговоркой о том, что такая форма ответственности допускается там, где это представляется суду разумным). Обзор зарубежных правовых порядков по данному вопросу см.: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. P. 3571 ff.

кая форма расчета компенсации признана как универсальная и применяемая для любых случаев нарушения гражданских прав (абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК).

Не вдаваясь в углубленный анализ этого института, заметим, что нам решение российского законодателя видится вполне оправданным. Мы не видим убедительных политико-правовых причин, почему в случае как деликта, так и нарушения договора, причем как умышленных, так и просто виновных (а тогда, когда закон допускает безвиновную ответственность, еще и произошедших в силу случая), правонарушитель может оставить себе выгоду, извлеченную из факта правонарушения. Как нам представляется, любой доход, извлеченный из факта правонарушения, является неосновательным обогащением правонарушителя. Следует считать, что он извлекал его не для себя, а для реального правообладателя. И именно поэтому этот доход должен быть передан последнему.

Так как правообладатель защищает себя не путем возмещения своих убытков, а путем истребования того дохода, который смог извлечь из факта нарушения нарушитель, рассматривать эту меру как разновидность возмещения убытков вряд ли логично. По сути, этот институт, с одной стороны, близок институту неосновательного обогащения, а с другой — является разновидностью модели карательной компенсации. Его отличие от классической карательной компенсации лишь в том, что размер присуждения определяется не произвольно судом или на основе некоего фиксированного в законе показателя, а путем обращения к величине фактически извлеченного нарушителем дохода.

В этическом плане в основе данной регулятивной идеи лежит хорошо известный принцип недопустимости извлечения обогащения из своего правонарушения. Как справедливо указано в п. 4 ст. 1 ГК РФ и предписывает известный принцип справедливости, никто не может извлекать выгоду из своего незаконного поведения.

В экономическом же плане такая мера направлена на лишение нарушителя стимулов к совершению правонарушения и пресечение эффективных правонарушений, когда выгода нарушителя превышает убытки жертвы. Классический пример реализации этой превентивной функции данного института представляет нам относительно недавнее решение Верховного суда Германии, которым он присудил таблоид к возмещению сверхкомпенсационных убытков в пользу принцессы Монако за публикацию ее сфальсифицированного интервью. Суд учел тот факт, что доходы таблоида от такого рода ложных сенсаций куда больше, чем возможные убытки истицы, и, соответственно, взыскание в ее пользу лишь реального размера убытков не будет оказывать должное превентивное воздействие на ответчика⁷⁶.

Сторонники теории эффективного нарушения, вполне естественно, обычно критикуют этот институт, так как видят в нем угрозу для перспектив эффективных правонарушений. Но, как мы выше постарались показать, мы выступаем категорическими противниками теории эффективного нарушения и считаем это словосочетание своего рода оксюмороном. В связи с этим наша оценка института взыскания доходов нарушителя крайне позитивная.

⁷⁶ Об этом решении см.: *Meurkens L. Op. cit. P. 32.*

Безусловно, тот факт, что взыскиваемая с нарушителя выгода направляется в доход жертвы, может привести к ее неосновательному обогащению. Ведь отнюдь не факт, что она, обладая этим правом, могла бы извлечь такую же выгоду. Право дарует жертве такую возможность выиграть от предприимчивости нарушителя даже тогда, когда при попытке взыскать ту же сумму с нарушителя в рамках иска о возмещении убытков в виде упущенной выгоды она могла бы и не преуспеть. В то же время очевидно, что этические и экономические соображения восстают против того, чтобы оставить эту выгоду нарушителю и тем самым поощрить его на аналогичное поведение в будущем. Куда же направить этот неправомерный выигрыш? Идея с обращением данной суммы в бюджет выглядит несколько экзотично. Поэтому не удивительно, что, выбирая между некоторым возможным неосновательным обогащением жертвы и абсолютно неприемлемым неосновательным обогащением правонарушителя, право некоторых стран из двух зол выбирает первое как меньшее.

Может быть, эта модель защиты, тем более прямо закрепленная в российском ГК, и есть адекватная альтернатива не всегда эффективно работающей модели полной компенсационной защиты, и причем альтернатива, не сопряженная с теми сложностями в определении величины взыскания, с которыми мы сталкиваемся при попытке введения иных карательных сверхкомпенсационных санкций? Теоретически угроза взыскания всей выгоды от правонарушения в качестве барьера на пути оппортунистического попрания гражданских прав и стимула к цивилизованным переговорам действительно куда точнее, чем институт карательных убытков, основанный на фиксированном или гибком мультипликаторе, или вариант законодательной фиксации размера компенсаций. Опять же в теории у потенциального нарушителя не будет никаких оснований нарушать право, если вся выгода от этого у него будет изъята.

Но, к сожалению, реальная действенность такого инструмента превенции правонарушений не очень высока. Причины здесь ровно те же, что и в случае с полной компенсацией, и лежат в плоскости проблем с доказыванием. Причем в данном случае эти проблемы куда более серьезны. Если доказать свои собственные убытки крайне сложно, то доказать, что нарушитель извлек из факта нарушения ту или иную выгоду, еще сложнее. Безусловно, в некоторых редких случаях ситуация будет обратной. Например, когда продавец недвижимости вместо того, чтобы переоформить ее на покупателя, заключил сделку по более высокой цене с другим лицом и успел переоформить на него недвижимость, первоначальный покупатель, столкнувшийся с нарушением своих договорных прав, в ряде случаев (при условии фиксации во втором контракте реальной цены) может достаточно легко доказать размер незаконного дохода продавца. Но в большинстве ситуаций доказать как сам факт наличия этого незаконного дохода, так и его размер крайне проблематично в силу отсутствия у истца доступа к необходимой информации. Кроме того, никуда не исчезают и проблемы с исполнением решений о взыскании денежных средств.

