

**ЦИВИЛИСТИЧЕСКИЕ ПРАВОВЫЕ ТРАДИЦИИ
ПОД ВОПРОСОМ
По поводу Докладов
Doing Business Всемирного Банка**

Том 1

**АССОЦИАЦИЯ ДРУЗЕЙ ФРАНЦУЗСКОЙ ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЫ
ИМ. АНРИ КАПИТАНА**

Авторами настоящего ответа являются: **Франсуа Барьер**, Лектор Университета Пантеон-Ассас Париж II; **Филипп Дидье**, Профессор Университета им. Рен Декарта Париж V; **Филипп Дюпишо**, Профессор Университета в Мэн, Адвокат парижской коллегии адвокатов; **Бенедикт Фоварк-Коссон**, Профессор Университета Пантеон-Ассас Париж II, Генеральный секретарь Общества сравнительного законодательства; **Мишель Жерман**, профессор Университета Пантеон-Ассас Париж II; **Мишель Гримальди**, Президент ассоциации Друзей французской правовой культуры им. Анри Капитана, профессор Университета Пантеон-Ассас Париж II; **Жак Пурсель**, нотариус в Венерке; **Бернар Рейни**, Вице-президент Высшего Совета Нотариата Франции; **Жак Террэ**, почетный адвокат парижской коллегии адвокатов, бывший руководитель департамента Банк/Финанс Жид Луарет Нуэль.

Оглавление

Введение.....	4
Глава I. Критическое введение в метод докладов <i>Doing Business</i>.....	8
§ 1. Принципы эконометрического анализа.....	11
А. Применение корреляции.....	11
Б. Интерпретация корреляции.....	13
§ 2. Критика практики применения эконометрического метода в докладах.....	14
А. Предположения, подлежащие доказыванию.....	14
1. Первое предположение: превосходство рынка над вмешательством государства.....	14
2. Второе предположение: неполноценность законодательств, происходящих от французского права по отношению к тем, которые происходят из <i>common law</i>	16
Б. Верификация предположений.....	17
1. Слабость гипотез.....	17
2. Слабость корреляций.....	20
Глава II. Анализ отдельных глав докладов <i>Doing Business</i>.....	24
§ 1. Анализ главы «Starting a business»: о создании предприятий.....	24
§ 2. Анализ главы «Hiring and Firing workers»: о трудовом праве.....	29
§ 3. Анализ главы «Registering property»: о регистрации прав на недвижимое имущество.....	37
§ 4. Анализ главы «Getting credit»: о получении кредитов.....	41
§ 5. Анализ главы «Protecting investors»: о защите инвесторов.....	45
§ 6. Анализ главы «Enforcing contracts»: об исполнении договоров.....	51
§ 7. Анализ главы «Closing a business»: о правовом регулировании несостоятельности.....	53
Глава III. Преимущества французской правовой системы, основанной на цивилистических традициях.....	58
§ 1. Организационные преимущества.....	59
А. Доступность.....	59
1. Материальная доступность: знание нормы.....	61
2. Интеллектуальная доступность: понятность нормы.....	63
Б. Безопасность.....	65
В. Гибкость.....	67
1. Жизнеспособность источников.....	67
2. Общий характер нормы.....	69

3. Диспозитивный характер нормы.....	70
§ 2. Содержательные преимущества (на примере договорного права).....	72
А. Открытость.....	73
Б. Равновесие.....	75
В. Экономичность.....	78
Глава IV. Собственная ценность права.....	83
§ 1. Норма права.....	84
§ 2. Юридические профессии.....	88
Общее заключение.....	91

Введение

1. Доклады, критикующие правовые системы гражданского права. Доклады, опубликованные по поручению Всемирного Банка и соответственно озаглавленные *Doing Business in 2004: Understanding regulation* и *Doing Business in 2005: Removing obstacles to growth*¹ (далее – доклады) безусловно нуждались в ответной реакции Ассоциации друзей французской правовой культуры, которая ставит целью защиту и распространение романской правовой культуры². Поскольку эта последняя и французская правовая культура, в частности, были подвергнуты обширной критике и даже преданы суду.

Сразу отметим, что наступление, предпринятое в докладах Всемирного банка, не ограничивается только французским правом. Поскольку вопреки общепринятому взгляду, более 150 государств, которые представляют около 60% мирового населения, восприняли систему писаного права, в чистом или смешанном виде. Гражданское право, даже в чистом виде, является правовой системой для примерно 24 % мирового населения, тогда как только 6,5 % этого населения пользуется системой общего права в чистом виде³.

2. Смысл ответа. В ответ на эти доклады можно было бы ограничиться последовательным разбором ложных положений, изложенных к тому же безапелляционным тоном, для их изобличения. Однако избранный нами подход претендует на большее.

Ограничиваясь противопоставлением и опровержением длинного ряда ошибочных утверждений докладов, наш ответ оказался бы заключенным в логику положений, отдающих приоритет экономическому анализу над юридическим размышлением. Взгляд, брошенный авторами доклада Всемирного банка, экономистами и не-юристами, на Право, является, на самом деле, искаженным употреблением специфического метода – анализа факторов экономического развития – к которому мы еще вернемся.

Мы не будем употреблять против авторов докладов критические замечания *ad hominem*. Ограничимся тем, что позволим читателю, вольного к тому же провести свое собственное расследование, сформировать мнение о тех, кто хочет указать людям всех наций путь к «лучшему праву».

3. Основные черты докладов. В этих докладах, все является плохим или хорошим, добродетель умеренности отброшена, как если бы существовала «ось худшего права», во главе которого находится право гражданское. Мало увлеченные теорией права, авторы скатываются в своих рассуждениях исключительно в утилитарную сферу, которую они, очевидно, ставят выше научных исследований. *Tabula rasa* ничтожного прошлого в некотором роде.

¹ Доклад 2006, озаглавленный «Creating Jobs» и лишь недавно опубликованный в своей окончательной редакции, не мог быть объектом подробного разбора; ограничимся лишь замечанием о том, что этот доклад 2006 продолжает антицивилистическую направленность редакции 2004 и в еще большей степени оправдывает настоящий отклик.

² Как свидетельство смятения, вызванного этим докладом, см. отрывок из речи Председателя Ги Каниве, произнесенной во время торжественного заседания, приуроченного к началу 2005 года: «Французскому праву, во всемирном масштабе, сделано напоминание об императиве эффективности американскими школами экономического анализа факторов развития. Постулируя определяющее влияние качества законов и регламентов, регулирующих хозяйственную жизнь, на экономический рост, эти исследования, исходя из наблюдения за многочисленными правовыми системами, стремятся доказать, что наиболее обременительная регламентация производит худшие результаты, поскольку, она обыкновенно сопровождается неэффективностью государственных институтов, задержками в принятии решений, повышенными расходами на административные формальности, неэффективностью судебных процедур, большей степенью безработицы и коррупции, меньшей эффективностью и сокращением инвестиций. Исходя из критериев, которые отсюда выводятся, правовые системы, ориентируемые на французскую модель, получили неблагоприятные оценки и место в рейтинге». См. также работу, подчеркивающую роль судьи в защите фундаментальных ценностей общества, G. Canivet, «Le juge entre progrès scientifique et mondialisation», RTD civ, 2005, 33 spéc. p. 41.

³ Данные исследования, осуществленного Университетом Оттавы и воспроизведенные в работе Etude du Conseil d'état, L'influence internationale du droit français, La documentation française, 2001, p. 21 et 22.

Опираясь на систему рассуждений более элементарную (даже слишком элементарную, поскольку главным образом она представляет собой систему количественного порядка), чем система рассуждений юристов, авторы докладов заранее выдвигают несколько постулатов, которые претендуют на фундаментальность и априорность, но с очевидностью являются оспоримыми: единая система права, подходящая для всех (*one size fits all*); писаное право вредит развитию экономики; бедными странами являются те, которые больше всего развивают позитивное законодательство; чем больше проводится реформ, тем лучше чувствует себя экономика (но, в то же время, чем меньше законодательной деятельности, тем лучше чувствует себя экономика, что является парадоксальным, поскольку весьма сложно проводить реформы не совершенствуя законодательство); система, ориентированная на судебную практику, лучше подготовлена к социальным эволюциям, чем система писаного права и т.д.

Эти спорные основания и другие логические ошибки, по большей части приведенные в первой главе, являются фундаментом для изучения семи следующих вопросов докладов (главы 2-8): создание предприятия, занятость и увольнение рабочих, недвижимость и регистрация прав, получение кредита, защита инвесторов, исполнение договоров и, наконец, ликвидация созданного предприятия⁴. Последняя глава доклада 2004 года, посвященная практике правового регулирования (*The Practice of Regulation*), воспроизводит идеи, выраженные в начале доклада: исходя из признания разнообразия процесса правовой регламентации во всем мире, она стремится доказать, впрочем, весьма непоследовательно, что наиболее бедными странами являются те, которые занимаются таким регулированием в наибольшей степени. Вновь широко изобличается негативное влияние наследия французской правовой культуры в бывших колониях, но, к счастью, наследие – это не судьба. Вновь живо провозглашаются заслуги традиций общего права с его независимыми судьями и судом присяжных. Наконец, эта глава предлагает несколько принципов «Хорошего Регулирования»: упрощать и дерегулировать конкурентоспособные рынки, усиливать защиту прав собственности, использовать современные технологии, сокращать вмешательство судей в хозяйственные процессы и, главное, беспрестанно проводить реформы.

4. Ключ к «лучшему праву». Авторы докладов претендуют, ни больше, ни меньше, на создание универсального ключа к Лучшему Праву, подводя, таким образом, итог тысячелетним исканиям *homo juridicus*. Их стремлением, кажется, является создание практического руководства, краткой памятки-шпаргалки по «хорошему праву» для всех законодателей планеты. Всемирный банк вызвал широкий отклик этим работам, поддерживая вольно или невольно путаницу по вопросу о том, идет ли речь об официальной позиции этого международного института, смысл существования которого состоит в борьбе с бедностью во всем мире (*fighting poverty*), или нет...

Такое многообещающее начинание настоятельно обязывает цивилиста-правоведа к адекватному ответу.

Конечно, полезное, даже необходимое освещение эффективности правовой нормы может осуществляться с применением, помимо других традиционных подходов, экономического анализа Права и, в первую очередь, знаменитого *law and economics*, развившегося в Чикаго на основе работ Рональда Коуза и Ричарда Познера. Работы самых разных направлений по экономическому анализу права (т.к. существует ни один, но несколько видов экономического анализа) безусловно предлагают дополнительный подход к толкованию правовых дисциплин, изучение которого могло бы быть полезным и для законодателя и для судьи. И в этом отношении следует приветствовать недавно предпринятые усилия по развитию во Франции экономического анализа права на базе университетов, которые должны восполнить отставание в этой области и подтолкнуть к

⁴ Два раздела «registering property» (земельная регистрация) и «protecting investors» (защита инвесторов) были добавлены в версию 2005 года, которая в остальном широко воспроизводит другие разделы посредством «обновленных» данных.

совместной работе юристов и экономистов: в особенности стоит порадоваться здесь успехам, достигнутым в рамках исследовательской программы «Экономическая привлекательность права»⁵, первые выводы которой должны появиться в ближайшем будущем.

Но если экономический анализ права может и должен являться источником вдохновения и размышления для юристов на том же основании, что и социология, философия или демография, то он не может претендовать ни на гегемонию, ни выдавать себя за нового золотого тельца. Таким образом, здесь не следует уступать зову сирен «чисто экономического» анализа и «научной гарантии», предлагаемых эконометрическими расчетами, которые рассчитывают впечатлить неискушенного читателя нагромождением цифр и диаграмм.

Как к тому же оставить без внимания опасность, необдуманность и, следовательно, грубую, даже непростительную, как говорят юристы, ошибку, состоящую в передаче ключей от права в руки науки, которая до настоящего времени показала себя более способной к объяснению событий прошлого, чем к прогнозированию будущего. У экономистов лучше получается объяснять (хотя и совершенно по-разному) кризисы, которые они не были в состоянии предвидеть и разрешить заранее. В этом смысле, недалеко от истины специальный материал на тему «Почему экономисты ошибаются (почти) всегда» недавно опубликованный авторитетным экономическим еженедельником⁶. Безусловно, было бы заблуждением со стороны политиков и законодателя полагаться при разработке общественных норм на оторванные от жизни расчеты, абстрактные заключения или ожидания, смоделированные экономистами. В самом деле, сотворение правовых норм не может под угрозой неэффективности, оставлять в стороне человеческую природу и социальное поведение, которым они, эти нормы, намерены управлять. Вот почему существуют «силы сопротивления»⁷ экономическому анализу права, «точкам зрения», находящимся между экономическим и правовым анализом⁸, в отношении которых следует задаться вопросом, являются ли они, в конечном счете, серьезно обоснованными.

5. План. Таким образом, ответ, подготовленный Ассоциацией Друзей французской правовой культуры имени Анри Капитана, подразделяется на четыре части.

Прежде всего, будет предложено развернутое критическое введение в метод, используемый авторами докладов для того, чтобы позволить юристу мало к нему привычному оценить его по ценности и содержанию (глава I).

Затем мы постараемся воспроизвести пункт за пунктом данные и заключения, представленные в основных главах докладов для того, чтобы проверить их достоверность (глава II).

После этого будут предъявлены козыри, присущие французской цивилистической традиции, в особенности, с экономической точки зрения (глава III).

Наконец, в качестве заключения будет показано, что право обладает собственной ценностью, реальной спецификой по отношению к экономике в такой степени, что

⁵ Исследовательская программа, координируемая Бертраном де Марэ, исследователем при Государственном Совете Франции.

⁶ Enjeux / Les Echos, dossier spécial, janv. 2006, «Pourquoi les économistes se trompent (presque) toujours».

⁷ H. Muir-Watt, «Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil», в работе Bruno Deffains, L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Paris, Cujas, 2002, pp. 37-45.

⁸ См. Petites affiches, n. 99, 19 mai 2005, «Analyse économique du droit : quelques points d'accroche» под научным руководством Ги Каниве, Бруно Деффан и Мари-Ан Фризон-Рош.

априорное и прямолинейное желание установить автоматическое подчинение права экономике должно быть отброшено раз и навсегда как несостоятельное (глава IV).

Глава I. Критическое введение в метод докладов *Doing Business*

6. Цель программы *Doing Business*. Программа *Doing Business* представляет собой ежегодное изучение правовой среды, в которой предприятия всего мира осуществляют свою деятельность. На сегодняшний день были опубликованы три доклада: *Doing Business 2004: Understanding Regulation*, *Doing Business 2005: Removing Obstacles to Growth* и совсем недавно *Doing Business 2006: Creating jobs*⁹.

Программа *Doing Business* претворяется в жизнь департаментом *Private Sector Development of International Finance Corporation* (IFC), одного из пяти институтов, которые взяты вместе, образуют то, что обычно называется Всемирным банком¹⁰.

В группе Всемирного банка *International Finance Corporation* реализует специальную задачу по оказанию содействия экономическому развитию путем продвижения частного сектора. Она выполняет данное поручение, с одной стороны, непосредственно обеспечивая финансирование проектов на условиях аналогичных условиям частных операторов и, с другой стороны, предоставляя экспертные заключения предприятиям и правительствам развивающихся стран.

В рамках второй задачи, *IFC* разработал несколько программ, направленных на изучение среды, с которой сталкиваются частные предприятия, в особенности в развивающихся странах. Например, он запустил программу *Investment Climate Surveys*, которая направлена на оценку в каждой стране совокупности параметров, которые оказывают влияние на развитие предприятий (инфраструктура, финансы...). Программа *Doing Business* принадлежит к этой же группе инициатив. Ее особенность состоит в том, что она направлена исключительно на изучение влияния правовой среды на развитие частных предприятий.

Программа имеет несколько целей. В первую очередь, она направлена на сбор информации. Эта программа обеспечивает составление обобщенного описания правовой среды каждой страны, исходя из совокупности вопросов одинаковых для всех. Это позволяет сравнивать различные национальные системы.

Во вторую очередь программа имеет гораздо более амбициозную цель. Сверх простого сбора информации, она является составной частью метода *benchmarking*¹¹ законодательств¹². В этом случае целью является оценка законодательств, то есть вынесение оценочного суждения в отношении последних. Речь идет об их классификации для определения «лучших». Эта классификация должна направлять деятельность инвесторов (которые должны направлять свои инвестиции в страны, получившим наилучший рейтинг) и публичных властей (которые должны реформировать свою правовую систему для того, чтобы приблизить его к законодательству, имеющему наилучший рейтинг)¹³.

7. Интеллектуальное родство *Doing Business* и группы *LLSV*. Этим начинанием руководит команда авторов, относящихся к Всемирному банку. К тому же оно основано на ранее опубликованных работах, написанными группой американских профессоров. Этой группой руководят профессор Андрей Шлейфер из *Department of Economics of Graduate School of Art and Science* Гарвардского университета и профессор Роберт Вишни из *Graduate Business School* Чикагского университета. Для простоты эта группа будет обозначаться в дальнейшем под аббревиатурой *LLSV*, принятой в специальной литературе, то есть аббревиатурой, состоящей из имен наиболее активных ее членов¹⁴.

⁹ Выше уже отмечалось, что только два первых доклада станут предметами детального ответа.

¹⁰ Для простоты для обозначения любого из пяти институтов, образующих группу Всемирного банка, будет использоваться выражение Всемирный банк.

¹¹ От английского: Benchmark: критерий, по отношению к которому оцениваются схожие вещи.

¹² *Doing Business*, 2004, preface p. ix.

¹³ *Doing Business*, 2004, preface p. x.

¹⁴ Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer, Robert Vishny. Иногда могут участвовать и другие сотрудники: Simeon Djankov, Edward L. Glaser...

Так, сами доклады указывают, что команда *LLSV* стала автором всех *background studies*, на которых основываются доклады¹⁵. К тому же отмечается, что профессор Шлейфер участвует в проекте в качестве научного консультанта, чтобы, по выражению самого доклада, «внести академическую точность и установить связь между теорией и практикой»¹⁶. Наконец, методология, используемая для составления каждой из глав докладов, в точности воспроизводит предшествующие публикации группы *LLSV*, на что указывается в разделе «Ссылки» докладов¹⁷.

Родство программы *Doing Business* с работами этих известных профессоров не является таким уж дальним. В самом деле, команда экономистов, руководимая профессором Шлейфером, стоит у истоков создания интеллектуальной школы, появившейся лет двенадцать назад и известной в качестве направления *Law and Finance* – по названию первой работы группы¹⁸. Ранние работы *LLSV* открыли путь для других работ¹⁹. Довольно странно, что эти последующие труды были проигнорированы в докладах *Doing Business*, которые ограничиваются только работами команды профессора Шлейфера. В своей нынешней форме эта научная школа несет ответственность за создание новой дисциплины, названной *New Comparative Economics*²⁰. На сегодняшний день команда *LLSV* опубликовала несколько десятков статей, охватывающих самые различные вопросы в данной сфере.

8. Искажающая призма LLSV. Таким образом, программа *Doing Business* не была создана *ex nihilo*. Она черпает свои интеллектуальные ресурсы в весьма ограниченном пространстве. К сожалению, она не является синтезом различных идей и мнений о влиянии правовой среды на экономическое развитие, но представляет собой лишь эманацию конкретной научной школы, с которой она разделяет – даже на концептуальном уровне – методологию, результаты и, следовательно, выводы. Эта врожденная связь между программой *Doing Business* и идеями группы *LLSV* объясняет общий подход, избранный в докладах. В целом, этот общий подход можно свести к *постулату* и *методу* анализа.

Постулат, заявленный группой *LLSV* и воспринятый программой *Doing Business*, состоит в том, что правовое оформление экономики, то есть законодательство, предопределяет ее развитие (так называемая гипотеза *Law matters*)²¹. Так, «приспособленное» законодательство может ускорить экономическое развитие так же как «неприспособленное» законодательство может его сдерживать и даже останавливать.

¹⁵ *Doing Business*, 2004, Acknowledgment p. vii; *Doing Business* 2005, Acknowledgments p. 133.

¹⁶ *Doing Business*, 2004, preface p. ix.

¹⁷ Глава «Starting a business» воспроизводит работу Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes and Andrei Shleifer, «The Regulation of Entry», *Quarterly Journal of Economics*, 117, 1-37, Feb. 2002. «Hiring and firing workers» воспроизводит работу Juan Botero, Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes and Andrei Shleifer, *The Regulation of Labor*, Working Paper 9756, National Bureau of Economic Research, June 2003. «Enforcing a contract» воспроизводит работу Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes and Andrei Shleifer, «Courts», *Quarterly Journal of Economics*, 118, 453-517, May 2003. «Getting Credit» воспроизводит работу Simeon Djankov, Caralee Mc. Liesh and Andrei Shleifer, *Remedies in Credit Markets*, Working Paper, Department of Economics, Harvard University, July 2003 et Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer and Robert Vishny, «Law and Finance», *Journal of Political Economy*, 106, 1113-55, 1998. «Closing a business» воспроизводит работу Simeon Djankov, Oliver Hart, Tatiana Nenova and Andrei Shleifer, *Efficiency in Bankruptcy*, Working Paper, Department of Economics, Harvard University, July 2003. Глава «Protecting investors», опубликованная в докладе 2005, воспроизводит *Corporate theft*, inedit. Глава «Registering property», опубликованная в докладе 2005, воспроизводит *Property*, inedit.

¹⁸ Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer and Robert Vishny, «Law and Finance», *Journal of Political Economy*, 106, 1113-55, 1998.

¹⁹ В качестве образца см. примеры, приведенные в работе M. Siems, *Numerical Comparative Law: Do we need statistical evidence in law in order to reduce complexity?*, Working paper, European University Institute, Florence, 2004.

²⁰ Принципы этой дисциплины были изложены в Working paper of Harvard Institute for Economic Research, n. 2002. В качестве контрпримера: B. Dallago, «Comparative Economic Systems and the New Comparative Economics», *The European Journal of Comparative Economics*, Vol. 1, n. 1, 2004, pp. 59-86.

²¹ См. также: T. Beck, A. Demirguc-Kunt and R. Levine, «Legal institutions and financial development», in Mary Shirley and Claude Menard, *Handbook of new institutional economics* (2004).

Отсюда, всякое усилие в поддержку экономического развития является напрасным, если оно не начинается с реформы законодательного регулирования²².

Утверждение, согласно которому законодательное регулирование экономики предопределяет ее развитие, является *общим постулатом* докладов в полном смысле этого слова.

Оно является постулатом в том смысле, что в сознании группы *LLSV* и авторов докладов, оно выносится за рамки обсуждения, являясь *априорным*. Работа группы *LLSV*, таким образом, не заключается в том, чтобы определить насколько законодательство в большей степени, чем любой иной фактор благоприятствует или мешает экономическому развитию. Работы группы *LLSV* находится выше этого «недостойного» вопроса. Приняв как неопровержимую истину зависимость устойчивого экономического развития от состояния позитивного права, данные авторы видят единственную проблему, подлежащую разрешению, в определении характеристик законодательства, которое можно наблюдать в наиболее развитых экономиках...и, соответственно, после их выведения – их всемирное распространение. Таким образом, идея о том, что право предопределяет экономическое развитие, является фундаментальной для подхода группы *LLSV*, именно она придает смысл любому их начинанию: если законодательное регулирование позволяет экономике развиваться, то безусловно важно определить во всех существенных элементах такое законодательное регулирование, встречающееся в наиболее эффективных и, значит, наиболее развитых экономиках. Во всяком случае, для приверженцев этого подхода представляется неоспоримым вывод о том, что воспроизводя правовое регулирование в наиболее развитых в экономическом плане стран, наименее развитые страны смогут, наконец, начать свой экономический «взлет».

Без сомнения, подъему экономики способствует эффективная правовая система, позволяющая инвесторам оправдывать их ожидания: отсюда забота значительного числа развивающихся стран установить у себя правовое государство. Тем не менее, постулат, принятый без особой дискуссии в качестве истинного группой *LLSV* и положенный в основу докладов *Doing Business*, оставляет после себя несколько вопросов.

Так, между утверждением о том, что право влияет на экономическое развитие и утверждением о том, что реформирование национального права является необходимым предварительным условием для экономического развития, имеется существенное различие, которое сложно преодолеть. Не впадая полностью в марксистское видение проблемы, зададимся вопросом в духе гегелевской диалектики: не провоцирует ли само экономическое развитие правовые реформы? Например, можно ли говорить о том, что отмена, в соответствии с законом от 24 июля 1867 года, разрешения на учреждение акционерного общества стала причиной развития французской промышленности? Может быть, законодателя той эпохи к либерализации процесса учреждения АО подтолкнула необходимость объединения все большего объема накопленных капиталов? Явилось ли создание в 1934 году *Securities and Exchanges commission* (SEC) причиной выдающегося развития американского фондового рынка или же злоупотребления на уже существующем фондовом рынке вызвали необходимость создания такого органа по контролю за рынками?

Кроме того, постулат группы *LLSV* стремится сосредоточить внимание на единственном параметре экономического развития, уклоняясь от дискуссии об относительном значении этого фактора по отношению к другим факторам. Конечно, если априорно можно довольно легко защитить утверждение о том, что право воздействует на экономическое развитие, то гораздо более спорным представляется постулат о том, что право образует *наиболее важный фактор* этого развития.

²² См., тем не менее: B. Cheffins, Does law matter: the separation of ownership and control in the United Kingdom, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper n. 172; S. Cools, The Real Difference in Corporate Law between the United States and Continental Europe: Distribution of Powers, Harvard John M. Olin discussion paper series 09/2004.

Раз выдвинув постулат, согласно которому право предопределяет экономическое развитие, группа *LLSV* и авторы докладов *Doing Business* направляют в дальнейшем все свои усилия на определение характеристик «идеального законодательства» – законодательства, которое позволило бы осуществить мечту многих правительств об экономическом взлете. Способом достижения этой цели для них стало сравнение законодательства различных стран, для выведения качественных оценок его влияния на их экономическое развитие.

Для достижение такой амбициозной цели, научное направление, возглавляемое профессором Шлейфером и воспроизведенное в программе *Doing Business*, использует **метод**, который также не назовешь безупречным. Отбрасывая с ходу традиционные приемы сравнительного правоведения, как малоэффективные, данная научная школа основывается исключительно на использовании *эконометрии*. Поэтому, для понимания и оценки суждений, выдвигаемых группой *LLSV* и в докладах *Doing Business*, необходимо, чтобы и постулат этой школы и ее методологический прием всегда принимались во внимание.

Для правоведа, сформировавшегося в традиции *ars aequi et boni*, подход, избранный группой *LLSV* и пропагандируемый программой *Doing Business*, по меньшей мере, представляется искаженным. Его ограниченность, как с точки зрения исходного постулата, так и используемого метода, образуют непреодолимое препятствие для заключения о научной достоверности, сделанных данной школой выводов. Однако стоит только согласиться с ним, как сразу появляется возможность его приручить. В этом случае обнаруживается, что поток цифр и формул был необходим для того, чтобы скрыть внутреннюю ограниченность предпринятого анализа. Мимоходом нельзя не удержаться от того, чтобы не отметить грубые ошибки, сделанные авторами докладов, и множество оценочных суждений с размытыми основаниями. В таком виде, как она существует сегодня, надежность и уместность программы *Doing Business* вызывает большие сомнения.

Именно эти вопросы будут рассматриваться дальше при изложении принципов *эконометрического анализа*, который остается *terra incognita* для большинства юристов, кроме специалистов антимонопольному регулированию (§ 1), а затем – при критическом анализе практики применения выбранного метода (§ 2).

§ 1. Принципы эконометрического анализа

9. Понятие эконометрии. В силу природы вещей, гуманитарные науки сталкиваются с трудностью: невозможностью осуществлять эксперименты *in vivo*. В самом деле, представляется невозможным изолировать группу людей, чтобы проверить – подтверждает ли их поведение или нет определенную теорию. Проверка гуманитарных теорий с необходимостью осуществляется иначе.

Однако в экономической науке было разработано направление, которое пытается дать адекватные инструменты, способные преодолеть невозможность «экспериментов на людях». Это направление – *эконометрия*. Эконометрия разрабатывает средства, с помощью которых считается возможным осуществлять научную проверку теории о поведении индивидов, не прибегая к экспериментам *in vivo*. Для этого она опирается на применение математических и статистических приемов для установления и интерпретации взаимозависимости нескольких экономических феноменов, что на научном языке называется *корреляцией*.

Ниже будут последовательно изучены вопросы применения корреляции (А) и интерпретации этой корреляции (Б).

А. Применение корреляции

10. Понятие корреляции. Отправная точка используемого метода состоит в установлении того, что связь между двумя феноменами, то есть между двумя сериями конкретных событий, может выражаться в форме *математической функции*.

Использование математической функции является здесь лишь способом научной коммуникации, общения: в конечном счете, это способ передачи сообщения собеседнику. Передаваемым сообщением является: «существует связь между двумя сериями событий». Это сообщение могло бы быть переданным фразой наподобие только что приведенной, но оно может быть также сообщено посредством рисунка или жеста. Использование математической функции ничего не меняет в содержании сообщения: это лишь особый язык.

Принимая этот особый способ научного общения, можно сказать, что всякий закон, который определяет отношения между двумя феноменами, то есть между двумя сериями событий, может быть выражен в форме математической функции²³.

Опираясь на данное условие коммуникации, эконометрия направлена на выработку адекватных средств проверки теории о взаимодействии между двумя феноменами, не прибегая к верификации *in vivo*.

Первый этап метода состоит в априорном выдвижении гипотезы, которая была бы способна объяснить связь между двумя феноменами.

Второй этап метода предполагает исследование опытным путем того, *фактически* подтверждает или опровергает выдвинутую гипотезу. Для этого проводится две серии наблюдений: первая касается первого феномена, вторая – второго. Если действительность совпадает с гипотезой, то тогда связь между первым и вторым феноменом, иначе говоря – связь между первой и второй серией наблюдений, может быть выражена в форме математической функции. Действительно, если существует функция, которая устойчиво связывает каждый элемент первой серии с элементом второй серии, то тогда, действительно, существует связь между этими двумя феноменами. На языке эконометрии скажут, что существует *корреляция* между первым и вторым феноменом. Соответственно, если обнаружить функцию, которая каждый элемент первой серии связывает с элементом второй, не представляется возможным, то это означает, что два феномена не являются *коррелирующими*.

Таким образом, в основе проверки гипотезы лежит изучение того, существует ли функция, которая каждый элемент первой серии связывает с элементом второй. В этом случае представляется полезным использовать математический язык, так как именно в математике были разработаны методы для определения, исходя из двух серий цифр, параметров функции наиболее близкой к той, которая каждый элемент первой серии объединяет с элементом второй. Эта математическая операция называется *регрессией*. В регрессии известными являются результаты, а неизвестной – функция.

Как только несколько гипотез было сформулировано, теория вероятностей позволяет приблизительно определить для двух серий данных параметры функции наиболее близкой к той, которая связывает эти пары данных. Таким образом, для двух серий данных, всегда можно обнаружить функцию, объединяющую эти серии. Однако правильность результата зависит от отклонения между значениями, заданными в гипотезе и полученными в результате данной математической операции. Чем больше допускается отклонение, тем менее достоверным является результат. Поэтому, применение регрессии всегда предполагает уточнение степени достоверности полученных значений.

Эконометрия претендует на эффективную проверку существования корреляции, опираясь на механизм регрессии. В самом деле, как уже было сказано, если два феномена являются коррелирующими, их отношение можно выразить в форме функции. Следовательно, для того, чтобы проверить являются ли два феномена коррелирующими,

²³ Например, предложение «Всякий человек, уличенный в краже, будет приговорен к наказанию» устанавливает связь, в нашем случае причинную связь, между первой серией событий – людьми, уличенными в краже, – и вторым событием – получением наказания. На языке математиков первая серия событий – люди, уличенные в краже, – условно обозначается серией x , тогда как вторая – эти люди получают наказание – обозначает серию $f(x)$. Правило «лицо, уличенное в краже, наказывается» условно обозначается f . F является функцией в том смысле, что с каждым событием серии x связывается событие серии $f(x)$. По существу, не имеет значения, напишем ли мы: «Всякое лицо, уличенное в краже, будет приговорено к наказанию» или «существует функция f , которая с каждым вором x связывает наказание $f(x)$ ».

достаточно осуществить регрессию исходя из двух серий эмпирических наблюдений. Если можно воспроизвести функцию, которая каждый элемент первой серии свяжет с элементами второй и если это воспроизведение осуществляется с достаточной степенью достоверности, то считается установленным, что два феномена являются коррелирующими: произведена проверка того, что два изученных феномена связаны друг с другом.

Б. Интерпретация корреляции

11. Корреляция и причинно-следственная связь. Анализ данных позволяет установить существование или отсутствие корреляции между феноменом X и феноменом Y. Тем не менее, следует понимать, что понятие корреляции существенно отличается от понятия *причинности*. Корреляция показывает, что два феномена *связаны* друг с другом. Причинность же объясняет, что один феномен *порождает* другой. Корреляция является наблюдением, выведенным из ограниченного числа отдельных случаев. Она никогда не защищена от *контр-примера*, то есть отдельного случая, для которого она не подтверждается. В этом смысле, корреляция представляет собой не более чем приблизительную оценку взаимосвязи феноменов. Причинность же является законом. Она *неизбежно* подтверждается, независимо от рассматриваемых примеров, *во всех случаях*.

Различие корреляции и причинности объясняет осторожность, с которой следует использовать «эконометрическую проверку». Факт наблюдения корреляции между феноменом X и феноменом Y не позволяет решить вопрос о том, является ли X причиной Y или, наоборот, Y является причиной X, или даже что X и Y вызваны Z, третьим феноменом, который не принимался в расчет при проведении исследования. В каждом из этих трех отношений существует корреляция между X и Y, что, тем не менее, не позволяет говорить о их причинности – вопросе, который ставится в совершенно иных, чем корреляция, условиях²⁴.

Из этого обычно делается вывод, что произведенные сбор и анализ данных не имеет бесспорного доказательственного значения, но что они предлагают в лучшем случае средство проверки того, что действительность совмещается с предварительно выдвинутой гипотезой. Но они *никогда* не достаточны для утверждения о том, что указанное предположение или гипотеза являются научно достоверными²⁵.

Тем не менее, этот весьма специфичный метод анализа используется группой *LLSV* для «*benchmarker*» законодательства и для обнаружения мнимой структурной неполноценности французской правовой традиции по отношению к традициям общего права. Кроме того, невозможно удержаться от критики способа, которым группа *LLSV* претворяет в жизнь описанный выше метод.

²⁴ Например, я мог бы выходить на балкон каждое утро в один и тот же час, определять ясность неба и считать количество птиц, полет которых я вижу. Весьма вероятно, я мог бы установить, что существует сильная корреляция между ясностью неба и количеством птиц, которых я вижу. Должен ли я выводиться из этого, что чем более ясным является небо, тем больше птиц летает или чем больше птиц летает, тем более ясное небо или просто-напросто, что существует столько-то птиц, которые летают, несмотря на погоду, но когда погода является пасмурной, я их не вижу? Корреляция, которую я могу наблюдать, не позволяет мне установить причинную связь между сделанными наблюдениями.

²⁵ Таким образом, подход, применяемый в эконометрии, состоит, прежде всего, в выдвижении гипотезы о причинной связи между феноменом X и феноменом Y: другими словами речь идет о предложении теоретического объяснения. Затем, во вторую очередь, благодаря регрессии происходит проверка того, совмещаются ли полученные данные с выдвинутой гипотезой. Если данные являются несовместимыми с гипотезой или даже если они являются совместимыми только при допущении чрезмерного расхождения, гипотеза может быть отброшена в качестве ложной. Однако, если напротив, данные являются совместимыми с гипотезой, то, тем не менее, у нас не существует доказательства того, что гипотеза является верной. Мы только доказали, что она является правдоподобной. В самом деле, верификация гипотезы по определению касается только n числа отдельных случаев. Это не устанавливает того, что предположение всегда является верным.

§ 2. Критика практики применения эконометрического метода в докладах

12. Критикуемая практика. Таким образом, подход участников группы *LLSV* заключается в исключительном использовании эконометрического метода. Данная научная команда априорно выдвигает теорию интерпретации, образованную из предположений, подлежащих доказыванию (А), для того, чтобы впоследствии осуществить «верификацию» этих предположений путем определения «показательных» корреляций (Б). Но, на каждом из этих этапов, произведенный анализ можно подвергнуть критике.

А. Предположения, подлежащие доказыванию

13. В своих научных трудах участники группы *LLSV* стремятся обосновать два крупных предположения: предположение, которое можно назвать основным (1) и предположение, которое является вторичным в их работах, но значение которого для французских правоведов также представляет важное значение (2).

1. *Первое предположение: превосходство рынка над вмешательством государства*

14. Интерпретационный подход. Практически, исследовательская группа *LLSV* осуществляет оценку институциональных механизмов, посредством которых осуществляется регулирование экономики. При этом, входящие в нее экономисты, исходят из либерального постулата о том, что капиталистическая экономика может развиваться только при условии защищенности прав собственности (в смысле, придаваемом этому выражению экономистами). Для успеха всего предприятия, группа начинает с изложения *интерпретационного подхода*.