В связи с этим не удивительно, что случаи успешного применения в российской судебной практике этого средства защиты буквально единичны.

В краткосрочной перспективе вряд ли можно принципиально изменить действенность этого способа защиты теми или иными правовыми реформами. Данная мо-

дель защиты еще очень долго будет на первый взгляд привлекательной, но трудно-реализуемой опцией. Поэтому надеяться на то, что она в обозримом будущем может всерьез решить свойственные классической модели взыскания убытков проблемы хронической недокомпенсации и недостаточной превенции, вряд ли стоит.

4. **Общая оценка регулятивного эффекта режима компенсационной защиты**

Резюмируя написанное выше, следует констатировать, что режим компенсационной защиты и две из четырех вытекающих из него моделей компенсации (полной и ограниченной) в целом в большинстве случаев не способны обеспечить эффективное *ex post* восстановление нарушенных прав за счет денежной компенсации и в результате не могут оказать достаточно эффективное *ex ante* сдерживающее воздействие на поведение потенциального правонарушителя и лишить его стимулов к оппортунистическому поправанию прав. Более того, в тех случаях, когда полная компенсационная защита является единственным вариантом защиты права, это стимулирует совершение правонарушений.

В то же время карательно-компенсационная модель способна справиться с задачами и восстановления поправленного экономического интереса жертвы, и превенции правонарушений намного более успешно. Но эта модель требует осторожной проработки деталей ее режима и разрешения массы противоречий и проблем, которые она создает. На данном этапе такая модель, на наш взгляд, вряд ли может быть признана в качестве универсальной и может быть применена в качестве «радикального лекарства» в отдельных областях частного права, в которых наблюдаются особенно острые проблемы с эффективностью обычной компенсационной защиты гражданских прав.

Но даже в тех ограниченных сферах, где можно допустить институт карательных компенсаций, эта модель далеко не всегда способна создать достаточные стимулы к подавлению неэффективных правонарушений. Когда вероятность понести ответственность крайне низка (в том числе из-за сложностей в доказывании убытков), потенциальный правонарушитель может вполне обоснованно посчитать, что даже использование судом при рассмотрении спора фиксированного в позитивном праве мультипликатора или взыскание закрепленных в законе штрафов может хотя и повысить величину ожидаемых издержек, но не настолько, чтобы их размер сравнялся по своему значению с уровнем реальных убытков жертвы. Что уж говорить о ситуации, когда речь изначально идет об эффективных правонарушениях, в которых выгода нарушителя в принципе превышает убытки жертвы. Здесь, чтобы добиться превенции правонарушений, необходим еще более высокий уровень мультипликатора или еще более высокий уровень прописанных в законе штрафов; соответственно, риски того, что даже карательная компенсация окажется недостаточно эффективным механизмом превенции, возрастают.

Модель реституционной защиты как альтернативный способ расчета компенсации может в теории лишить потенциального нарушителя выгод от оппортунизма, подавить стимулы к совершению как эффективных, так и неэффективных правонарушений и склонить потенциального нарушителя к переговорам о добровольном от-

чуждении права. В то же время на практике эта модель оказывается малоэффективной из-за еще больших сложностей в доказывании, чем те, которые возникают при взыскании полной компенсации.

В результате в случае, когда компенсационный режим защиты является единственным механизмом, стоящим на страже гражданских прав, и при этом право не признает модель сверхкомпенсационных взысканий в этой сфере либо использует недостаточное для обеспечения 100-процентной превенции значение мультипликатора или уровень фиксированного штрафа, а вероятность успешного доказывания уровня неправомерного дохода нарушителя невелика, потенциальному нарушителю (если его не сдерживает фактор репутационного давления и интернализованные им социальные нормы) в большинстве случаев оказывается выгодным не вступать с правообладателем в переговоры о добровольном отчуждении этих прав. Вместо этого ему выгоднее совершать как эффективные, так и неэффективные правонарушения, отсрочивая момент расплаты до вступления в силу судебного решения и перекладывая на истца бремя доказывания своих убытков, а на суд — бремя определения размера этого компенсационного платежа.

Что же в реальности предотвращает полную катастрофу в сфере охраны гражданских прав? Ведь реальность все же не вполне соответствует описанной драматической картине. В первую очередь это описанный выше фактор индивидуальной честности и страха перед репутационным давлением. Во вторую очередь нарушения происходят далеко не всегда еще и потому, что иногда ожидаемые выгоды от нарушения все-таки не оказываются выше ожидаемых издержек. В ряде случаев даже с учетом менее чем 100-процентной вероятности взыскания полного размера убытков ожидаемый размер таких издержек для нарушителя превысит ожидаемые выгоды от нарушения. В таких ситуациях нарушение не имеет экономического смысла. Наконец, в третью очередь нельзя забывать и о том, что в ряде случаев помимо гражданско-правовой ответственности нарушитель может понести и публично-правовую ответственность.

5. Роль публично-правовой ответственности

Как уже отмечалось, одна из основных целей публично-правовой (уголовной и административной) ответственности состоит в превенции неправомерного поведения. Относительно тех составов уголовной и административной ответственности, которые используются в случае нарушения гражданских прав (например, преступления против личности или имущества граждан и юридических лиц), применение публично-правовых санкций дополняет гражданскую ответственность и в теории может обеспечить тот превентивный и оздоравливающий эффект, который меры частноправовой компенсации (за исключением сверхкомпенсационных взысканий в некоторых случаях) обеспечить часто не в состоянии по определению.

В то же время восстановительный потенциал таких мер нулевой. Уголовная или административная ответственность в экономическом плане не восстанавливают нарушенный экономический баланс в отношениях между правообладателем и нарушителем. Если и можно говорить о некоем восстановлении, то в чи-

сто моральном аспекте (удовлетворение чувства мести от легального причинения вреда нарушителю в ответ на совершенное правонарушение). Именно поэтому публично-правовая ответственность не может полностью заменить собой частно-правовые меры компенсационной защиты и снять проблему хронической недокомпенсации.

Превентивная же роль публично-правовой ответственности в реальности может быть как вполне существенной, так и крайне незначительной. Все зависит от серьезности самих мер уголовной или административной ответственности и процента вероятности выявления состава правонарушения и фактического привлечения к ответственности. Тут работает все та же предсказательная модель Г. Беккера, описанная нами выше. При условии, что речь идет о рационально осуществленных, умышленных преступлениях и административных правонарушениях, поведение потенциального правонарушителя в определенной и достаточно значительной степени поддается воздействию за счет изменения уровня ожидаемых издержек неправомерного поведения. Эти издержки в виде номинального значения грозящей ответственности, умноженного на процент вероятности быть уличенным и привлеченным к ней, могут быть как сугубо материальными (например, денежный штраф), так и нематериальными или имеющими имущественную составляющую в качестве побочного эффекта (например, лишение свободы). Соответственно, государство может ослаблять или усиливать превентивный эффект публично-правовой ответственности по таким правонарушениям либо повышая раскрываемость и вероятность вынесения обвинительного приговора, либо повышая тяжесть самого наказания.

Следовательно, чувствительный эффект превенции при применении публично-правовой ответственности за нарушение гражданских прав будет возникать при условии, что риск быть привлеченным к такой ответственности по своему ожидаемому значению будет равен или превысит выгоды нарушителя от правонарушения. С учетом того, что в подавляющем числе случаев жертве будет параллельно доступен и гражданский иск о компенсации убытков, эта гражданско-правовая составляющая ожидаемых издержек нарушителя должна быть добавлена к публично-правовой. В итоге суммирования превентивного эффекта частноправового и публично-правового режимов защиты мы получаем общий кумулятивный показатель сдерживания нарушений гражданских прав.

В целом следует признать, что применение публично-правовой ответственности в дополнение к компенсационным мерам частноправовой защиты неминуемо повышает уровень защищенности прав и снижает вероятность их нарушения. Стоит ли в этих условиях оставить частное право в покое и доверить реализацию задачи по превенции нарушения гражданских прав исключительно праву публичному?

Некоторые действительно считают, что превенция правонарушений не есть задача частного права и последнее не может строить систему защиты гражданских прав, руководствуясь, грубо говоря, задачей устрашения потенциальных правонарушителей за счет урока, преподаваемого фактическим правонарушителям. С точки зрения таких юристов, задача по превенции нарушения гражданских прав — это вопрос сугубо публичного права. Соответственно, по их мнению, решать проблему недостаточной превенции за счет классического иска о взыскании убытков следует

путем повышения публично-правовой ответственности и уровня раскрываемости соответствующих преступлений и административных правонарушений. На замечание о том, что далеко не все случаи нарушения гражданских прав в принципе составляют состав того или иного уголовного преступления или административного правонарушения (например, большинство случаев нарушения договоров), сторонники описанной позиции ответили бы, что необходимо просто ввести соответствующий состав в УК РФ или Кодекса об административных правонарушениях.

Такой взгляд, безусловно, имеет право на существование, но мы его не разделяем по целому ряду причин.

Без сомнения, дополнение мер компенсационного характера средствами публично-правовой ответственности в ряде случаев может быть вполне оправданным. В качестве примера можно привести активную деятельность Роспотребнадзора по привлечению коммерческих организаций к ответственности за нарушения прав потребителей, во многом компенсирующую слабые возможности отдельных потребителей защищать свои права в рамках сугубо частного права и индивидуального гражданского процесса.

В то же время панацеей эта стратегия вряд ли может являться. Применение публично-правовой ответственности требует куда большего вовлечения в процесс наложения санкций государственного аппарата. Если в случае с частноправовыми санкциями государственный аппарат задействован в основном в виде судебных органов и в ряде случаев — судебных приставов, то при публично-правовом режиме защиты бюрократический аппарат вовлекается в работу по защите прав намного более интенсивно (полиция, органы следствия, прокуратура, суды). При этом сама процедура преследования в меньшей степени зависит от частной инициативы жертвы и в куда большей степени — от системы стимулов в работе этих органов власти. С учетом того, что у последних стимулы к эффективной защите прав частных лиц естественным образом ниже, эффективность такой модели достижения желаемого эффекта превенции в ряде случаев недостаточна. В тех же странах, где государственный аппарат в целом крайне неэффективен, действенность такой модели превенции еще менее очевидна. Российские органы власти, ответственные за обеспечение публично-правового преследования правонарушений, далеки от совершенства и с трудом справляются со своими основными задачами. Бездумное расширение их компетенции нельзя признать оправданным.