Согласно этому интерпретационному подходу, механизмы, избираемые законодательством, отражают баланс двух зол, равных по тяжести: с одной стороны, *риск экспроприации в частном интересе* (в форме кражи, причинения ущерба, управленческих расходов в хозяйственных обществах, иначе говоря – использования менеджерами асимметрии в информированности, которая существует между ними и участниками...) и, с другой стороны, *риск экспроприации публичной властью* (в форме налога, взятки...). Институциональное устройство, которое можно наблюдать в разных странах и которое меняется от одного законодательства к другому, заключается в поиске равновесия между этими двумя основными угрозами.

Согласно мнению участников группы *LLSV*, выбор государством *модели институционального устройства* в данной оси координат может быть проанализирован с помощью градации, включающей четыре основные институциональные структуры:

1. *Рынок.* При преобладании *рынка*, как институционального инструмента, для защиты прав частной собственности достаточно эффекта самодисциплины и саморегулирования, присущих рынку как таковому. При этой модели, посягательства на права собственности нейтрализуются самими участниками, которые договариваются о возмещении вреда. Например, жертва загрязнения заключает договор с причинителем загрязнения, по которому последний возмещает ей вред.
2. *Суд.* Права собственности защищаются посредством вмешательства беспристрастной третьей стороны, которая обладает полномочиями принудить стороны к соблюдению ее решений. Например, жертва загрязнения обращается к судье, который возлагает на причинителя загрязнения обязанность возместить вред.
3. *Регулирование*²⁶. Права собственности защищаются посредством вмешательства государства, его администрации, в форме регламентации, контроля и разрешения. Например, существует регулирование, которое ограничивает виды деятельности

²⁶ Обратим внимание на то, что слово регулирование берется в американском значении. В этом случае оно является синонимом административной регламентации.

способные вызвать загрязнение. В зависимости от степени вмешательства государства в экономику, лицо, осуществляющее деятельность способную вызвать загрязнение, должно получить предварительное административное разрешение, которое подтверждает, что оно не причинит загрязнения.

4. *Государственная собственность*. Если частная собственность больше не позволяет производить богатства в нормальных рыночных условиях, провозглашается государственная собственность.

Выбор между четырьмя фундаментальными моделями институционального устройства зависит от характеристик каждого общества. Согласно мнению экономистов группы *LLSV*, в идеале должен преобладать «рынок», поскольку именно он наилучшим образом защищает свободу участников гражданского оборота против «диктатуры» государства. Тем не менее, возможно, что рынок будет неспособен в этом случае предоставить достаточную защиту против диктатуры частных лиц. Другими словами, рынок будет не в состоянии спонтанно нейтрализовывать посягательства на права собственности со стороны его отдельных участников. В этом случае, следует перейти к модели судебного обеспечения прав собственности. Но, в свою очередь, судья может иногда оказаться бессильным против угроз «частной диктатуры». В этом случае, следует перейти к режиму регулирования и так далее.

15. Интерпретация подхода. Рекуррентная идея группы *LLSV* заключается в том, что институциональное устройство современных экономик построено на необходимости существенного (государственного) *регулирования* и это – во вред другим институциональным механизмам, менее посягающим на индивидуальную свободу и собственность, каковыми является суд или, еще лучше, рынок. С этой точки зрения группа *LLSV* участвует в обновлении либеральной идеологии, хотя ее демарш и опирается на довольно старую идею, осуждающую вмешательство государства в экономику.

В высшей степени либеральное предположение, которое при помощи эконометрии пытается доказать группа *LLSV*, состоит в том, что вмешательство государства является менее эффективным, чем вмешательство судьи или рынка. Якобы существует структурная неполноценность этой формы институционального устройства. Согласно этой гипотезе чрезмерное использование государственного регулирования затормаживает экономическое развитие. Поэтому, лейтмотив всех трудов этой группы заключается в том, что следует ограничить область государственного регулирования, то есть уменьшить сферу вмешательства государственной власти.

В этой дискуссии, группа *LLSV* позиционирует себя в качестве альтернативы двум более ранним школам экономической мысли, объясняющим функционирование государства.

Первая, отброшенная ими теория, представляет вмешательство государства в экономику в качестве средства нейтрализации изъянов рынка. Здесь, именно наблюдение за неэффективной экономикой, вызванной неуправляемым функционированием рынка, якобы, приводит к вмешательству государства: такое вмешательство призвано устранить недостатки рынка. Эта теория, известная под названием, «общественной экономики» или *welfare economics* имеет в качестве глашатая английского экономиста Артура Пигу, который первым систематизировал существующие здесь взгляды в период между двумя мировыми войнами²⁷.

Вторая, отклоненная *LLSV* экономическая доктрина, видит в участии государства средство, с помощью которого заинтересованные лица защищаются от издержек конкуренции. Идея состоит в том, что утверждение, согласно которому государство принимает участие в общественной жизни во всеобщих интересах, является мифом. Деятельность государства в действительности, якобы, выступает результатом игры различных лобби, групп влияния и интересов. В частности, государственное регулирование в экономической сфере, как будто, представляет собой средство защиты для уже «закрепившихся» на рынке участников от появления новых конкурентов. Оно обеспечивает также создание привилегий, связанных со служебным положением. Появившись в

²⁷ A. Pigou, *The economics of welfare*, 4 ed., Londres, 1932.

шестидесятые годы из-под пера экономиста Д. Стиглера²⁸ и юриста Р. Познера²⁹, данная школа в дальнейшем присоединилась к направлению, названному «общественный выбор» (*Public choice*).

Исследовательская группа *LLSV* отбрасывает эти две теории как несостоятельные и предлагает третью. Для нее – участие государства продиктовано не интересами уже представленных на рынке предприятий, но собственным интересом представителей публичной власти. Последние, которые по определению контролируют государственный аппарат и используют свои полномочия для создания привилегий, связанных со служебным положением. В рамках данной модели могут наблюдаться несколько стратегий поведения государства и участников хозяйственного оборота. Первая, доступная для наблюдения, стратегия направлена на привлечение клиентов. Так, налагая на новых участников рынка законодательные ограничения, представители государственной власти оказывают услугу своим клиентам в обмен на услугу, которую последние окажут им, например, проголосовав за них и, таким образом, сохранив за ними их полномочия и привилегии. Другая наблюдаемая стратегия заключается в распространении коррупции. Здесь цель – умножить законные препятствия для деятельности предприятий так, чтобы подтолкнуть участников к даче взяток для их преодоления. В этой схеме *административное разрешение* – как акт государственного дозволения – является самым простым и эффективным средством для организации массового взяточничества в государственных масштабах. Ученые, входящие в группу *LLSV*, довольно цинично утверждают, что именно это является подлинной причиной введения системы административных разрешений на самых различных уровнях во многих национальных экономиках.

Основная идея, проводимая во всех работах членов группы *LLSV*, состоит, таким образом, в доказывании того, что вмешательство государства в экономику на современном этапе развития общества является чрезмерным и пагубным. Именно эта проблематика серьезно разрабатывалась в различных статьях, выступивших основой для подготовки докладов *Doing Business*. В целом, все эти работы стремятся убедить общество в том, что государственное регулирование не приносит ожидаемых от него благоприятных результатов³⁰. Соответственно те же доклады утверждают наличие якобы сильной корреляции между государственным вмешательством в экономику и большими привилегиями, связанными со служебным положением, или, к примеру, высокой степенью коррупции. По мнению авторов данных докладов, существование таких корреляций вполне обосновывают предложенный анализ.

Осуждение структурной, внутренней неэффективности участия государства в экономике образует главную часть размышлений, ведомых группой *LLSV*. Параллельно группой разрабатывается также второе предложение, направленное на сравнение системы *common law* и других мировых правовых систем. Итоги такого сравнения, принимая во внимание общую риторику работ данных авторов, вполне ожидаемы: они утверждают неоспоримое превосходство правовых систем общего права над континентальной, романо-германской правовой традицией, включая правовую систему Франции, которая, по их мнению, выступает самым настоящим препятствием для экономического развития.

2. Второе предположение: неполноценность правовых систем, происходящих от французского права по сравнению с системами common law

16. Французское право и этатизм. Вкратце, предположение, выдвинутое группой *LLSV* по этому вопросу, заключается в том, что романская правовая традиция

²⁸ G. Stigler, «The theory of economic regulation», *Bell Journal of Economic and Management Science*, n. 2(1), 1971, p. 3.

²⁹ R. Posner, «Theories of economic regulation», *Bell Journal of Economics*, n. 5, 1974, p. 335.

³⁰ Такое отсутствие корреляции должно было бы послужить отказу от выводов, сделанных на основе анализа Пигу, поскольку они не подтверждаются на практике.

характеризуется более сильным вмешательством государства во все сферы общественной жизни, включая экономику, по сравнению с тем, что можно наблюдать в системах *common law*. Принимая во внимание предшествующий анализ «эффективности» участия государства в экономике, сделанный группой, не трудно догадаться, что французская правовая система, основанная на традициях писанного права с развитыми цивилистическими традициями, структурно является менее эффективной, чем система *common law*, с преобладающей ролью суда и судебной практики. Роль, отводимая *правовому регулированию* во французской правовой системе, выступает, таким образом, препятствием для ее развития.

Согласно научным взглядам членов группы *LLSV*, данная неполноценность французского права в современных условиях тем более вредна, учитывая широкое распространение традиций данной правовой семьи. Гипотеза, развиваемая группой *LLSV*, состоит в том, что во время периода интеллектуального и военного доминирования две великие европейские нации – Англия и Франция – широко экспортировали свои правовые системы. Другими словами, они передали подчиненным народам свое институциональное устройство для того, чтобы оно соответствовало их собственной политической и экономической среде. Экспортируя свое право, они нередко вменяли своим колониям такое институциональное устройство, которое не имело никакого отношения к реальным условиям, в которых проживали подчиненные народы. В результате такой правовой экспансии подчиненные народы унаследовали неприспособленные правовые системы, мешающие их экономическому развитию после обретения независимости в результате деколонизации. Эта «досадная» помеха еще более существенна в отношении стран, подверженных французскому влиянию, поскольку французская правовая система, по месту отводимому в ней государству, структурно ущербна.

В этом отношении для обоснования своих предположений группа *LLSV* вновь опирается на аргументы эконометрического характера. Опубликованные доклады *Doing Business* указывают на якобы сильную корреляцию между принадлежностью к определенной правовой семье и развитием экономики (применительно к традициям *common law*) или, напротив, отсутствием такого развития (применительно к романской правовой традиции).

Б. Верификация предположений

1. Слабость гипотез

17. Пристрастность утверждаемого предположения. В эконометрическом методе *свойства* выдвигаемого предположения играют фундаментальную роль. В самом деле, опыт показывает, что можно констатировать наличие сильной корреляции между феноменами, которые, в действительности, никак не связаны между собой. Например, можно вполне остроумно доказать, что существует корреляция между принадлежностью к французской правовой традиции и хорошим результатом на чемпионате мира по футболу. Равным образом, возможно существует корреляция между большим количеством профессиональных игроков и плохими результатами на том же чемпионате³¹.

Формирование математических регрессий будет уместным только тогда, когда они опираются на гипотезу, которая представляет наибольшее правдоподобие. Ни в коем случае существование сильной корреляции не способно восполнить недостатки *первичного* обоснования гипотезы. Однако в случае с работами группы *LLSV* самое малое, что можно отметить, это то, что выдвигаемая в них гипотеза, обосновать которую пытаются их авторы, не избавлена ни от критики, ни от пристрастности. Особенно это бросается в глаза в отношении так называемой «неполноценности» французского права.

³¹ M. West, Legal determinants of world cup success, John M. Olin Center for Law & Economics (University of Michigan), Paper n. 02-009.

18. Отгадка в истории? В своей статье *Legal origins*³² участники *LLSV* развивают свое предположение, объясняющее неполноценность французского права. Для них, по сравнению со странами общего права, страны романской правовой семьи характеризуются высокой степенью *зарегулированности* общественных отношений, менее обеспеченной защитой права собственности, более высоким уровнем коррупции, менее эффективными политическими институтами и более слабыми политическими свободами.

Этой структурной неполноценностью французское право, якобы, обязано своим неотъемлемым качествам³³. Для участников группы *LLSV* романская правовая традиция характеризуется опорой на профессиональных судей, кодифицированное законодательство и письменную процедуру в противоположность *common law*, основанному на непрофессиональных судьях (присяжных), общих правовых принципах и устной процедуре.

В *Legal origins* ее авторы утверждают, что эта противоположность между французским и общим правом восходит к 12 веку и сохраняется до сих пор. Ее историческое объяснение, предложенное в данной статье, является довольно запутанным и, уж точно, спорным. Оно может быть синтезировано в нескольких утверждениях:

1. У Франции значительно более кровавая история, чем у Англии. Отсюда, якобы, следует, что французские феодалы были более могущественными, чем феодалы английские;
2. Французские суды были подвержены более сильному давлению местных феодалов, чем суды английские со стороны собственных феодалов. В частности, во французских условиях не смог развиваться институт суда присяжных. Из этого вытекает, что только королевские суды, ведущие свои полномочия от центральной власти, были способны избежать давления местных феодалов и, поэтому, опередили в развитии местные суды (то есть суды присяжных). С учетом интерпретационного подхода это означает, что для обеспечения одинакового уровня гражданского мира Франция была вынуждена сделать выбор в пользу институционального устройства с большей степенью государственного авторитаризма. На протяжении последующих веков французское право было отмечено постоянным стремлением короля расширить полномочия к своей исключительной выгоде.

19. Черты французского права согласно *LLSV*. Три внутренних свойства французского права, по мнению участников группы *LLSV*, являются показательными для такого положения дел.

1. Во французском праве профессиональный судья более предпочтителен, поскольку, являясь государственным служащим, он подчиняется королю (центральной власти) и разрешает подведомственные ему дела в смысле, который увеличивает только привилегии, связанные со служебным положением последнего. Это делается в ущерб качеству решения, так как профессиональный судья менее пригоден для разрешения споров, чем суд присяжных, составленный из обычных людей. Напротив, в системе *common law*, судебная система, которая объединяет независимых судей и суд присяжных, изъятый из власти суверена, творит право более соответствующее пожеланиям населения.
2. Во французском праве законодательство кодифицировано, так как это позволяет минимизировать роль судьи. Ему остается только применять положения, принятые сувереном. Последние, с очевидностью диктуются увеличением привилегий, связанных со положением суверена. В этом смысле, кодифицированное законодательство является средством контроля суверена за судьями к его собственной выгоде. Напротив, в общем праве прецеденты содержат лишь общие принципы, которые судьи могут применять, имея широкие возможности для самостоятельных решений.

³² E. Glaeser and A. Shleifer, «Legal Origins», *Quarterly Journal of Economics*, Nov. 2002.

³³ См. по этому вопросу также раздел III о преимуществах гражданского права.

3. Во французском праве судебный процесс является письменным, так как использование письменных документов в качестве основного средства доказывания выступает средством надзора суверена за судьями для того, чтобы они действовали в соответствии с его интересами. Это желание контролировать судей также объясняет широкие возможности для обжалования, вынесенных судебных актов.
4. Различия французского и общего права сформировались в 12 веке и сохраняются до сих пор.

20. Критический анализ. Применение интерпретационного подхода при оценке французского права и его истории авторами *LLSV* поставило нас в тупик. Прежде всего, потому что они обнаружили отсутствие знаний по данной вопросу!

1. Например, говоря о государственных судьях, они забывают, что Государственный Совет и Кассационный суд Франции постоянно дают многочисленные примеры своей независимости от центральной власти: вспомнить хотя бы постановление по делу *Canal*, в котором Государственный Совет отменил ордонанс Президента Франции, которым во время событий в Алжире, учреждался военный суд с исключительной компетенцией, решения которого не подлежали обжалованию³⁴; или постановление по делу *Minit foto*, названное «судебным государственным переворотом», в котором Кассационный суд разрешил судьям, рассматривающим дело по существу, признавать недействительными договоры, в которых одна из сторон явно злоупотребляет своим экономическим превосходством³⁵; или постановления, которыми Кассационный суд осудил на основании Европейской конвенции по защите прав человека и основных свобод, законы с обратной силой, применяемые в текущих процессах³⁶.

К тому же, говоря о суде присяжных, данные авторы почему-то игнорируют, что суд присяжных – это хорошо известный французской правовой системе институт, используемый по уголовным делам особой тяжести. Причем присяжные во Франции обладают даже более широкой компетенцией, чем суд присяжных в странах *common law*, поскольку они компетентны как по вопросу виновности обвиняемого, так и при назначении наказания.

Увлечись экономическим анализом правовых традиций за пределами Атлантики, участники группы *LLSV* оставляют без внимания то обстоятельство, что в США федеральные судьи также назначаются президентом. По идее, с учетом широко разрекламированного ими интерпретационного подхода, следовало бы заключить, что это сильно стимулирует их соответствовать ожиданиям президента, если, конечно, они хотят продвигаться вверх по карьерной лестнице.

2. Что касается второй объявленной черты французского права, то здесь наивность североамериканских экономистов просто поражает. Полагать, что кодификация права свидетельствует об исключительно точном характере правовых норм в противоположность *common law*, которое предусматривает только общие правила, значит, как минимум, поторопиться и не знать или делать вид, что не знаешь всего того, чем французское право обязано судебной практике за последние 200 с лишним лет своего поступательного развития. Достаточно вспомнить о статьях 1382 и последующих, статье 1134 или даже о статье 3 Гражданского кодекса Франции и огромной работе по толкованию, которую совершил над

³⁴ CE, 19 oct. 1962, Canal, Robin et Godot, Rec. Lebon, p. 552. Постановлением по делу *Canal*, Государственный Совет Франции отменил ордонанс, принятый Президентом Французской Республики, которым учреждался особый военный трибунал. Основанием для отмены данного акта Президента стало то, что процедура, предусмотренная в этом суде, и, в частности, отсутствие возможности какого-либо обжалования его решений, посягали на общие принципы уголовного права и процесса. Это решение стало причиной напряженных отношений между генералом де Голлем и Государственным Советом.

³⁵ Cass. 1 civ., 14 mai 1991, in H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 11 éd., Paris, Dalloz, 2000, n. 158, *Gazette du palais*, n. 58, p. 95.

³⁶ Cass. ass. plén., 23 janv. 2004, Bull. N. 2 ; BICC n. 594, p. 11. Заходя еще дальше, чем постановление по делу *Zielinski* Европейского суда, Кассационный суд Франции на своем пленарном заседании посчитал, что участие государства в деле не имеет значения для применения нового закона в текущих судебных процессах, но для этого должны быть соблюдены два условия: указание законодателя на его применение к текущим спорам и на настоятельные требования общего, публичного интереса.

ними Кассационный суд Франции (к этому мы еще вернемся в дальнейшем: в части III), чтобы отбросить, как поверхностные, утверждения о ничтожном значении судов и судебной практики в нашей правовой системе.

К тому же утверждение о том, что кодификация характерна французскому, праву начиная с 12 века, будет достоверным, только если примириться с погрешностью в семь веков: стоит напомнить, что первый французский кодекс датируется только 1804 годом и что прежде, речь, в лучшем случае, шла о письменном закреплении кутюмов, произведенном Карлом VII в 1453 году!

Наконец (хотя этот список можно было бы продолжать еще долго), возводить в абсолютный принцип верховенство суда присяжных, как это делают данные авторы, на том основании, что он, якобы, лучше выражает волю населения, значит разделять постулат о том, что право является ничем иным как то, чего хочет большинство или, что лучшим правом является право толпы?! Не должно ли Право, в идеале, отражать некоторые высшие истины, такие как достоинство личности или стремление к благу, которые перевешивают власть цифр? Существует ли элементарная добродетель закона? Кому не знакомы две, перекликающиеся друг с другом, правовые аксиомы: *Quid leges sine moribus? Quid mores sine legibus?* Например, во Франции законодательное закрепление в 1972 году равенства законного и внебрачного происхождения, упразднение в 1981 году смертной казни быть может и не соответствовали пожеланиям большинства. Тем не менее, это пример законодательных реформ, от которых сегодня никакое большинство не хочет отказываться.

Таким образом, во многих отношениях предположение, на котором основывается весь анализ ученых группы *LLSV*, неточен в фактическом плане и более чем спорен в плане философском. Поэтому, напрасно пытаться извлечь из него сколько-нибудь правдоподобные корреляции – обосновываемые таким путем выводы все равно останутся в высшей степени шаткими. Тем более, что предложенные корреляции также не убеждают.

2. Слабость корреляций

21. Корреляция, причинно-следственная связь и неправдоподобие. В эконометрическом методе, корреляция должна служить средством для подтверждения или опровержения выдвинутого предположения. Однако необходимо также, чтобы корреляции сами по себе представлялись уместными. Было бы слишком утомительно воспроизводить здесь каждую из корреляций, установленных группой *LLSV*. Тем не менее, не воспроизводя в деталях их аргументацию, можно привести пример который, как считается, подкрепляет высказанные предположения.

В главе *Regulation of entry* доклада *Doing Business 2004* года участники группы *LLSV* изучают действие требований, которые налагаются на учредителей предприятия, для осуществления выбора, в рамках анализируемых правовых систем, между тремя теориями государственного вмешательства (исправлять недостатки рынка, защищать существующие предприятия и получать взятки).

Чтобы оценить первую теорию (вмешательство государства исправляет недостатки рынка), они исследуют корреляцию между бременем формальностей и 6 показателями эффективности вмешательства государства. При этом в качестве показателей эффективности государственного регулирования используются следующие показатели:

1. Число сертификаций предприятий по стандарту ISO 9000 на тысячу жителей;
2. Количество органических загрязняющих веществ, сбрасываемых в воду ежедневно и в расчете на одного рабочего в 1996 году;
3. Среднее количество отравлений, произошедших в результате несчастных случаев, на миллион жителей в период с 1981 по 1994 г.;
4. Среднее количество кишечных инфекций на миллион жителей в период с 1981 по 1994 г.;
5. Значимость теневой экономики, выраженная в процентном отношении к ВПП;

6. Значимость теневой занятости, выраженная в процентном отношении к официальной занятости.

Производя регрессию, они установили, что не существует корреляции между количеством процедур, их продолжительностью или стоимостью и показателями эффективности госрегулирования. Из этого они делают вывод, что данная теория является ложной. Примечательно, что выбор показателей практически не имеет какой-либо связи с содержанием процедур, возлагаемых на учредителей предприятий. В этом виде не происходит оценки эффективности законодательства, то есть его способности к достижению поставленных целей, поскольку здесь производится простое сравнение между количественными показателями регулирования и социальными феноменами, не имеющими с первыми никакой связи. Во всяком случае, при таких условиях присутствие или отсутствие корреляции не является показательным.

Соответственно, чтобы подтвердить свою собственную гипотезу, группа устанавливает корреляцию между, с одной стороны, объемом процедур, требуемых во время создания предприятия, и степенью коррумпированности государственных органов. Она утверждает, что чем больше существует формальностей, тем более значимы показатели коррупции. С одной стороны, здесь по-прежнему данный вывод не убедителен. В самом деле, степень коррумпированности определяется исходя из результатов, полученных при опросах, проведенных различными организациями. Но все эти опросы касаются *мнения* респондентов о степени коррумпированности в их стране в целом. Они не являются исследованиями, проведенными специально для проверки влияния процедур создания предприятий на рост коррупции. Тот факт, что можно случайным образом установить корреляцию между объемом процедур и ощущением коррумпированности, не подтверждает достоверно того, что именно объем административных процедур является причиной коррупции, ни также того, что коррупция является причиной большого количества таких процедур. С другой стороны и главным образом, даже если предположить, что разрешительные процедуры являются удобным поводом для коррупции, необходимо установить: не является ли она побочным отрицательным последствием, ущербом, который, каким бы печальным он не был, незначителен по сравнению с положительными результатами этих процедур. Говорить, что любая разрешительная процедура выступает благоприятным поводом для коррупции, значит формулировать скучные банальности. Главный вопрос в другом: существует ли действительно это зло и при утвердительном ответе, достигает ли оно такой степени, что «приговаривает» саму процедуру. Следует ли прекратить вносить пожертвования для спасения Венеции от затопления на том основании, что некоторые собранные фонды были расхищены?

22. Doing Business и LLSV. В конечном счете, работы группы *LLSV* оставляют в недоумении: настолько они являются догматичными и, как не парадоксально это звучит, спорными. Безусловно, следует подчеркнуть, что доклады *Doing Business* откровенно не воспроизводят все предложения группы *LLSV*. Формально, в них нельзя найти явной пропаганды *common law* и полное уничтожение права французского, что постоянно встречается в других работах группы. Тем не менее, интерпретация доклада 2004 оставляет мало сомнений в отношении предпочтений его авторов. Что касается доклада 2005, то если в нем и можно угадывать небольшие изменения дипломатического характера, то его интеллектуальные основания остаются неизменными. По своему происхождению, методу и заключениям – доклады *Doing Business* неизгладимо отмечены конкретной идеей, которая излагается в главе 1 «*Measuring with impact*». Это вызывает два замечания.

23. Doing Business и обновление сравнительного правоведения. Доклады *Doing Business* поднимают также вопрос обновления методов сравнительного правоведения для создания из них эффективного инструмента познания правовой действительности³⁷. В

³⁷ M. Siems, What Does Not Work in Comparing Securities Laws: A Critique on La Porta et al.'s Methodology, Working paper, European University Institute, Florence, 2004; M. Siems, Numerical Comparative Law: Do we need statistical evidence in law in order to reduce complexity? Working paper, European University Institute, Florence, 2004.

частности, использование техник эконометрии может помочь юристам делать более достоверные в научном и практическом смысле заключения. Отдавая должное амбициям научного проекта группы *LLSV*, один исследователь написал: «Исследование группы *LLSV* является революционным начинанием. Обычные компаративисты отступились бы от столь амбициозного проекта или, если бы даже они занялись им, он был бы завершен изданием тома в 2000 страниц с 6000 примечаний, испещренного ссылками и различными нюансами, которые сделали бы все это нечитаемым»³⁸. Конечно, в данном случае использование эконометрии оказалось непродуктивным. Тем не менее, было бы, наверное, чрезмерным осуждать равным образом выводы, защищаемые группой *LLSV*, и используемый ею метод. Сам по себе эконометрический метод является нейтральным. Например, тот же метод мог быть использован для отстаивания тезиса о том, что культура страны имеет большее влияние на ее эволюцию, чем ее принадлежность к правовой семье, противостоя, таким образом, постулату команды *LLSV*³⁹.

Само по себе использование количественного анализа не делает заключения группы *LLSV* и, следовательно, докладов *Doing Business* малоубедительными. Это скорее происходит из-за его грубого использования, в той мере, когда он служит больше для *получения*, а не обоснования желаемого результата, а именно: слабой экономической эффективности гражданского права. По правде говоря, метод здесь выступает способом устройства шведского стола, на котором, под ложными одеяниями науки, группа *LLSV* находит только то, что было туда заранее принесено. Однако не следует смешивать неотъемлемые характеристики метода и его применение в конкретном случае. Те же самые методы могли бы дать поучительное во всех отношениях освещение правовых систем: достаточно только сопроводить их содержательным размышлением и проводить исследования с большей научной строгостью. Первый шаг мог бы быть осуществлен в сторону их совмещения с другими инструментами сравнения, на первом месте среди которых стоит исторический метод⁴⁰.

24. Doing Business и смешение жанров. Анализ докладов *Doing Business* поднимает также вопрос смешения литературных жанров. Так, как они были составлены, доклады *Doing Business* действуют в качестве механизма, служащего одному направлению научной мысли и, даже, скорее одной группе внутри этого направления. Можно, конечно, порадоваться, что такой институт как Всемирный банк содействует обсуждению различных идей. Тем не менее, можно и сожалеть о том, что покровительство Банка распространяется только на одну исследовательскую команду, известную в большей степени своими крайними позициями. Еще более опасным представляется то, что спонсируя университетскую группу, как это происходит с группой *LLSV*, банк переходит границу, которая должна существовать между научным исследованием и институциональной экспертизой. От первого ждут творческой мысли и инноваций и, поэтому, признают за ним право на свободу и субъективизм. От второй ожидают, что она поможет «власть держащим» сделать практические выводы на основе строгого анализа и объективного представления, которые подразумевает осмотрительность и плюрализм.

25. Doing Business: Код да Винчи сравнительного правоведения? Закончим это введение в метод *LLSV*, сделав небольшое сравнение. 2004 год был отмечен успехом одного романа, который ценой поспешных сравнений, рискованных гипотез и искажения истины, претендовал на обнаружение ключа от всей двухтысячелетней истории. Погружаясь в

³⁸ D. Vagts, «Comparative company law – The new wave» in Jean-Nicolas Festschrift Druey, 2002, p. 596 at 604:.

³⁹ A. Licht, C. Goldschmidt and S. Schwartz, «Culture, law and corporate governance» in *International Review of Law and Economics*.

⁴⁰ A. Musacchio, *Law, Politics and Finance in Brazil: Historical Lessons for Corporate Governance Reform in Latin America*, 2004, inedit; A. Musacchio, *Law, Politics and Finance: Creditor Rights, Contract Enforcement and the Rise and Decline of Bond Markets in Brazil, 1850-2002*, 2003 inedit; N. Lamoreaux and J.-L. Rosenthal, «Legal Regime and Contractual Flexibility: A Comparison of Business's Organizational Choices in France and the United States during the Era of Industrialization», *American Law and Economics Review*, Spring 2005 vol. 7, p. 28.

доклады *Doing Business*, нельзя удержаться от вопроса: только ли в развлекательной литературе встречается этот жанр?

Глава II. Анализ отдельных глав докладов *Doing Business*

26. Критический анализ основных глав. Изложив метод группы *LLSV* и его пределы, мы должны теперь детально ознакомиться с каждой из глав, которые составляют доклады 2004 и 2005⁴¹.

Однако, прежде, сделаем несколько общих замечаний:

- *Об общей тональности докладов:* доклад 2005 оказался во многих отношениях существенно отличным и гораздо менее критичным в отношении романской правовой традиции⁴², чем версия 2004 года. Тем не менее, доклад 2006 продолжает антицивилистическую язвительность доклада 2004: так, он не колеблется опозорить себя, поставив, например, Францию на 44 место рейтинга по условиям правового сопровождения сделок, то есть позади Ямайки, Ботсваны и островов Тонга, на основе классификации, несерьезность которой не осталась незамеченной на этот раз в экономической прессе⁴³;
- *В отношении избранного метода:* мы также представим, как можно объективнее, данные различных глав для проверки их достоверности, чтобы, в зависимости от случая, окончательно их подтвердить, опровергнуть или сделать относительными, поместив их в свой контекст.

§ 1. Анализ главы «Starting a business»: о создании предприятий

27. ООО в наиболее населенных городах... Глава 2 доклада *Doing Business* посвящена созданию хозяйственного общества.

Упрощая, данные этой главы касаются создания предприятия в форме, названной «наиболее популярной»: хозяйственного общества с ограниченной ответственностью (ООО)⁴⁴. При этом предполагается, что общества осуществляют свою деятельность «в наиболее населенных городах».

28. Искаженные, а затем исправленные данные. Доклад 2004 Всемирного банка утверждал в своей первой версии, что для создания ООО во Франции, якобы, требуется:

- прохождение 10 процедур;
- 53 дня;
- расходы в размере 3 % от дохода на одного жителя (*income per capita*);
- минимальный капитал в размере 32,1 % от дохода на одного жителя (*income per capita*).

Согласно докладу Всемирного банка, чем меньшими являются эти показатели, тем более удобно создание общества - типичное выражение, присущей ему либеральной философии.

В результате замечаний и критики, высказанной французскими юристами, в Докладе 2005 года были своевременно «исправлены» некоторые из этих искаженных данных. Так число процедур сократилось с 10 до 7, а количество дней необходимых для создания

⁴¹ Доклад 2006 появившийся совсем недавно, не был включен нами в настоящий анализ.

⁴² Поздравим себя с тем, что реакция французского научного сообщества в отношении искажения данных в докладе 2004 принесла свои плоды и принудила авторов доклада к большей научной строгости.

⁴³ См., например, статью R. Hiault в *Les Echos* озаглавленную «Polémique sur le Rapport Doing business de la Banque Mondiale»: «Какого доверия заслуживает доклад, отправивший Францию на 44 место позади Ямайки, Ботсваны и островов Тонга и даже Намибии с точки зрения возможности предприятий осуществлять свою деятельность?», также как ответ Бертрана де Марэ (упомянутого в той же статье), который, являясь координатором программы исследования экономической привлекательности права, видит в этом новом издании ни много ни мало «интеллектуальное мошенничество и неслыханную наглость».

⁴⁴ Также можно удивляться тому, что доклад 2004 не потрудился назвать виды обществ, которые рассматриваются им как отвечающие постулатам, изложенным во все том же докладе; от этого доклад бы стал более прозрачным, также бы возросла его практическая ценность. Тем не менее, после опубликования этого доклада указанная информация стала доступной на сайте Всемирного банка.

предприятия сократилось вначале с 53 до 49, а затем до 8! Расходы на оформление сократились с 3 % до 1,1 % от дохода на одного жителя (*income per capita*). Размер минимального капитала сократился с 32,1 % до 0 % от дохода на одного жителя (*income per capita*).

Тем не менее, странность этих колебаний от года к году, в отсутствии всяких значительных изменений французского права, позволяет усомниться в надежности представленных данных.

29. Формальности при образовании ООО. Формальности, требуемые французским правом, при создании ООО можно схематично представить следующим образом.

Прежде всего, должны быть составлены и подписаны учредительные документы общества (статья 223-6 Торгового кодекса Франции). При этом следует уточнить, что они могут быть изготовлены в простой письменной форме (таким образом, упоминание в докладе 2004 о необходимости их нотариального удостоверения является ошибочным)⁴⁵.

После подписания учредительных документов заинтересованным лицам следует выполнить следующие регистрационные формальности⁴⁶:

- опубликовать уведомления о создании общества в бюллетене обязательных объявлений;
- передать учредительные документы общества в канцелярию торгового суда;
- обеспечить внесение записи об ООО в реестр коммерсантов и обществ.

В результате данных действий ООО приобретает правосубъектность. За этим следует автоматическая публикация в *Официальном бюллетене гражданских и торговых объявлений*, которая, тем не менее, не отсрочивает обретение обществом правосубъектности.

30. Формальности, необоснованно преувеличенные докладом. Тем не менее, Доклад 2005 года Всемирного банка, основывает свои количественные данные на следующих, явным образом преувеличенных, формальностях⁴⁷.

1. Подтверждение наименования, создаваемого общества, в *Национальном институте промышленной собственности*, для чего, якобы, необходим один день. В комментариях, содержащихся на Интернет-сайте Всемирного банка, уточняется, что это требование является *рекомендованным (advisable)*. Действительно, возможность использования процедуры подтверждения наименования сейчас предусмотрена законодательством. Однако это требование не является императивным (как это отмечается в комментарии Всемирного банка). Зачем тогда представлять эту формальность как обязательную процедуру? И, уж точно, эта процедура, которая может осуществляться параллельно выполнению других формальностей, не требует «одного дня»;
2. Внесение денежных средств в депозит в счет оплаты уставного капитала и получение сертификата депозитария. Это действительно является требованием статей L. 223-7 абзаца 4 Торгового кодекса Франции и 22 абзаца 1 Декрета от 23 марта 1967 года. Это внесение должно предшествовать подписанию учредительных документов. Для выполнения этого действия доклад Всемирного банка опять выделяет один день. Тем не менее, можно спокойно выполнить это требование одновременно с другими.
3. Публикация уведомления о создании общества в бюллетене обязательных объявлений. Это действительно является обязательным условием, которое однако не требует дожидаться реального опубликования данного уведомления, поскольку будет достаточно предоставить копию заявления об опубликовании в бюллетене.

⁴⁵ К учредительным документам прилагается опись сделок, совершенных от имени общества, находящегося в процессе формирования с указанием, в отношении каждой из них, обязательства, которое из нее вытекает для общества. Подписание учредительных документов влечет принятие обязательств обществом после его регистрации (абзац 2 статьи 26 Декрета от 23 марта 1967 года).

⁴⁶ См., например, Ph Merle, *Sociétés commerciales*, 10 éd., Paris, Dalloz, 2005, n. 182 et 183, A. Couret et alli., *Mémento sociétés commerciales*, Paris, Ed. F. Lefebvre, 2005, n. 5142.

⁴⁷ Что вытекает из методологии, изложенной на сайте Всемирного банка.

4. Регистрация учредительных документов налоговым органом. Это упоминание доклада может заставить врасплох практиков. *Центр по учету предприятий* налоговой службы довольствуется «двумя оригиналами учредительных документов, содержащих дату и подписанных участниками». Осуществление такой налоговой регистрации никоим образом не влияет на приобретение обществом правосубъектности. Поэтому, учет одного дня на выполнение этой «процедуры» лишен смысла.
5. Передача «единого пакета документов» в *Центр по учету предприятий*, который после формального контроля заявлений, обязан направить в каждый заинтересованный орган заявление о создании общества. Таким образом, *Реестр коммерсантов и обществ* после обращения к нему *Центра по учету предприятий* обязан выдать выписку по форме *K-Bis*, подтверждающую регистрацию общества. Для выполнения этой формальности необходимо четыре дня: регистрация в собственном смысле слова занимает целый день, который прибавляется к трем дням, необходимых для работы с документами *Центра по учету предприятий*. Это подтверждает достоверность четырехдневного срока, содержащегося в версии 2005 года доклада *Doing Business*.
6. Составление реестров и списков акционеров. Это требование не относится к ООО, а только к акционерным обществам, которые здесь не учитываются.
7. Наконец, уведомление почтового отделения. Эта процедура упрощена с момента принятия закона от 1 августа 2003 года и осуществляется путем передачи в канцелярию торгового суда, вместе со сведениями о регистрации, расписки, позволяющей осуществить необходимые действия. Следовательно, здесь также не требуется каких-либо дополнительных временных затрат.