Это отнюдь не значит, что публично-правовая ответственность не способна исполнять свою превентивную роль применительно к случаям нарушения частных прав граждан, но показывает нам, что полагаться в деле превенции правонарушений исключительно на эту ответственность вряд ли целесообразно, если мы действительно заботимся о формировании в стране правопорядка и обеспечении защищенности прав граждан. В условиях, когда публично-правовой механизм противодействия гражданским правонарушениям к тому же еще и никак не решает проблему недокомпенсации, мы просто вынуждены искать именно внутри частного права ресурсы для роста уровня превенции случаев нарушения гражданских прав и минимизации случаев причинения некомпенсируемого вреда. Это касается и тех правонарушений, за которые в рамках действующего права частноправовая компенсационная модель защиты дополняется ответственностью

публично-правовой, и тем более тех случаев нарушения гражданских прав, которые не охватываются существующими составами уголовного преступления или административного правонарушения.

Настоящая статья нацелена на решение именно этой задачи. Так что в дальнейшем анализ сдерживающей роли публично-правовой ответственности мы оставим за скобками.

6. Промежуточные итоги

Как мы видим, во многих случаях компенсационный режим защиты гражданских прав даже в рамках его сверхкомпенсационной модели (там, где она является приемлемой) и даже в совокупности с публично-правовой ответственностью (там, где она применима) не способен ни гарантировать полное возмещение убытков жертвы, ни обеспечить 100-процентную превенцию гражданских правонарушений. Безусловно, существует очень большой ресурс потенциальной оптимизации различных моделей компенсационной защиты (например, введение сверхкомпенсационных взысканий на случай некоторых видов гражданских правонарушений, снижение стандартов доказывания по делам о взыскании убытков и т.п.). Но даже при его реализации многие жертвы правонарушений не смогут восстановить свой экономический интерес, а многие потенциальные правонарушители сохранят стимулы к неправомерному поведению.

Должно ли право смириться с этими проблемами и признать их неизбежными? Или существуют иные варианты защиты, которые могут способствовать их решению? Наш ответ состоит в том, что такой вариант имеется и заключается он в развитии режима абсолютной защиты гражданских прав. Далее мы постараемся его подробнее проанализировать.

III. Регулирующее воздействие режима абсолютной защиты

1. Описание режима

Как было отмечено выше, принципиальное отличие режима абсолютной защиты гражданских прав состоит в том, что жертва получает возможность защищаться не путем взыскания с нарушителя денежной компенсации, размер которой может быть меньше, равен или больше ценности нарушенного права, а посредством буквального восстановления утраченного права или блокирования нарушения.

В основе реализации таких мер защиты, как виндикация или негативный иск в вещном праве, оспаривание корпоративных решений в корпоративном праве, оспаривание сделок, совершенных в нарушение договорных запретов, или иск о присуждении к исполнению договорного обязательства в натуре в праве договорном, лежит идея буквального (в натуре) восстановления попоранного права.

Если же право допускает негативный иск, принцип следования в аренде или различные судебные запреты на случай нарушения негативных обязательств, то оно предоставляет управомоченному лицу легальные возможности по блокированию либо самого факта правонарушения, либо продолжения неправомерного поведения нарушителя.

Безусловно, далеко не всегда гражданские права могут быть в принципе восстановлены в натуре или соответствующие правонарушения заблокированы. Например, у жертвы состоявшегося деликта в форме причинения вреда здоровью или имуществу нет такой возможности. И в таких случаях все, что ей остается, это прибегнуть к мерам компенсационного характера или попытаться привлечь делинквента к публично-правовой ответственности. Но в ряде других ситуаций абсолютная модель защиты права в принципе теоретически может быть реализована.

И здесь как раз и возникает вопрос о том, во всех ли подобных случаях право должно даровать жертве такие инструменты защиты в качестве альтернативы или дополнения к универсально доступной компенсационной защите. Каковы основные преимущества абсолютного режима защиты прав?

Во-первых, при реализации этих мер отпадает или становится менее актуальной проблема квантификации ущерба интересам правообладателя и, соответственно, риск недокомпенсации. Право лица восстанавливается в натуре, или посягательство на его нарушение пресекается иным образом. В итоге уменьшается возможность того, что из-за ошибки суда в определении размера денежного суррогата нарушенного права интерес правообладателя останется не защищенным в полной мере. В рамках таких условий снижается вероятность того, что будет нарушен принцип Парето-эффективности.

Во-вторых, в результате меняются стимулы к поведению у потенциального нарушителя. Угроза столкнуться с решением суда о буквальном восстановлении прав правообладателя или блокированием неправомерного поведения несколько снижает стимулы к оппортунистическому попранию гражданских прав и повышает вероятность того, что «претендент» вместо этого либо вовсе воздержится от правонарушения, либо будет добиваться согласия правообладателя на отчуждение права в рамках переговоров о выкупе. Оборот же частных прав на основе добровольных, а не принудительных трансакций и есть тот искомый идеал, достижение которого является нашей целью. Этот режим обеспечивает более высокий уровень правовой защищенности и превенции гражданских правонарушений. Это предотвращает издержки «денормализации» и «деморализации» оборота, формирует культуру уважения гражданских прав.