31. Критическая оценка. Таким образом, эти количественные данные требуют большой осторожности при их использовании и заслуживают некоторых дополнительных комментариев.

1. Доклад 2005 года подчеркивает преимущества Закона Франции от 1 августа 2003 года, направленного на поощрение экономической инициативы. Сокращая уставный капитал до одного евро, он позволяет оживить процесс создания обществ с учетом того, что раньше для этого требовалось 50000 франков, а затем 7500 евро. При чтении доклада, иногда складывается впечатление, что его авторы стояли у истоков этой реформы, хотя, разумеется, это совершенно не так⁴⁸.

2. Еще раз об уставном капитале. Поскольку минимальный уставный капитал стал во Франции символическим (1 евро), то не поддается пониманию достоверность количественного показателя, предложенного Всемирным банком. Капитал в один евро представляет самую ничтожную часть «*income per capita*». В целом, можно лишь сожалеть о безапелляционном утверждении авторов доклада о том, что уставный капитал должен, якобы, составлять небольшую сумму. Такое заключение не принимает в расчет рисков, связанных с осуществлением обществом обычной хозяйственной деятельности. Например, в отсутствие достаточного капитала именно руководитель общества или его мажоритарный участник будут вынуждены принять на себя поручительство для получения обществом кредита, не говоря уже о необходимости наличия собственных средств как гарантии платежеспособности общества. Также авторами доклада игнорируются дополнительные риски предъявления исков об ответственности против руководителей общества с недостаточной капитализацией. Упрощение процедур учреждения общества за счет уменьшения издержек – это одно, а способность общества, учрежденного подобным образом, отвечать ожиданиям его основателя и кредиторов – это совсем другое.

3. Доклад Всемирного банка также обходит молчанием возможности, которыми обладают в соответствии с французским правом общества, находящиеся в процессе создания

⁴⁸ Ни обоснование соответствующего закона, ни документы, подготовленные для его обсуждения во французском парламенте, не делают на это ни малейшего намека.

(то есть еще не обладающие правосубъектностью). В частности, они могут совершать все виды сделок с применением в последующем процедуры подтверждения сделок, заключенных в период создания⁴⁹. Это позволяет обществу осуществлять хозяйственную деятельность с первого дня принятия решения учредителями о его учреждении, а эти сделки с обратной силой – считать сделками общества с момента приобретения им безусловной правосубъектности. Подобная способность для французских обществ осуществлять деятельность в период формирования делает весьма относительной значимость ее возможных сроков. Общество не парализовано на период его создания до приобретения им правосубъектности. Таким образом, наличие срока между началом процедур по созданию общества и его окончательной регистрацией не является синонимом невозможности для него действовать в гражданском обороте.

4. Полагаем, что Доклад только бы выиграл, если бы принял во внимание возможность использования Интернета для выполнения формальностей, необходимых для регистрации общества во Франции. Доклад 2005 года отмечает существование во Франции Интернет-процедуры регистрации хозяйственного общества, но в этом случае остается непонятным, почему эта возможность не была использована Всемирным банком в качестве критерия оценки. Доклад мог бы с безусловной выгодой для своего содержания принять во внимание возможность подачи заявлений о регистрации, а также - направления актов и иных документов в *Реестр коммерсантов и обществ* электронным путем (статья 1.1 измененного Декрета № 84-406 от 30 мая 1984 года), что дает выигрыш во времени и сокращает издержки при учреждении обществ.

5. Доклад пренебрегает другими передовыми достижениями французского права, связанными с созданием предприятия, такими как предоставленная предпринимателю возможность осуществлять свою деятельность по месту жительства, на дому, или запрет работодателю на время создания предприятия противопоставлять работнику условие трудового договора о недопустимости заключения договора с иными контрагентами⁵⁰.

В целом, можно задаться вопросом: не кроется ли причина увеличения количества создаваемых во Франции обществ в финансовой поддержке государства, которое предоставляет беспроцентные ссуды для учредителей предприятий, попавших в затруднительное положение, или – в некоторых иных мерах, предусмотренных законом от 1 августа 2003 года. Также можно рассмотреть вопрос о том, не могут ли новые меры по финансированию экономического «возрождения», предусмотренные законом от 26 июля 2005 года о доверии и модернизации экономики, также действовать в этом направлении – еще один аспект, обойденный молчанием в докладе.

6. Данная глава доклада заслуживает расширения предмета своего анализа для обеспечения большей достоверности ее выводов и цифр (например, не ясно как была получена цифра увеличения количества обществ?). Было бы целесообразным, чтобы в рамках исследования принимались во внимание некоторые смежные элементы (риск неплатежеспособности предприятия, государственная помощь в создании предприятий, возможности по осуществлению деятельности в период создания общества).

Можно также удивляться тому, что доклад Всемирного банка не обращает внимание на то, что источником французского права в области ООО (и других видов хозяйственных обществ) выступает право Европейского Сообщества. В самом деле, первая Директива Совета ЕС от 9 марта 1968 года (европейская директива № 68/151/СЕЕ) вменяла государствам Сообщества различные обязанности в этой сфере. В частности, в статье 10 она предусматривает обязательность предварительного административного и судебного контроля при создании хозяйственных обществ (кроме случая, когда учредительные документы составлены в нотариальной форме). Этот предварительный контроль, требуемый

⁴⁹ Статья L. 210-6 Торгового кодекса. Дополнительно: Ripert et Roblot, *Traité de droit commercial*, t. I, vol. 2, 18 éd. Paris, LGDJ, 2002, M. Germain, spéc. n. 1057 et s.

⁵⁰ Ср. Закон об экономической инициативе от 1 августа 2003 года и Закон о малых и средних предприятиях августа 2005 года.

европейским правом, требует дополнительных сроков при учреждении ООО во Франции. Методика создания хозяйственных обществ в государствах-членах Европейского Союза с необходимостью является схожей, так как она должна соответствовать этой европейской директиве. Таким образом, результаты, и, следовательно, рейтинг 25 государств ЕС не должны бы сильно отличаться. Причем это происходит на основе согласования воли данных государств, независимо от действия какого-либо кодекса или правовой системы «французской традиции».

7. В Докладе Всемирного банка Австралия представлена как государство, в котором быстрота создания общества является образцовой. Безусловно, интересным является упоминание доклада о том, что в этой стране при осуществлении регистрации не существует какого-либо контроля. В самом деле, оригинально, со стороны авторов доклада, оценивать только продолжительность срока, не имея ни малейшей идеи о том, что лежит в его основе (проверка по существу, формальная проверка или отсутствие проверки). На наш взгляд, более предпочтительно уделить необходимое время для осуществления предварительных проверок, чем впоследствии терять свое время, силы и средства при организации регулирования де-факто и в различных спорах.

8. Равным образом достойно сожаления то, что доклад не упоминает о случаях недействительности создания обществ. В действительности, «создание» общества за один день с немедленным приданием ему полной правосубъектности, без учета последующих рисков по пересмотру решения о регистрации, является поверхностным решением. Недействительность создания общества представляет риск (а, следовательно, влечет дополнительные расходы) для его кредиторов-третьих лиц, акционеров и руководителей. В этом отношении необходимо констатировать, что предварительный контроль, осуществляемый во Франции, вкупе с сильно ограниченными основаниями для признания регистрации общества недействительной, означают, что эта страна⁵¹ предоставляет неоспоримые правовые гарантии (учредителям общества и кредиторам-третьим лицам) - преимущество, к несчастью, обойденное молчанием в докладе. Такая юридическая безопасность позволяет в итоге сэкономить средства (не нужны резервные фонды для покрытия возможных затрат, расходы на случай тяжб и т.д.), которые доклад – в своем стремлении к экономическому анализу – кажется, не должен был упускать из виду.

32. «Десятка ведущих реформаторов» без проведения реформ! Таким образом, глава 2 Доклада по вопросу создания предприятия, содержит удручающее количество неточностей, когда речь заходит о количестве процедур, сроках или расходах, необходимых для создания предприятия (одной из наиболее значительных из них, в силу ее ложности и недоброжелательности, является роль, приписываемая нотариусам, рассматриваемых как «бесполезное бремя»).

Корректируя стрельбу, Доклад 2005 года поместил Францию на наилучшую позицию среди стран, осуществляющих реформы в области создания обществ («десятка ведущих реформаторов»). Это произошло в связи с принятием закона *Дютрея* от 1 августа 2003 года, который единолично, якобы, способствовал созданию 14 000 новых предприятий, то есть повышению деловой активности на 18% по отношению к 2002 году⁵².

Однако можно усомниться, что только этот закон, который в действительности позволил создавать общество с капиталом, сокращенным до 1 евро, вызвал за один год, и даже меньше, такое количество инициативных предложений со стороны предпринимателей.

Положительные результаты, приписанные ему докладом, являются скорее следствием процессов, которые происходят на протяжении уже нескольких лет и направлены на упрощение процедур создания хозяйственного общества. Таким образом, наивысшее место,

⁵¹ Ср. Ripert et Roblot, указ. соч., М. Germain, spéc. n. 1072.

⁵² Ср. статистику INSEE (Национального института экономической статистики): повышение на 8,75 % количества предприятий, созданных между 2002 и 2003 годом, и на 7,2 % с сентября 2003 по сентябрь 2004. Следует, безусловно, видеть в цифре, предложенной в Докладе 2005 года, «позитивное» влияние запоздалой коррекции искаженных данных, собранных и прокомментированных в Докладе 2004 года.

отведенное авторами Доклада Франции, является следствием запоздалой и скрытой коррекции изначально искаженных данных.

33. Выводы. Мы закончим этот параграф двумя наблюдениями.

Совсем недавно по инициативе канцелярии торгового суда Парижа вышло новое издание «Справочника о требованиях законов при регистрации предпринимателей в 36 странах мира» (существует также его полный перевод на английский язык)⁵³. В нем подробно изучаются принципы регистрации, требуемые обязательства, расходы, учредительные документы и т.д. При этом «оказывается», что во Франции срок регистрации составляет один полный день, то есть самый короткий срок в Европе и это – несмотря на тщательный контроль документов, который является залогом юридической безопасности. В нем также отмечается, что из 36 изученных стран, во Франции самый низкий регистрационный сбор - 59 евро (против, к примеру, 350 евро в Австралии).

Далее, следует иметь в виду, что образование общества не является самоцелью: общество создается для ведения хозяйственной деятельности. Следовательно, представляется странным подход, который состоит в оценке правовых условий создания общества без исследования их способности в дальнейшем гарантировать нормальное функционирование такого общества в гражданском обороте. Сроки и стоимость создания хозяйственного общества, как сроки и стоимость создания любого правового продукта, не должны оцениваться сами по себе, но с учетом юридической безопасности, которую они могут обеспечить. Страны, где получение водительского удостоверения является наиболее быстрым и наименее затратным, не являются с необходимостью странами, где наилучшим образом обеспечивается безопасность на дорогах! Можно обоснованно предпочесть разумную политику профилактики политике санкций – к этому выводу мы еще вернемся ниже.

§ 2. Анализ главы «Hiring and Firing workers»: о трудовом праве

34. Представление главы 3. Глава 3 Доклада 2005 года должна бы дать всем странам мира ключ к успеху в сфере трудового права. Она восхваляет достоинства гибкости и порицает пагубные последствия законодательства слишком строгого или ведущего к чрезмерному вмешательству государства в сферу занятости.

В частности, в ней предлагаются большее использование договоров на определенный срок, внедрение особого вознаграждения для начинающих работников, усиление гибкости в регулировании рабочего времени, реформирование института увольнения по желанию администрации.

В качестве примера в данной главе приводятся успехи американской экономики, о которой известно, что ей действительно характерен особенно низкий процент безработных.

Последующие Доклады доходят до того, что рассчитывают повышение в процентном отношении уровня занятости в Испании при условии, что эта страна скопирует трудовое законодательство США: 2,3 % в докладе 2004 года, цифра, которая будет пересмотрена в сторону увеличения (6,2 %) в докладе 2005 года.

Однако вопрос об эффективности трудового права является одним из наиболее сложных: для юриста или экономиста представляется чрезвычайно трудным полный отказ при таком анализе от своих политических взглядов. Этот вопрос является в высшей степени политическим, наверное, одним из самых дискуссионных, возможно потому, что французское трудовое право исторически сформировалось в оппозиции либеральному и индивидуалистическому подходу права гражданского и потому что его философия, по меньшей мере, находится в стороне от философии авторов Докладов.

Итак, Доклад *Doing Business 2005* Всемирного банка в этой области состоит из трех частей: прием на работу (1), развитие трудовых отношений (2) и прекращение трудового

⁵³ Le guide des formalités légales aux Registres du commerce de 36 pays à travers le monde sur www.greffe-tc-paris.fr.

договора (3), имеющих ясно обозначенную цель: побудить к реформированию французского законодательства в сторону придания ему большей гибкости⁵⁴.

1. О приеме на работу

35. Относительно приема на работу, главные идеи Доклада 2004 года выстраиваются вокруг основного вопроса: *introducing part-time and fixed-term employment contracts*, то есть, вводить ли договоры с неполным рабочим временем и срочные трудовые договоры. В Докладе 2005 года разрабатывается другая идея: минимальная заработная плата, как будто, является слишком высокой, что является препятствием (дополнительным) к приему на работу, особенно молодежи. Затем четко формулируется заключение Доклада по этой проблематике: *increase the length and scope of term contracts*, то есть повысить срок и сферу применения срочных трудовых договоров.

В 2005 году появляется новое уточнение, отсутствующее в докладе 2004 года, которое, тем не менее, является фундаментальным: *«if they are not accompanied by reforms of regular contracts, term contracts could contribute to the development of a dual labor market»*. Договоры на определенный срок, охарактеризованные как действенное средство сокращения большей части безработицы, прежде всего, в отношении молодежи и женщин, отходят здесь на второй план. Авторы Доклада 2005 года постарались внести нюанс в свое первоначальное заключение, уточнив, что если распространение этих договоров не будет сопровождаться реформой трудовых договоров, заключенных на неопределенный срок, это, якобы, приведет к возникновению двухуровневого режима. Таким образом, в 2005 году договоры, предусматривающие неполную занятость и срочные трудовые договоры представлены на этот раз только как вспомогательное средство снятия бремени безработицы с национальных экономик, использование которого должно быть ограниченным.

После краткого представления договоров, продвигаемых Докладом, мы произведем их общее сравнение применительно к действующему во Франции правовому регулированию в данной области, чтобы доказать, что французское право не является чрезвычайно жестким, как это утверждается в Докладе, а, напротив, предоставляет богатые возможности для выбора модели регулирования.

36. Срочные договоры. В Докладе 2005 года уточняется, что нежелательно ограничивать их применение ни отдельными областями экономики, ни по сроку. Франция была, как раз, названа среди отрицательных примеров, поскольку ее законодательство допускает использование данного типа договоров только в некоторых случаях: *«many countries impose excessive limitations... write term contracts only for specific tasks»*.

В настоящее время французское законодательство предусматривает три основных случая использования срочного договора, а именно:

1. При замещении работника в случае отсутствия, временного прекращения трудового договора, окончательного увольнения в ожидании упразднения должности или нового набора сотрудников на договор с неопределенным сроком;
2. При временном расширении деятельности предприятия;
3. Если занятость носит сезонный характер или такой тип договора является общепринятым в данной сфере.

Договор может быть заключен на максимальный срок в восемнадцать месяцев и возобновляется только один раз (таким образом, это вовсе не «год», заклеянный докладом). К тому же, даже если случаи его использования во Франции ограничены, они, тем не менее, полностью задают авторам доклада, позволяя адаптировать общую сумму заработной платы к процессу производства на конкретном предприятии.

37. Неполная занятость. Здесь доклад снова указывает на необходимость ее широкого развития и осуждает французскую модель, которая, как будто, лишает неполнозанятых лиц

⁵⁴ Дальнейшие заключения являются результатом работы студентов Магистратуры университета Париж II, которые были опубликованы в Журнале хозяйственного права Университета Париж II в 2005 году.

преимуществ, предоставляемых полным рабочим днем («*exempt part-time employment from carrying the mandatory benefits of full-time workers*»).

Следует отметить, что во Франции получили развитие две различные категории договоров с неполной занятостью: работа на неполное время в неделю (то есть, менее 35 часов) и работа на неполное время в год (сезонная). Эти договоры пользуются определенным практическим успехом. Что касается их правового режима, необходимо уточнить, что в противоположность утверждениям Доклада, французский законодатель приложил все усилия для того, чтобы гарантировать равенство прав полно- и неполнозанятых работников. В частности, договор должен предусматривать четкое распределение времени работы, устанавливая время на отдых, работа в течение дня не должна прерываться свыше одного раза (максимум на один час). На соответствующих работников распространяются, как и на полностью занятых лиц, теми же коллективные соглашения со всеми гарантиями, а вознаграждение их труда является пропорциональным.

Напомним также, что с 1993 года во Франции существует возможность создания временных трудовых коллективов, позволяющая нескольким предприятиям распределять между собой работников в зависимости от своих потребностей в конкретный момент времени. Сложно не заметить в этом определенную гибкость регулирования, учитывающего как нужды работника, так и потребности работодателя.

В целом, следует подчеркнуть, что именно во французском праве серьезное развитие получили такие современные институты трудового права как временная работа, а также совмещение работы с обучением. В последнем случае вознаграждение работника соответствует определенному проценту от минимальной заработной платы и, поэтому, последняя не может считаться препятствием для приема на работу (работодатель к тому же оказывается ответственным за обучение, однако взамен освобождается от взносов по социальному страхованию).

38. Специфика французской философии по вопросу занятости. В настоящее время срочные договоры, как и неполная занятость нередко являются синонимами шаткости и сложностей с трудовой интеграцией. Первые стали *quasi* обязательным переходным механизмом для молодежи, ищущей работу – своего рода «супериспытательным» сроком. Вторая форма касалась 6 % экономически активного населения в 1972 году, в настоящий момент она затрагивает более 17 % трудоспособного населения. Эти цифры (далекие от того, чтобы являться показателем успеха, как об этом говорится в докладе) воспринимаются во Франции в качестве иллюстрации усугубления шаткости положения определенной группы трудоспособного населения. Чем они выше, тем сильнее представляется установление двухуровневого режима. Согласно опросу, проведенному *INSEE*⁵⁵ в 1999 году, 40 % работников с неполной занятостью рассматривают себя в качестве «нуждающихся в работе на полное время». Зная, что во Франции множество социальных преимуществ и гарантий зависят от стажа работы на предприятии, срочные трудовые договоры и договоры, предусматривающие неполную занятость, с необходимостью получают отрицательное восприятие в обществе. Так, многие авторы, по примеру Антуана Мазео, поддерживают тезис о том, что целью Франции является не «легализация перехода на временную работу под прикрытием обеспечения гибкости регулирования, но ее ограничение определенными областями». Конечно, эти виды трудовых договоров позволяют существовать и поддерживают интеграцию трудоспособного населения в профессиональную жизнь, однако остается также риск перманентной нестабильности для занятых таким образом работников.

39. Желание реформ. Доклад 2005 года уточняет, что нельзя ограничиваться спекуляциями с введением срочных договоров или договоров с неполной занятостью, не реформируя параллельно режима обычных трудовых договоров. Выявив в последнее время существенный рост данных по временной занятости, французский законодатель предлагает сегодня самые широкие реформы для того, чтобы помешать установлению двойного режима занятости с различными социальными гарантиями.

⁵⁵ Национальный институт экономической статистики (прим. пер.).

В докладе, названном *Камдеус*⁵⁶, представленном 19 октября 2004 года в Министерстве экономики, его авторы предложили ряд действий, направленных на дальнейшее развитие реформ. Рабочая группа, составленная из бывшего генерального директора МВФ, представителей профсоюзов, руководителей предприятий и ученых-экономистов, исходила из того же положения, что и доклад Всемирного банка, а именно – очень низкого показателя занятости молодежи и пожилых людей. Тем не менее, доклад данной группы указывал на провал ограниченных мер, таких как развитие срочных договоров или договоров с неполной занятостью. Из этого доклада вытекали два основных предложения: 1) разрешение неограниченного совмещения работы и пенсии, что полностью отвечает пожеланиям Всемирного банка по вопросу занятости «пожилых людей» и 2) замена срочных договоров и договоров на неопределенный срок единым трудовым договором на неопределенный срок. Таким образом, цель реформирования состоит в преодолении экономического дуализма, вызванного параллельным существованием двух неравнозначных трудовых режимов. Наконец, группа *Камдеус*, указывая на непрерывный рост цен, вызванный регулярным повышением минимального размера оплаты труда, призвала остановить такое повышение. Однако, в отличие от доклада *Doing Business*, эксперты данной группы предлагают компенсировать «замораживание» МРОТ прогрессивным перерасчетом трудовых премий. Таким образом, понижение затрат работодателя на заработную плату не должно повлечь понижение покупательной способности работников⁵⁷. Этот доклад, получивший одобрение как объединений предпринимателей, так и профсоюзов, проиллюстрировал возможность совмещения часто противоположных идеалов, одновременно подтверждая необходимость проведения реформ в данной сфере.

40. Контрактуализация занятости: ДНН или ДПН? Выводы докладов *Doing Business*, согласно которым французское трудовое право является, якобы, слишком жестким, сегодня оправдывается в меньшей степени в силу недавних реформ, получивших широкое освещение (не говоря уже о возможности смягчения в ближайшем будущем знаменитого режима «35 часов» работы в неделю).

Прежде всего, закон № 2004-391 от 4 мая 2004 года о повышении квалификации на протяжении всей жизни и о социальном диалоге, показывает глубокое убеждение правительства Франции в пользу «контрактуализации трудового права»⁵⁸, свидетельствуя об определенной реакции на предложения, сформулированные Комиссией под председательством Мишеля де Вирвиля. Обоснование законопроекта «о социальном диалоге», подтверждает, что французское правительство отныне «принимает торжественное обязательство направлять на межпрофессиональное обсуждение на национальном уровне всякую законодательную реформу в области трудового права».

Следует напомнить также о проведении на основании Ордонанса № 2005-893 от 2 августа 2005 года спорной реформы, вводящей так называемый «договор о новом найме» (ДНН), который направлен на придание большей гибкости рынку труда. Этот новый договор на неопределенный срок отвечает 5 следующим характеристикам:

1. Предприятие, где возможно использование ДНН, не должно насчитывать свыше 20 работников;
2. Трудовой договор заключается в письменной форме;

⁵⁶ Доклад рабочей группы, возглавляемой Мишелем Камдесю, представленный 19 октября 2004 года в Министерство экономики и финансов и опубликованный в: *Le sursaut vers une nouvelle croissance pour la France*, La documentation française, 2005, исходит из тех же констатаций, что и Всемирный банк, но предлагает иные решения (одно из которых состоит в замене срочного трудового договора единым договором на неопределенный срок, «уравновешенного» упрощением института увольнения по желанию работодателя). Он предлагает равным образом прекратить повышение МРОТ и компенсировать это постепенным повышением премий за труд. См. также: B. Reynès, *Variation sur le contrat de travail unique*, D., 2005, chron. p. 2348 et s.

⁵⁷ Здесь следует уточнить, что трудовые премии освобождаются от социальных выплат, что безусловно повышает их привлекательность для работодателей, нацеленных на снижение издержек.

⁵⁸ V. B. Teyssié, *La loi et le contrat*, in *Vive la loi !*, actes du colloque du Sénat du 25 mai 2004, éd. Panthéon-Assas Paris II et du Sénat.

3. Договор заключается на неопределенный срок;
4. Договор должен четко указывать, что речь идет о «договоре о новом найме», введенном на основании Ордонанса № 2005-893 от 2 августа 2005;
5. Договор может быть расторгнут работодателем в одностороннем порядке без указания причин в течение двух лет⁵⁹.

Наконец, и это получило широкий отзыв в прессе и даже вызвало социальные волнения в стране, премьер-министр Франции Доминик де Вильпен желает ввести также «договор о первом найме» (ДПН). Здесь французское трудовое право в неоправданной погоне за либерализацией рынка труда вновь кажется близким к тому, чтобы выиграть в гибкости для одних и поставить в неопределенность других.

2. О динамике трудовых отношений

41. Для успешного осуществления своей деятельности предприятие должно интегрировать разнообразные механизмы трудового права в процесс развития трудовых отношений, адаптируя его к потребностям всех заинтересованных сторон. Доклад *Doing Business* 2004 года настаивает на двух основных пунктах, касающихся «*conditions of employment*»: во-первых, политики в области минимальной заработной платы и, во-вторых, регулирования жесткости рабочего времени. Страны *common law*, такие как США или Великобритания, в которых защита интересов работника наиболее слаба, на этом основании указываются докладом Всемирного банка в качестве примера.

Национальная политика в разных странах по вопросу установления минимальной заработной платы очевидным образом отличается. Некоторым либеральным странам, таким как Финляндия, Швеция или Швейцария, вообще не известен институт минимальной заработной платы. К тому же в странах, где МРОТ существует, его отклонение от средней заработной платы может составлять от 5 % в России до 80 % в Венесуэле. Также Доклад предлагает содействовать найму беременных женщин и молодежи путем заключения контрактов об ученичестве и о стажировке.

42. Сбалансированная защита беременных женщин. Здесь вновь логика авторов Доклада *Doing Business* перевернута с ног на голову. Так они полагают, что для обеспечения занятости и стабильного положения молодежи и женщин, вышедших из отпуска по беременности и родам, необходимо на законодательном уровне предусмотреть меры для первоочередного найма таких работников, наиболее подверженных безработице. Однако, вдумаясь: не предпочтительней ли обеспечить восстановление на работе женщин, вышедших из отпуска по беременности и родам, на том же самом предприятии, которое предоставляло им работу до периода беременности, вместо содействия их занятости в условиях более шатких, чем прежде?

Именно поэтому в целях защиты приема на работу и сохранения работы за беременной женщиной французское право адаптировало определенные положения, появившиеся первоначально в коллективных договорах. Не стоит стыдиться того, что право решает иные, социально значимые задачи, помимо перманентного поиска выгоды, к которому толкают авторы *Doing Business*. Совмещения профессиональной и семейной жизни, высвобождение времени, уделяемого воспитанию детей, а значит и будущим поколениям – это те ценности, которые мы не можем игнорировать в нашем обществе в угоду запредельной либерализации труда. Данные гарантии расположены в статьях L. 122-25 и последующих раздела V «Защита материнства и воспитание детей» главы III книги I Трудового кодекса Франции. Первая из этих гарантий запрещает дискриминацию при приеме на работу беременных женщин: «Работодатель не должен принимать во внимание беременность женщины при приеме на работу, расторгать трудовой договор в период испытательного срока или, с оговорками, содержащимися в статье L. 122-25-1, объявлять об изменении места работы. Ему, следовательно, запрещено прямо или косвенно собирать всякую информацию, касающуюся

⁵⁹ См. www.travail.gouv.fr/dossiers/CNE

состояния беременности соответствующего лица». Всякое изменение места работы или вида деятельности в пределах предприятия может предлагаться главой предприятия, но всегда «зависит от согласия заинтересованного лица» (L. 122-25-1 Трудового кодекса Франции). К тому же, период отпуска по материнству не рассматривается как прекращение трудового договора, которое затем требовало бы восстановления на работе, основанного исключительно на доброй воле работодателя, но – как приостановление действия трудового договора (L. 122-26 Трудового кодекса Франции). Следовательно, работодатель «не может расторгнуть трудовой договор с работницей, (не только) когда она находится в состоянии беременности, подтвержденной медицинским путем», но также во время периода приостановления трудового договора, связанного с отпуском по беременности и родам.

43. Прием на работу молодежи. Что касается обеспечения занятости молодежи, то решение, предлагаемое докладом *Doing Business* 2005 года и состоящее в развитии стажировок и договоров об ученичестве, также требует дополнительного комментария с учетом возможности, с недавнего времени, использовать данные формы занятости во Франции. Однако следует иметь в виду, что отличие от решений, предложенных авторами доклада *Doing Business*, эти формы занятости выступают во Франции составной частью процесса обучения и не являются формой окончательного приема на работу по окончании периода получения профессионального опыта. Стажировка позволяет непосредственно применить полученные ранее знания, а договор об ученичестве позволяет непрерывно осуществлять профессиональную деятельность параллельно с теоретическими занятиями. Данные формы занятости ни в каком случае не являются постоянными трудовыми договорами, но выступают в качестве временных решений, которые являются частью продуманного процесса обучения студентов.

44. Организация оплачиваемых отпусков. Что касается предоставления ежегодных отпусков, то конкурентоспособность трудового права оценивается в докладе согласно двум основным критериям: 1) Являются ли отпуска с необходимостью оплачиваемыми? 2) Каково количество отпускных дней, ежегодно оплачиваемых в определенной отрасли промышленности? Эти и некоторые другие критерии позволяют его авторам начислить различные баллы от 0 до 100, характеризующие гибкость трудового законодательства в конкретной стране. Страны, набравшие таким образом наименьшее количество баллов, считаются наиболее гибкими и, следовательно, более «конкурентоспособными» на всемирном рынке труда. Такой подход не просто удивителен, но противоречит общепризнанным принципам международного права, если вспомнить, что статья 24 Всемирной декларации прав человека, провозглашенной Генеральной ассамблеей Объединенных наций в Нью-Йорке 10 декабря 1948 года, предусматривает, что «Всякое лицо имеет право на разумное ограничение продолжительности работы и периодически оплачиваемые отпуска».

Используя подобные критерии, авторы доклада скрывают таким образом преимущества оплачиваемых отпусков, связывая наилучшую производительность только с правовыми нормами, которые устанавливают наименьшие по продолжительности отпуска. Однако разве минимальный ежегодный отпуск, гарантируемый законодателем, не подталкивает ли он сам по себе работника к лучшей производительности? В этом смысле, Францию, где предоставляется ежегодный пятидневный оплачиваемый отпуск, который, кроме того, может быть увеличен на основании коллективного договора, сложно назвать страной с низкой культурой труда.

45. Организация рабочего времени. Доклад является более точным, когда речь заходит об организации рабочего времени, поскольку здесь принимаются во внимание пять критериев:

1. Обязательные перерывы в течение рабочего дня;
2. Максимальное количество рабочих часов;
3. Вознаграждение сверхурочных часов;
4. Ограничения, касающиеся ночной работы;

5. Ограничения, касающиеся еженедельного отдыха.

Доклад исходит из простого утверждения: «*many industries have seasonal highs and lows*». Цикл деятельности предприятия в действительности редко является линейным. Следовательно, необходимо позволить определенную гибкость при организации рабочего времени. Во французском законодательстве допускается использование циклической системы для того, чтобы избежать систематического использования сверхурочных часов. Тем не менее, эта возможность доступна только некоторым предприятиям, прямо указанным в Декрете или в коллективных соглашениях. Безусловно, можно и пожалеть о существовании таких требований. В то же время подобное регулирование позволяет избегать случайного и нестабильного ритма работы на многих французских предприятиях. Следует учитывать также, что помимо соблюдения определенных условий, предусмотренных законом для использования цикла, последний допускается только при условии, что недельные серии регулярно повторяются. Например: 1 неделя – 35 часов, 2 неделя – 37 часов, 3 неделя – 32 часа, 4 неделя – 36 часов, 5 неделя – 35 часов, 6 неделя – 37 часов, 7 неделя – 32 часа, 8 неделя – 36 часов. В этом случае среднее рабочее время составляет 35 часов в неделю и, следовательно, предприятию нет нужды использовать сверхурочные часы.

Спорным является также вопрос о сверхурочных часах, использование которых поощряется в докладе в целях адаптации к колебаниям деловой активности, особенно если их максимальная ежегодная квота была непосредственно согласована работником и работодателем. Естественно, что доклад осуждает слишком высокую норму сверхурочных часов. Решая данную дилемму, следует вновь проявить осторожность и принять во внимание договорный дисбаланс, который противопоставляет стороны – работодателя и работника – интересы которых объективно расходятся. Использование во Франции сверхурочных часов, таким образом, не запрещается, но дорого обходится предприятиям, которые не желают увеличивать число работников. В самом деле, говоря о крупных структурах, где использование сверхурочных часов происходит систематически: не является ли это показателем необходимости в дополнительном приеме на работу? Аргумент, выдвинутый в докладе *Doing Business*, о нестабильном характере работы молодежи и женщин не является, таким образом, относимым, если заинтересованным лицам законом предоставляется реальная защита не только на этапе найма и осуществления ими трудовой деятельности, но также и при расторжении трудового договора.

3. О расторжении трудового договора

46. В докладе *Doing Business* осуждается использование выборных судей по делам, связанным с увольнением работников по инициативе администрации. Авторы доклада полагают, что обязательное участие представителей трудового коллектива и работодателя влечет удлинение процедур и создает препятствия для примирения. Критика, высказанная в данном докладе, направлена, прежде всего, против *Прюдомальных советов*⁶⁰, выборных судебных органов, компетентных разрешать индивидуальные трудовые споры и споры, связанные с переговорами между работником и работодателем.

Однако, с одной стороны, прежде чем поспешно клеймить данную юрисдикцию в некомпетентности и неэффективности, авторам доклада следовало бы учесть, что эти избранные судьи обладают большим практическим опытом и что 80 % решений *Прюдомальных советов* подтверждается в апелляционной инстанции, составленной уже из профессиональных судей. Министерство юстиции Франции по результатам специального исследования в октябре 2001 года оценило среднюю продолжительность рассмотрения трудовых споров в 10,2 месяца⁶¹, тогда как доклад *Doing Business* 2004 года указывает,

⁶⁰ Conseil de Prud'Hommes – Совет «Осторожных Людей» - специализированный суд по трудовым делам (прим. пер.).

⁶¹ Источник: Le Conseil de Prud'Hommes, Cabinet Boumendil&Consultants.

непонятно на основе каких данных, три года. Также, следует отметить, что 25 % от всех дел рассматриваются в пределах 4 месяцев.

С другой стороны, главной задачей *Прюдомальных советов* является примирение сторон трудового спора. Примирение является обязательной стадией в *прюдомальном суде*, которая предшествует рассмотрению дела по существу. По своим характеристикам примирение приближается к *медиации*, когда судья назначает третье лицо для того, чтобы сблизить позиции сторон на основе компромисса между ними. Возможно также применение такой упрощенной процедуры как *срочное постановление прюдомального суда*, которая позволяет принять быстрое решение по делу, не содержащем серьезного спора (например, по делу о возмещении убытков в случае незаконного увольнения), или когда встает вопрос о прекращении явного нарушения, носящего длящийся характер. В рамках данной процедуры решение выносится уже через несколько дней после направления заявления. В случае несогласия сторон, они всегда могут воспользоваться широкими возможностями по обжалованию решения, вынесенного по ускоренной процедуре.

Помимо *Прюдомального совета*, в докладе также критикуется трудовая инспекция, которая является, якобы, препятствием для увольнения работника по инициативе администрации. Однако это утверждение недооценивает ее действительную роль. Реально трудовые инспектора вмешиваются только при увольнении по инициативе администрации защищенных категорий работников, число которых во Франции сокращается с каждым годом.

Наконец, основная критика в адрес французского трудового права направлена против чересчур формальной процедуры увольнения по инициативе администрации при наличии серьезного и действительного основания.

47. Выводы. Доклады Всемирного банка послужили хорошим толчком к размышлению о «священном» французском Трудовом кодексе, символическом орудии освобождения для одних и подчинения для других. Доклады *Камдесю* и *de Вирвиль*, введение ДНН или ДПН свидетельствуют о наличии во Франции реформаторских тенденций в области трудового права. Что касается провозглашения в докладе *Doing Business 2006* необходимости создания рабочих мест («*Creating jobs*»), то такое очевидное решение, разумеется, разделяется всеми и образует предложение, в высшей степени основанное на консенсусе. Тем не менее, между странами продолжают существовать фундаментальные философские расхождения о подлинном содержании и реальности «рабочих мест», создание которых предусматривается докладами. Для одних, сторонников либеральных предложений докладов, лучше стажировка, замаскированная под трудовой договор, хотя другие предпочтут отсутствие всякой работы, носящей нестабильный характер! Поскольку истина часто находится в золотой середине, избегая крайностей, постольку нам не следует выражать свое мнение по вопросу, который далеко выступает за пределы предмета настоящей аналитической работы.

Тем не менее, будет оправданным сформулировать здесь несколько заключительных замечаний.

- Во-первых, философия авторов докладов *Doing Business* в этом вопросе целиком обращена к сильной стороне, «работодателю», поскольку он образует центр настоящих или ожидаемых выгод. Более или менее однородная масса работников рассматривается ими, прежде всего, как переменная величина, которая «обязана» быть гибкой. Желание защитить, например, беременную женщину в целях, относящихся к иному порядку ценностей, чем ценности экономического порядка, отстаиваемое некоторыми правовыми системами, среди которых и французское право, совсем не принимается во внимание группой *LLSV*: стоит ли волноваться из-за такой «мелочи» применительно к глобальным проблемам мировой экономики?
- Во-вторых, многим странам, слывущим либеральными в континентальной Европе, как, например, Нидерланды, знакомо охранительное регулирование, которое ограничивает увольнение по инициативе администрации. Основная идея здесь в том, что трудовой договор, в отличие от других, является не совсем обычной сделкой,

поскольку довольно часто он выступает единственным средством, из которого одна из сторон (и более того ее семья) добывает свои средства к существованию. Стало быть, циничное утверждение «*When you can fire, you can hire*⁶²», воспроизведенное недавно вице-президентом Всемирного банка М. Данино⁶³, представляется как минимум ограниченным.