В-третьих, этот режим за счет подавления стимулов к правонарушениям предотвращает огромные литигационные издержки участников оборота по искам о взыскании убытков и бюджета — по разрешению подобных споров. Рыночный механизм способен в большинстве случаев разрешить проблему Парето-улучшающего перераспределения прав и благ на основе добровольных сделок намного с меньшими социальными издержками, чем возложение этой функции на суды⁷⁷.

⁷⁷ См.: Dodge W. *Op. cit.* P. 675.

Но тут следует иметь в виду, что даже тогда, когда режим абсолютной защиты в теории возможен, его далеко не всегда целесообразно реализовывать. Каждый из конкретных инструментов абсолютной защиты имеет свои собственные политико-правовые недостатки. Например, решение о присуждении к исполнению некоторых обязательств в натуре нередко проблематично реализовать на практике на стадии исполнительного производства, оно зачастую провоцирует серьезные этические вопросы о пределах допустимого вторжения суда в сферу частной автономии. Соответственно, не будем спешить из наших сугубо общих политико-правовых тезисов делать однозначные заключения применительно к тем или иным инструментам абсолютной защиты. Для целей настоящей статьи достаточно просто зафиксировать, что доступность для правообладателя средств абсолютной защиты имеет отмеченное крайне важное позитивное значение. В российских реалиях, в которых компенсационная модель защиты работает из рук вон плохо, это существенное преимущество мер абсолютной защиты перед мерами компенсационными приобретает особую актуальность.

Так, например, когда многие российские юристы ратуют за максимальное снижение возможностей по оспариванию сделок корпораций и внутренних корпоративных решений, ущемляющих права акционеров (например, крупных сделок и сделок с заинтересованностью), и настаивают на том, что их права должны защищаться преимущественно иском о взыскании убытков с директора, в этом, действительно, на первый взгляд есть смысл. Риск оспаривания крупных сделок и сделок с заинтересованностью при нарушении директором процедур их внутреннего согласования усложняет оборот, провоцируя повышение транзакционных издержек контрагентов на проверку соблюдения соответствующих процедур согласования. Но, с другой стороны, лишение акционеров возможностей по оспариванию сделок с предложением защищаться за счет иска об убытках к менеджменту компании в условиях современного состояния дел в области взыскания убытков содержит известную долю злой иронии. При крайне низком проценте вероятности того, что все причиненные убытки будут доказаны и взысканы судом, а само решение, вынесенное против директора (физического лица), — исполнено, восстановление экономического положения жертвы за счет денежной компенсации в полной мере вряд ли будет происходить часто, а превентивный эффект может оказаться крайне недостаточным. Из сказанного не следует спешить делать какие-то однозначные выводы. Но это повод задуматься над тем, стоит ли так легко расставаться с абсолютной альтернативой защиты корпоративных прав и ограничивать арсенал средств защиты акционеров исключительно компенсационными мерами.

Как нам кажется, осознание юристами значения мер абсолютной защиты гражданских прав как важного инструмента стимулирования цивилизованной практики согласованного отчуждения прав и противоядия против оппортунистического их попрания может помочь более объективно смотреть на вопросы правовой реформы и лучше просчитывать их последствия.

Вероятно, есть основания считать, что доступность правообладателю абсолютных средств защиты (как минимум там, где их в принципе можно помыслить) следует признать опровержимой нормативной презумпцией, опровергаемой тогда, когда против этого будут приведены веские политико-правовые доводы. Разбор всех конкретных контрдоводов против различных моделей абсолютной защиты раз-

личных гражданских прав не входит в наши задачи в рамках настоящей статьи, так как потребует углубленного анализа каждого средства абсолютной защиты в отдельности в контексте соответствующей области частноправового регулирования. Поэтому далее мы остановимся на одном общем контрольном, который, по мнению Г. Калабреззи и А. Дугласа Меламеда, способен подтолкнуть правовую систему к отказу от абсолютной защиты некоторых видов гражданских прав (когда она в принципе в теории возможна) и допущению лишь компенсационной модели защиты.

2. Затруднительность *ex ante* переговоров как условие для применения сугубо компенсационной модели защиты

Согласно выводам Г. Калабреззи и А. Дугласа Меламеда одним из оснований для исключения режима защиты на основе *Property rule* и ограничения возможностей правообладателя только полной компенсационной защитой по модели *Liability rule* является ситуация, когда индивидуальное согласование добровольной сделки по отчуждению соответствующих прав либо невозможно, либо крайне затруднительно в силу высоких транзакционных издержек. Насколько этот тезис обоснован?