- В-третьих, неверно утверждение о том, что французское право, как будто, безразлично по вопросу обеспечения конкурентоспособности предприятий в силу наличия защитных мер, установленных в пользу работников. Например, институт коллективного увольнения по экономическим мотивам (например, в силу экономических трудностей, технологических изменений, реорганизации в интересах предприятия или даже в результате прекращения деятельности) не был затронут докладами *Doing Business* 2004 и 2005, хотя его основания вполне могут использоваться в качестве дополнительных индикаторов, определяющих экономическое благополучие страны и состояние ее рынка труда.

§ 3. Анализ главы «*Registering property*»: о регистрации прав на недвижимое имущество

48. Представление главы 4. Только восемь страниц доклада *Doing Business* 2005 года образуют главу, посвященную «регистрации права собственности», а если точнее – правовому режиму регистрации прав на недвижимое имущество.

Здесь страны классифицируются исходя из трех критериев, характеризующих регистрацию перехода права собственности:

- количество процедур, то есть формальностей;
- количество дней необходимых для их совершения;
- и, наконец, стоимости их совершения.

Авторы доклада отмечают, что переход права собственности на недвижимость, как правило, не регистрируется в развивающихся странах. Главным образом, это происходит по причине высокой стоимости и большой продолжительности процедуры, способной поглотить до 35 % от цены имущества, права на которое регистрируются, и занять до 956 дней (с большим числом вовлеченных в регистрацию государственных органов). Они отмечают также, что в странах, где число регистрационных формальностей является наименьшим, а сроки наиболее короткими, количество незарегистрированных переходов права собственности наименее значительно. По их мнению, совмещение в одной службе земельного кадастра и органа по регистрации прав на недвижимое имущество является наилучшим административным способом для сокращения издержек и сроков регистрации при условии существования достаточно надежного реестра, который избавлен от контроля за разделительными границами в случае их изменения.

49. Различные параметры сравнения. В списке, составленном из 145 стран, Франция находится среди десяти стран, классифицируемых как наихудшие по числу необходимых формальностей для регистрации прав собственности. Этим формальностям, якобы, насчитывается десять.

Что касается требуемого для этого времени, то Франция лишь ненамного превышает показатели десяти последних стран: по утверждению авторов доклада, требуется 193 дня для регистрации права собственности, тогда как в стране, занимающей 10 место с конца, на это уходит 212 дней.

В данной части доклада, касающегося Франции, названы десять регистрационных формальностей. Странно, что в отношении двух других стран, на которые также делается ссылка (Италия и Великобритания), процедура регистрации описывается, начиная только с 8 этапа! Можно вполне обоснованно удивиться тому, что параметры сравнения, используемые

⁶² Когда можно уволить, можно и нанять.

⁶³ Выступление на коллоквиуме «Paris Place de droit», 15 nov. 2005, Maison du Barreau.

здесь авторами доклада *Doing Business*, настолько различаются. Объяснение следует из очевидного несоответствия опросной анкеты. Оно коренится в двойственной формулировке вопроса экспертам, готовившим соответствующий материал по каждой стране: «договор был подписан и цена уплачена, наступает черед перехода права собственности», хотя чуть дальше от опрашиваемого эксперта требуется описание всей совокупности процедур, требуемых для перехода права, ее стоимости и сроков. Это объясняет, почему некоторые страны считают всю совокупность преддоговорных процедур, а другие – нет⁶⁴.

50. Критическая оценка данных. Данная Глава доклада *Doing Business* изобилует фактическими ошибками:

1. Заключение предварительного договора, по мнению данных экспертов, занимает десять дней. При этом участие нотариуса представлено здесь в качестве обязательного. Однако это утверждение не соответствует действительности, так как составление предварительного договора купли-продажи недвижимости не является более обязательным, равно как и участие нотариуса. Ежедневно множество предварительных договоров совершаются в простой письменной форме, как непосредственно между договаривающимися сторонами, так и при посредничестве риэлтеров или нотариуса. Что касается заявляемого срока в 10 дней, то он попросту выдуман.

2. Получение подтверждения правомерности приобретения права собственности за 30 лет, предшествующих продаже, занимает, якобы, от 10 до 15 дней. Это неправда, так как в случае надлежащей регистрации своих прав на продаваемую недвижимость продавцом, правоустанавливающие документы полностью подтверждают указанную тридцатилетнюю правомерность владения.

3. Получение кадастровой выписки по форме № 1 и плана требует, якобы, 7 дней. При этом уточняется, что нотариус может получить эту информацию с использованием Интернет-технологий, но для удостоверения в дальнейшем договора он должен располагать также официальной письменной копией данных документов. Последнее утверждение неверно, так как нотариус сам составляет данную кадастровую выписку на основании информации полученной с использованием современных средств связи и, поэтому, выполнение данной формальности требует значительно меньше, указанного в докладе, времени.

4. Получение градостроительных документов, якобы, занимает 30 дней. Однако этот срок может быть сокращен до 2 или 3 дней при обращении к услугам консультационного кабинета, специализирующегося на вопросах градостроительства. Это утверждение доклада также неточно, так как сроки одинаковы, независимо от качества заявителя – профессионального консультанта или самого заинтересованного лица – варьируясь, главным образом, в зависимости от коммуны.

5. Получение нотариусом различных заключений от экспертов: по обмеру (от топографа), об отсутствии термитов в конструкциях и асбеста и свинца – в использованных строительных материалах, требует, якобы, от 30 до 60 дней. Однако заметим, что, обязательное в силу закона, прохождение данной процедуры связано с заслуживающей похвалы заботой о здоровье покупателя, в частности, и населения, в целом (с учетом канцерогенного действия асбеста, возможности отравления свинцом и т.д.). Кроме того, в настоящее время рассматривается вопрос о возможности объединения данных заключений в едином документе для упрощения и ускорения процедуры прохождения данных формальностей. Наконец, указанный в докладе срок в два месяца, необходимый для получения данных заключений, взят с потолка, поскольку даже для недвижимости со сложной структурой будет вполне достаточно десяти дней. К этому следует добавить, что

⁶⁴ Это связано также с «трудностями перевода»: с одной стороны, проблемы, связанные с пониманием анкеты, составленной на единственном, английском, языке и, с другой стороны, сложности, вызванные переводом в индексы регистрационных процедур, которые, в разных странах существенно расходятся, вовлекая совершенно различных субъектов.

данные заключения на практике требуются для заключения предварительного договора и, поэтому, они чаще всего получаются еще до продажи как таковой.

6. Освобождение недвижимого имущества от права преимущественного покупки муниципалитетом требует, якобы, 60 дней. Тем не менее, данное право распространяется далеко не на любой объект недвижимости, а только тот который имеет культурное, историческое или социальное значение в пределах городской черты. При этом ответ муниципальных органов о намерении использовать данное преимущественное право предоставляется, как правило, в пределах от 30 до 45 дней максимум.

7. Подготовка текста нотариально удостоверяемого договора купли-продажи требует, якобы, 1 или 2 дня. Если этот короткий срок, свидетельствующий об эффективности нотариуса, является точным, то в докладе совершенно напрасно уточняется, что каждая сторона должна иметь своего нотариуса, отрицая, таким образом, обычное участие в удостоверении сделки единственного нотариуса. Доклад бы только выиграл от замечания, сделанного в исключительно экономической перспективе, какова ему и присуща, о том, что в случае, когда каждая сторона представлена своим нотариусом, стоимость нотариального оформления не увеличивается: два нотариуса разделят в этом случае сумму нотариального тарифа, размер которого установлен законом.

8. Подписание сторонами удостоверенного договора в присутствии нотариуса (в конторе нотариуса приобретателя, если каждая сторона имеет своего нотариуса) и уплата расходов и сборов занимает, якобы, один день. Здесь доклад неверно включает в «расходы на нотариуса» помимо собственно нотариального тарифа, также сборы и пошлины, составляющие основную часть сумм (свыше 90 %) уплачиваемых нотариусу, собирающему их в пользу государства. Таким образом, из 7 % от цены договора купли-продажи, которые приобретатель дополнительно передает нотариусу, менее 1 % остается у последнего в качестве вознаграждения за консультацию сторон, составление акта и обеспечения возможных ошибок. Важно подчеркнуть здесь, что нотариус сохраняет единственный, уникальный оригинал акта и что для подтверждения своего права собственности приобретатель получает его заверенную копию. Обязанность по хранению акта гарантирует сторонам, таким образом, повышенную юридическую безопасность, а также обеспечивает сохранение экономической, социальной и семейной памяти страны на будущие времена.

9. Государственная регистрация акта в *службе Хранения ипотек*⁶⁵ для обеспечения его противопоставляемости третьим лицам⁶⁶. Выполнение этой последней формальности, якобы, занимает с момента подачи документов от 2 до 6 месяцев в провинции и до 9 месяцев в Париже. Здесь авторы доклада вновь ошибаются: сроки регистрации в Париже являются такими же, как и в провинции и, действительно, составляют от 2 до 6 месяцев. Но самое главное в другом: хотя по закону нотариус располагает максимальным сроком в 2 месяца для направления документов на регистрацию в *службу Хранения ипотек*, то уже в день получения данной службой документов обеспечивается искомая противопоставляемость третьим лицам. В дальнейшем уже неважно, что *служба Хранения ипотек* возвращает документы нотариусу после регистрации только по истечении нескольких недель.

Наконец, используя современные технологии, французские нотариусы и *хранители ипотек* (регистраторы), не дожидаясь замечаний докладов, уже с этого года осуществили полную дематериализацию документооборота между собой, что обеспечило значительное сокращение сроков, как при получении сведений об имеющихся обременениях недвижимости, так и при выполнении формальностей по регистрации нотариальных актов.

Отметим также, что качество французской реестра по учету сделок с недвижимым имуществом, содержащим сведения о лицах, их правах и самом имуществе, ни в чем не

⁶⁵ Орган, осуществляющий государственную регистрацию прав на недвижимое имущество, во Франции (прим.пер.).

⁶⁶ При этом право собственности на недвижимое имущество переходит в момент подписания сторонами договора. Государственная регистрация права обеспечивает только возможность противопоставления данного права третьим лицам (прим. пер.).

уступает системе учета прав на недвижимое имущество, которая осуществляется в США клерками графств.

Таким образом, действительный срок между достижением сторонами соглашения о купле-продаже недвижимости и государственной регистрацией соответствующего акта, которая делает его противопоставимым третьим лицам, составляет во Франции в среднем 90 дней, то есть, в конечном счете, в половину меньше срока, указанного в докладе *Doing Business* 2005 года. Безусловно, выявленные ошибки проистекают из непонимания авторами докладов того, что большинство указанных процедур и, следовательно, сроков не складываются последовательно, но протекают одновременно. Будет уместным выразить сожаление о том, что Высший Совет Французского Нотариата, владеющей соответствующей статистической информацией, не был опрошен по этому поводу.

51. Выводы. Таким образом, критический анализ главы *Registering property* показал, что несмотря на наличие в ней полезной информации, она, тем не менее, содержит множество неточных и неполных сведений. Кроме того, принимая во внимание только скорость и издержки при заключении договора купли-продажи недвижимости, авторы доклада делают вид, что им неизвестна содержательная ценность правового регулирования в данной области, которая заключается в способности законодателя и правоприменителя гарантировать на века беспорочность права собственности. Здесь грубо недооценивается превентивная роль нотариуса, которую авторы *Doing Business* совершенно беспочвенно рассматривают в качестве «бесполезного бремени» (*unnecessary burden*, в докладе *Doing Business* 2004 года, глава *Starting a business*).

Во французской правовой традиции – стремиться обеспечить полную безопасность граждан и организаций при совершении ими сделок с недвижимостью:

- во-первых, гарантируя им исключительную юридическую безопасность за счет установления практически неоспоримой правомерности приобретения права собственности, а также – посредством обеспечения хранения единственного оригинала акта и его государственной регистрации;
- во-вторых, обеспечивая материальную безопасность заинтересованных лиц посредством проведения обязательных операций по обмеру, позволяющих проконтролировать площадь и вместительность объекта недвижимости;
- в-третьих, заботясь о физической безопасности покупателя и других лиц путем проведения серии технических экспертиз, направленных на проверку соблюдения санитарных норм, позволяющих использовать помещение по назначению.

Такое многоаспектное понимание безопасности при совершении сделок с недвижимостью может иметь и экономическое выражение⁶⁷ и остается незамеченным лишь теми, кто не видит или не хочет видеть «дальше кончика своего носа». Вполне оправданно предпочесть модель, в которой необходимый контроль обеспечивается *a priori*, системе, где в силу ее исключительной оперативности (заслужившей «хорошую оценку» в докладе *Doing Business* 2005 года), права собственности оспариваются *a posteriori*, что требует страхования дополнительных рисков, стоимость которого может с лихвой превысить издержки на нотариальное оформление.

Сторонникам универсальной, «проамериканской» модели регулирования в сфере оборота недвижимости следовало бы призадуматься над недавним казусом, произошедшим с гражданином США, который приобрел в Индии – стране, право которой и система учета прав на недвижимое имущество по системе *Торренса* унаследованы от английских колонизаторов – большой дом в шикарном квартале Дели за 641.000 евро, принадлежавший, как обнаружилось впоследствии, индийскому премьер-министру и никогда не выставившийся на продажу⁶⁸.

⁶⁷ См. ниже, глава III, § 2 В.

⁶⁸ *Revue Etudes Foncières*, 2005.

§ 4. Анализ главы «Getting credit»: о получении кредитов

52. Представление главы 5. Глава 5 доклада *Doing Business* по вопросам получения кредита выступает в пользу максимального дерегулирования данной сферы. «Страны французского гражданского права» здесь классифицируются как предоставляющие наиболее слабую защиту кредиторам и на этом основании относятся к числу аутсайдеров. Напротив, авторы доклада восхваляют мнимые преимущества системы *common law*, связанные с ее судебным характером: гибкое, приспособляемое правосудие, основанное на общих принципах, таких как *fiduciary duty*, в большей степени обеспечивает интересы кредиторов, тогда как жесткое законодательное регулирование лишь «замораживает» ситуацию, нередко препятствуя судебному вмешательству и позволяя изобретательным лицам не выполнять свои договорные обязательства, что ведет к нарушению прав инвесторов.

Такая критика требует ответа по существу⁶⁹. К тому же, в данной главе критикуется французский институт обеспечения обязательств (реформируемый в настоящее время) и относит Францию в число 8 % стран, которые не предоставляют никаких гарантий, необходимых для защиты кредиторов. Что до остального, то в докладе 2005 года, устанавливающий рейтинг государств на основе *корреляции* между индикатором прав кредиторов и должников и богатством страны, Франция находится в самом низу этого рейтинга с 3 баллами (против 6.3 балла как среднего показателя для богатых стран). Отсюда остается только один шаг до установления прямой связи между бедностью и правовой системой, основанной на традициях гражданского права – шаг, который охотно совершается авторами доклада⁷⁰.

Авторы *Doing Business* исходят, таким образом, из идеи, что благополучие страны зависит от способности лиц – коммерсантов и граждан – получить кредит в банке. Критерии, избранные для оценки такой способности, связаны с гарантиями для банков, обеспечивающих возврат предоставленных сумм.

Избранный метод не делает различия в зависимости от размера просителей кредита (крупное предприятие, индивидуальный предприниматель, частное лицо) или цели финансирования. В такой стране как Франция, где различные виды кредитования образуют независимые друг от друга модели, подобное отсутствие точности слишком упрощает картину. В этом смысле, если замечания, сделанные в данной главе доклада, будут верны для одних видов кредитования, то они совершенно не соответствуют действительности в отношении других.

Озабоченность авторов *Doing Business* исключительно безопасностью заимодавца также подрывает объективность их утверждений, поскольку доклад остается полностью равнодушным к судьбе незадачливых должников и кредиторов-третьих лиц, не являющихся заимодавцами. Такие общественно значимые приоритеты, как охрана частной жизни или достоинства лиц, задолжавших крупные суммы, которым угрожает постепенное исключение из общественной жизни за счет скатывания в «долговую яму», едва принимаются во внимание этими либеральными экспертами.

С учетом данных предварительных замечаний, мы последовательно рассмотрим три следующих вопроса:

1. об имеющейся в распоряжении кредитных учреждений информации о платежеспособности кандидатов на получение займа;

⁶⁹ В этой главе также восхваляются частные информационные реестры в противоположность публичным реестрам. Для Франции, оценка зоны охвата частных реестров, данная авторами доклада, составляет 0 баллов, поскольку отмечается, что, как и в большинстве развивающихся стран, они не существуют во Франции: французская информационная система в данной области состоит, главным образом, из картотек Банка Франции. Однако следует напомнить о существовании базы данных, которой располагает канцелярия торгового суда, доступной через абонентскую сеть и Интернет. Что касается оценки, полученной за состояние публичных реестров, то она переместилась с 12 баллов в 2004 до 17 в 2005 году без каких-либо объяснений.

⁷⁰ Можно упрекнуть авторов доклада в том, что они не приняли во внимание роль, которую играют во Франции обеспечительные меры личного характера, в частности поручительство.

2. о затратности и эффективности обеспечительных мер, гарантирующих интересы заимодавца;
3. о правовых средствах, имеющихся в распоряжении заимодавца, не получившего должного от заемщика.

1. Информация о платежеспособности заемщиков

53. Говоря об информации, касающейся заемщиков, авторы доклада обоснованно подчеркивают важную роль, играемую бюро кредитных историй, в побуждении банков и других кредитных организаций к предоставлению займов. Обращается внимание на существование частных бюро кредитных историй в большинстве стран *Организации по сотрудничеству и экономическому развитию* (OCDE). С этой точки зрения, Франция является явным исключением, так как система наблюдения, которую Банк Франции предоставляет в распоряжение кредитных учреждений, лишь частично опирается на частные бюро. Содержащая исчерпывающие сведения в отношении крупных предприятий, а также – крупных должников, данная система не охватывает, тем не менее, ни частных лиц, ни предприятия, уровень задолженности которых не достигает установленного предела.

Этот пробел французской системы действительно мешает развитию разумной конкуренции, поскольку он ставит в невыгодное положение новых участников кредитного рынка, в особенности иностранных. Он выступает в защитного механизма сложившейся ситуации и, по крайней мере, частично объясняет низкий уровень кредитования во Франции и высокую стоимость потребительского кредита.

Напротив, французские банки располагают, благодаря картотеке Банка Франции (т.н. база данных *FIBEN*), замечательным информационным средством, позволяющим получать необходимые данные в отношении крупных и средних предприятий, включая сведения о финансовом благополучии их руководителей⁷¹. Составление подробных досье на заемщика происходит также при выдаче кредитов на покупку жилья и, поэтому, факты неплатежа по таким кредитам являются во Франции редкостью в сравнении с другими странами.

Хотя некоторые финансовые учреждения и ассоциации потребителей иногда склонны укрываться за требованиями о защите частной жизни (защитой данных о частных лицах во Франции занимается *Национальная комиссия по информации и свободам*⁷²) в целях борьбы с установлением во Франции частных бюро кредитных историй по американской, немецкой или совсем недавней бельгийской модели, можно полагать, что такое препятствие не является непреодолимым. Единственная оговорка, которая здесь возможна, касается необходимости получать в каждом конкретном случае согласие заинтересованного лица на сбор и передачу данных о нем. Во всяком случае, речь идет не о несовершенстве французской правовой системы, что подтверждается бельгийским примером, но скорее об инертности общества, которую могла бы преодолеть без каких-либо правовых потрясений более твердая политическая воля.

2. Затратность и эффективность обеспечительных мер

54. Что касается анализа в докладе *Doing Business* затратности и эффективности обеспечительных мер во французском праве, то он страдает излишней прямолинейностью, не делая различий между способами обеспечения, используемыми заимодавцами в зависимости от оговоренного объекта финансирования.

Так, при кредитовании покупки жилья закон предоставляет заимодавцам достаточные гарантии и не дает оснований для запредельного количества случаев неуплаты. Сочетание вещного обеспечения в отношении имущества (привилегия, основанная на принципе

⁷¹ Так, в настоящее время данная база данных включает сведения о более чем 3500000 предприятий и 2500000 руководителей (информация по: <http://www.banque-france.fr/fr/instit/services/fiben.htm> на 10.02.2007 г.).

⁷² Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).

очередности) и пожизненного страхования, требуемого кредитором от должника, отвечает адекватным образом интересам обеих сторон.

Аналогично, займы денежных средств, предоставляемые средним предприятиям через получение платежей, срок по которым еще не наступил (закон *Dailly*), также выполняют свою функцию и считаются покрывающими надлежащим образом риски заимодавца. Можно назвать еще лизинг движимого имущества, который позволяет предприятиям пользоваться дорогостоящим оборудованием, поначалу не приобретая его, а лизингодателям – иметь надежную гарантию его возврата в случае неуплаты. Предыдущие наблюдения, касающиеся как частных лиц, так и предприятий, действительны как при добровольном возмещении, так и в случаях обращения к органам правосудия: суды обеспечивают хорошее функционирование этих обеспечительных мер.

Кредитами, которые несут для банков наибольшие риски, являются так называемые *бланковые кредиты*, другими словами – краткосрочные кредиты на временное восполнение недостатка оборотных средств у предприятий и потребительские кредиты. Причины такой относительной небезопасности связаны, зачастую, с покровительственным отношением судов к неплатежеспособным должникам и с отсутствием надежных данных о платежеспособности небольших заемщиков. Это объясняет небольшую распространенность таких кредитов на французском рынке банковских услуг, и, стало быть – низкий уровень кредитования французов по сравнению с другими странами-членами *OCDE*. Однако предварительный проект реформы обеспечительных мер во Франции направлен на развитие потребительского ипотечного кредитования за счет, в частности, сокращения его стоимости. Речь идет о том, чтобы один и тот же залог, так называемая *многообразовая ипотека*, мог бы гарантировать последующие займы, предоставляемые различными кредиторами.

55. Реформа обеспечительных мер. В настоящий момент осуществляется глубокая реформа обеспечительных мер во Франции: предварительный проект закона и его обоснование были официально переданы в Министерство юстиции в конце марта 2005 года⁷³, что привело к принятию закона, который уполномочил правительство на реформирование обеспечительных мер путем издания Ордонансов (статья 24 закона от 26 июля 2005 года о доверии и модернизации экономики). Предполагается объединить в новой книге IV Гражданского кодекса отдельные законы, которые до этого момента были разбросаны по различным законодательным актам и иногда противоречили друг другу⁷⁴.

Реформа должна содействовать широкому распространению кредитования, делая нормы более понятными и доступными в чисто цивилистической традиции. В частности, реформа направлена на облегчение возможности использования активов предприятия в качестве обеспечения, упрощение оформления и реализации обеспечительных мер, однако без принесения в жертву сбалансированной защиты лица, предоставляющего обеспечение.

Отдельно отметим существование во французском праве оригинальных обеспечительных мер личного характера, каковыми являются *меморандум о намерениях* и *автономная гарантия*. Кроме того, существуют также такая интересная мера как *залог без передачи вещи залогодержателю на общие цели*, который больше не ограничивается только определенными сферами. Наконец, отметим возможное появление *многообразовой ипотеки*, способствующей развитию ипотечного кредита (выше, п. 54).

Подготовленная известными учеными-цивилистами и практиками, данная реформа стремится совместить ясность и точность гражданского права с оперативностью и гибкостью, необходимыми в современных экономических условиях.

3. Взыскание должного

⁷³ Этот доклад можно найти в *Revue des Contrats*, 2005, p. 782 et s., а также на сайте Ассоциации им. Генри Капитана: www.henricapitant.org

⁷⁴ Данная реформа состоялась весной-летом 2006 года (прим. пер.).

56. Что касается взыскания задолженности по предоставленным кредитам, предварительно заметим, что авторы доклада *Doing Business* интересуется исключительно защитой прав заимодавцев: интересы других кредиторов, каковыми являются поставщики должника, его работники (и их пенсионные фонды) или государственная казна, в соответствии с отпавным постулатом о том, что благополучие страны покоится на доступности кредитов, остаются за рамками предлагаемой ими модели.

Правовой системой, получившей наибольшую оценку в этих условиях, стала английская модель, где банки, используя *floating charge*, избавлены от конкуренции с другими кредиторами.

Четыре признака, названные докладом для «правильной» организации процедур банкротства, благоприятствующих развитию кредитного рынка (согласие кредиторов на возбуждение должником судебной процедуры несостоятельности; обращение взыскания на заложенное имущество после объявления о несостоятельности; первая очередь при уплате для кредиторов, требование которых обеспечено залогом; управление в процессе банкротства осуществляется управляющим или самим должником) ведут к установлению правового режима, направленного на исключительное и первоочередное удовлетворение кредиторов, требования которых являются обеспеченными, то есть – чаще всего – банков.

Действительно французское право в процессе судебного толкования стало, особенно после второго нефтяного кризиса в 1980 году, отдавать приоритет сохранению предприятий по отношению к погашению задолженности перед банками. Значительное число французских юристов сетовали на эти бессмысленные жертвы, поскольку законодательная утопия восстановления платежеспособности несостоятельного должника любой ценой, появившаяся вскоре после принятия закона от 25 января 1985 года, приводила нередко к принуждению кредиторов и, тем не менее, не влекла реального восстановления предприятия.

Однако известно, что от такого крайнего подхода постепенно отказались и французские суды, и законодатель, о чем свидетельствуют реформы, осуществленные на основании законов от 10 июня 1994 года и 26 июля 2005 года, а также проводимая в настоящее время реформа обеспечительных мер.

57. Эффективность неназванных гарантий. Следует иметь в виду, что во Франции для банков существует множество других законных средств избежать конкурса с другими кредиторами, которые не учтены среди формальных обеспечительных мер и не могут быть обнаружены на основании поверхностного анализа. Таковыми, в частности, являются денежный залог и другие способы *фидуциарной* передачи права собственности, уступка права требования по счету (так называемый *Dailly*) или перечисление банку-кредитору арендной (наемной) платы – мера, действительность которой, даже в рамках конкурсного производства, недавно признала Палата по экономическим спорам Кассационного суда⁷⁵. Эффективность данных мер объясняется существованием права удержания, которое защищает правообладателя от требований других кредиторов. Речь может также идти о различных способах договорного зачета *in futurum* или слияния счетов, что позволяет банкам в случае неуплаты производить автоматический зачет в отношении поступающих на счет предприятия денежных средств. К тому же известно, что в сфере правового регулирования обеспечительных мер вещного характера практика особенно содействовала утверждению практически безусловного принципа договорной свободы⁷⁶. Предварительный проект реформы обеспечительных мер осуждает эту тенденцию: он содержит нормы, от которых стороны могут на законных основаниях отказаться (например, обязательство кредитора, требование которого обеспечено залогом имущества, определенного родовыми признаками,

⁷⁵ Cass. com., 30 mars 2005, n. 02-10.422, inédit, Banque et droit, juill./août 2005, p. 64, obs. N. Rontchevsky (délégation de locataire à titre de garantie) ; Cass. com., 22 nov. 2005, n. 03-15.669, Bulletin, D., 2005, AJ, p. 3081, obs. X. Delpech (cession Dailly de créances à exécution successive).

⁷⁶ В отношении которых см. Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préface M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, Paris II, 2005.

сохранять это имущество в натуре) и предлагает набор моделей обеспечения, которые стороны могут адаптировать к своим нуждам (например, многоуровневая ипотека).

Выводы доклада *Doing Business*, касающиеся очередности кредиторов и поведения кредиторов, требования которых являются обеспеченными, также теряют свою силу вследствие обобщенного подхода к различным, неназванным его авторами, способам обеспечения, существующим во французском гражданском праве.

58. Выводы. В заключение следует отметить, что глава *Getting credit* доклада *Doing Business* обладает несомненным достоинством: используя метод сравнительного экономического анализа, американские эксперты справедливо указывают на некоторые пробелы и инертность банковской системы во Франции.

В то же время, избранный ими угол зрения, нередко односторонний и поверхностный, не позволяет в полной мере удостовериться в правильности отрицательного и безоговорочного заключения доклада об эффективности французской правовой системы в данной области. Что касается имеющихся количественных показателей, то по опыту известно, насколько их точность является обратно пропорциональной широте избранного поля исследования и зависит от научной квалификации исследователей.

Самое главное: приемы классического гражданского права, обладающие безусловной привлекательностью, не должны «краснеть» перед *common law*. Никто не без упрека: решение Палаты Лордов от 30 июня 2005 года по делу *Spectrum*, не переqualificирует ли оно в простые *floating charges* все *fixed charges*, установленные более 25 лет назад в отношении долговых счетов клиентов (*book debts*), управление которыми обычно сохраняется за должником⁷⁷? На самом деле, это весьма болезненный сюрприз для английских кредиторов, поскольку в противоположность общераспространенному мнению, очередность по *floating charge* в случае несостоятельности является «средней» и уступает очередности требованиям по зарплате.

§ 5. Анализ главы «Protecting investors»: о защите инвесторов

59. Представление главы 6. Доклад *Doing Business* 2005 года включил в себя новую главу – *Protecting Investors* (защита инвесторов).

Здесь отмечается, что защита инвесторов включает в себя три основных параметра:

1. информирование общественности (*disclosure of ownership and financial information*);
2. правовая защита «небольших инвесторов» (*small investors*);
3. эффективность судов или регуляторов (*enforcement capabilities in the courts or securities regulators*).

Тем не менее, авторы доклада 2005 года обеспокоены, похоже, лишь первым аспектом – информированием общества. В докладе анализируется как положение предприятий, котируемых на наиболее крупной регламентируемой бирже соответствующей страны, так и положение не котируемых на бирже предприятий, но имеющих «крупный» размер и обладающих большим количеством работников и акционеров, если в стране отсутствует регламентируемая биржа. В рамках доклада фигурируют и некоторые другие постулаты. Франция располагает регламентируемым рынком ценных бумаг – *Euronext Paris S.A.*, французской составляющей «общеевропейской» биржи, которая включает также фондовые площадки Брюсселя, Амстердама и Лиссабона. Принцип сравнения, используемый в данной части доклада, вызывает удивление: котируемые предприятия в одних странах сравниваются с не котируемые обществами в других. Сравнить правовые режимы не котируемых обществ во всех странах было бы вполне объяснимо. Смещение же двух категорий оставляет читателя озадаченным!

Доклад оценивает различные страны в зависимости от индекса информированности общественности (*disclosure index*). Франция получила здесь удовлетворительную оценку в 6

⁷⁷ House of Lords, *National Westminster Bank plc (Respondents) v. Spectrum Plus Limited and others and others (Appellants)*, 2005 UKHL 41.

баллов (из 7), которую можно сравнить со средним показателем в 5,6 баллов для стран *OCDE* и 3,6 балла для региона «Европа и Центральная Азия». Чили, Чешская республика, Гонконг, Ирландия, Япония, Республика Корея, Литва, Нигерия, Филиппины, Словакия, Южная Африка, Швеция, Тайвань, Тунис и Зимбабве получили, как и Франция, оценку в 6 баллов. Канада, Израиль, Испания, Соединенное королевство Великобритании и США получили оценку в 7 баллов.

60. Критерии оценки. Данная оценка получается следующим образом. Экспертам в каждой стране задавались следующие семь вопросов и при каждом положительном ответе ставился один балл:

- Информирована ли общественность о держании акций членами семьи управляющих? (*Is family ownership disclosed?*)
- Информирована ли общественность о косвенных держателях акций? (*Is indirect ownership disclosed?*)
- Информирована ли общественность о держании акций, владение которыми осуществляется другими лицами на своих счетах? (*Is beneficial ownership disclosed?*)
- Информирована ли общественность о соглашениях по голосованию между акционерами? (*Is information on voting agreements between shareholders disclosed?*)
- Необходимо ли перед распространением финансовых отчетов проводить внутренний аудит? (*Are internal audits required before releasing financial statements?*)
- Необходимо ли в обществе наличие внешнего бухгалтера-ревизора? (*Is an external audit required?*)
- Имеет ли общественность доступ к финансовой информации и декларациям о превышении пределов? (*Is ownership and financial information publicly available to investors?*)

61. Критика мнимого отсутствия внутреннего аудита. Для Франции, позитивный ответ был дан на все эти вопросы, за исключением вопроса о необходимости внутреннего аудита до распространения финансовых отчетов. Прежде всего, можно только удивляться безапелляционному характеру отрицательного ответа. Действительно, французский закон формально не возлагает такой обязанности на предприятия. Тем не менее, при утверждении балансовых счетов общества, осуществляющего публичную подписку на свои акции (во Франции это касается всех котируемых на фондовой бирже обществ), принято большое число превентивных мер и, в частности:

- Балансовые счета общества подписываются органом управления в присутствии уполномоченных бухгалтеров-ревизоров;
- Данные счета должны быть предоставлены в распоряжение акционеров заранее, до их утверждения;
- Орган управления должен составить и передать акционерам до представления счетов, отчет о положении общества и его деятельности за истекший отчетный год, который должен излагать «ясным и точным» образом, согласно статье 148 декрета от 23 марта 1967 года, определенное число сведений⁷⁸, включая изменения, внесенные в способ

⁷⁸ См. статью L. 232-1 Торгового кодекса Франции и статью 148 декрета от 23 марта 1967. В частности, в данном отчете содержится информация о:

- положении общества и его деятельности за истекший финансовый год;
- результатах этой деятельности;
- сделанных достижениях и встреченных трудностях;
- деятельности общества в инновационной сфере;
- прогнозируемом изменении положения общества и его перспектив на будущее;
- важнейших событиях, произошедших с момента окончания финансового года до момента составления отчета;
- для акционерных обществ: об органе, избранном для повседневного управления обществом.

Другие сведения должны фигурировать в ежегодном отчете перед акционерами, который подробно описывается в Торговом кодексе, декрете от 23 марта 1967 года, генеральном регламенте и инструкциях Органа по надзору за финансовыми рынками.

представления ежегодных счетов или методов оценки, по сравнению с предшествующими годами⁷⁹ и с приложением таблицы, предоставляющей результаты деятельности общества, за каждый из пяти последних лет⁸⁰;

- К отчету органа управления для общего ежегодного собрания акционеров должен быть приложен (заблаговременно переданный в распоряжение акционеров и представляемый во время самого собрания) доклад, исходящий от председателя административного совета (или наблюдательного совета) общества и представляющий собой отчет об условиях подготовки и организации работы совета (что подразумевает и деятельность по контролю счетов), а также – о процедурах внутреннего контроля в обществе⁸¹;
- По своему содержанию отчет о «внутреннем контроле» готовится, в основном, различными сторонними организациями. Например, в отношении условий подготовки и организации работы совета, полезным подспорьем являются требования *Органа по контролю за финансовыми рынками*⁸². Кроме того, проведение процедур внутреннего контроля может основываться на рекомендациях различных объединений нанимателей⁸³, организаций, представляющих интересы акционерных обществ⁸⁴, бухгалтеров-ревизоров⁸⁵, Органа по контролю за финансовыми рынками⁸⁶. Например, этот отчет должен представлять в общем виде как средства контроля (задействованные лица, правила профессиональной этики и т.д.), так и сами процедуры контроля (*reporting*, контроль забалансовых обязательств), также как и оценку председателем адекватности и эффективности процедур⁸⁷.
- Общества, использующие публичную подписку на акции, должны также указать в данном отчете меры, направленные по ее реализации (такие как, имевшие место согласования с бухгалтерами-ревизорами или комитетом по аудиту), равно как предупреждения, полученные от бухгалтеров-ревизоров, наличии недостатков в механизме внутреннего контроля. В отчете объединений нескольких обществ должны также фигурировать процедуры составления и консолидации счетов такого объединения;
- Бухгалтера-ревизоры должны, помимо удостоверения бухгалтерских счетов (с наличием или отсутствием оговорок или отказа в удостоверении), подготовить отчет, который заранее передается в распоряжение акционеров и представляется на общем годовом собрании акционеров. Точнее, они должны подготовить три отчета. *Общий отчет*, который описывает реализацию их задачи⁸⁸ и в котором они должны сообщить о замечаниях в отношении бухгалтерских счетов за отчетный год и, при необходимости, основания, приведшие к отказу от удостоверения бухгалтерских счетов (или использованию оговорок). Этот отчет содержит также их замечания о достоверности информации, представленной в отчете органа управления, и в документах, адресованных акционерам, о финансовом положении общества, также как и о соответствии этой информации ежегодным счетам⁸⁹ (в отношении

⁷⁹ Статья L. 232-6 Торгового кодекса Франции.

⁸⁰ Статья 148 декрета от 23 марта 1967 года.

⁸¹ Абзац 6 статьи L. 225-37 и абзац 7 статьи L. 225-68 Торгового кодекса Франции. Это обязательство существует для всех хозяйственных обществ, независимо от их размера и публичного размещения акций или других финансовых инструментов.

⁸² Ср. Bull. COB janv. 2002, p. 60 et s.; recommandations COB, Bull. COB janv. 2003, p. 17 et s.