Действительно, если индивидуальное согласование *ex ante* отчуждения права невозможно или крайне затруднительно (например, если переговоры осложнены множественностью задействованных лиц и проблемой стратегического поведения), те политико-правовые соображения в пользу режима абсолютной защиты, которые связаны со стимулированием добровольных трансакций, сопряженных с меньшим риском недокомпенсации правообладателя, несколько теряют свою актуальность. Применение в таких ситуациях режима абсолютной защиты будет означать, что позитивное право просто будет фактически блокировать оборот прав, намертво привязывая их к существующим правообладателям и мешая потенциальному приращению экономического благосостояния за счет взаимовыгодного обмена (т.е. возмездному переходу прав в руки тех, кто ценит их выше и в принципе готов заплатить больше). В теории отсутствие абсолютной защиты в таких ситуациях позволяло бы выходить из тупика, вызванного сложностями в *ex ante* согласовании отчуждения прав, за счет дарования претенденту права на принудительный выкуп этих прав с условием уплаты компенсации, определяемой суммой *ex post*.

С одной стороны, на эти замечания можно заявить, что описанный недостаток режима абсолютной защиты в отношении ситуаций затруднительности индивидуальных *ex ante* переговоров не столь драматичен. Безусловно, это блокирует некоторое число потенциально эффективных принудительных трансакций, но одновременно пресекает (за счет полного исключения проблемы недокомпенсации при определении судом размера убытков) риск совершения ряда принудительных трансакций, отнюдь не эффективных по своим результатам. Определить однозначно, что упущенные возможности прирастить общее экономическое благосостояние в первом случае перекрывают реальные некомпенсированные убытки во втором, достаточно проблематично. Соответственно, если на основе экономического анализа предпочесть один из двух вариантов затруднительно, надежнее при-

держиваться описанной выше презумпции, согласно которой должна быть возможность защиты гражданских прав в рамках режима абсолютной защиты (как минимум там, где такая защита в принципе возможна).

Кроме того, не стоит забывать, что правовая среда, в которой право лица может быть выкуплено принудительно, в долгосрочном плане порождает те самые издержки «денормализации» и «деморализации», подрывает уверенность граждан в защищенности своих прав, а значит, является крайне спорным способом обеспечить экономическое развитие. Достаточно представить себе перспективы правовой системы, в которой над инвесторами постоянно нависала бы реальная угроза силового отобрания их собственности, а в качестве утешения предлагалось бы положиться на способность суда адекватно определить денежную компенсацию.

С другой стороны, видимо, в некоторых исключительных ситуациях затруднительности индивидуального согласования проблема блокирования потенциально эффективных транзакций, способных значительно повысить экономическое благосостояние, может быть настолько острой, что праву иногда стоит закрыть глаза на риск недокомпенсации.

Пример с принудительным выкупом земель под строительство инфраструктурных проектов мы уже приводили при описании статьи Г. Калабреззи и А. Дугласа Меламеда. При наличии множества раздробленных участков, подлежащих выкупу, индивидуальное согласование между тысячами или даже миллионами потенциальных пользователей новой магистрали, олимпийского объекта или городского парка, с одной стороны, и сотнями владельцев небольших участков земли — с другой, становится крайне затруднительным в силу рисков стратегического поведения членов обеих заинтересованных групп (использования ими стратегий *holdout* и *freeriding*). Отсюда предоставление государству (муниципалитету) функции посредника, навязывающего обоим группам лиц принудительные транзакции (собирая налог с одних и в судебном порядке выкупая на него землю у других).

Думается, могут быть и иные резоны лишать некоторые права в определенных случаях теоретически возможной абсолютной защиты и делать их доступными для принудительного выкупа помимо проблемы затруднительности/невозможности индивидуального согласования. Некоторые из них могут быть как экономическое, так и этическое свойства.

Например, возьмем ситуацию обременения недвижимости сервитутом в судебном порядке. По сути, в силу российского права (п. 3 ст. 274 ГК РФ) один собственник, нуждающийся в обременении недвижимости другого собственника, помимо воли последнего навязывает ему транзакцию в нарушение принципа свободы договора и неприкосновенности частной собственности. Зарубежные правовые порядки в ряде исключительных случаев (судя по доступным нам источникам, в намного более ограниченном масштабе, чем тот, который вытекает из п. 3 ст. 274 ГК РФ) также допускают такие недобровольные обременения недвижимости в пользу частного лица в форме сервитута, вводимого судебным решением, или посредством альтернативных вариантов принудительного возмездного ограничения права собственности (как правило, в ситуации, когда земельный участок не имеет прямого досту-

па к дороге или реке и собственник в судебном порядке добивается права прохода, а также в некоторых иных определенных в законе случаях)⁷⁸.

В подобных ситуациях фактически закон отказывает собственнику недвижимости в защите его права собственности в рамках режима абсолютной защиты (например, посредством негаторного иска), когда сосед желает не отнять его, а лишь обременить, и соблюдается ряд дополнительных условий. Все, на что собственник в таком случае может рассчитывать, это получение компенсации, размер которой будет определен судом. Иначе говоря, речь идет о том, что право собственника, против которого вводится такой принудительный сервитут, в этом аспекте защищается от подобных претензий соседа по принципу *Liability rule*⁷⁹.