⁸³ В отношении MEDEF et l'Afep, см. Communication du 17 déc. 2003, доступный на сайте: www.medef.fr

⁸⁴ Ср. ANSA, Comité juridique, communication n. 3267 du 5 nov. 2003.

⁸⁵ CNCC, Avis technique, BCF 2/04, p. 35 et s.

⁸⁶ Ср. Bull. AMF, mars 2004, p. 39 et s.; «AMF, Gouvernement d'entreprise, controle interne et évolutions réglementaires récentes», févr. 2005 на сайте: www.amf-france.org

⁸⁷ Для обществ осуществляющих публичное размещение акций и других финансовых инструментов. Ср. Rép. Pélissard, Ass. Nat. 15 juin 2004, p. 4716, n. 37190.

⁸⁸ Абзац 2 статьи L. 225-100 Торгового кодекса Франции.

⁸⁹ Статья 193 декрета от 23 марта 1967 года.

объединения обществ информация представляется в консолидированном виде). Бухгалтер-ревизор описывает также изменения, внесенные в способ представления ежегодных бухгалтерских счетов или в методы их оценки⁹⁰, общие расходы, не выводимые из прибыли, облагаемой подоходным налогом, если они не были упомянуты в отчете органа управления, нарушения и неточности, обнаруженные бухгалтерами-ревизорами при выполнении своих функций⁹¹ (этот отчет должен в таком случае быть передан в *Орган по контролю за финансовыми рынками*⁹²) и т.д. *Второй отчет* касается соглашений, заключенных прямо или косвенно между обществом и одним из его руководителей, членом административного или наблюдательного совета или акционером, располагающим более 10 % голосов⁹³. *Третий отчет* бухгалтеров-ревизоров содержит замечания по отчету, представляемому председателем административного или наблюдательного совета общества, о процедурах внутреннего контроля в области составления и обработки бухгалтерской и финансовой информации⁹⁴;

- Бухгалтерские счета должны быть утверждены акционерами в строго определенный промежуток времени.

Кроме того, французское право обязывает к назначению не одного, а двух бухгалтеров-экспертов, требуя также их периодической «ротации». Все это, вместе с запретом совмещения функций аудита и консультирования, гарантирует независимость бухгалтеров-ревизоров.

Доклад *Doing Business* также не принимает во внимание существование, широко используемых на практике, рекомендаций по управлению предприятиями, которые предусматривают использование *контрольных комитетов по счетам*⁹⁵ – французских аналогов англо-американских *audit committees*⁹⁶.

62. Досадное отсутствие дополнительных критериев. Хотя в этой главе доклада *Doing Business* Франции и была поставлена очень достойная оценка (6 из 7), следует, тем не менее, задаться вопросом – не выиграли бы сделанные здесь заключения в убедительности, используя ее авторы дополнительные критерии.

⁹⁰ Статья L. 232-6 Торгового кодекса Франции.

⁹¹ Абзац 1 статьи L. 225-240 Торгового кодекса Франции.

⁹² Статья L. 621-22, IV Финансового кодекса Франции.

⁹³ Абзац 3 статьи L. 225-40 Торгового кодекса Франции и статья 92 декрета от 23 марта 1967 года.

⁹⁴ Абзац 5 статьи L. 225-235 Торгового кодекса Франции.

⁹⁵ Согласно докладу 2004 АМФ об управлении предприятиями и внутреннем контроле, все общества, учитываемые при формировании индекса САС 40, обладают аудиторским и/или бухгалтерским комитетом (стр. 12).

⁹⁶ Ср.: «Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées», MEDEF, AFEP, AGREF, доклад рабочей группы, возглавляемой Д. Бутоном от 23 сент. 2002, стр. 11 и след. По вопросу проверки счетов: «Бухгалтерский комитет должен быть в состоянии полностью осуществлять свою деятельность, с этой целью: - сроки проверки счетов должны быть достаточными (минимум за два дня до проверки советом), - проверка счетов бухгалтерским комитетом должна сопровождаться оценкой бухгалтеров-экспертов, равно как и отчетом финансового директора, описывающим подверженность рискам и забалансовые счета предприятия».

Ср. также «Le conseil d'administration des sociétés cotées», доклад рабочей группы AFEP и CNPF под председательством М. Вьено, июль 1995, стр. 19, который рекомендовал, чтобы «каждый административный совет назначал комитет, имеющий в качестве основной задачи удостоверение правильности и неизменности бухгалтерских методик, принятых для составления консолидированных счетов и счетов предприятия. Речь идет в меньшей степени о том, чтобы подробно исследовать счета, но о том, чтобы оценить надежность аппарата, который содействует их установлению, равно как и правильность позиций, принятых при анализе крупных сделок. Равным образом желательно, чтобы в случае проверки счетов комитет занимался рассмотрением крупных сделок, в отношении которых может возникнуть конфликт интересов и чтобы он высказывал свое мнение о назначении бухгалтеров-ревизоров, равно как и о качестве их работы. Наконец, этот комитет должен иметь возможность общаться без представителей общества с лицами, которые, на том или ином основании, участвовали в составлении счетов или в их контроле: финансовый отдел, отдел внутреннего аудита, бухгалтера-ревизоры. Он должен предоставить совету отчет о своей работе и довести до его сведения все моменты, которые по его мнению, представляют проблему или требуют решения, создавая, таким образом, благоприятные возможности для обсуждения».

Остается только удивляться тому, что доклад *Doing Business* не принимает во внимание критерии, позволяющие обеспечить независимость бухгалтеров-ревизоров (наличие двух бухгалтеров-ревизоров, их ротация, запрет совмещения функций аудита и консультирования и т.д.).

Также не понятно, почему в списке критериев отсутствует система бухгалтерского учета: представляется, что уровень защиты инвесторов возрастает при использовании одной из систем бухгалтерского учета, признанных в международном масштабе, таких как *IRFS/IAS*). К тому же, следовало бы принять во внимание наличие или отсутствие внутреннего финансового контроля в обществах. Наконец, следовало бы заострить внимание на содержании проспектов эмиссии ценных бумаг или образцов отчетных документов (степень детализации, виды рубрик, подлежащих подробному заполнению, ответственность подписантов и т.д.), равно как и на роле регулятора при внешнем контроле.

Обобщая, принятие в расчет наличия или отсутствия обязанности по информированию рынков о значительных событиях, способных оказать влияние на котировку (или сопоставимой периодической информации) общества, должно было бы фигурировать среди критериев оценки. Безусловно, при более глобальном подходе к изучению механизма защиты инвесторов, когда угол обзора не сокращается до размеров одной главы, спектр анализа должен распространяться и на другие аспекты, такие, как, например, запрет на злоупотребление информацией, манипуляции с котировками и другие злоупотребления на фондовом рынке. Заметим, что недостатка в критериях, позволяющих оценить уровень защиты инвесторов в обществах, представленных на фондовых площадках, не наблюдается. Так, учет делового климата, «*business climate*», также желателен при оценке защищенности инвестора в конкретной правовой системе.

Это приводит нас к двум замечаниям. Во-первых, оценки стран Европейского союза должны были бы быть схожими, особенно с учетом увеличивающейся гармонизацией национальных законодательств в этой сфере (она была реализована с принятием недавних европейских директив по данной проблематике, а также европейского регламента № 809/2004, который содержит несколько идентичных схем представления и содержания проспектов эмиссии, которые активно применяются сегодня, определяя такие понятия как «транспарентность», «IFSR» или «злоупотребление на рынке»,). Во-вторых, представляется неоправданным смешение в докладе *Doing Business* оценки уровня защиты инвестиций в котируемых и некотируемых обществах (для стран, не располагающих регламентированными фондовыми площадками). Представляется достойным сожаления, что инвестиции в котируемых обществах поставлены в один ряд с вложениями в капитал некотируемых обществ, не использующих механизмы публичной подписки при размещении на рынках своих финансовых инструментов, так как природа инвестиций в них фундаментально различается. То же самое с наличием субъективной интерпретации. Нормы, присущие регламентированным фондовым рынкам, обосновываются требованиями, которые характеризуют саму природу регламентированных рынков. Отрицание этого в докладе *Doing Business* путем обсуждения на равных условиях котируемых и некотируемых обществ лишает, на наш взгляд, предложенную классификацию части ее достоверности.

63. Положительные оценки МВФ и ОЭСР. Обратим внимание на то, что Международный валютный фонд опубликовал в ноябре 2004 года доклад, содержащий более 100 страниц и озаглавленный: «*France: Financial System Stability Assessment, including Reports on the Observance of Standards and Codes on the following topics: Monetary and Financial Policy Transparency, Banking Supervision, Securities Regulation, Insurance Regulation, Payment Systems, Securities Settlement and Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism*⁹⁷».

Вот основные заключения этого доклада МВФ, которые признают бесспорную экономическую привлекательность французской инвестиционной среды, что заслуживает их краткого воспроизведения:

⁹⁷ Доступен на сайте www.imf.org

«Финансовый сектор является прочным и хорошо контролируемым. На основании представленного анализа никаких слабостей, способных породить системные риски, выявлено не было.

Банковская концентрация достигла той точки, где дальнейшая консолидация национальных активов может поставить вопрос о конкуренции и стабильности в долгосрочной перспективе.

Система контроля финансового сектора является сегментированной и специализированной. Она нуждается в мощных механизмах координации.

Прогрессивная интеграция всех финансовых секторов и международная интеграция представляют собой новые вызовы, которые будут оказывать влияние на стабильность и конкуренцию. Эффективность и способность отвечать на политические сигналы могла бы быть повышена путем рационализации и модернизации регулирования финансового сектора (например, через схемы управляемых сбережений).

Достигнут высокий уровень соблюдения международных норм финансовой политики. В настоящее время власти работают над последними вопросами, требующими своего разрешения, такими как регламентация перестрахования, платежная система, борьба против отмывания денег и против финансирования терроризма вне банковской системы⁹⁸».

В резюме (*executive summary*) этого доклада МВФ особенно подчеркивается, что:

- «надежность финансовой системы поддерживается высокими финансовыми показателями и постоянным соблюдением норм регламентации и контроля, одобренными *Базельским комитетом (BASEL)*, *Международной ассоциацией руководителей отделов страхования (IAIS)*, *Международной организацией комиссий по ценным бумагам (IOSCO)*, *Группы по международной финансовой деятельности (FATF)* и *Комитетом по системам приема работ и оплаты (CPSS)*. Уровень соблюдения кодекса транспарентности является очень высоким во всех затрагиваемых областях⁹⁹»;
- «рынки ценных бумаг являются весьма широкими и развитыми. Рынки ценных бумаг и производные рынки были реструктурированы. Рынок государственных займов представляет большую важность, а рынок облигаций обществ быстро растет с момента введения евро¹⁰⁰»;
- «инфраструктура платежной системы по уплате и передаче ценных бумаг является надежной и современной. Тем не менее, предусматриваются изменения в платежной системе в розничной торговле и торговле ценными бумагами частных лиц¹⁰¹»;
- «общие институциональные законные рамки борьбы против отмывания денег и финансирования терроризма являются весьма полными. Франция поддерживает очень высокий уровень соблюдения Рекомендаций 40+8 *Группы по международной финансовой деятельности (FATF)* и превышает эти нормы во многих сферах, таких как отраслевое обеспечение, требования, касающиеся деклараций по бухгалтерской и финансовой информации в отношении импорта и экспорта финансовых инструментов. Тем не менее, самые широкие изменения должны быть осуществлены в других сферах и, главным образом, при реализации специальных резолюций Комитета Объединенных наций, касающихся финансирования терроризма, что является общей проблемой государств Европейского союза; в общем качестве отчетов по подозрительным сделкам (STR); в регулировании борьбы против отмывания денег и финансирования терроризма, применении этого регулирования, его контроле в иных секторах,

⁹⁸ «The main findings of the FSAP are:

- The financial sector is strong and well supervised. On present analysis, no weaknesses that could cause systemic risks were identified.
- Concentration in banking may have reached a point where further domestic consolidation could raise competition and long-term stability issues.
- The supervisory system of the financial sector is segmented and specialized and requires strong coordination mechanisms.
- Progressive integration across financial sectors and international borders will present challenges with implications for stability and competition. Efficiency and responsiveness to policy signals could be enhanced by rationalizing and modernizing financial sector policies (such as administered savings schemes).
- A high degree of observance on international standards for financial policies has been achieved. The authorities are working to fill remaining gaps, for example, in the regulation of reinsurance, the clearing and settlement system, and AML/CFT provisions outside the banking system».

⁹⁹ «The strength of the system is supported by the financial soundness indicators and the strong conformity to the supervisory and regulatory standards approved by the Basel Committee, IAIS, IOSCO, FATF, and CPSS. The degree of observance of the transparency code is high in all relevant areas».

¹⁰⁰ «Securities markets are large and sophisticated. Exchange-traded equities and derivatives markets have been restructured. The government debt market is large and the corporate debt market has been growing rapidly since the introduction of the euro».

¹⁰¹ «The infrastructure for clearing and settlement of payments and securities is generally sound and modern. However, there is some room for improvement in the clearing and settlement of retail payments and securities, where the multilateral netting systems lack fully adequate safeguards to ensure timely settlement in case of default».

помимо кредитных учреждений и определенных кредитных обществ; в выработке критериев в сферах, где финансовые учреждения должны осуществлять повышенную бдительность¹⁰²».

Кроме того, эта благоприятная оценка МВФ подтверждается последними статистическими материалами *OCDE* по прямым иностранным инвестициям во Францию (IDE), вытекающими из доклада «Тенденция и современная эволюция инвестирования»¹⁰³.

Так, например, в нем сообщается, что в Европе поступления от прямых иностранных инвестиций сократились в общем на 23 %, но что Франция оставалась в 2003 году одним из мест, благоприятных для инвесторов. Иностранные предприятия инвестировали в нее 47 миллиардов USD, то есть чуть меньше, чем в 2002 году, но в три раза больше чем в Германию и в Соединенное королевство! Эту превосходную цифру следует сравнить с массовым оттоком прямых иностранных инвестиций из США: в этой стране прямые иностранные инвестиции действительно упали до 40 миллиардов USD в 2003 году против 72 миллиардов в 2002 и 167 миллиардов в 2001. Франция действительно продолжает притягивать большое число «классических» прямых иностранных инвестиций (то есть не касающихся «новой экономики»), в особенности потому, что инвестиции в коммерческую недвижимость чувствуют себя здесь очень хорошо, особенно с момента понижения до 5,09% регистрационного сбора при купле-продаже недвижимости.

64. Выводы. Даже если оценка 6 из 7 баллов хороша сама по себе, сложно понять, что не позволяет здесь получить Франции максимальную оценку, особенно если учесть данные других масштабных исследований в данной сфере. Таким образом, остается только вновь удивиться тому, что при всей надежности и серьезности критериев доклада *Doing Business* 2006 года, он не колеблется поставить Францию, страну-участницу большой семерки, на 44 место в рейтинге условий для деловой среды...

§ 6. Анализ главы «Enforcing contracts»: об исполнении договоров

65. Представление главы 7. В главе 7 *Enforcing Contracts* доклада *Doing Business* осуществляется сравнительный анализ эффективности различных судебных систем в сфере принудительного исполнения договоров (исходя из гипотетически равной коммерческой ситуации были исследованы 133 страны).

Тема была названа авторами доклада особенно важной в силу установленной корреляции между количеством коммерческих сделок и эффективностью судебных санкций, без учета того, что французское договорное право выдвигает в качестве основного принцип принудительного исполнения договора в натуре, что может достигаться различными путями. В частности, не была принята в расчет возможность, существующая во французском договорном праве, обеспечить реальное исполнение договора или облегчить применение мер ответственности без подачи судебного иска за счет использования такого инструмента как *аутентичный акт*¹⁰⁴. Это ведет к значительной экономии времени и средств кредитора. Соглашения о неустойке, оговорки об отменительном условии, встречное исполнение и одностороннее расторжение договора при существенном его нарушении – также обладают благоприятным действием в перспективе принудительного исполнения договора.

Если французский подход по рассмотрению коммерческих споров специализированными судами оценивается в докладе скорее позитивно, то принцип

¹⁰² «The overall legal and institutional framework for AML/CFT is comprehensive. France maintains a high level of compliance with the FATF 40+8 Recommendations, and has gone beyond the standard in a number of areas, such as sectoral coverage and reporting requirements for the import and export of monetary instruments. However, further improvements could be achieved in some areas, mainly: the implementation of UN Security Council Special Resolution on terrorism financing (an issue common to other EU countries); the overall quality of suspicious transactions reporting (STR); AML/CFT regulation, supervision and enforcement for sectors other than credit institutions and certain investment firms; and criteria for when financial institutions should exercise increased diligence».

¹⁰³ См. текст данного доклада на www.oecd.org

¹⁰⁴ Удостоверенный нотариусом или иным публичным должностным лицом акт, обладающий повышенной доказательственной и непосредственной исполнительной силой (прим. пер.).

обязательного адвокатского представительства, «характерный для правовых систем французской цивилистической традиции» осуждается как затягивающий процесс и неэффективный! Эта последняя ремарка в очередной раз вызовет удивление любого французского юриста, для которого принцип соблюдения права на защиту с 1977 года относится к числу фундаментальных: он понимается таким образом как в законах Французской Республики, так и в судебной практике Конституционного совета Франции. Именно стремлением обеспечить наилучшую защиту для тяжущихся объясняется, например, недавнее восстановление принципа обязательного представительства в Палате по социальным спорам Кассационного суда (Декрет № 2004-836 от 20 августа 2004 года).

Затем, в докладе противопоставляются богатые страны (главным образом, страны *common law*), где судебное производство содержит небольшое количество стадий, и другие страны (часто – цивилистических правовых традиций) с их процессуальными лабиринтами. Подчеркивается, что подобная процессуальная сложность замедляет и удорожает судебное разбирательство, томнее говоря уже о том, что она служит благоприятной почвой для коррупции. Однако... правовая традиция страны, по мнению авторов доклада, не является ее «судьбой» (*heritage is not destiny*): об этом свидетельствует пример Туниса, страны французской правовой традиции, достаточно бедной, однако представленной в качестве образца эффективности¹⁰⁵.

Доклад, наконец, подчеркивает высокий уровень судебных расходов во Франции (более 23 миллионов долларов, 21 процессуальная стадия и 210 дней в среднем против 17 стадий и... 365 дней в Соединенных штатах)¹⁰⁶.

66. Недостатки главы 7. Эти утверждения требуют значительных оговорок. Так, ничего не говорится ни об общей стоимости правосудия в Соединенных штатах, ни о количестве адвокатов, ни о размере их гонораров, которые во Франции гораздо меньше по сравнению с существующими в США или даже в Великобритании¹⁰⁷. Еще более важно то, что эти искаженные цифры показывают, до какой степени авторы этого доклада стремятся инструментализировать право с единственной целью экономического благополучия и в ущерб, если потребуется, фундаментальным требованиям справедливого процесса¹⁰⁸. Наконец, они упускают из виду важные изменения современного французского права, которые нацелены на ускорение исполнительных процедуры. В частности, имеется в виду реформа способов исполнения в отношении движимых вещей, которая поощряет продажу имущества по соглашению сторон или еще – признание на законодательном уровне условия о залоге, предусматриваемое предварительным проектом реформы обеспечительных мер в отношении как движимого, так и недвижимого имущества. Чуть дальше мы вернемся к вопросу об экономической привлекательности французского договорного права¹⁰⁹.

¹⁰⁵ См. об этом образце: N : Ferchiou, «La Tunisie est-elle un exemple à suivre en matière de droit des contrats» in *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, coll. «Thèmes et commentaires», Paris, Dalloz, 2005, p. 55 et s.

¹⁰⁶ Ср. доклад 2005 года, который, принимая другие параметры для оценки стоимости и продолжительности процедуры, а именно возможность прибегать к внесудебным процедурам и, в частности, административным процедурам, был вынужден поставить Франции в генеральной классификации не 210 дней, а 75, что, снова, вызывает скепсис относительно научного характера эконометрического метода, избранного для оценки эффективности правовых или судебных систем.

¹⁰⁷ См. в этом отношении цифры, предоставленные мэтром Робером Панардом «Common Law et droit latin : deux systèmes concurrents au service des personnes et des entreprises», *Les Cahiers Techniques*, p. 10. См. дополнительно ниже, глава III, § 2 В.

¹⁰⁸ См. влияние, которое оказал Human Rights Act (этот документ переносит в английское право Европейскую конвенцию прав человека) на реформу гражданского процесса, осуществленную Британской комиссией под председательством лорда Вульфа, одной из целей которой было сокращение расходов и сроков судебного разбирательства. Эта комиссия отвергла чисто состязательную систему в пользу отведения более значимой роли судье при ведении им процесса (то есть, речь шла о восприятии некоторых элементов инквизиционной модели процесса, существующей в странах цивилистических правовых традиций), проведя, таким образом, знаковое сближение с континентальным процессом.

¹⁰⁹ См. ниже, глава III, § 2.

§ 7. Анализ главы «Closing a business»: о правовом регулировании несостоятельности

67. Представление главы 8. Восьмая и последняя глава доклада *Doing Business* касается ликвидации предприятий (*closing a business*), прежде всего, в рамках процедур банкротства. Анализ правовых систем в сфере производства по распределению имущества несостоятельного должника основывается на различных критериях (приоритет, отдаваемый кредиторам по обеспеченным обязательствам; полномочия судей; продолжительность производства; затраты). Доклад 2005 года уклонился от использования некоторых из этих критериев, видимо, посчитав их нечеткими. Эта глава – одна из самых жестких по отношению к Франции, представляет ее правовое регулирование несостоятельности в самых черных красках. Здесь сразу следует отметить, что французское право активно эволюционирует в данной сфере и что новые правила производства по распределению имущества несостоятельного должника, введенные законом № 2005-845 от 26 июля 2005 года, вступили в силу 1 января 2006 года.

68. Банкротство отеля с 201 сотрудниками. При анализе авторы доклада исходят из искусственно определенной гипотезы: предприятие, существующее в форме общества с ограниченной ответственностью, управляет находящимся в его собственности отелем, выступает работодателем для 201 сотрудника, имеет 50 поставщиков и является должником по кредиту, предоставленному банком под залог здания, в котором находится отель.

Три показателя взяты в расчет в версии доклада 2005 года (основываясь на докладе 2004 года):

1. Время (выраженное в годах), необходимое для завершения производства;
2. Стоимость производства (выраженная в процентном отношении к стоимости имущества, выступающего объектом производства по распределению между кредиторами несостоятельного должника);
3. Коэффициент взыскания по долгам (выраженный в центах, полученных кредитором с одного доллара).

Взятые показатели значительно отличаются от приведенных в докладе 2004, который делал упор на преимущества, которые закреплены за кредиторами по обеспеченным обязательствам, и на полномочиях судьи в ходе производства. Критерий размера погашения долгов перед кредиторами в нем отсутствовал. Таким образом, всякое сравнение между докладом 2004 и докладом 2005 года бесполезно.

69. Данные в отношении Франции. Доклад 2005 года содержит в отношении Франции следующие данные:

- 1,9 года необходимо для завершения производства по распределению имущества несостоятельного должника (что на 6 месяцев меньше цифры, полученной в версии 2004);
- 8 % от стоимости имущества ликвидируемого предприятия составляют процессуальные издержки¹¹⁰;
- кредиторы получают в среднем 46,6 центов с каждого причитающегося доллара (что означает – 46,6 % от размера их требований).

Эти цифры следует сравнить со средними показателями для стран *OCDE*:

- 1,7 года для завершения производства по распределению имущества;
- 6,8 % от стоимости имущества ликвидируемого предприятия составляют процессуальные издержки;
- кредиторы получают в среднем 72,1 % своего долга.

Средние показатели для стран «Европы и Центральной Азии»¹¹¹:

¹¹⁰ Что на 10% меньше, чем цифра в версии 2004 года. Это изменение сложно понять и оно никак не поясняется в докладе.

- 3,8 года для завершения производства по распределению имущества;
- 13 % от стоимости имущества ликвидируемого предприятия составляют процессуальные издержки;
- кредиторы получают 28,6 % своего долга.

Предоставив эти данные, *snapshot of business environment – France* (краткий обзор деловой среды – Франция), расположенный на интернет-сайте Всемирного банка, последний предлагает для раздела *Closing a business* ссылку на *detailed data on France* (подробная информация по Франции), ссылку, которая ограничивается отображением страницы с информацией аналогичной той, которая содержится на предыдущей странице, не предоставляя, следовательно, больших подробностей. Надеемся, что она будет реализована в будущем.

В отношении коэффициента взыскания долгов, расчет доклада *Doing Business* строится по следующей схеме:

- если предприятие не осуществляет свою деятельность во время производства по делу о банкротстве, то коэффициент рассчитывается исходя не из доллара, но только из 70 центов;
- затем вычитается стоимость производства;
- полученная сумма, наконец, обновляется, чтобы принять в расчет продолжительность производства¹¹².

Результат, полученный для Франции (46,6%) является относительно неплохим, особенно если принять во внимание продолжительность производства (более быстрого чем, например, в США) и процессуальные издержки (ниже на 10 %).

Представляется, что полученный по Франции результат исходит в большой степени из расчета, осуществляемого на основе 70 центов в случае, когда предприятие прекращает свою деятельность. Последнее требует нескольких замечаний. Во-первых, в большинстве случаев судебное производство по делам о несостоятельности осуществляется во Франции, когда предприятие уже прекратило свою деятельность, что приводит к значительному понижению французских результатов, так как коэффициент рассчитывается здесь из базы в 70 центов. Во-вторых, основание для использования базы в 70 центов кажется сомнительным: почему расчет не велся исходя из базы в 100 центов? Ведь, в конце концов, в расчет принимается только возмещение долга кредитору? В-третьих, данный коэффициент взыскания не учитывает возможности кредитора по осуществлению своих вещных прав (зарезервированной собственности или фидуциарной собственности) и использованию некоторых привилегий¹¹³. Отсюда возникает чувство, что коэффициент взыскания долга в 46% от общей его суммы является лишь плохо взвешенной средней величиной между результатом в отношении кредиторов по обеспеченным требованиям (предполагаемо весьма высоким) и кредиторов по необеспеченным требованиям (разумеется, гораздо более низким): однако такая средняя величина не имеет никакой научной или практической ценности.

70. Множественность задач производства по распределению имущества несостоятельного должника. Можно отметить, что авторы доклада *Doing Business* делают акцент на защите при производстве о несостоятельности интересов банков, точно также, как в главе, посвященная трудовому праву, они озабочены, прежде всего, положением работодателя. Конечно, здесь идет речь о важнейшем и историческом приоритете всякого производства о несостоятельности, который заключается в обеспечении погашения задолженности: возможность кредитора вернуть свой долг в случае производства по распределению имущества несостоятельного должника выступает в качестве фундаментального элемента по предупреждению эффекта «домино» – цепных банкротств.

¹¹¹ Сложно понять логику объединения в докладе стран из этих двух регионов мира: между двумя этими группами стран не существует общего производства по распределению имущества несостоятельного должника, как оно не существует в полноценном объеме даже в рамках Европейского Союза.

¹¹² Обесценение определяется исходя из процентных ставок, предоставляемых центральными банками и МВФ.

¹¹³ См. выше, п. 54 и последующие.

Однако содержательные характеристики производства о несостоятельности могут влиять и другие, дополнительные принципы как, например, приоритетность погашения задолженности перед определенной категорией кредиторов, к которой обычно относятся работники несостоятельного должника, или обеспечение сохранения предприятия (и, следовательно – занятости).

Правовое регулирование производства из несостоятельности во Франции понимается, прежде всего, в исторической перспективе, что обходится молчанием в докладе. До 1985 года большинство производств о несостоятельности (около 90 %) приводили к ликвидации предприятия на основании закона от 13 июля 1967 года. Обширная реформа правового регулирования производства о несостоятельности была осуществлена в результате принятия закона от 25 января 1985 года. Согласно абзацу 1 статьи 1 этого закона, устанавливаемая процедура судебного восстановления платежеспособности была «предназначена для того, чтобы позволить сохранить предприятие, его деятельность и занятость, а также – ликвидировать задолженность по счетам». Таким образом, ликвидация задолженности больше не являлась абсолютным приоритетом, что на деле привело к опрометчивому принесению в жертву прав кредиторов, в особенности тех из них, чьи требования были обеспечены вещными обеспечительными мерами. Тем не менее, в противоположность утверждениям доклада 2004 года, обеспечение занятости никогда не была «*top priority*» (высшим приоритетом), но составляла лишь одну из целей регулирования в сфере несостоятельности.

Особенно важно то, что доклад *Doing Business* практически оставил без внимания изменения, произошедшие в данной области в течение двух последних десятилетий. Уже закон от 10 июня 1994 года восстановил положение кредиторов, чьи требования были обеспечены традиционными вещными обеспечительными мерами, настолько, что стало возможным говорить о «расцвете вещных обеспечительных мер»¹¹⁴. Так, например, статья L. 621-32 Торгового кодекса Франции обоснованно предусматривает приоритет кредиторов, чьи требования обеспечены вещными обеспечительными мерами, над обычными кредиторами при открытии производства по распределению имущества несостоятельного должника. Следуя этой же логике, абзац 3 статьи L. 621-96 Торгового кодекса Франции предусматривает, что «бремя особых обеспечительных мер в отношении движимого и недвижимого имущества, гарантирующих возврат кредита, выданного предприятию на приобретение этого имущества, переходит на его приобретателя». Здесь же можно назвать статью L. 621-122 того же кодекса, которая облегчает виндикацию имущества, обремененного оговоркой о сохранении права собственности за продавцом до полной уплаты покупной цены.

71. Недавние изменения, благоприятные для кредиторов и способствующие мирному разрешению разногласий. Недавние изменения во французском праве, вводимые Ордонансом от 24 февраля 2005 года, который обязан своим появлением европейской директиве (Директива № 2002/47/СЕ от 6 июня 2002 года¹¹⁵), значительно улучшили защиту кредиторов и, в частности, банков при открытии производства по распределению имущества несостоятельного должника в отношении финансовых инструментов, являющихся составной частью гарантии¹¹⁶.

В целом, недавние реформы отдают преимущество мировым соглашениям кредиторов с должником, направленным на предупреждение неплатежеспособности. Следуя по пути, проложенному законом от 1 марта 1984 года, закон об охране предприятий от 26 июля 2005 года, устанавливает новую процедуру, называемую «примирением»¹¹⁷, которая

¹¹⁴ M. Cabrillac et Ph. Pétel, «Le printemps des suretés réelles?», D., 1994, chron. p. 243 et s.

¹¹⁵ См. JOCE от 27 июня 2002 года, с. 43

¹¹⁶ J.-J. Daigre, «Créances bancaires et créances ordinaires dans la faillite du client : vers deux poids, deux mesures ?», RDBF, Juill.-aout 2005, p. 3.

¹¹⁷ См. для общего представления: S. Piedelievre, «La loi de sauvegarde des entreprises», JCP, éd. N., 2005, 1397 ; P.- M. Le Corre, «Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises», D., 2005, cahier spécial, 22 sept. 2005 ; Ph. Pétel, «Le nouveau droit des entreprises en difficultés», JCP, éd. E, 2005, n. 1509 ; D. Legeais, RD bancaire et

усовершенствовала прежний механизм заключения мирового соглашения, вступив в силу 1 января 2006 года.

Краткое изложение мотивов этого закона указывает на то, что правовое регулирование несостоятельности, основанное на законах от 1 марта 1984 года и 25 января 1985 года, требовало модернизации, поскольку оно «руководствовалось принципом регулируемой экономики, что приводило к массовой национализации и вмешательству государства в жизнь предприятий, характеризуясь существенным сокращением прав кредиторов в пользу стремления любой ценой спасти как можно большее число предприятий, находящихся в затруднительном положении, и в недостаточном внимании к целям и ходу производства по распределению имущества несостоятельных должников¹¹⁸». Одной из наиболее примечательных мер закона от 26 июля 2005 года является введение новой обеспечительной процедуры, которая позволяет судебное вмешательство до возникновения явных признаков неплатежеспособности в целях заблаговременного предупреждения финансовых трудностей. Ее дух не сильно отличается от так называемых американских процедур предварительного обеспечения интересов кредиторов *Chapter Eleven*. При этом создаются комитеты кредиторов, которые соответствуют не только американским аналогам, но и объединяют всех кредиторов одного должника, как это существовало во французской традиции до закона от 25 января 1985 года.

Хотя доклады *Doing Business* 2004 и 2005 годов основываются, главным образом, на практических ситуациях для получения данных для анализа, их некоторые пассажи вызывают, тем не менее, недоумение. Доклад 2004 года начинается с исторического анализа правового регулирования процедур по распределению имущества несостоятельного должника в различных странах. Однако полезность описания правового регулирования производства по делам о несостоятельности в средневековую эпоху для осуществления позитивистского экономического анализа понимается с трудом. Затем, если и следовать такому историческому демаршу, то нельзя оставаться на том поверхностном уровне, характерном для доклада 2004 года. Наконец, подобное историческое описание является не только скучным, но и, чаще всего, ошибочным. Приведем два примера: 1. Написано: «*In French medieval cities, bankrupts were required to wear a green cap at all times, and anyone could throw stones at them*» (во французских средневековых городах банкроты должны были постоянно носить зеленый колпак и всякий мог бросать в них камни). Тем не менее, такое публичное побитие камнями никогда не существовало во Франции, даже в средневековую эпоху¹¹⁹... 2. Равным образом можно прочесть в версии доклада 2004 года, что в сфере производства по распределению имущества несостоятельного должника «*French and socialist legal traditions favor taxes and labor*» (системы французской и социалистической правовой культуры благоприятствовали взысканию налогов и заработной платы). Тем не менее, авторам докладов следовало бы здесь быть более осмотрительными в подобных безапелляционных суждениях. Французская правовая традиция благоприятствовала не только сохранению занятости, но сохранению занятости и предприятия одновременно, так как очевидно, что занятость может сохраняться только вместе с предприятием. Поэтому, закон от 25 января 1985 года, который считался благоприятствующим занятости, был направлен, прежде всего, на облегчение продажи предприятия полностью или его части на специализированном рынке для того, чтобы обеспечить, насколько это возможно, сохранение занятости на данном предприятии. С этой точки зрения французское законодательство находится в ряду правовых систем многих европейских стран, озабоченных сохранением занятости, что доказывают недавние исследования под эгидой

financier, sept./oct. 2005, n. 162 ; F.-X. Lucas, «Aperçu de la réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises», Bull. July, 2005, p. 1181 et s.

¹¹⁸ Дискуссия по этому поводу см., например: С. Saint-Alary Houin, «Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ?», Droit et patrimoine, janvier 2005, p. 24 et s.

¹¹⁹ На французское средневековое правовое регулирование банкротства долгое время оказывало влияние итальянское право вплоть до реформы, проведенной в 16 веке, ср., J. Hilaire, Introduction historique au droit commercial, Paris, PUF, 1986, p. 305 et s.

Торгово-промышленной палаты Парижа, опровергающие некоторые общепринятые представления в данной области¹²⁰.

¹²⁰ «Les procédures d'insolvabilité en Italie, en Belgique, en Allemagne» in La lettre de l'observatoire des entreprises en difficulté, juin 2004 ; «Les procédures d'insolvabilité en Grande Bretagne, aux Etats-Unis» in La lettre de l'observatoire des entreprises en difficulté, mars 2005.

Глава III. Преимущества французской правовой системы, основанной на цивилистических традициях

72. Анализ характерных свойств правовой системы, основанной на цивилистических традициях. Проведя критический анализ различных глав докладов *Doing Business*, следует теперь выйти из дискуссии, шаг за шагом ведущейся до настоящего момента.

Взглянув со стороны, мы сразу отвергнем здесь слишком резкий дихотомический взгляд авторов докладов, с одной стороны, на правовые системы общего права и, с другой стороны, на «французскую цивилистическую традицию» (хотя по эту сторону Атлантики чаще говорят о романо-германской правовой семье), также как и категорические суждения, касающиеся экономической эффективности каждой из этих правовых традиций, которые вытекают из карикатурного видения проблемы.

Слишком схематичное представление докладов совершенно не принимает во внимание феномены взаимодействия¹²¹ и взаимопроникновения¹²², которые делают возможным сосуществование двух традиций в рамках одной правовой системы. Уже неоднократно приводились доказательства того, что институт, рожденный в рамках одной из двух систем, может быть воспринят, посредством определенных адаптаций, другой системой: чек, лизинг или доверительное управление имуществом, вдохновленное трастом, являются примерами успешных заимствований из общего права, осуществленных странами права гражданского. И, напротив, Англия в ноябре 2004 года приняла *Housing Act*, который, начиная с 2007 года, обязывает каждого продавца собирать при помощи *Home inspector* подробный *home information pack*, содержащий исчерпывающую информацию о правовых и экологических характеристиках продаваемой недвижимости, а также – сведения о ее безопасности¹²³. Данный «информационный пакет», основанный на французском опыте, обязывает получать заключения о площади недвижимости, об отсутствии в строительных материалах асбеста и свинца и т.д., причем, количество требуемых заключений постоянно растет. Некоторые штаты США даже ввели так называемых «*цивилистических нотариусов*» по примеру модели латинского нотариата¹²⁴, а Израиль готовится принять полноценный гражданский кодекс, что представляет собой значительный разрыв с традициями *common law*. Данные феномены, уже давно отмеченные компаративистами, сегодня еще более усиливаются в рамках перманентного процесса интернационализации и европеизации права¹²⁵. Практически никто больше не отстаивает идею самодостаточности национальной правовой системы, а использование сравнительно-правового метода, как в процессе законотворческой деятельности, так и при развитии судебной практики, становится все более и более неизбежным.

Тем не менее, поскольку национальное право является «стратегической ценностью», связанной с могуществом нации, постольку желание его защитить научным образом от необоснованных атак будет вполне легитимным.

С этой целью нам представляется важным встать на путь нового анализа характерных свойств французской цивилистической традиции. В самом деле, подобный анализ остается довольно невнятным, и если он не был углублен до настоящего времени, то только потому, что казалось само собой разумеющимся, что цивилистическая традиция обладает серьезными преимуществами, которые ее защищают от всякой критики. По правде говоря, следует поблагодарить доклады *Doing Business* за то, что они спровоцировали мощную

¹²¹ См., V. B. Mallet-Bricout, «Libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil», RIDC, 4-2004, pp. 865-888.

¹²² См. указ. исследование Государственного Совета.

¹²³ См. в отношении *Home information pack* досье, размещенное на www.odpm.gov.uk

¹²⁴ B. Reynis, «Des notaires sous la common law : les “civil law notaries” des USA», JPC, éd. N., 2003, pp. 504-510.

¹²⁵ О сходствах между английским и французским правом и об обновленном видении их противоречий см.: V. B. Markesinis, «Constructions de systèmes et résolution de problèmes concrets. Occasions manquées et naissantes pour une convergence méthodologique entre le droit français et le droit anglais», RTD civ., 2005, p. 47.

рефлексию по поводу достоинств этой традиции. В этом смысле, стоит обратить внимание на colloquium, прошедший 30 ноября 2004 года, на котором обсуждался вопрос: «Французская правовая модель: препятствие экономическому развитию?»¹²⁶, также как и на выход научного сборника «Оценка экономической эффективности права», которые представляют значительный интерес¹²⁷.

73. План. В данной главе будут детально представлены организационные и содержательные преимущества французской правовой системы с надеждой на то, что юрист большой семьи романо-германского права обнаружит здесь несколько дополнительных объяснений большой цивилистической традиции «любви к праву»¹²⁸.

§ 1. Организационные преимущества

74. Доступность, безопасность и гибкость: новый цивилистический лозунг? Может быть, стоит напомнить, что Иеремия Бентам написал 30 октября 1811 года открытое письмо Президенту США Джеймсу Мэдисону, чтобы внушить последнему мысль о необходимости принятия Кодекса на французский манер¹²⁹. Нет сомнений, что качества гражданского права устраивали такого известного утилитариста как Бентам!

Доступность права, его безопасность и гибкость, как нам представляется, образуют три основных организационных преимущества кодифицированных правовых систем. Тем не менее, доклады *Doing Business* удивительным образом обошли молчанием первые два и с ходу отвергли третье преимущество: неоднократно в них осуждается жесткость, которую, как полагают их авторы, можно поставить в вину системам *писанного права*, чья законодательная техника вызывает правовой склероз, поскольку закон быстро утрачивает силу.

А. Доступность

75. Энергия и актуальность кодификации. Французская правовая система, основанная на цивилистических традициях, основана в организационном плане на кодификации. Кодифицировать право – значит его рационализировать, упорядочить, иерархизировать – сделать его, в конечном счете, доступным для всех: столько необходимых качеств для любой правовой системы¹³⁰.

Лучшее доказательство тому заключается в том, что когда англо-американские эксперты консультировали страны Центральной и Восточной Европы при разработке в них нового гражданского законодательства, они предлагали, также как консультанты из стран континентального права, использование метода кодификации. Нельзя было предложить другого способа. В тех странах, которые должны в несколько лет или десятилетий приспособить свои институты к рыночной экономике, единственно действенным инструментом будет оставаться кодификация. Призванные сделать шаг вперед, судьи в этих

¹²⁶ См. документы colloquiuma, проведенного 30 ноября 2004 Фондом политических инноваций: F. Rouvillois, *Le modèle juridique français : une obstacle au développement économique ?*, coll. «Thèmes et commentaires», Paris, Dalloz, 2005.

¹²⁷ G. Canivet, M.-A. Frison-Roche et M. Klein, *Mesurer l'efficience économique du droit*, coll. «Droit et économie», LGDJ, 2005.

¹²⁸ Выражение заимствовано из названия работы профессора Карбонье: *Droit et passion du droit sous la Ve république*, Paris, PUF, 1996.

¹²⁹ Сам Бентам был автором работы *Traité de législation civile et pénale*, изданной в 1802 году.

¹³⁰ Ср. Xavier de Roux (вице-президент Комиссии по законам Национального собрания, старший партнер кабинета Жид Луарет Нуэль), «Le Code civil reste un outil privilégié» (*La Tribune*, 18 mars 2004) : «Гражданский кодекс порождает, прежде всего, правовую безопасность, он умеет приспосабливаться к изменениям в обществе. Легкий для чтения, ясный в своих формулировках, он уже по своей природе имеет демократическую сущность. Используемый им метод не просто является тому подтверждением, он должен стать образцом для законодателя. Отныне кодекс можно найти в Интернете на английском и испанском языках. Для юриста он должен оставаться приоритетным орудием».

странах смогут основывать свои решения только на писанных нормах, отвечающих новой системе координат, в которой оказались их общества, а не на судебных прецедентах, требующих длительного поступательного развития¹³¹. В периоды кардинального перелома судьи более чем когда-либо нуждаются в точных, объективных и доступных точках отсчета, которые с необходимостью определяются кодифицированным правом.

Это в высшей степени справедливо для стран, которые не имеют развитых правовых традиций в их позитивном понимании ни на законодательном, ни, тем более, на судебном уровне (большая часть стран Дальнего Востока). Они выступают носителями цивилизации, идеал которой выражается не в порядке, устанавливаемом нормой права (законом или судебным решением) и обеспеченном государственным принуждением, но – в гармонии социальных отношений, соблюдение которой обеспечивается *моральным* осуждением, которое падет на всякого, кто нарушает сложившийся социальный консенсус¹³². Поэтому, следуя за развитием общества, такие страны как Китай и Вьетнам предприняли попытку принятия Гражданского кодекса. Гораздо раньше – на заре *эры Мейджи* – Япония гарантировала путем принятия Гражданского кодекса свое вступление в современную правовую эпоху¹³³.

Наконец, в основе искушения многих ученых и практиков общеевропейским Гражданским кодексом лежит стремление к общеевропейскому праву, упорядоченному и просветленному как по форме, так и по содержанию¹³⁴. Такая тенденция является, в частности, реакцией на довольно хаотичное развитие права ЕС, которое страдает как от недостатков европейских регламентов, так и различий судебной практики в странах Евросоюза, не говоря уже о дефиците демократизма при принятии законодательных решений¹³⁵ в отсутствие подлинного законодательного контроля на наднациональном уровне.

76. Неконституционность чрезмерно сложного законодательства. Доступность позитивного права – это явление не только материального, но также и интеллектуального порядка. Поэтому, требования доступности и понятности закона образуют в совокупности приоритеты, имеющие конституционное значение¹³⁶, реализация которых придает

¹³¹ Напротив, английское общее право было основано на преемственности. Дитя опыта, оно никогда не порывало с прошлым.

¹³² См. Giri в Японии. Более общую информацию см.: R. David et C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 11 éd., Paris, Dalloz, 2002 ; *L'influence du Code civil dans le monde*, Travaux de la Semaine Internationale de Droit, Association Henri Capitant pour la Culture Juridique Française et Société de législation comparée, Paris, Pédone, 1950, 1954 ; *La circulation du modèle juridique français*, Travaux de Association Henri Capitant, tome XLIV, Journées franco-italiennes de 1993, Paris, Litec 1994 ; M. Grimaldi, «L'exportation du Code civil» in *Le Code civil*, Rev. Pouvoirs, n. 107, 2003, p. 80 et s.

¹³³ R. David et C. Jauffret-Spinozi, *op. cit.*, n. 460.

¹³⁴ В настоящее время неясно, какая модель будет избрана для общеевропейской кодификации, что делает дискуссионными многие вопросы: ГК Евросоюза, который устранил бы ГК отдельных стран ЕС или действовал бы дополнительно к ним (единственно разумное решение сегодня); полноценный ГК или кодекс, регулирующий лишь отдельные гражданско-правовые институты, например, вещные права или только обязательства и договоры, или же ограничивающийся только вопросами международного частного права; ГК императивного или диспозитивного характера, и в последнем случае, с возможностью или нет для сторон договориться о применении его норм. Об этом гипотетическом общеевропейском ГК, см., в частности: G. Cornu, «Un Code civil n'est pas un instrument communautaire», D., 2002, 351 ; B. Fauvarque-Cosson, «Vers un Code civil européen ?», RTD civ., 2002, 463 ; Y. Lequette, «Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. Von Bar», D., 2002, 2202 ; Ph. Malinvaud, «Réponse – hors délai – à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats», D., 2002.2524 ; Cl. Witz, «Plaidoyer pour un Code européen des obligations», D., 2000, 79 ; «L'influence des codifications nouvelles sur le Code civil de demain», in *Livre du bicentenaire*, p. 687 et s.

¹³⁵ См. ниже, п. 80.

¹³⁶ Décision n. 99-421 DC du 16 déc. 1999, [http : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99421dc.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99421dc.htm). Рассматривая вопрос о конституционности закона, разрешающего опубликование новых законов посредством издания Ордонанса, Конституционный Совет Франции провозгласил «задачей конституционного значения доступность и понятность закона» на том основании, что «равенство перед законом, провозглашенное статьей 6 Декларации прав человека и гражданина и гарантия реализации прав, требуемая статьей 16 Декларации, стали бы неэффективными, если бы граждане не располагали достаточным знанием применимых к ним норм; что

цивилистической правовой традиции подлинно демократический характер. Следуя данной логике, 29 декабря 2005 года Конституционный Совет Франции расширил пределы конституционного контроля, признав за собой право исключать действие чрезмерно сложных законов, которые передаются на его рассмотрение¹³⁷. Такой подход означает неопровержимое доказательство того, что закон в рамках цивилистической правовой традиции обязан, в силу Конституции, быть простым!

1. Материальная доступность: знание нормы

77. Кодифицированное собрание законов приближает человека к праву. Очевидно, что норма, содержащаяся в тексте закона или кодекса, является более доступной чем та, которую следует извлекать из судебных решений, пространных и часто мало определенных в отношении сферы и значения нормы, которую они содержат (неписаная норма иногда становится объектом нескольких слоев судебного толкования, что, иногда, делает ее малопонятной до вмешательства закона). По правде говоря, *common law* почти не доступно непосвященному. Хотя судебные решения легко читаются, их внешняя простота является обманчивой: чтобы извлечь норму права (*ratio decidendi*), следует быть настоящим экспертом. Поэтому, сегодня одно из крупнейших препятствий, которое в своем развитии должно преодолеть *common law*, заключается в избытке информации, угрожающем

такое знание является, к тому же, необходимым условием для осуществления прав и свобод, гарантированных как статьей 4 Декларации, на основании которой реализация прав и свобод может быть ограничена только на основании закона, так и статьей 5 Декларации, в соответствии с которой «может осуществляться все, что не запрещено законом, и никто не может быть принужден к тому, что закон не предписывает». По этому решению, воспроизводящему политическую концепцию, согласно которой доступность и понятность закона гарантируют не только принцип равенства граждан перед законом, но также эффективность связи между лицом и государством» (см., в частности: M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, «Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi», D., 2000, 361). Интерпретируемый в свете Постановления Конституционного Совета Франции и его подготовительных материалов, этот закон предусматривает, таким образом, две конституционные обязанности законодателя: с одной стороны, законодатель должен обеспечить материальную доступность правовых норм и, с другой стороны – их понятность. В этом отношении закон от 12 апреля 2000 года «О доступе к правовым нормам» увеличивает обязанности государства, предусматривая, в частности, следующее: «Административные органы обязаны организовать простой доступ к правовым нормам, которые они принимают. Предоставление и распространение правовых актов являются задачей публичной службы, контроль за надлежащим исполнением которой возлагается на административные органы». В то же время, насколько требование доступности может считаться конституционным принципом, настолько требование понятности закона представляет собой лишь «задачу конституционного значения», так как «совершенная ясность правовых норм означала бы смерть для толкования: толкование права является, как для судьи по гражданским (статья 4 Гражданского кодекса), так и по уголовным (с оговоркой статьи 111-4 Национального уголовного кодекса) делам, обязанностью, которая также могла бы быть возведена в конституционный принцип» (Jean Carbonnier, Droit civil, Introduction, 27 éd., coll. «Thémis», PUF, 2002, p. 241).

¹³⁷ Décision n. 2005-530 DC du 29 déc. 2005, «Loi de finances pour 2006» (www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2005/2005530/2005530dc.htm). Данным Постановлением Конституционный Совет Франции признал неконституционной статью 78 Закона о бюджете на 2006 год, которая устанавливала максимальный потолок налоговых льгот, по причине ее чрезвычайной сложности, которую не может оправдать никакой публичный интерес. В мотивировочной части данного постановления указано, в частности, следующее: «77. Принимая во внимание, что равенство перед законом, провозглашенное статьей 6 Декларации 1789 года и «гарантия реализации прав», требуемая статьей 16 Декларации, стали бы неэффективными, если бы граждане не обладали достаточным знанием применимых к ним норм и если бы эти нормы представляли чрезвычайную сложность при оценке их значения адресатами таких норм; что, в частности, право на обжалование могло бы быть этим ущемлено; что подобная сложность закона ограничивала бы осуществление прав и свобод, гарантированных как статьей 4 Декларации, на основании которой оно может ограничиваться только на основании закона, так и статьей 5 Декларации, согласно которой «может осуществляться все, что не запрещено законом и никто не может быть принужден к тому, что им не предписывается»; 78. Принимая во внимание, что в области налогообложения закон, когда он достигает такого уровня сложности, что становится непонятным для гражданина, противоречит также статье 14 Декларации 1789 года, в соответствии с которой: «Граждане имеют право устанавливать лично или через своих представителей необходимость государственного налогообложения, свободно соглашаться с ним, следить за его осуществлением и определять его размер, основание, порядок взимание и периодичность».

равновесию всей системы даже в большей степени, чем обилие законов и подзаконных актов в странах цивилистической правовой традиции. Так, в предисловии к своей работе, показательно озаглавленной *Английское частное право*, профессор Оксфордского университета Питер Биркс отмечает, что «наибольшей проблемой, которую должно разрешить *common law* в начале нового века, является переизбыток информации» («*information overload*»). Количество судебных решений, отныне доступных в глобальной сети Интернет, «подвергает традиционные методы *common law* «огромному стрессу», приводя к тому, что «сама доктрина судебного прецедента начинает разрушаться в условиях, когда прецеденты становятся настолько большими и частыми¹³⁸». Кроме того, даже в странах общего права законы стремительно размножаются, что изменяет прежнюю, традиционную картину: согласно отчету, представленному английской *Plain language commission*, «правительство несет ответственность за стремительный рост объема законодательства – более 2000 страниц новых законов в 1991 году. Однако оно не сделало ничего для того, чтобы новый закон стал более понятным¹³⁹».

Столько причин для того, чтобы модель *common law* стала малоэкспортимой.

Впрочем, многие правоведы из стран системы общего права, использующие технику кодификации в целях разъяснения права, прекрасно это осознают. В США, равно как и в Соединенном королевстве, значительный рост количества законов объясняет распространение официальных и частных компиляций, иногда даже обозначаемых как кодексы (или также *Revised laws* или *Consolidated Laws*) или *restatements of the law*, направленных на облегчение доступа тяжущихся к судебной практике, слишком изощренной и утонченной для простого понимания. Тем не менее, используемая терминология не должна вводить в заблуждение: эти кодексы, часто составленные по схеме мало понятной цивилисту, не направлены на законодательную реконструкцию соответствующей правовой области. Работы по консолидации судебной практики и законодательства ни в коем случае не могут служить здесь отправной точкой для разработки или развития нового права¹⁴⁰. В этом отношении, у таких компиляций гораздо меньше амбиций, чем даже у так называемых «рабочих» или «административных» кодификаций, нередко проводимых в странах гражданского права. Поскольку такие рабочие кодификации осуществляются в течение нескольких лет¹⁴¹ и не ограничиваются простым нагромождением законодательных текстов, но занимаются их упорядочиванием. Нередко работа по «административному» упорядочиванию законодательства обнаруживает пробелы и противоречия в позитивном

¹³⁸ OUP Oxford 2000, vol. I, xxix. V; E. McKendrick, «The Common Law at work: the Saga of Alfred McAlpine Construction Ltd v. Panatown Ltd», Oxford University Commonwealth Law Journal, 2003, vol. 3, n. 2, p. 145. Автор отмечает, что научные труды и судебные решения переполнены необязательными ссылками на судебные постановления, также как и на «*academic writings*». Что еще хуже: «возобладал принцип «случая» и утрачено общее правило... Жизнь превращается в джунгли отдельных производств, где невозможно больше отыскать цель или принцип, которые руководят ими». (стр. 145 и 146). Еще можно отметить, в этом отношении, речь лорда Брука, произнесенную на конференции в Мельбурне в апреле 2003 года (<http://www.dca.gov.au/judicial/speeches/ljb150403.htm>). Подчеркивая ключевую роль государства в опубликовании судебных решений, этот известный судья считает, что «Право превратилось бы в хаос, если бы наши решения выносились бы в неведении того, что постановил другой суд по тому же вопросу», одновременно признавая, что доступ к судебным решениям через интернет порождает «*information overload*». Он предостерегает против практики некоторых адвокатов, использующих и злоупотребляющих цитатами постановлений, которые ни приносят ничего нового в право, а только увеличивают объем дел, которые должен прочитать судья, и – обратим внимание авторов докладов Всемирного банка, известных своей заботой об экономических показателях – стоимость разрешения споров.

¹³⁹ Доклад, представленный в 1994 году *Plain language commission*, приводится в работе: *L'influence internationale du droit français, Rapport du Conseil d'Etat, La documentation française*, 2001, p. 26.

¹⁴⁰ R. David et C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 11 éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 343.

¹⁴¹ Около 70 % французских законов систематизированы в кодексы, находящиеся в свободном доступе на сайте www.legifrance.gouv.fr (согласно статистике *Direction des Journaux officiels* на 1 сентября 2002 года, французское право было кодифицированным на уровне 64 %, если брать в расчет только законодательные нормы – показатель, который можно сегодня обоснованно довести до 70 %, учитывая вступление в силу Имущественного кодекса и Финансового кодекса).

праве, намечая в нем основные тенденции. Таким образом, она может подготовить проведение полноценной нормативной кодификации в соответствующей правовой области. Поэтому, представляется справедливым недавнее изобличение одним из известных французских цивилистов «интеллектуального кокетства, рьяно стремящегося отвергнуть рабочую кодификацию: кодекс является незаменимым инструментом, который «приближает человека к праву»¹⁴².

2. Интеллектуальная доступность: понятность нормы

78. Популярный язык великих кодексов. Организационные преимущества французских кодексов единодушно отмечались во все времена. В соответствии с пожеланием своих разработчиков, французский Гражданский кодекс является ясным, понятным наибольшему числу людей. В нем без труда можно найти множество статей, составленных на общеупотребимом французском языке и доступных непосвященным. Такой подход свидетельствует о первичной цели французского законодателя: норма права должна быть немедленно понята теми, кому она предназначена¹⁴³. Именно это позволило ему стать кодексом французского народа¹⁴⁴, тогда как немецкое Гражданское уложение (*BGB*), вступившее в силу в 1900 году, предназначается для профессионалов-юристов, о чем свидетельствует его структура, техника и язык. Там, где немецкое Гражданское уложение говорит ученым языком, французский Гражданский кодекс говорит языком «популярным»¹⁴⁵. Подобная простота и легкость выражений стала также заботой для разработчиков Гражданского кодекса Квебека 1994 года, в проекте которого подчеркивалось намерение сформулировать нормы права, «доступные для понимания «рассудительному гражданину» и лишенные, насколько это возможно, «всякого профессионального жаргона»¹⁴⁶.

Хотя размывание современного законодательства несколько затмило отчетливые грани позитивного права, некоторые тексты французского Гражданского кодекса или нового гражданского кодекса Квебека¹⁴⁷ продолжают оставаться образцами законодательного искусства.

Какая еще страна располагает стройным сводом понятных, обновленных, охватывающих всю совокупность судебных процедур норм, таким как Новый кодекс гражданского судопроизводства, обязанный во многом работам профессоров *Мотульски* и *Корню?*

79. Гений французского языка? Будет разумным задаться здесь вопросом: не являются ли обнаруженные здесь качества законодательных текстов только свойствами французского языка, не из французского ли языка черпает французское право свою ясность?

¹⁴² Ph. Malaurie et P. Morvan, Introduction générale, 1 éd., Defrénois, 2004, n. 118 et n. 123 (Чем большее количество кодексов будет «вбирать в себя» существующие законы, тем меньше будет оставаться «свободных» законодательных актов: право, наконец, окажется «в заточении», что приведет к его лучшему усвоению гражданами»). Ср.: F. Terré, Introduction générale au droit, n. 342 : «La tromperie du droit constant».

¹⁴³ Вот некоторые примеры из Гражданского кодекса Франции: Статья 146: «Нет брака, пока нет согласия»; Статья 554: «Собственность – есть право пользования и распоряжения вещами наиболее абсолютным образом, лишь бы только это не было пользование, запрещенное законами и регламентами»; Статья 1134: «Законно заключенные соглашения заменяют закон для тех, кто их заключил»; Статья 1382: «Всякое действие лица, причиняющее другому лицу ущерб, обязывает лицо, по вине которого он произошел, его возместить». Некоторые знаменитые формулировки ГК даже отложились в народном сознании в виде поговорок, например, текст статьи 815: «Никого нельзя принудить жить в режиме общей собственности».

¹⁴⁴ Один из анекдотов, который недалек от истины, состоит в том, что «у всякого французского крестьянина в 19 веке на ночном столике наравне с Библией лежал Гражданский кодекс Наполеона».

¹⁴⁵ E. Huber (который был отцом Гражданского кодекса Швейцарии) цит. по A. Martin, «Le Code civil dans le canton de Genève», in Livre du centenaire, p. 895.

¹⁴⁶ P.-A. Stéreau, op. cit., p. 28.

¹⁴⁷ Примеры: статьи 1375 и 2805 о добросовестности, ст. 1405 об ущербе или ст. 708 о завещательной дееспособности несовершеннолетнего.

В одном малоизвестном исследовании позитивного права делается вывод, что при адаптации одного и того же проекта европейской конвенции, немецкий закон был вполнину, а французский – в пять раз более коротким закона английского¹⁴⁸. Не это ли знак французского гения в деле написания законов и, в целом, владения языком права¹⁴⁹?

К тому же, недавно, многочисленными представителями различных стран был подписан *Манифест* за использование французского языка в качестве юридического языка Европы. В нем подчеркивается, «что французский язык, как когда-то латынь, является тем языком, который благодаря своему словарному запасу, синтаксису и грамматике предоставляет максимальные гарантии ясности и точности изложения юридических текстов, чье использование сводит к минимуму риски расхождения при толковании»¹⁵⁰. Следует также отметить, что данный манифест во многом опирается на работу профессора Клода Агэжа – «Битва за французский язык»¹⁵¹.

80. Демократическое право. Вдвойне доступное – в материальном и интеллектуальном смысле – французское право является также правом в высшей степени демократическим. Зачастую на этот момент обращается недостаточно внимания: право может считаться демократическим только при двойном условии того, что оно разработано в рамках народного представительства и доступно для всех граждан, включая неспециалистов¹⁵².

Наличие таких ценных качеств у Права, которые, помимо французской, обнаруживаются также и в других правовых системах, основанных на романской правовой культуре, объясняет, почему по данным статистики, полученной университетом Оттавы¹⁵³, более 150 государств, представляющих около 60 % мирового населения, обладают системой писаного права или, по крайней мере, смешанной правовой системой. Такая статистика, хотя она и должна использоваться с особой осторожностью, учитывая сложность классификация по правовым семьям в некоторых случаях, свидетельствует о мировом распространении цивилистической правовой традиции и ее методов. В эпоху, когда позитивное право становится с каждым днем все сложнее из-за умножения его источников (внутренних, европейских, международных) и нестабильности его содержания, когда узкие тропинки познания расширяются до информационных автострад, писаное и упорядоченное право, как оно существует сегодня, дает несомненные преимущества: его легче принимать в расчет, о нем проще получить информацию.

¹⁴⁸ A. Viandier, *Recherches de légistique comparée*, Springer Verlag, 1988, p. 109, n. 10.

¹⁴⁹ См., например, G. Cornu, *Linguistique juridique*, 3 éd., Paris, Monchrestien, 2005 ; G. Cornu, *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, 7 éd., 2005.

¹⁵⁰ Данный *Манифест* подписали: Морис Дрюон из Французской академии, бывший министр, бывший депутат Евросоюза, Отто де Габсбург, бывший депутат Евросоюза, Председатель Всеевропейского союза, Марио Суарес, бывший Президент республики Португалия, Бронислав Жеремек, бывший министр иностранных дел Польши, Симеон де Сакс Кобург, премьер-министр Болгарии, Дора Бикояни, мэр Афин, Адриан Настази, премьер-министр Румынии, Сюзанна Анджелли, бывший министр иностранных дел Италии, Федерико Мэйор, бывший министр образования Испании и депутат Евросоюза, бывший Генеральный директор ЮНЕСКО, Исмаил Кадар, албанский писатель, Киро Глигоров, первый Председатель республики Македония, Антуанетт Шпаак, государственный министр Бельгии, бывший депутат Евросоюза, Абду Диуф, Генеральный секретарь Международной организации франкофонии, бывший президент Сенегала. Текст *Манифеста* доступен на сайте www.village-justice.com

¹⁵¹ Cl. Hagège, *Combat pour le français*, Paris, éd. O. Jacob, 2006.

¹⁵² В этом смысле, далеко неслучайно то, что подобный тип регулирования развился при республиканском режиме государственного устройства, хотя он был глубоко проработан уже при монархическом режиме, следы чего можно найти в *королевской кодификации кутюмов*. Общее право носит, с этой точки зрения, отпечаток монархического типа правления, при котором оно расцвело и который является, по общему правилу, менее восприимчивым к демократическим ценностям.

¹⁵³ Выше, п. 1.

Б. Безопасность

81. Надежное право. Недавно, Департамент отчетов и исследований Государственного Совета Франции указал на качества, «независимые от самого содержания французского права», которые непременно следует поддерживать в ходе законодательной эволюции: «простое, ясное, понятное неспециалистам право последовательных и, значит, предвидимых принципов, использующее собственные абстракции, пригодные для приспособления к эволюционным изменениям»¹⁵⁴.

Французское право действительно обеспечивает высокий уровень юридической безопасности. Продемонстрируем это путем рассмотрения его источников и его духа.

82. Заранее известное содержание норм. По вопросу источников права, английский автор Джон Белл писал, что романская правовая культура и, следовательно, французское право, характеризуются одновременным воздействием законов и кодексов, с одной стороны, теорий и концепций – с другой¹⁵⁵. С одной стороны, хотя судебная практика и была постепенно возведена в ранг вспомогательных источников права, традиция, унаследованная еще от Монтескье и превращающая судью в «уста закона», сохраняется: судье, участвующему в необходимой мере в толковании и развитии правовых норм¹⁵⁶, по-прежнему запрещено выносить подзаконные акты (статья 5 ГК Франции). С другой стороны, принятие правовых норм общего характера предполагает формирование доктриной понятий и концепций, вокруг которых выстраивается и с помощью которых объясняется писаное право.

Таким образом, система писаного права, в которой норма известна заранее и доступна для всех, обеспечивает по сравнению с системой *прецедентного* права, где норма выводится задним числом и только для разрешения отдельного спора, бóльшую безопасность для всех правовых субъектов: норма известна *ab initio*, до своего обнаружения *a posteriori* судьей. Данное концептуальное преимущество влечет и другие, как, например: единообразие в разрешении однородных споров, связанное с общим характером применяемой нормы; меньшую стоимость юрисдикционной системы¹⁵⁷, связанную с меньшим использованием судов¹⁵⁸.

83. Возрастающая роль профилактики правовых конфликтов. По своему духу французское право и системы, основанные на романской правовой традиции, в целом, исходят из того, что предупреждение споров имеет такое же значение, как и их разрешение¹⁵⁹: право должно способствовать общественному миру и спокойствию, как и организовывать порядок «судебного сражения». Процесс воспринимается в большей степени как знак поражения Права, чем свидетельство его триумфа. Именно поэтому, в странах гражданского права обеспечение заблаговременного создания доказательств относится к задачам государства в той же степени, как и организация хорошего правосудия¹⁶⁰: публичная

¹⁵⁴ Исследование, проведенное под эгидой Государственного Совета Франции: *L'influence internationale du droit français*, La documentation française, 2001, p. 103 ; *Travaux de l'Association Henri Capitant, La circulation du modèle juridique français*, Journées franco-italiennes, t. XLIV, 1993 . Cp. D. Fasquelle, «Le regroupement du droit français dans le Monde», *Revue juridique de l'Océan indien*, n. spéc., 2005, p. 217 et s.

¹⁵⁵ John Bell, *French legal cultures*, 2001, цит. по Н. Moutouh, «Le droit et l'influence internationale de la France», in *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, coll. «Thèmes et commentaires», Paris, Dalloz, 2005, p. 81.

¹⁵⁶ См. ниже, § 1 В о судебной практике, которая принесла, с этой точки зрения, необходимую гибкость.

¹⁵⁷ См. ниже, § 2 В об экономических свойствах гражданского права.

¹⁵⁸ В этом смысле см.: R. Panhard, «Common law et droit latin, deux systèmes concurrents au service des entreprises», *Les Cahiers Techniques*, spéc. p. 8.

¹⁵⁹ Любое литературное течение во Франции выражает, существующее во французском обществе, чувство недоверия к судебному процессу. Особенно ярко это отражено в классической французской литературе 17 века. См., например: *Les plaideurs* (Racine) ou *Le chat, la belette et le petit lapin* ou *L'huitre et les plaideurs* (La Fontaine).

¹⁶⁰ Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. 29, n. 230 et 231 : «Внесудебные акты, совершаемые публичными должностными лицами, в действительности направлены на обеспечение беспорных доказательств прав и обязанностей лиц в гражданской сфере. Публичными должностными лицами (*officiers publics*), на которых возлагается бремя составления *аутентичных* актов, являются главным образом: нотариусы, государственные служащие, заведующие реестрами актов гражданского состояния, секретари судов, судебные исполнители».

функция по удостоверению гражданско-правовых актов, возложенная на нотариуса в целях предупреждения споров¹⁶¹, существует наравне с публичной функцией по разрешению споров, возложенная на судью. Советник *Reаль* так охарактеризовал взаимодополняемость нотариата и судов: «...Наряду с должностными лицами, которые улаживают и разрешают споры, интересы безопасности требуют существования иных должностных лиц, которые, будучи незаинтересованными советниками сторон и беспристрастными выразителями их воли, сообщают им об объеме принимаемых обязанностей, четко формулируют их обязательства, придают им достоверный характер и силу решения, не подлежащего обжалованию, увековечивают их память и надежно сохраняют их бумаги, предотвращают появление споров между добросовестными людьми и лишают людей алчных надежды на успех и желания возбудить необоснованный спор. Этими незаинтересованными советниками, беспристрастными выразителями воли... являются нотариусы»¹⁶².

Таким образом, принимая на себя обязательства в присутствии нотариуса – официального свидетеля, осуществляющего от имени государства функцию по удостоверению соглашений частных лиц – стороны обеспечивают себе двойную безопасность: с одной стороны, в силу того, что нотариальный акт обладает исключительной доказательственной силой, каждый из них защищается от недобросовестности другого, который, в отсутствие удостоверения, мог бы оспорить существование, содержание или дату обязательства; с другой стороны, за нотариальным актом признается непосредственная исполнительная сила, выступающая в качестве продолжения силы доказательственной¹⁶³, что позволяет кредитору без обращения к судье получить принудительное исполнение акта против неисправного должника¹⁶⁴.

Непонятно, как при наличии таких преимуществ авторы докладов *Doing Business* могут безапелляционно квалифицировать участие нотариуса как «бесполезное бремя»?

Впрочем, европейское право, в отношении которого никто не заявляет о том, что оно вдохновляется исключительно правом французским, оставляет нотариальному акту присущее ему место, распространяя на него тот же режим принудительного исполнения, как и на судебное решение. Регламент ЕС от 22 декабря 2000 года о судебной компетенции, признании и исполнении решений по гражданским и торговым делам¹⁶⁵ и Регламент ЕС от 21 апреля 2004 года о создании европейского исполнительного листа по бесспорным требованиям¹⁶⁶ признают за ним полную исполнительную силу на общеевропейском уровне. Европейский суд по правам человека в Страсбурге постановил в знаменитом деле *Estima Jorge* от 21 апреля 1998 года¹⁶⁷, что нотариальный акт должен, как и судебное решение, быть исполнен в разумный срок, так как в противном случае происходит нарушение права на справедливое судебное разбирательство в разумный срок, закрепленное статьей 6 Европейской конвенции об охране прав человека и основных свобод: там, где существует система органов, предупреждающих возникновение судебного процесса, праву на справедливое судебное разбирательство, которое включает право на исполнение судебного

¹⁶¹ V. R. Stürner, «L'acte notarié dans le commerce juridique européen», *Rev. dr. comp.*, 1996, p. 315 : автор подчеркивает важность нотариата «для судьбы превентивной юрисдикции в Европе».

¹⁶² Изложение мотивов закона об организации нотариата, см. в: *Destin d'une loi : « Loi du 25 Ventose An XI »*, p. 17 éd. Conseil Supérieur du Notariat, Institut International d'Histoire du Notariat, 2003.

¹⁶³ Именно потому, что право, основанное на нотариальном акте, считается полностью достоверным (бесспорным), существует возможность использования процедур принудительного исполнения без осуществления иного, прежде всего, судебного контроля.

¹⁶⁴ Следует, тем не менее, учитывать, что в правовых системах разных стран далеко не все нотариальные акты обладают исполнительной силой.

¹⁶⁵ Регламент № 44/2001, появившийся как результат развития Конвенции от 27 сентября 1968 года по тем же вопросам, еще называют Брюссель I.

¹⁶⁶ Регламент № 805/2004.

¹⁶⁷ С.Е.Д.Н. 21 avr. 1998, *Estima Jorge c. Portugal* : *Recueil des arrêts et décisions*, 1998-II/495 ; D., 1978. *Somm. Comm.*, obs. FRICERO ; *RTD civ.*, 1998.993, obs. MARGUENAUD. С.Е.Д.Н. 28 oct. 1998, *Peres de Rada Cavanilles c. Espagne* : *Recueil des arrêts et décisions*, 1998-VIII/3242 ; *JCP*, 1999.I.105, n. 21, obs. SUDRE.

решения в разумный срок¹⁶⁸, сопутствует право на справедливое предупреждение процесса, которое, в свою очередь, содержит в себе право на оперативное исполнение нотариального акта¹⁶⁹.

Можно ли говорить о том, что юридическая безопасность противостоит, таким образом, экономической эффективности? Положительный ответ означал бы плохое знание движущей силы решений, принимаемых в Брюсселе, экономическое влияние которых тщательно взвешивается их инициаторами. В действительности, юридическая безопасность и экономическая рациональность могут быть неразрывно связаны.

В. Гибкость

84. Различие нормативной границы и содержания нормы. По мнению авторов докладов *Doing Business*, правовым системам писанного права не доступна гибкость правовых систем, основанных на *прецеденте*. Ставшее общим утверждение, согласно которому *common law* является более гибкими, а кодифицированное право – более жесткими, представляется нам безапелляционным и ошибочным. Хотя на первый взгляд судебная природа *common law* выступает фактором дополнительной гибкости правового регулирования, реальность, на самом деле, зачастую выглядит иначе: в английском праве *прецедентная норма* (даже смягченная и ограниченная техникой разграничения) связывает судей также крепко и даже сильнее, чем нормативные предписания писаного права в отношении судей в странах гражданского права.

Особенно, следует остерегаться распространенной ошибки, которая состоит в выводе о гибком содержании нормы исходя из наличия гибких нормативных рамок (например, судебных в странах общего права) и, наоборот, когда из существования жестких нормативных рамок (например, кодифицированных в гражданском праве) делается заключение о неизбежно жестком содержании нормы. В самом деле, достаточно было бы привести одну статью Гражданского кодекса, провозглашающую принцип неограниченной договорной свободы для того, чтобы методологическая ошибка в подобных рассуждениях стала очевидна¹⁷⁰! В целом, кодифицированное право может эволюционировать и делает это превосходно благодаря трем основным факторам, к которым относятся: жизнеспособность его источников (1), общий характер его норм (2) и их диспозитивный характер (3).