Объяснить такое решение в плоскости проблемы затруднительности достижения соглашения достаточно сложно. Безусловно, лица, обладающие соседними участками земли и вступающие в переговоры в отношении введения сервитута, часто сталкиваются с проблемой ситуативного монополизма и неравенства переговорных возможностей. Часто у землевладельца просто нет другого доступа к федеральной трассе или реке, кроме как через участок соседа. Это делает последнего ситуативным монополистом. Добровольное контрактное регулирование в условиях ситуативного монополизма в целом вполне возможно, хотя и несколько более затруднено, чем в условиях конкуренции. Монопольное положение одного из собственников будет означать лишь то, что для получения соглашения на данный сервитут придется заплатить куда больше, чем если бы у истца было множество вариантов и имелись бы рыночные условия. Кроме того, нельзя не признать, что в ряде случаев добровольная сделка может не состояться в принципе из-за ир-

⁷⁸ Так, например, ст. 682 ГК Франции предусматривает режим принудительного установления сервитута для прохода к публичной дороге на возмездных условиях. При этом § 917 Германского гражданского уложения дает собственнику участка, не имеющему прямого доступа к публичной дороге, право требования предоставить проход к ней через соседний участок на платной основе, прямо не называя его сервитутом. Об отличиях французского варианта предоставления права прохода к дороге через судебное установление сервитута и немецкого классического подхода, основанного на законодательном признании такого ограничения права собственности на землю, см.: Yiannopoulos A.N. *The Legal Servitude of Passage* // 71 *Tulane Law Review*. 1996. P. 7–8; Merwe C.G. van den. *The Louisiana Right to Forced Passage Compared to the South African Way of Necessity* // 73 *Tulane Law Review*. 1999. P. 1372. В ГК Нидерландов аналогичные возмездные принудительные обременения предусмотрены в отношении права прохода к публичной дороге (ст. 5:57), а также права прокладки трубы для водоснабжения своего участка через участок соседа (ст. 5:58). Такие обременения согласно ГК Нидерландов на немецкий манер не признаны сервитутами (которые в силу ст. 5:72 ГК могут быть установлены либо соглашением, либо по давности использования), а зафиксированы в главе о правах и обязанностях собственников соседских участков. Статьи 691 и 694 ГК Швейцарии позволяют в принудительном порядке обременить на возмездной основе одного собственника по иску другого правом прохода к дороге, а также требуют при определенных условиях предоставить на возмездной основе возможность проложить через земельный участок подземные и надземные коммуникации (газовые трубы, электрические сети и т.п.). В США общего для всех штатов правила *common law* на сей счет нет. Принуждение к предоставлению права прохода в рамках традиционного *common law* невозможно, кроме случаев, когда земельный участок истца был куплен им или его предшественником у соседа-ответчика или предыдущего собственника соседского участка и образован путем выделения из землевладения последнего. Тут установление сервитута прохода считается подразумеваемым условием продажи (см.: Yiannopoulos A.N. *Op. cit.* P. 8–9). В то же время установление таких «сервитутов в силу необходимости» (*easement of necessity*) для прохода к публичным дорогам в более широком формате, схожим с описанными европейскими режимами, легитимировано в ряде штатов специальными законами (см.: Hernandez M.V. *Restating Implied, Prescriptive, and Statutory Easements* // 40 *Real Property Probate and Trust Journal*. 2005. P. 112).

⁷⁹ См.: Smith H.E. *Property and Property Rules*. P. 1736–1737.

рационального упрямства собственника или отсутствия у соответствующей стороны достаточных средств для удовлетворения финансовых appetites соседа. Например, наложение сервитута может принципиально не причинять собственнику никаких издержек вовсе, или предложенная плата будет намного превосходить его убытки от обременения своей недвижимостью, но собственник будет отказываться в заключении соглашения о сервитуте из личной неприязни к соседу или элементарного самодурства. Видимо, право, допуская принудительное установление сервитута по суду в ситуации острой необходимости, пытается тем самым исключить обесценение и невозможность эффективного использования такого ценного ресурса, как земля (которые могут произойти в случае недостижения добровольного соглашения), а также предотвратить эксплуатацию неравенства переговорных возможностей с целью извлечения монопольной выгоды. Эти цели право обеспечивает путем ограничения свободы договора и священности права собственности.

Безусловно, сама возможность навязывания принудительной трансакции одному лицу только лишь в силу того, что у другого имеется бóльшая в ней необходимость, вызывает массу серьезных вопросов, включая и чисто конституционный аспект. Когда такие принудительные трансакции навязываются государством в публичных интересах (национализация, реквизиция, выкуп земли под инфраструктурные проекты и т.п.), политико-правовая логика ограничения частной собственности может быть более или менее понятна. Но принудительное введение сервитута может осуществляться не в публичных интересах, а в пользу одного конкретного лица. По сути, частный интерес одного лица оказывается достаточным основанием для вторжения в сферу частной автономии другого лица. Почему собственник недвижимости может сломить волю своего соседа по суду и навязать последнему нежелательную им сделку, но аналогичных прав на принудительную трансакцию не имеют многие другие жертвы ситуативного монополизма? Возможно, фактор особой ценности недвижимости как объекта оборота здесь играет немаловажную роль. Кроме того, видимо, большое значение имеет и тот факт, что собственнику навязывается не отчуждение его земли, а лишь обременение, причем чаще всего принципиально его ценность не снижающее. Все это требует углубленного политико-правового анализа, до проведения которого мы не готовы высказывать свои мнения. К сожалению, в российском праве обсуждение существующих институтов частного права на глубинном уровне их политико-правовой обоснованности встречается нечасто. Не встречалось нам и серьезных политико-правовых исследований в отношении вопроса о допустимости принудительных сервитутов. Зарубежные правоведы к этому вопросу обращаются⁸⁰.

Существует и множество иных подобных примеров. Например, их можно найти в праве интеллектуальной собственности. На практике нередко патентуются отдельные элементы той или иной технологии, которые в совокупности могут стать основой для некоего нового продукта. Специалисты в праве интеллектуальной собственности в последнее время широко обсуждают проблему получения компа-

⁸⁰ *Экономический анализ доктрины принудительного обременения земли сервитутом прохода по иску собственника, чем земельный участок лишен доступа к дороге, см.: Chang Y.-C. Access to Landlocked Land: A Case for a Hybrid of Property and Liability Rules. URL: <http://ssrn.com/abstract=1986739> (дата обращения: 26.07.2013).*

нией, желающей выпустить на рынок новый продукт, для производства которого требуется предварительно аккумулировать права на множество таких «микропатентов», согласия правообладателей на предоставление необходимых лицензий. При абсолютной защите прав текущих владельцев таких «микропатентов» у, например, фармацевтической компании, желающей выпустить на рынок некое новое лекарство, чаще всего нет никакого другого пути, как выкупать права на те или иные элементы нового продукта или лицензию на них на основе добровольных сделок с десятками и сотнями владельцев таких «микропатентов». Иначе любой из обладателей нарушенного патента может просто выиграть иск о введении судебного запрета на продажи нового лекарства. Осознавая свои блокирующие правомочия, каждый из владельцев этих «микропатентов» при проведении с ним индивидуальных переговоров будет требовать свою долю потенциальной выгоды от продаж нового лекарства, и возникает знакомая нам проблема *holdout*, которая может сделать переговоры крайне проблематичными, радикально повысить транзакционные издержки и значительно затруднить для фармацевтической компании возможность запустить производство данного лекарства. В итоге, как считают некоторые юристы, возникают риски существенного ограничения технического прогресса. В литературе такого рода случаи фрагментации собственности, создающей сложности для ее аккумуляции и эффективного использования, называют «трагедией антиобщин» (*tragedy of anticommons*)⁸¹. В этих условиях некоторые ученые предлагают перевести защиту таких патентов в режим *Liability rule* или прямо допускать возможность принудительного лицензирования по цене, которую определит суд. Дискуссия эта сейчас крайне обострилась, но далека от завершения⁸².

Но есть примеры того, что право допускает принудительное лицензирование патентов и в отсутствие проблемы высоких транзакционных издержек из-за фрагментации интеллектуальных прав. Так, например, ст. 1362 ГК РФ вслед за порядками многих зарубежных стран⁸³ фиксирует право на установление по суду принудительной лицензии на изобретение, промышленный образец или полезную модель, размер платы за которую определяется в судебном решении, если текущий правообладатель не использует или недостаточно использует соответствующие объекты интеллектуальной собственности, что влечет недостаточное предложение соответствующих товаров, работ или услуг на рынке. Здесь позитивное право, игнорируя тот факт, что индивидуальные переговоры на согласование лицензии в принципе вполне возможны без колоссальных транзакционных издержек, допускает обременение чужого права и навязывание принудительной транзакции. Правотворцы, видимо, считают, что риски недокомпенсации текущего правообладателя менее серьезны, чем общие экономические потери от неэффективного использования или неиспользования дарованной законом правообладателю монополии в форме соответствующих интеллектуальных прав в случае, если добровольная сделка по каким-то причинам не состоится. Вполне возможно, что такое решение является оправданным.

⁸¹ См.: Heller M.A. *The Tragedy of the Anticommons: A Concise Introduction and Lexicon* // 76 *The Modern Law Review*. 2013. P. 6–25; Shulz N., Parisi F., Depoorter B. *Fragmentation of Property: Towards A General Model* // 158 *Journal of Institutional & Theoretical Economics*. 2002. P. 594 ff.

⁸² См.: Depoorter B. *Property Rules, Liability Rules and Patent Market Failure*. P. 59 ff.

⁸³ См., в частности: ст. 36–37 Закона о патентах Австрии, ст. 24 Патентного закона Германии, ст. L613-11 Кодекса интеллектуальной собственности Франции, ст. 48–54 Патентного закона Великобритании и т.н.

Как бы то ни было, наша задача в рамках данной статьи состоит лишь в том, чтобы показать как минимум теоретическую допустимость применения *Liability rule* не только в случае запретительно высоких транзакционных издержек, но и в некоторых иных случаях, когда имеются очень убедительные политико-правовые резоны в пользу такого шага.

При этом хотим напомнить, что допущение принудительных трансакций в результате фиксации режима *Liability rule* (как в форме предусмотренных в законе прав государства или третьих лиц на *легитимное* отображение или ограничение чужого права, так и в форме ограничения возможностей правообладателя защищать свое *нарушенное* право только иском о взыскании убытков) все-таки, на наш взгляд, должно являться исключением, основанным на неких серьезных политико-правовых (в первую очередь экономических и этических) резонах. По общему же правилу надо стремиться к тому, чтобы оборот экономических благ и прав шел на основе добровольных трансакций, а для этого там, где в теории можно помыслить ту или иную модель абсолютной защиты соответствующего права или иные инструменты превенции волонтаристских, недобровольных трансакций, эти возможности следует стремиться реализовывать в праве. Можно сказать, что такого рода решение должно быть некоей политико-правовой опровержимой презумпцией.

Продолжение читайте в следующем номере.