1. *Жизнеспособность источников*

85. Содержательная эволюция Гражданского кодекса. Несмотря на то, что идея единообразной и неизменной кодификации, спрятанной в «священный ковчег» Гражданского кодекса, смогла постепенно перерасти в некий «кодификационный миф», тем не менее, широкие метаморфозы Гражданского кодекса показывают, насколько смогло эволюционировать кодифицированное гражданское право: сохранился каркас – «измененный, но не разрушенный»¹⁷¹. Всем известно, что такие классические институты гражданского права как правовое положение лиц и семейное право, включая режим

¹⁶⁸ С.Е.Д.Н. 19 mars 1997, Hornsby c. Grèce : Recueil des arrêts et décisions, 1997-II/495 ; D., 1978.74, note Fricero; JCP, 1997.II.22949, note Dugrip et Sudre; RTD civ., 1997.1009, obs. Marguenaud.

¹⁶⁹ Это привело к изменению в июле 2005 года *Civil Procedure Rules* в Англии, которые отныне признают «определенную» доказательственную силу за нотариальным актом: «нотариальный акт... может быть допущен в качестве средства доказывания права без дополнительного доказательства как законно удостоверенный, пока не доказано обратное».

¹⁷⁰ Из той же серии рассуждений: Известно, что даже самый бедный человек, уже в силу того, что он является субъектом права, представляет собой владельца имущества по смыслу теории имущественных прав *Обри и Пау*. Однако существование запаса (имущественных прав лица) ничего не говорит о составе и размере его содержимого (актива или пассива).

¹⁷¹ J.-L. Halperin, « Le regard de l'historien », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz/Litec, 2004, p. 43, spéc. p. 53.

имущественных отношений между супругами и наследование, были полностью переделаны: так, в частности, девять родственных законов, вышедших из-под выдающегося пера профессора Карбонье, обеспечили «мирную революцию» в сфере семейного права и правового положения лиц в период 1964-1977 годов. В рамках соблюдения обязательств, принятых в рамках Европейского союза¹⁷², продолжается преобразование других важнейших институтов французского гражданского права: реформирование обеспечительных мер уже начато, реформа обязательств (договоров и гражданской ответственности) ожидается в ближайшем будущем. Одним словом, Гражданский кодекс Франции, который, между прочим, смог определить правовые последствия искусственного оплодотворения и признать электронную сделку, работает...

Помимо этого, за рамками Гражданского кодекса были приняты многочисленные законы¹⁷³, некоторые из которых нашли свое место в новых кодексах, таких как Торговый кодекс, Потребительский кодекс или Валютный кодекс. Ограничившись только современным договорным правом, заметим, что помимо общего правового режима – «готового платья» Гражданского кодекса, изобильно декорированного судебной практикой – существуют специальные правовые режимы – «платья по мерке» – задуманные с учетом правового положения и специфических нужд различных субъектов экономики (потребителя, профессионала в определенной сфере, посредника, рабочего и т.д.).

Таким образом, французское гражданское право, писаное право, кодифицированное право – не имеют ничего общего с жестким правом. По правде говоря, скорее можно сожалеть о слишком короткой жизни без конца принимаемых новых законов и беспокоиться об увеличении количества мест, где «производится» Право. В этом законодательном круговороте Гражданский кодекс Франции, без конца обновляемый, но не искаженный с момента принятия в 1804 году, выполняет роль отличного ориентира, фиксированной точки, двухсотлетнего «маяка», оставаясь «центральным» кодексом, хотя и благосклонным к «содержательной эволюции» своих норм, по отношению к которому другие кодексы являются спутниками.

86. Созидательная роль судебной практики. Кроме того, существует еще судебная практика... С конца 19 века и, в еще большей степени, в конце 20 века прагматичная и, одновременно, творческая судебная практика во Франции сумела:

- Сначала, «обнаружить» нормы, наполнив законодательные акты смыслом, далеким от намерений их разработчиков (например, судебное толкование абзаца 1 статьи 1384¹⁷⁴);
- Затем, признать за другими нормами неведомые до того пределы действия (примеры: абзац 3 статьи 1134, дословно требующий добросовестности только на стадии исполнения договора, на основании расширительного толкования которого, судебная практика контролирует сегодня добросовестность сторон на всем протяжении договорного процесса, в особенности – при заключении договора; или статья 1135, дословно указывающая на то, что соглашения вызывают все последствия, которые «справедливость» связывает с обязательством «в силу его природы», который в судебной практике толкуется в пользу введения в договор определенное количество обязательств, которые не были прямо предусмотрены контрагентами¹⁷⁵);
- Наконец, нейтрализовать некоторые нормы, которые содержат устаревшие решения, не отвечающие более современным требованиям (например, статью 1121, которая ставит действительность договора в пользу третьего лица в зависимость от условий, которые мешали бы развитию страхования жизни; или статью 1129, согласно которой

¹⁷² Например, включение в Гражданский кодекс правил, предусматривающих ответственность за вред, причиненный бракованной продукцией: статьи 1386-1 по 1386-18 Гражданского кодекса Франции.

¹⁷³ См. по этому вопросу недавние исследования, содержащиеся в: « Le droit civil hors le Code civil », 2005, Les Petites Affiches.

¹⁷⁴ Ниже, п. 87.

¹⁷⁵ Ниже, п. 96.

объект гражданско-правового обязательства должен быть определенным или объективно определяемым, и которую судебная практика сделала «недействующей», чтобы позволить одностороннее определение цены в соглашениях о поставке товаров или о предоставлении услуг; или также статью 1142, букву которой она проигнорировала, чтобы позволить принудительное исполнение в натуре обязательств по совершению определенных действий или по воздержанию от определенных действий).

Таким образом, благодаря смелости судей, которые творчески дополняют закон, приспособливают и, иногда, даже обходят его, французское право, несмотря на консерватизм некоторых нормативных текстов, постоянно развивается, не зная жесткости судебного прецедента. Классическая работа *Анри Капитана*, регулярно обновляемая профессорами *Террэ* и *Лекетт* – «Крупнейшие постановления судебной практики по гражданским делам»¹⁷⁶ – является данью уважения к судебной практике за все позитивные изменения, которыми французское право ей обязано, за все пути, которые она смогла проложить.

2. Общий характер нормы

87. Гибкость общей и безличной нормы. Выраженные в простых терминах¹⁷⁷, нормы французского Гражданского кодекса имеют также общий и безличный характер. Общий характер формулировок, лишенных чрезмерных деталей, предопределяет их гибкость, которая позволяет судебной практике приспособливать «старые» нормы к новым отношениям. Так, в первом абзаце статьи 1384 Кассационный суд Франции в конце 19 века «обнаружит» общий принцип ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности, а затем – уже в конце 20 века – общий принцип ответственности за вред, причиненный действиями другого лица. Абзац 1 статьи 1134 за счет аналогии, которую он устанавливает между договором и законом, станет для Кассационного суда Франции основанием для принятия самых жестких решений, основанных на принципе автономии воли, а затем даст ему повод для новаторских решений, лежащих в основе современной гуманистической концепции договорных отношений, посредством расширительного толкования добросовестности, которую абзац 3 требует при исполнении договора. В дальнейшем, статья 1135, долгое время остававшаяся в тени, будет призвана Кассационным судом на помощь, чтобы еще больше уплотнить, на базе справедливости и обычаев, содержание договора¹⁷⁸.

Все эти нормы обладают такой фактурой, которая позволяет совмещать стабильность писаного права и эволюцию «права живого», обеспечивая перманентное изменение с сохранением преемственности регулирования. Некоторые статьи, даже номера которых звучат как священные цифры, выступают в качестве «часовых французского гражданского права»: подлинные *максимы* – они ведут свое происхождение от «обычного права»¹⁷⁹. Некоторым это даже позволило говорить о том, что, например, Часть III Книги III Гражданского кодекса Франции – «Общие положения о договорах и договорных обязательствах» – пропитана «вечностью»¹⁸⁰. Тем не менее, французские правоведы не склонны впадать в фетишизм или чувствовать почтительный трепет, который сковывал бы их действия по отношению к кодексу и, поэтому, Часть III не является неприкасаемой. Она только что была переписана: осторожно, с соблюдением французских правовых традиций, с учетом инноваций, с заботой об открытости перед другими правовыми системами, особенно европейскими. Данная работа была выполнена Комиссией под председательством *М. Катала*, рекомендованной Ассоциацией им. Анри Капитана. Предварительный проект

¹⁷⁶ H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 1 et 2, 11 éd., Paris, Dalloz, 2000.

¹⁷⁷ См. выше, п. 74 и след.

¹⁷⁸ Ph. Jacques, Regards sur l'article 1135 du Code civil, Thèse, Paris XII, 2003.

¹⁷⁹ Ph. Remy, « Regards sur le Code », Livre du bicentenaire, Paris, Dalloz/Litec, 2004, p. 99, spéc. p. 105.

¹⁸⁰ Там же.

данных изменений Гражданского кодекса Франции был официально передан в Министерство юстиции 22 сентября 2005 года¹⁸¹.

3. Диспозитивный характер нормы

88. Сила и значение диспозитивной нормы. Французское право различает императивные нормы, обязательные для частных лиц, и диспозитивные или *интерпретационные* нормы, которые, будучи направленными на восполнение молчания сторон, могут устраняться ими. В частности, правовое регулирование отдельных видов договоров предлагает контрагентам весьма разработанные модели, в которых диспозитивные правила граничат с императивными нормами, подчеркивающими публичный порядок защиты субъективных прав¹⁸².

Достоинства этих диспозитивных положений многочисленны.

Во-первых, они излагают норму, которая с точки зрения законодателя, арбитра всеобщего интереса, является наилучшей¹⁸³. Ее не-применение является делом свободным, однако означает отклонение от стандарта.

Во-вторых, когда к этому вынуждают обстоятельства, судья может заменить ими правила, предусмотренные сторонами (например, когда одно из условий договора является недействительным).

В-третьих, при заключении договора они избавляют его стороны от необходимости вдаваться в излишние подробности, освобождая их от сложной задачи предусмотреть в договоре все. Не важно, например, что в договоре купле-продажи стороны ничего не сказали о дате перехода права собственности или рисков – закон восполнит их молчание. И хотя сегодня существует определенная практика, которая, вопреки цивилистической традиции, превозносит максимально подробные договоры, не является ли это, напротив, одной из причин повышения, иногда головокружительного, известных «транзакционных издержек»¹⁸⁴? Это позволяет усомниться в уместности такого подхода, к анализу которого мы еще вернемся позже¹⁸⁵.

Наконец, в-четвертых, поскольку стороны свободны устранить их действие, если они им не подходят или больше не подходят, постольку эти нормы открывают путь изменениям, следующим за развитием юридической и социальной практики. Они не допускают ситуации, при которой законодатель обязывал бы соблюдать нереальные, малопонятные или устаревшие нормы: они не запрещают частным лицам предусматривать в их соглашениях собственные правила поведения, которые наилучшим образом подходят к их экономическому и социальному положению. Таким образом, французское право оставляет свободное поле для творческого подхода граждан, предприятий, профессиональных союзов, адвокатских кабинетов, нотариальных контор с тем, чтобы все эти действующие лица разрабатывали право, которое в данный момент кажется им наиболее приспособленным¹⁸⁶ к

¹⁸¹ Он доступен на сайте Ассоциации им. Анри Капитана www.henricapitant.org

¹⁸² Ряд законов создают особый правовой режим, позволяющий защитить одну из сторон, например, нанимателя в договоре аренды жилого помещения или фермера в договоре сельскохозяйственной аренды.

¹⁸³ Как подчеркивает G. Cornu (*Droit civil, Introduction, Lesd personnes, les biens*, Paris, Montchrestien, 2003, n. 336), с их помощью «законодатель принимает во внимание не только вероятную волю заинтересованных лиц, но всю совокупность социальных, экономических и исторических соображений, источником которых не являются предполагаемые намерения заинтересованных лиц. В соответствии с этими данными, он разрабатывает идеальную модель, то есть типовое решение, которое представляется ему наилучшим образом приспособленным к социальной среде, для которой оно предназначается». Также: С. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, coll. «Bibliothèque de droit privé», t. 421, préface G. Viney, Paris, LGDJ, 2004.

¹⁸⁴ Ср.: В. Mallet-Bricout, art. Préc., p. 874.

¹⁸⁵ См. ниже, п. 100 и 101.

¹⁸⁶ В частности, такие инструменты как меморандум о намерениях, автономная гарантия, обращение долговых обязательств в ценные бумаги, *corporate governance* появились как результат развития деловой практики. О значимости некоторых новых субъектов, называемых «машинами по производству права» в финансовой сфере, см. вышеуказанный доклад Государственного Совета Франции.

их потребностям. К тому же, зачастую сегодняшняя договорная практика предвещает завтрашний закон. Отсюда видно, что в правовой системе, основанной на традициях гражданского права, сложившаяся договорная практика находит совершенно естественное место среди источников права¹⁸⁷.

Добавим к этому то, что диспозитивные нормы приобретают все большее значение, поскольку сфера их применения не перестает расширяться: ограниченные ранее только областью договорного и торгового права, сегодня они завоевывают другие ниши гражданского права, такие как институт вещных обеспечительных мер и даже семейное право. Попутный ветер сопутствует сегодня *контрактуализации*¹⁸⁸!

89. Выводы. Подведем итог под организационными преимуществами французской правовой системы..

Прежде всего, процитируем *Порталиса*, чья знаменитая речь наилучшим образом описывает дух справедливости и открытости французского права: «Хорошие гражданские законы являются наибольшим благом, которое люди могут дать и получить; они являются источником нравов, залогом благополучия и гарантией всякого публичного и частного мира: если они не закладывают основания правления, то поддерживают его; они умеряют могущество и содействуют его уважению, как если бы это последнее было самим правосудием... Кодекс, каким бы полным он не мог представляться, скорее не является законченным, поскольку тысяча непредвиденных вопросов неожиданно встают перед судьей. Поскольку законы, единожды составленные, остаются такими, какими они были написаны; люди же, напротив, никогда не знают покоя, они всегда активны и это движение, которое не останавливается и последствия которого многократно искажаются обстоятельствами, ежеминутно производит какую-нибудь новую комбинацию, новый случай, новый результат. Огромное количество вещей, таким образом, с необходимостью оставляются на усмотрение обычая, обсуждение просвещенных людей, арбитраж судей. Задача закона состоит в фиксации в наиболее общих чертах максим права; в установлении принципов, сулящих успех впоследствии, без детального погружения в вопросы, которые могут возникать в каждой области. Руководство их применением возлагается на судью и юрисконсульта, проникнутых общим духом законов. Отсюда, у всех приобщенных к культуре народов всегда можно видеть формирование, наряду со святилищем законов, и под надзором законодателя, набора максим, решений и доктрин, ежедневно совершенствуемого практикой и судебными дебатами, который беспрестанно разрастается за счет приобретенных знаний и рассматривается как подлинное дополнение законодательства»¹⁸⁹.

Наконец, можно констатировать, что, будучи далекими от всякой идеи сдерживания юридической эволюции, кодексы и законы, напротив, позволяют быстро осуществлять необходимые изменения в правовом регулировании, содействуя, таким образом, настоящим

¹⁸⁷ Данный феномен иллюстрируется существованием специальных договоров, которые, поначалу будучи непоименованными, то есть непризнанными законом, впоследствии получили наименования, то есть законное закрепление. Так, сначала именно на практике, в результате заимствования зарубежного опыта, появились целые разновидности новых договоров (они часто заканчиваются на *ing: franchising, leasing, sponsoring*), стороны которых сами разрабатывали их правовой режим, прежде чем некоторые из них не нашли законного закрепления (например, лизинг, ставший договором финансовой аренды, отныне частично регулируется законом от 2 июля 1966 года). По этому вопросу см.: *Le role de la pratique dans la formation du droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXXIV, Journées suisses de 1983, Paris, Economica, 1985.

¹⁸⁸ См, в частности: J. Paillusseau, « La contractualisation de la société anonyme fermée », *Gaz. Pal.*, 9-10 oct. 1998, p. 16 e s. ; F.-J. Pansier, « De la contractualisation du droit de la famille en général et du droit du mariage en particulier », *Gaz. Pal.* 1999, 1, doct., p. 287 et s. ; O. Tiquant, *La contractualisation des procédures collectives*, thèse Paris I, 1999 ; A. S. Rau et C. Pedamon, « La contractualisation de l'arbitrage : le modèle américain », *Rev. arb.*, 2001, p. 451 et s.

¹⁸⁹ Ср. выступление Первого Председателя Кассационного суда Франции *Ги Каниве* на торжественном заседании, открывающем 2005 судебный год: «Если общая норма зафиксирована законом, то она будет применяться и толковаться судьей, который в этом случае выполняет функции дополнения, объединения и приспособления. В этой взаимодополняемости закона и судебной практики кроется «своеобразие и гениальность французской правовой системы, одновременно заботящейся о преемственности, стабильности и безопасности, но эволюционирующей, готовой приспособливаться к новым ситуациям и разрешать трудности».

революциям, которые было бы весьма сложно реализовать судебным путем, неизбежно предполагающим огромные затраты времени и энергии. Весьма сложно проводить правовые реформы, не используя цивилистическую модель общей и безличной нормы, то есть – механизм кодификации: ускорение истории, столь дорогое *Морису Халеви*¹⁹⁰, плохо сочетается с замедленной стратификацией судебных решений, необходимой для образования прецедентного права. К тому же, разве не вынуждены страны общего права прибегать к общим и безличным нормам при проведении реформ¹⁹¹? Таким образом, хотя экспансия *common law* и наблюдается в хозяйственной практике, она объясняется не внутренними основаниями, которые, якобы, доказывают его концептуальное превосходство, но, с легкостью обнаруживаемыми, внешними причинами, такими как: мощь американской экономики, мировое господство английского языка, замечательное развитие англо-американских адвокатских кабинетов и влияние этих кабинетов на экономику и политику своих стран¹⁹², и может быть, большей доходностью такого права для тех же адвокатов¹⁹³.

§ 2. Содержательные преимущества (на примере договорного права)

90. Показательность примера. На страницах данной работы невозможно было бы детально рассмотреть все сильные стороны и эффективные институты французского права, обращаясь, например, к замечательным возможностям общего режима обязательств или к успехам, достигнутым в результате недавних реформ, таких как реформа от 24 июня 2004 года, либерализовавшая правовой режим ценных бумаг.

По своему охвату такое исследование заметно вышло бы за утилитарные рамки настоящего ответа на критику докладов *Doing Business*. Уже намеченное одним автором в периодике¹⁹⁴, также как и рамках проведенного выше критического анализа различных глав докладов, оно, безусловно, должно быть реализовано в будущем: кроме того, проведение глубоких и многосторонних исследований составляет одну из целей программы «Экономическая привлекательность права».

Поэтому, наш взор будет обращен, главным образом, на договорное право. Прежде всего, потому что данная важнейшая часть гражданского права находится в основании всех экономических операций; затем, по причине того, что привлекательность французского договорного права живо оспаривается в докладах *Doing Business*¹⁹⁵.

Французское договорное право покоится на четких и точных, легко адаптируемых принципах, которые изложены в Гражданском кодексе и, следовательно, широко доступны.

¹⁹⁰ M. Halévy, *Essai sur l'accélération de l'histoire*, 1948.

¹⁹¹ Акты британского парламента, статуты, единообразные федеральные законы в Соединенных штатах, различные *restatements of the law* и др. Напротив, французская правовая система стала в большей степени ориентироваться на судебную практику, что доказывает, что системы гражданского и общее права скорее взаимодействуют, чем категорически противостоят друг другу.

¹⁹² В это же время французские юридические профессии, слишком расколотые, по-прежнему страдают от многочисленных организационных недостатков. См. в этом отношении указ. доклад Государственного Совета Франции, с. 75 и след.

¹⁹³ См. ниже, п. 100.

¹⁹⁴ B. Mallet-Bricout, « *Libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil* », RIDC, 4-2004, p. 865 et s.

¹⁹⁵ См. также позицию, занятую французским автором X. Lagarde, « *Brèves réflexions sur l'attractivité du droit français des contrats* » ; D., 2005, 2745. Согласно этому автору, чья критика ограничивается только гражданско-правовыми договорами, французское право, якобы, ошиблось в приоритетах, позволяя гибкость там, где было бы достаточно соблюдения данного слова, и устраняя ее там, где она должна была допускаться, например, в сфере непредвиденных обстоятельств. Кроме того, согласно этому автору, французское договорное право, якобы, является малопривлекательным, поскольку «черпает свои источники в морали и политике в гораздо большей степени, чем в экономике». Кроме того, что это утверждение является исторически спорным (см., например, G. Canivet, « *Introduction* » in « *L'analyse économique du droit des contrats : outil de comparaison, facteur d'harmonisation* », Gaz. Pal., 9 et 10 mars 2005, который утверждает, со своей стороны, что разработчики Гражданского кодекса Франции учитывали экономические императивы начала 19 века), оно не отражает более ни букву, ни дух современного договорного права Франции, которое черпает ряд своих норм в экономических реалиях, как это будет продемонстрировано в дальнейшем.

Оно является правом простым и не формальным, основываясь на консенсусе, а также – «реалистичным», поскольку отражает важнейшие ценности общества. Принцип автономии воли лежит в его фундаменте, что совершенно логично приводит французских судей к тому, чтобы с повышенным вниманием относиться к воле сторон, содействуя, таким образом, повышению уровня юридической безопасности частных соглашений. К тому же, это право, опираясь на свои организационные свойства, смогло хорошо приспособиться к потребностям практики.

Приветствия заслуживает не только его дух открытости (А), но также его сбалансированный характер (Б). Если же в целях обобщения немного выйти за рамки договорного права, можно также попытаться осветить некоторые экономические свойства гражданского права (В).

А. Открытость

91. Открытость по отношению другим источникам права. Совершенно не парализованное кодификацией, договорное право открыто для всех правовых источников. В результате принятия ряда новых Законов были изменены тексты Кодекса, не отвечающие более современным условиям (так, законы от 9 июля 1975 года и от 11 октября 1985 года, изменив статьи 1152 и 1231 ГК Франции, наделили судей полномочиями по пересмотру размера неустойки, когда ее сумма явно чрезмерна или ничтожно мала). Судебная практика порой формирует целые правовые режимы (например, правовой режим преддоговорного этапа), открывает как в Гражданском кодексе, так и вне его, нормы и понятия с особым значением (например, преддоговорное обязательство о предоставлении информации, обязательство обеспечить сохранность предмета договора, правовой режим ответственности продавца-изготовителя, договорная уступка права требования или расторжение договора) или обобщает норму, сформулированную для конкретной ситуации (например, *exceptio non adimpleti contractus*). Практика, равным образом, создает или адаптирует, ставшие общеупотребимыми, инструменты (например, предварительные договоры, прямовыраженные оговорки об отменительном условии, оговорки об ответственности, меморандумы о намерениях, автономная гарантия). Правовая доктрина, в свою очередь, разрабатывает или систематизирует свои теории и понятия (правило о противопоставимости договора, главное обязательство, группа взаимосвязанных договоров), некоторые из которых были восприняты законодателем и на практике (различие между обязательствами, объектом которых является деятельность и результат деятельности).

92. Открытость иностранным правовым порядкам. Этот дух открытости проявляется также в восприимчивости французского договорного права к иностранному влиянию. Например, по вопросу определения цены договора на Пленарное заседание Кассационного суда Франции, разрешавшего одностороннее определение цены в рамочных договорах, вероятно оказали влияние немецкое торговое право, а также *Принципы УНИДРУА*, еще не опубликованные в то время¹⁹⁶. Безусловно то же самое произошло с допущением экономического принуждения¹⁹⁷, следы которого можно найти в германском и швейцарском праве, равно как и в *Принципах европейского договорного права* в части положений, касающихся определения квалифицированного ущерба и одностороннего расторжения договора¹⁹⁸. Можно также увидеть отпечаток англо-американского влияния, а точнее – концепции *reliance*, в некоторых недавних решениях, свидетельствующих о распространении условия о *связанности* и договорной добросовестности¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Cass. Ass. Plén., 1 déc. 1995 : D., 1995, 13, note L. Aynès ; RTDciv., 1996, 153, obs. J. Mestre.

¹⁹⁷ Cass. civ. 1, 3 avril 2002 : D., 2002, 1860, note J.-P. Gridel ; RTDciv., 2002, 502, obs. J. Mestre.

¹⁹⁸ Cass. civ. 3, 13 oct. 1998 : D., 1998, 197, note Ch. Jamin ; Defrénois, 1999, 374, obs. D. Mazeaud.

¹⁹⁹ Помимо прочего см. Cass. com., 8 mars 2005 : Lamy droit civil, juill./août 2005, 5, note D. Houtcieff ; RDC, 2005, 1015, obs. D. Mazeaud.

В этом отношении, плюрализм источников французского права – кодексов, законов, судебной и юридической практики, доктрины, иностранных правопорядков, европейского и международного права и т.д. – соперничество идеям, пришедшим извне, благоприятствует его открытости внешнему миру и, таким образом, гарантирует его современный характер и жизнеспособность. В частности, именно адаптация распространенной международной практики позволила импортировать во французское договорное право некоторые новые правовые инструменты, такие как, например, лизинг и автономную гарантию.

Впрочем, этот дух открытости французского права находит свое подтверждение и вне договорной области. Так, принципы *corporate governance* завоевали Францию уже более десяти лет назад и, даже в отсутствие непосредственного законодательного закрепления, применяются при организации корпоративного управления в котируемых на фондовой бирже обществах, прежде всего под влиянием *Органа по контролю за финансовыми рынками*: это ли не знаменательный пример гибкости правовой системы *Civil Law*, способной воспринять, за рамками закона, зарубежный опыт?! Также, французское право, но на этот раз в рамках его законодательной составляющей, взяв за образец закон *Sarbanes-Oxley*, учредило на основании закона «о финансовой безопасности» от 1 августа 2003 года *Верховный комиссариат по счетам бухгалтерского учета* – гаранта независимости профессии бухгалтера-аудитора. Разве это не доказательство того, что французское право, с присущим ему прагматизмом, не колеблется использовать зарубежный опыт, в том числе американский?! Наконец, это свидетельствует также о том, что в эпоху экономической глобализации противостояние между странами *common law* и странами цивилистических правовых традиций не настолько явно, как это было в прошлом.

93. Открытость политическим, экономическим и социальным изменениям.

Французское договорное право открыто также политическому, экономическому и социальному миру²⁰⁰: законодатель, судья или доктрина, в руках которых находится его будущее, не замыкаются в себе, но проявляют интерес к заботам общества. Если разработчики Гражданского кодекса исключили возможность взыскания ущерба, вызванного недействительностью или изменением договора, то только потому, что они помнили: «Отсутствие порядка в сделках, вызванное многочисленными исками о расторжении договора, повлекло финансовый кризис Революции»²⁰¹. Что касается современного законодателя, то он не осуществляет реформ без предварительного изучения их экономического эффекта: так, комиссия, готовившая предварительный проект реформы обеспечительных мер, включала в себя, помимо ученых-цивилистов, еще и судей, банкиров, нотариусов и адвокатов. Сами судьи совершенно естественно проявляют внимание к экономическому действию своих решений. Например, Кассационный суд Франции официально консультировался с представителями нотариального сообщества, страхователями, а также – министром экономики и министром юстиции перед тем, как собрать Смешанную палату для принятия известного постановления о природе некоторых договоров страхования жизни, представляющие собой простые операции по размещению капитала²⁰². Некоторые из его решений могут находить объяснение в использовании экономического подхода (например, Постановление Первой палаты Кассационного суда Франции, оставившее в силе постановление апелляционного суда, которым признан недействительным договор проката видео-кассет в силу того, что «исполнение договора в порядке, требуемом сторонами, являлось невозможным... было, таким образом, установлено отсутствие всякого реального встречного предоставления на обязательство уплаты цену

²⁰⁰ B. Fages et J. Mestre, « L'influence du droit du marché sur le droit commun des obligations » : RTD com., 1998, 81.

²⁰¹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, Paris, Dalloz, 2005, spéc. n. 309.

²⁰² Ch. Mixte, 23 nov. 2004, приведенное ниже, сноска № 239. Об применении такой непривычной для сторонних наблюдателей процедуры «консультирования» см.: V. R. Encinas de Munagorri, « L'ouverture de la Cour de cassation aux amici curiae », RTD civ., 2005, 88.

проката кассет»²⁰³). В свою очередь, французская цивилистическая доктрина совсем не брезгует использовать экономический подход. Так, именно в силу причин экономического характера некоторые авторы отвергли теорию «непредвиденных обстоятельств», из опасений вызвать массовый пересмотр сложившихся гражданско-правовых связей, способный вызвать дестабилизацию всей экономики²⁰⁴ (это мнение спорно, о чем свидетельствует отсутствие серьезных экономических убытков во многих странах, правовые системы которых допускают судебный пересмотр при возникновении «непредвиденных обстоятельств»), а другие – выступили за ограничение сферы действия механизма «стоимостного долга»²⁰⁵ из опасений того, что его массовое использование привело бы к отсутствию разменных денег²⁰⁶.

Б. Равновесие

94. Свобода, лояльность, безопасность и справедливость. Философия современной правовой системы Франции проникнута духом равновесия.

По существу Гражданский кодекс Франции выражает в договорной сфере идеал, основанный на принципе договорной свободы, ограниченного только требованием соблюдения публичного порядка и добрых нравов, и на фундаментальном правиле – *Pacta sunt servanda*. Стороны вступают в договорные отношения по своей доброй воле, но раз договорившись – они связаны достигнутыми договоренностями: они были свободны не принимать обязательств или принимать другие обязательства, но взяв на себя именно данные обязательства, они должны точно их исполнять, чего бы им это ни стоило. Ответственность сторон является ценой их свободы, а договорный дисбаланс – платой за их свободу. Договор не сводится к простому экономическому обмену, к *bargain*²⁰⁷ (сделке), от которой всегда можно отказаться... заплатив²⁰⁸. Таким образом, избранная во Франции модель договорного регулирования выражает не просто мораль, но либеральную и индивидуалистическую мораль. В то же время, французское договорное право значительно развилось за последние пару столетий поступательной эволюции, восприняв новые ценности и новые императивы: сегодня свобода договора и его обязательность должны гармонизировать с требованиями справедливости и равноправия. Четыре примера позволяют проиллюстрировать этот постоянный поиск равновесия в договоре между свободой и равноправием, безопасностью и справедливостью.

95. Преддоговорный этап. Первый пример касается преддоговорного этапа, не учтенного в Гражданском кодексе, но урегулированного на основе судебной практики, решения которой были впоследствии использованы в законодательстве применительно к потребительским договорам. С точки зрения общеправового режима, данный этап характеризуется полноценным действием принципа договорной свободы от начала и до конца переговоров. Тем не менее, в целях обеспечения юридической безопасности, в судебной практике была выведена обязанность сторон действовать добросовестно, в частности, под угрозой применения мер внедоговорной ответственности в случае

²⁰³ Cass. civ. 1, 3 juillet 1996: Bull. I, n. 286; RTD civ., 1996.901, obs. J. Mestre, (договор проката 200 кассет, заключенный с предприятием частным лицом с целью создания видеоклуба в деревне, где вскоре обнаружилось отсутствие необходимой клиентуры).

²⁰⁴ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, Paris, Armand Colin, 2004, n. 410 : «Основание для сохранения в неприкосновенности существующей модели договора заключается в том, что всякая ревизия неизбежно повлияет на экономику».

²⁰⁵ Стоймой долг – это долговое обязательство, объектом которого выступает ни вещь и ни денежная сумма, а «стоимость». В данном обязательстве должник погашает долг путем уплаты денежной суммы, равной стоимости определенного имущества на день платежа (прим. пер.).

²⁰⁶ J. Flour, «Pot-pourri autour d'un arrêt (Civ. 1, 15 février 1973)», Defrénois, 1975, art. 30854.

²⁰⁷ Обмен товаров на деньги (анг.).

²⁰⁸ C. Jauffret-Spinosi, «Rapport de synthèse», in Le contrat, Travaux de l'Assoc. Henri Capitant, Journées brésiliennes de 2005, t. LVV, Paris, Société de législation comparée à paraître, 2006. Этот доклад может быть прочитан на сайте Ассоциации Анри Капитан: www.henricapitant.org

злонамеренного прекращения переговоров. В рамках специального правового режима потребительского права, договорная свобода ограничена процедурами, направленными на предоставление потребителям необходимой информации о товарах и услугах для принятия ими «просвещенного» решения. В этом смысле, закон гарантирует реализацию подлинной договорной свободы, которая подразумевает для потребителя возможность сказать «да» или «нет» с полным пониманием дела и по своему усмотрению. Этому служит: максимальное информирование потребителя (учитывая целый набор обязательных к сообщению сведений), обязанность для профессионала сохранять в силе оферту в течение определенного времени, срок на размышление уже после покупки и право «передумать», предоставляемые потребителю.

96. «Принудительные» обязательства. Второй пример касается знаменательного распространения некоторых дополнительных обязательств сторон договора, независимо от указания на них в его тексте. Речь идет, в частности, об обязанностях обеспечить безопасность предмета договора, предоставить информацию или консультацию, выведенных в судебной практике, «поскольку они соответствуют принципу договорной справедливости»²⁰⁹. Французские суды нисколько не колеблются применять подобное принуждение, объективно расширяя содержание договора за счет ссылки на принцип справедливости, обычаи или закон. Это позволяет на стадии определения обязательств, порожаемых договором, совмещать принцип договорной свободы с моральными и социальными требованиями, такие как возмещение договорных убытков или защита стороны, находящейся во время ведения переговоров в положении зависимой.

97. Пересмотр условий договора в случае «непредвидимых обстоятельств». Третий пример взят из дискуссии о возможности пересмотра договора при возникновении непредвиденных обстоятельств, традиционно невозможного во французском праве с момента вынесения знаменитого постановления *Canal de Craponne*²¹⁰, в котором Кассационный суд Франции указал, что судье не подобает заменять стороны, если они не предусмотрели механизма адаптации их соглашения к новым обстоятельствам. Стабильная судебная практика, сложившаяся после дела *Canal de Craponne* и возводящая в высшую степень принцип *Pacta sunt servanda*, в современном французском праве пошла на целую серию уступок, которые до такой степени изменяют действие принципиального запрета на судебный пересмотр частных соглашений в случае возникновения непредвидимых обстоятельств, что сегодня ему придается больше символическое значение. В настоящее время закон допускает судебный пересмотр условий договора в тех случаях, когда его отсутствие неизбежно приведет к разорению одной из сторон (в частности могут вводиться следующие «корректирующие» условия: отсрочка исполнения, меры по восстановлению платежеспособности должника, имеющего сверхзадолженность, уступка права пользования автором литературного или художественного произведения, пожизненной рента, замораживание наемной платы за наем коммерческой недвижимости, сельскохозяйственных земель и жилых помещений) или «смерти» договора (например, может практиковаться снятие обременений при совершении безвозмездных односторонних сделок (завещание, дарение и др.), ставших – по истечении определенного времени – анахроничными). Сами суды иногда пересматривают условия соглашений под видом толкования воли их сторон. Так, если той или иной показатель (сроки, штрафные санкции и т.д.), избранный сторонами, не соответствует закону, то судья для пользы всего договора может пересмотреть данное условие, заменив его под прикрытием выполнения «намерений сторон» на требуемый законом. Основываясь на требовании добросовестности и под угрозой применения мер гражданско-правовой ответственности, суды иногда даже отдают распоряжение сторонам пересмотреть договор, ставший неуравновешенным вследствие изменения обстоятельств²¹¹.

²⁰⁹ A. Bénabent, Droit civil, Les obligations, Paris, Montchrestien, 2004, n. 280.

²¹⁰ Cass. civ., 6 mars 1876 : S. 1876, 1.193.

²¹¹ В этом смысле: Cass. com., 3 nov. 1992 : RTD civ., 1992, 124, obs. J. Mestre ; 24 nov. 1998 : Defrénois, 1999, 371, obs. D. Mazeaud.

Наконец и самое главное, в договорной практике были разработаны точные и эффективные формулировки, предусматривающие возможность пересмотра договора при возникновении «непредвидимых обстоятельств», использование которых позволяет приспособить договор к изменению экономических и социальных условий. Впрочем, наличие формального запрета на пересмотр договоров в связи с непредвиденными обстоятельствами является весьма эффективным стимулом, подталкивающим стороны прямо прописывать подобные условия, на что указывает практически полное отсутствие споров в этой сфере²¹². К тому же, в странах, где существует институт пересмотра условий договора в связи с «непредвиденными обстоятельствами», уровень судебного вмешательства остается весьма незначительным²¹³.

98. Расторжение договора. Четвертый пример относится к процедуре расторжения договора при неисполнении одной из его сторон своих обязательств. Гражданский кодекс предусматривает такое расторжение только в судебном порядке (статья 1184 ГК Франции), поскольку, по мысли авторов Гражданского кодекса Франции, участие судьи позволяет не только сохранить обязательную силу договора, но и защитить добросовестного должника, который в случае временных затруднений может получить от суда отсрочку исполнения. Тем не менее, широкое распространение на практике получили *оговорки об отменительном условии*, которые предусматривают автоматическое расторжение договора, что является свидетельством жизненной силы принципа договорной свободы. Судебная практика смогла упорядочить их хаотичное применение, в частности, парализуя их действие, когда ссылающийся на отменительное условие договора кредитор является недобросовестным. Наконец, заботясь об экономической эффективности правового регулирования в данной области, Кассационный суд Франции разрешил кредитору расторгать договор в одностороннем порядке в случае грубого нарушения своих обязательств должником²¹⁴. С учетом возможности злоупотребления данным односторонним полномочием, судебная практика не исключает возможности контроля за его реализацией: если кредитор использует данное право *неразумным* образом, то может быть поставлен вопрос о применении к нему мер гражданско-правовой ответственности²¹⁵.

Все с той же точки зрения обеспечения равновесия французского договорного права, важно также подчеркнуть, всю значимость появления и, затем, развития *потребительского права*. Это право сдерживает и упорядочивает как по форме, так и по существу, договорную свободу, но делает это с целью гарантировать полноценность волеизъявления потребителя, вступающего в договорные отношения с профессионалом, и избежать, таким образом, экономического неравновесия, которое изначально существует между сторонами: отсюда дополнительные формальные требования, необходимые при заключении договора (письменная форма, обязательные условия и т.д.), а также – предоставление срока на размышление и права «передумать» уже после заключения договора, не говоря уже о настоящей «охоте» на условия договоров, в которых одна из сторон явно злоупотребляет своим положением. Все это законодательство прекрасно выражает знаменитую формулу Анри Лакордэра: «Между сильным и слабым, между богатым и бедным – это свобода притесняет, а освобождает закон». Таким образом, все та же забота о равновесии приводит к ограничению свободы для защиты слабого и недопущению ситуации, в которой он остается один на один с «сильными мира сего».

99. Способность воображения. В завершение повествования о качествах открытости и равновесия французского договорного права, хотелось бы обратить внимание на его третье неотъемлемое свойство: его способность вырабатывать новые решения, создавать новые инструменты. Так, разработка института «*главного обязательства*» позволила направить

²¹² Диспозитивная норма выполняет в таком случае «подталкивающую функцию». V. C. Peres-Dourdou, *La règle supplétive*, thèse, Paris I, 2004, n. 558, p. 571.

²¹³ См. *Travaux de l'Association Henri Capitant, Le contrat, Journées brésiliennes 2005*, Paris, Société de législation comparée, в печати.

²¹⁴ См. выше, п. 92.

²¹⁵ Об эволюции судебной практики см.: V. A. Bénabent, *op. cit.*, n. 393 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n. 660.

энергию договорной свободы на упорядочивание санкций за его неисполнение. Аналогично, теория трехсторонних сделок позволила, «используя многочисленные институты (перевод долга, уступка права требования, договор в пользу третьего лица...), создать и ввести в оборот эффективные правовые конструкции, отвечающие конкретным целям»²¹⁶. Еще можно было бы упомянуть о модели передачи управления публичной службой частному лицу, специфического института французского административного права, получившего беспрецедентный успех и служащего сегодня образцом для создания частно-публичных партнерств (*partenariats public-privé, PPP*) и, в частности, для так называемых договоров «Build Operate and Transfer» (BOT)²¹⁷.

В. Экономичность

100. Выигрыш во времени, деньгах и независимости. Французское право предоставляет участникам гражданского оборота реальные, но слишком недооцененные преимущества в стоимости и скорости, причем, как с *макροюрдической*, так и с *микροюрдической* точек зрения. На «микροюрдическом» уровне, то есть применительно к модели индивидуального поведения, прямая или даже просто подразумеваемая отсылка к текстам или понятиям закона освобождает контрагентов от составления бесконечных по своему содержанию договоров, в которых они должны – сами или через своих поверенных – предусмотреть все, чтобы не оказаться на территории «вне права», брошенной на произвол суда. Кто не читал этих набивших оскомину договоров в англосаксонском стиле, которые непременно начинаются с краткого руководства по используемым правовым терминам: лексики, которая не имела бы никакого значения, если бы стороны могли опираться на действующие законы и определения? Возможность сторон при подготовке соглашения отсылать без лишней писанины к тому или иному положению кодекса, чтобы либо распространить его на свои отношения, либо, напротив, исключить его применение, гарантирует им помимо оптимальной юридической безопасности (поскольку норма используется вместе с целым сводом ее судебного и доктринального толкования), выигрыш во времени и средствах. Здесь традиционной лаконичности французского закона²¹⁸ вполне соответствует краткость договоров французского права.

Именно здесь находится ключевое положение, которое следовало бы принять во внимание тем, кто поддается искушению, приводя в пример законы штата Нью-Йорк или английское *common law*, иногда лишь для того, чтобы выглядеть «современно и космополитично». Нет уверенности в том, что тот, кто уступает этому искушению, ведет себя как дальновидный потребитель на юридическом рынке: вот он – брошенный на откуп «советнику», чей гонорар будет исчисляться по часовой таксе, часто запредельно высокой, и чьи советы будут выходить за пределы его понимания и, следовательно, оценки – чужестранец перед лицом тонкостей *common law*...

101. Предупреждение шиканы. Экономические преимущества французского права также можно найти на «макροюрдическом» уровне, то есть на высшем уровне самой правовой системы.

Авторы доклада *Doing Business* обходят молчанием вопрос, являющийся, однако, фундаментальным: какова сравнительная стоимость судебного процесса во Франции и США?

Честно говоря, следует признать здесь катастрофическую нехватку исследований, содержащих статистические данные. Тем не менее, согласно заслуживающему доверия исследованию, которое лишь подтверждает смутное предчувствие, стоимость для общества

²¹⁶ В. Mallet-Bricout, указ. соч., с. 875. Эта работа дает широкое представление о данной концепции, охватывая биржевое право, создание предприятий и имущественное право (вопросы, поднятые в докладе *Doing Business* 2005 года).

²¹⁷ См. указ. доклад Государственного Совета Франции, с. 62.

²¹⁸ См. выше, § 1 А 2).

правосудия и судебных процессов, соотнесенная с ВВП, бесконечно более высока в США по сравнению с Францией: каждый год в США тратится около 65 миллиардов долларов на отправленные правосудия (включая расходы, понесенные физическими лицами, организациями и государственными властями на адвокатов, суды и экспертов...), то есть около 2,6 % от американского ВВП, против только 0,6 % во Франции, что более чем в четыре раза меньше. И, что особенно интересно отметить, предположение о связи между меньшими затратами на правосудие и цивилистической правовой традицией формально подтверждается хорошим данными по Швейцарии (0,8 % от ВВП) и особенно Испании (0,4 % от ВВП).

Добавим к этому, что в США 1 адвокат приходится на 300 жителей, против 1 адвоката на 1700 жителей во Франции, и что каждый десятый совершеннолетний житель США раз в год так или иначе замешан в судебном процессе, против каждого трехсотого совершеннолетнего жителя – во Франции²¹⁹. В Северной Америке сосредоточено такое количество адвокатов, что, рассказывают, будто бы бывший вице-президент США Дэн Квайл задавался вопросом о том, действительно ли США нуждаются в 70 % всех юристов мира, давая понять, что именно в этом заключается «отметина» общества, где *шикана* возведена в культ.

Остается только сожалеть, что по этой проблематике группа *LLSV* вовсе не провела какого-либо «научного» исследования, а попросту отбросила цифры и статистику, до которых она обычно так жадна. Как если бы опасение получить плохой «*score*» для правовых систем *common law*, отвернули ее от этого предприятия...

Без особой риска ошибиться, можно предположить, что «право принципов», как французское право, в гораздо меньшей степени пригодно для *шиканы*, чем право судейское, каковым является *common law* – правовая система, где тяжущийся получает норму права от судьбы, а не черпает ее из кодекса, с точки зрения своей структуры уже содержит приглашение посудиться.

Таким образом, если это предположение верно, то *civil law* оказывается менее затратным как для отдельных лиц, так и для общества: отсюда вывод доклада 2004 года Всемирного банка, согласно которому *common law* экономически более эффективно, опровергается.

Добавим, что если вопрос издержек на осуществление правосудия вообще никоим образом не упоминается в докладах *Doing Business*, то вопрос стоимости контракта рассматривается там весьма поверхностно.

Как уже отмечалось, экономия средств в среднесрочной или долгосрочной перспективе, как результат немедленных расходов, полностью игнорируется авторами докладов *Doing Business*. Так, обращение к нотариусу при заключении договора купли-продажи недвижимости, которое позволяет гарантировать наличие права собственности у продавца, обеспечить государственную регистрацию права покупателя и заранее сформировать доказательство соглашения, эффективно предупреждает возникновение судебных процессов. Ограничиваться подсчетом сроков и расходов на нотариальное удостоверение без учета цены юридической безопасности (см. главу *Registering property* доклада *Doing Business*) – значит иметь слишком недалекий взгляд на вещи, значит бичевать цену профилактики, притворяясь незнающим затраты на лечение болезни. Авторы докладов Всемирного банка могли бы при оценке полезности нотариата во Франции обратить внимание на то, что споры, связанные с 4,5 миллионами ежегодно совершаемых нотариальных актов, не превышают показателя 0,04 на тысячу, что является показательно низким коэффициентом²²⁰.

²¹⁹ См. в частности, данные, приведенные в работе: R. Panhard, *Common law et droit latin, deux systèmes concurrents au service des entreprises*, Les cahiers techniques.

²²⁰ B. Reynis, « Faut-il éliminer les notaires ? », in *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2005, p. 46. Автор, как и доклад *Reserve Mortgage Institution des USA* обращает внимание на то, что «существование нотариусов во Франции является первостепенной гарантией, которая не существует ни в США, ни в Соединенном королевстве, особенно с точки зрения юридической безопасности договорных отношений и соблюдения процедуры».

102. Экономическое основание существования ОНАДА. Размышление об экономических преимуществах гражданского права было бы неполным, если бы оно не коснулось тезиса о том, что система *civil law*, якобы, дискредитировала себя за границами Франции ввиду своей серьезной экономической неэффективности. В этом отношении, опыт деятельности *Организации по гармонизации коммерческого права в Африке (ОНАДА)*²²¹ явным образом опровергает его.

Причина самого существования Договора об *Организации по гармонизации коммерческого права в Африке*, подписанного в Порт-Луи в 1993 году, заключалась в служебной роли права по отношению к экономике: именно для создания благоприятного инвестиционного климата было решено учредить «в ускоренном порядке» единообразную систему коммерческого права, основанную на французских правовых традициях, избранную за свою простоту, безопасность, приспособляемость и современный характер. После того как в Преамбуле Договора выражается желание государств разработать «согласованное, простое, современное и приспособляемое коммерческое право для создания всех условий для деятельности предприятий» и подчеркивается осознание договаривающимися государствами «важности формирования условий, способных гарантировать юридическую безопасность экономической деятельности для содействия ускоренному росту последней и увеличению инвестиций», статья 1 предусматривает, что «целью Договора является гармонизация коммерческого права в государствах-участниках путем разработки и принятия простых и современных норм общего характера, адаптированных к их экономическому положению и внедрения соответствующих судебных процедур...».

Таким образом, *ОНАДА*, являясь беспрецедентным примером внедрения модели *civil law* в чисто экономических целях, представляет собой идеальную лабораторию для исследования эффективности этой правовой системы.

Программа Организации объединенных наций по развитию (ПНУД) также энергично поддерживает *ОНАДА*. Так, в одном из ее изданий указывалось: «*ПНУД*, которая оказала финансовую и техническую поддержку процессу разработки законодательства, лежащего в основе создания *ОНАДА*, продолжает оказывать совместно с Францией и Европейским союзом помощь по подготовке юридического персонала». По словам ассоциированного администратора *ПНУД* *Зефирин Диабре*, поддержка, оказываемая *Программой ООН по развитию* по отношению к *ОНАДА*, вписывается в общие усилия, направленные на разрешение управленческих проблем в рамках *Нового партнерства по развитию Африки (NEPAD)*. «Чтобы инвестировать в Африку, наши партнеры из частного сектора нуждаются в безопасности справедливых правовых систем, в законодательстве, защищающем инвестиции, в ясных нормах, регулирующих создание предприятия и его деятельность». Он добавляет: «это именно то, что мы делаем вместе с *ОНАДА*, успехи которой общепризнанны. Эти законы имеют целью создание правовой базы в континентальном масштабе для содействия экономической интеграции и привлечения инвестиций. Сегодня, Африка привлекает только 1 % прямых иностранных инвестиций и многие страны, присоединившиеся к *ОНАДА*, являются одними из беднейших на континенте». «Она обеспечивает уверенность в африканской деловой среде» – констатирует госпожа *Изола*. «Сегодня уже невозможно создать общество, которое существует только номинально. Известны лица, являющиеся его участниками. Известен минимальный размер уставного капитала и существует ответственность за его оплату. Для африканских торговцев и бизнесменов эти изменения происходили постепенно, но имели большое значение, и они рады этому». На действительности, если в недавнем прошлом и были осуществлены некоторые значительные

²²¹ См. в частности: la journée de l'Association Henri Capitant consacrée à l'ОНАДА et les actes du colloque in Petites affiches, n. spécial, 13 oct. 2004. ; J. Issa-Sayegh, « Peut-on perfectionner le système sans aller vers la common law ? », in Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2005, p. 127 et s.

инвестиции, то это стало возможным только благодаря безопасности, которую сторонам обеспечивает единообразное право²²².

В самих США *Департамент торговли*²²³ и тот же *Всемирный банк* официально признают благоприятное воздействие права *OHADA*, которому они приписывают создание на соответствующей территории благоприятного для бизнеса климата! Похоже одни службы Всемирного банка не знают того, что делают другие, поскольку как можно критиковать экономическую эффективность системы *civil law*, одновременно поддерживая позитивный опыт *OHADA*? Как можно претендовать на борьбу с бедностью в мире, оказывая доверие исследованию, которое может иметь только вредоносное влияние на эксперимент, ожидаемая польза которого для африканского континента как в краткосрочной, так и в долгосрочной перспективе приветствуется всем миром? Молчание, сохраняемое авторами докладов *Doing Business* на эту тему, более чем красноречиво: обсуждение контр-примера *OHADA* одновременно могло бы выхолостить выводы докладов и подчеркнуть различие в долгосрочной перспективе в целях между различными службами Всемирного банка... Чтение *Summary* доклада *Doing Business* 2006 года подтверждает тезис о настоящем «интеллектуальном мошенничестве»²²⁴ его авторов, которые осмеливаются рекомендовать африканским странам копировать право... Руанды (двенадцать лучших реформаторов 2004 года), вновь ни говоря ни слова об *OHADA*, которая объединяет 200 миллионов африканцев!

103. Заключение. Чтобы подвести итог обсуждению преимуществ французского права, повторимся, что своим богатством, гибкостью и современным характером оно обязано постоянному взаимодействию и взаимопроникновению между законами, судебной практикой, доктриной и юридической практикой²²⁵. Оно непрерывно приспосабливается к сегодняшним изменениям, одновременно оставаясь верным тем принципам, на которых оно было построено и которые являются гарантами его преемственности.

Конечно, оно не лишено слабостей и недостатков²²⁶. Но ни один из них не является неизлечимым и не приговаривает систему *civil law*, которую оно воплощает, к вымиранию. Совсем наоборот, сегодня запущены крупные проекты, способные привести к положительному результату, нацеленные на его модернизацию с учетом, как это требуется, зарубежного опыта.

В действительности, если французская правовая модель где-то и отставала, то это объяснялось причинами, не связанными с ее внутренней ценностью, такими как распыление

²²² Это, в частности, относится к строительству нефтепровода, финансируемому Exxon Mobil (40 %), Petronas (35 %), Chevron (25 %). Это – один из самых больших инвестиционных проектов, осуществленных в этом регионе за последние десять лет (2 миллиарда доллара прямых иностранных инвестиций): нефтепровод длиной около 1070 километров, берущий свое начало из Добы в Чаде, проходящая через Тубуру в Северном Камеруне и заканчивающийся в Криби на юге.

²²³ Для примера см. информацию, предоставленную американским Департаментом торговли (www.stat-usa.gov) в отношении экваториальной Гвинеи и Чада: «OHADA members have enacted laws governing securities, establishment of commercial companies, general commercial law, recovery procedures, arbitration procedures and bankruptcy procedures. The OHADA laws are generally consistent with French commercial law, with some differences. Though some weaknesses remain, OHADA laws have certainly improved the clarity and consistency of commercial law in francophone Africa... However, the recently implemented Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique treaty offers some hope for more objectivity in the judiciary»; в Интернете (например, на www.aol.countrywatch.com.) можно найти достаточное количество ссылок на преимущества *OHADA* в отношении ее способности создавать благоприятный инвестиционный климат в Африке.

²²⁴ Воспроизводя выражение В. Du Marais, использованное в указ. статье R. Hiault aux Echos du 13 sept. 2005, «Polémique sur le Rapport Doing Business de la Banque Mondiale».

²²⁵ В противоположность другим правовым системам, где все еще господствует идея о том, что закон и судебная практика не могут проникнуть друг в друга, подобно воде и маслу.

²²⁶ Об этих слабостях см. указ статью X. De Roux, в которой отмечается негативное действие для развития международного кредитования норм, императивно ограничивающих капитализацию процентов или правил, уполномочивающих судью на предоставление отсрочек; или в отношении института обеспечительных мер (который находится в процессе реформирования) – необходимость принятия инструментов залога движимых вещей без передачи их залогодержателю, также как – улучшения взаимодействия между мерами обеспечения исполнения обязательств и правовым регулированием предприятий, находящихся в затруднительном положении.

юридических профессий²²⁷, меньшие возможности французской экономики и меньшее использование французского языка: множество факторов осложняет поддержку его международного влияния, какими бы реальными не были его содержательные и организационные преимущества.

Впрочем, общеевропейская конструкция открывает французскому праву новые перспективы. При разработке общеевропейского договорного права, в котором принимают участие все «ремесленники от права» (ученые, судьи, юристы-практики и политики), присутствие французских правоведов среди юристов других европейских стран является более чем когда-либо необходимым. Хотя, они уже ввязались в эту авантюру: об этом свидетельствует участие *Ассоциации им. Анри Капитана* наряду с *Обществом сравнительного законодательства* и *Высшим советом нотариата Франции* в разработке общего модельного законодательства в области договорного права²²⁸. И если Ассоциация друзей французское правовой культуры имени Анри Капитана вступила в это начинание, то это делается (надо ли уточнять это) для защиты правовых систем, основанных на цивилистических традициях, сильных своей общей культурой и богатых в своем разнообразии.

²²⁷ Закон от 11 декабря 2001 года в отношении необходимости принятия срочных экономических и финансовых мер, так называемый закон *MURCEF*, позволяет образование групп хозяйственных обществ, объединяющих представителей свободных профессий и основанных на участии капитале (ООО, АО, упрощенное хозяйственное общество и создает новую структуру, общество финансового участия представителей свободных профессий. Следовало дожидаться августа 2004 года, когда были изданы декреты в отношении обществ финансового участия адвокатов, поверенных, судебных оценщиков, приставов-исполнителей и нотариусов (см. F. Maury, « La consécration pratique des sociétés holdings dans le domaine juridique et judiciaire (décrets n. 2004-852 à 856 du 23 aout 2004 relatifs aux SPFPL d'avocats ; avoués ; commissaires-priseurs judiciaires ; huissiers et notaires) » : D., 2005.645). См., также о борьбе против распыления свободных профессий, так называемый закон NRE о новом типе хозяйственного общества.

²²⁸ Ср. речь G. Canivet: «Франция в Европе и сама Европа являются превосходным горнилом для создания нового права для всего старого континента, мощной машиной для интеграции правовых систем каждого государства-члена. Не станет ли моделью будущего та, которая сформируется при столкновении английского *common law* с системами континентального права? Но, что еще важнее технического сближения и нового права – в Европе рождается новая правовая культура. Она будет чем-то большим, чем простая сумма соответствующих правовых традиций, поскольку европейская политика порождает новые ценности – ценности свободы, солидарности, социального прогресса, вводя, в целом, оригинальную концепцию нового Правового государства».

Глава IV. Собственная ценность права

104. Цена и ценность. Оскар Уайльд в знаменитой эпиграмме упрекал экономистов в знании цены вещей, но не их ценности²²⁹... Сегодняшний юрист может увидеть в этом предостережение, настоятельный призыв всегда уделять большее внимание ценности вещей, но не их цене.

Тем не менее то, что сегодня предлагается Всемирным банком мировому сообществу в докладах *Doing Business* является прямо противоположным, а именно: свести основополагающие ценности различных правовых систем к единому общему знаменателю, которым выступает поиск наименьшей цены или наименьших расходов. Для этой школы мысли «юридически правильное» не нуждается в справедливом: полностью обращенное к полезности, к выгоде – Право должно быть, прежде всего, «юридически экономичным». Покажите мне ваше Право и я скажу вам – в терминах науки, защищенной от мнимой научной строгости²³⁰ – не то, *чего* оно стоит, но *сколько* оно стоит, затем на основе этих расходов я оценю его и классифицирую и... сумею извлечь из этого выводы на будущее... В некотором роде, вслед за *low cost* авиакомпаниями, Праву следовало бы то же стать *low cost*: так что, вперед – к *low cost law*²³¹?

Именно так, успех уже был обещан счастливым пользователям *common law*, тогда как несчастным субъектам *civil law* предсказывается прозябание, коррупция и отсталость – за почетным исключением Франции... Правительствам и парламентам суверенных государств, когда они будут заниматься законотворческой деятельностью, не останется ничего другого как держаться верного пути, проложенного для них авторами докладов *Doing Business*, которые вообразили себя «постигнувшими регулирование» (*understanding regulation*), и если вдруг, они покусились с него сойти – их просьбы о помощи к некоторым влиятельным международным организациям, ставящим свою поддержку в зависимость от «прогрессивности» правовой системы, оказались бы напрасными.

Таким образом, посчитав Экономiku с большой буквы «Э» единственной целью права, можно, к несчастью, спровоцировать конец Права с большой буквы «П»: согласно выражению, которое является даже слишком выразительно, право, якобы, является простой «регулятивной средой» и к тому же «единообразной», поскольку «*one size must fit all*». Однако, право является слишком человечно по своей природе, чтобы постигаться исключительно на основе абстрактных уравнений и разрабатываться посредством бесплотного экономического моделирования – единственного вектора мышления.

105. За правовой анализ экономики! Что поиск системы, способной обеспечить наибольшее благополучие для всех – цель весьма похвальная, что Всемирный банк в силу своего устава обязан принимать во внимание экономические и финансовые последствия правовых норм и судебных решений²³² – никто не будет этого отрицать. Заслуживает одобрения и то, что на самом веру судебной иерархии существует озабоченность экономическим анализом судебной практики²³³. Существует надежда, что такой анализ позволит доказать не только непомерную цену переворотов в судебной практике²³⁴, но также – недостаточное обоснование многих постановлений, питающих затем так много судебных

²²⁹ O. Wilde, «Cynic knows the price of everything and the value of nothing; a sentimentalist knows the value of everything and the price of nothing».

²³⁰ См. выше, Критическое введение в метод докладов *Doing Business*.

²³¹ И даже в этом случае французское право не должно бояться сравнения по такому критерию: см. выше, п. 100 и след.

²³² См. в этом отношении заявления первого председателя Кассационного суда Франции *Ги Каниве*, добывающегося того, чтобы судьи больше принимали в расчет экономические, финансовые и социальные последствия своих решений, in *Les Echos*, mars 2004.

²³³ G. Canivet, «La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge», *Pet. Aff.*, 19 mai 2005, p. E» et s.

²³⁴ *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, приведенный ниже, ссылка 242.

процессов. Тем более, что второе из этих зол, в отличие от первого, можно побороть без пересмотра оснований нашей цивилистической правовой системы²³⁵.

Отсюда до согласия с моделью, предложенной докладами *Doing Business*, еще довольно далеко, что не означает, однако, необходимости переходить Рубикон.

Встревоженные ультралиберальными постулатами данных докладов и пристрастностью используемого метода (выше, глава I), обеспокоенные частой неточностью используемых данных (выше, глава II) и, наконец, удивленные серьезной недооценкой преимуществ французской правовой традиции (выше, глава III), мы хотели бы открыть широкую дискуссию по вопросу, который представляется ключевым: имеет ли Право собственную ценность? Должны ли юристам оставить заботу по поиску «лучшего права» экономистам (точнее, одному из миноритарных направлений экономической науки, однако направлению многословному)? Почему бы экономистам не уступить подходу, используемому правовыми науками? Функционирует ли экономический анализ права, так называемое «*law and economics*», только в одностороннем режиме или он может использоваться с обоюдной выгодой?

Искушение гегемонией экономического анализа права может быть преодолено, что хотелось бы проиллюстрировать, последовательно рассмотрев норму права (§ 1) и юридические профессии (§ 2).

§ 1. Норма права

106. Человеческое знание. Со стороны правоведов оставление определения лучшего Права на откуп экономистов было бы предательством своей миссии: «справедливое», к которому извечно стремится право, не совпадает с «чисто экономическим». Как пишет один американский автор, «те, кто осмеливаются отождествлять право и экономику, или хорошее и настоящее право с хорошей и настоящей экономикой – рискуют утратить контакт с большей частью того, что образует право, которое известно нам всем в настоящий момент»²³⁶.

Прежде всего, дело в том, что существуют и другие богатства, помимо золота, другие параметры, помимо экономических: социальные, моральные, демографические и др. – которые должны быть приниматься во внимание при разработке нормы права. Право в своей основе – есть наука о «человеческом» и рассуждение о нем исключительно в экономических терминах угрожает отсечь его от своих корней. Кроме того, экономические параметры являются настолько многообразными, нередко противоречивыми и часто загадочными, что было бы безумием издавать правила общего поведения, доверившись столь ненадежным расчетам и таким рискованным прогнозам.

Несколько иллюстраций, некоторые из которых уже упоминались.

1. Обязанность проведения технических экспертиз при продаже недвижимого имущества (асбест, свинец и др.).

Является ли данное требование закона экономически эффективной мерой? Так и хочется сказать «нет» – ведь она отнимает время и деньги. Однако, если захотеть взглянуть чуть дальше кончика «своей» покупки, во внимание нужно будет принять, все с той же экономической точки зрения, стоимость лечения болезней, вызванных канцерогенным

²³⁵ Можно было бы, например, руководствоваться при составлении постановлений моделью, которую выработали постановления федеральных судов Швейцарии. Поскольку, помимо качества, присущего этим постановлениям, Швейцария является страной, которая должна внушать доверие любителям экономического рационализма. Равным образом напомним, что во многих отношениях постановления 19 века мотивировались гораздо более тщательно.

²³⁶ F. A. Michelman, «Norms and Normativity in the Economic Theory of Law», *Minnesota Law Review*, vol. 69, 1978, p. 1015-1048, приведенный в работе: Th. Kirat, *Economie du droit*, coll. «Repères», Paris, La découverte, 1999, p. 74.

действием асбеста, отравлением свинцом и т.п. И, кроме того, если сопоставить экономическую логику заботы исключительно о «быстрых продажах» с заботой о здоровье нации, то чему бы Вы отдали предпочтение? Здоровье не имеет цены...

2. Обязательная доля в наследстве

Обязательная доля в наследстве издавна обличается за ее экономическую вредность: якобы, она чрезмерно защищает детей, ослабляя у них дух предприимчивости за счет предоставления наследственных гарантий; к тому же, при наличии нескольких детей, она является причиной дробления и даже разорения хозяйств; по роковому стечению обстоятельств, она даже выступает в качестве фактора падения рождаемости (одно предприятия – следовательно, один ребенок). Стало общим местом противопоставлять ей выгоды абсолютной свободы завешания, которая по ту сторону Ла-Манша, как будто, стимулирует предприимчивость младших членов семьи, которым старшие не оставляют ничего от родительского наследства, и которая не допускает раздела земли. Однако, с одной стороны, обязательная доля выражает ценности, в отношении которых еще нужно доказать, что они являются ничтожными с точки зрения экономических соображений: общность семейных интересов, защита прав младших против злоупотребления финансовыми возможностями старших²³⁷. И кроме того, в итоге, разве Франция построила, в свое время, меньшую колониальную империю, чем Англия? Разве ее демография является более слабой? И, наконец, не обличают ли некоторые, в тех же Соединенных штатах, отсутствие юридической безопасности, проистекающее из-за частной смены «судебной погоды», от которой все больше и больше страдает свобода завешаний²³⁸?

3. Квалификация современных договоров страхования жизни

Научный спор, который породила эта квалификация, уже упоминался ранее, равно как и постановления Кассационного суда Франции, которые его разрешили²³⁹. Некоторые приветствовали данные постановления как доказательство открытости судей экономическим

²³⁷ M. Grimaldi, Successions, Paris, Litec, 2001, n. 284 et s.

²³⁸ M. Goré, « Estate planning : quelques aspects de l'anticipation successorale en droit américain » in Etudes offertes à Pierre Catala, Paris, Litec, 2001, p. 383 et s.

²³⁹ В своей классической форме, остающейся довольно распространенной и включающей страхование на случай смерти на срок менее одного года, на которое идет глава семьи, чтобы защитить своих несовершеннолетних детей от нужды, в которую загонит их его смерть, или заемщик, чтобы освободить своих наследников от бремени выплаты долга, страхование жизни поконится на совершенно определенных правилах игры: застрахованное лицо уплачивает премию, которая покрывает риск его смерти на время действия договора; если он умирает в этот период, страховая компания выплачивает страховое возмещение, сумма которого выше уплаченной премии; если же страхователь остается жив, то его взносы будут утрачены. Каждая из сторон несет риск выигрыша или потери. Иногда об этих договорах говорят, что они являются договорами на проицательность.

В своей современной форме, которая приобрела огромный успех, страхование жизни представляет собой договор, в котором страховая компания обязуется произвести выплату застрахованному лицу, если он останется жив по истечении договора, или назначенному им бенефициару, если застрахованное лицо умрет до истечения срока действия договора, капитала, который в обоих случаях будет равен сумме накопленных страховых премий, умноженной на прибыль от финансовых операций и уменьшенной на расходы по управлению. Правило игры здесь такое же четкое, как и в договоре страхования на случай смерти на срок менее одного года, однако сами правила различаются: сбереженный капитал будет в любом случае выплачен страховой компанией, но он будет представлять собой лишь сумму, накопленную к моменту выплаты. Ни одна сторона не несет риск потерь. Вот почему об этих договорах часто говорят, что они являются договорами по размещению капитала.

О научной дискуссии, порожденной вопросами квалификации договоров размещения капитала, см.: les notes sous Ch. Mixte, 23 novembre 2004, 4 arrêts, Bull. Civ., n. 4 : J. Ghestin, « La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisations », JCP, éd.G., 2005, I., 111 ; Leduc et Pierre, « Assurance-placement » : une qualification déplacée (à propos des arrêts de Chambre mixte du 23 novembre 2004) », Resp. Civ. Assur., 2005, Chron. 3 ; M. Grimaldi, RTD civ., 2005, 434.

реалиям: решив, что «договор страхования, последствия которого зависят от продолжительности человеческой жизни, содержит элемент случайности по смыслу статей 1964 Гражданского кодекса и L. 310-1 и R. 321-1 Страхового кодекса и образует договор страхования жизни», даже несмотря на то, что договор не несет какого-либо экономического риска ни для одной из сторон. Суд, якобы, к счастью отстоял безопасность тысяч вкладчиков, оставаясь при этом «юридически ортодоксальным». В действительности, это дело показывает угрозу, создаваемую судьей, который поступается правовыми принципами, чтобы угодить тому, что он считает высшим экономическим интересом. Прежде всего, на том основании, что это, якобы, необходимо для защиты тысяч вкладчиков, суд серьезно дестабилизировал регулирование наследства и принес в жертву интересы тысяч наследников. Наконец, он обеспечил непоследовательность наследственного права и регулирования в сфере режима имущественных отношений супругов, не говоря уже о том, что разрушил целостное понятие договора, основанного на риске, опасаясь утраты режима налогообложения, которая, как таковая, не существенна²⁴⁰. Одним словом, нельзя представить лучшего примера, который показывает нелепость гражданского права, обслуживающего экономические, фискальные и финансовые интересы, в отношении которых, к тому же, не уверенности в том, насколько хорошо они защищаются.

4. Обязательная сила одностороннего обещания продажи

Экономический анализ права помог бы оправдать столь критикуемую судебную практику, согласно которой лицо, незаконно отказывающееся от своего одностороннего обещания продать имущество до совершения покупки бенефициаром, должен возместить только убытки последнего²⁴¹. Поскольку скажут, что на одного недовольного выгодоприобретателя по обещанию, приходится двое довольных – обязавшееся лицо и новый приобретатель – что продажа происходит, как правило, по лучшей цене, чем первоначально оговоренная в обещании, отсюда и более высокий гонорар, и налог, и т.д. Что касается разочарованного бенефициара, то ему возмещают ущерб и это уже неплохо. Но кому еще не ясно, что здесь идет речь о покушении на моральную ценность соблюдения данного слова²⁴² и, тем более, на практический интерес такой сделки, предоставляющей единственному выгодоприобретателю одностороннее и исключительное право на заключение обещанного договора купли-продажи, причем, без какого-либо скрытого намека на то, что «все покупается – все продается» (вы можете взять назад ваше слово – лишь бы вы заплатили). И затем, даже если речь идет только о *bargain*²⁴³, кто знает, не была бы обещанная продажа (предпринимателю, который собирался устроить в помещении свой бизнес) экономические более многообещающей, чем новая сделка (с иностранцем, который

²⁴⁰ В этом вопросе вернемся к постановлению, вынесенному 26 мая 1999 года Бельгийским арбитражным судом, который признал недействующим, как противоречащее конституционным требованиям о недискриминации и законодательному единству, положение закона от 25 июня 1992 года о договоре страхования земельных участков, который, с точки зрения имущественных отношений супругов, квалифицировал как личное имущество прибыль по договору, полученную лицом, состоящим в браке с законным режимом совместной собственности, даже несмотря на то, что страховые премии уплачивались из общего имущества, за исключением компенсации, причитающейся этому лицу в случае очевидной переплаты страховой премии: «Внося это положение в закон о договоре страхования земельных участков, несмотря на то, что статья 1400.7 Гражданского кодекса не отменена явным образом и то, что Кодекс определяет режим общего хозяйства, посвящая ему целую Часть, с которой такое положение не согласуется, законодатель сделал возможным, чтобы супруг (страхователя) не знал об одностороннем характере выгоды, получаемой из такого договора... Указанные положения носят дискриминационный характер (постановление № 54/99). Вот пример решения, полностью проникнутого духом системы *civil law*.

²⁴¹ Cass. 3 civ., 15 déc. 1993, Bull. Civ., III, n. 174.

²⁴² Ср.: Ph. Malaurie, «Regard sur le formalisme en droit privé», Defrénois, 2005, art. 38129 in fine: «За выражением *pacta sunt servanda* скрывается сущность права и социальных отношений: сущностью является уважение самого себя, уважение закона, уважение других, уважение общества и уважение человеческого достоинства».

²⁴³ Обмен товара на деньги (англ.).

устроит в нем летнюю резиденцию)? И, наконец, как не отметить, что *common law*, экономическая эффективность которого так превозносится, допускает в исключительных случаях, принудительное исполнение в натуре договора купли-продажи недвижимости в случае, когда продавец уклоняется от подписания договора, в то время как покупатель уже приобрел *equitable property*²⁴⁴?

107. Порядок гражданский и порядок рыночный. Кроме того, сам метод оценки определенного закона или конкретной судебной практики с точки зрения материальных затрат способствует развитию рыночного духа, который своим стремлением к абсолютному господству может до невероятной степени исказить гражданское право. А ведь это последнее должно в равной степени принимать во внимание человеческие отношения, как и отношения по экономическому обмену, обеспечивать социальный мир, также как и экономическое благополучие.

С этой точки зрения, некоторые «заскоки» европейского права особенно поучительны. Мы видим там, как логика конкуренции заставляет покориться такие надежные и справедливые принципы – по крайней мере, во французском праве – как принцип полного возмещения ущерба²⁴⁵; как принцип свободы оказания услуг приводит английского судью к предоставлению женщине разрешения на экспорт в Бельгию, с целью проведения искусственного оплодотворения, спермы ее мужа, полученной за несколько часов до его смерти, поскольку в отсутствие прямого согласия последнего данное оплодотворение было невозможно в Англии (свобода прибегать к услугам, предоставляемым в другом государстве ЕС, ведет к разрушению права противодействовать отцовству *post mortem*)²⁴⁶; и этот же принцип привел Суд юстиции Европейских Сообществ в Люксембурге к осуждению во имя свободного доступа на бельгийский рынок иностранных страховых компаний закона, который в Бельгии возлагал на страховые компании обязанность информировать застрахованное лицо о том, что досрочное расторжение договора ведет к финансовым потерям²⁴⁷; а как насчет постановления от 20 ноября 2001 года, в котором Суд юстиции Европейских Сообществ решил, что проституция представляет собой экономическую деятельность в смысле права сообществ, предоставляющему широчайшие свободы²⁴⁸?

Конечно, все это не проистекает непосредственно из экономического анализа права, но, тем не менее, относится к единому умунастроению, которое следует отвергнуть. Порядок гражданский не может сводиться к порядку рыночному²⁴⁹. Конечно, Прибыль имеет свое значение, однако его имеют и безопасность, и ответственность, и свобода, и соблюдение данного слова, и равноправие, и достоинство, и выведение за рамки торговли человеческого тела. Правовой порядок касается человека в той же степени, что и его имущество. Согласно прекрасному выражению профессора Корню, Гражданский кодекс является *res publica*, а не

²⁴⁴ F. Bellivier et R. Sefton-Geen, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », in Mélanges en l'honneur de Jacques Ghestin, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 91.

²⁴⁵ CJCE, 25 avril 2002, aff. C-52/00, D., 2002.2462, note Ch. Larroumet : осуждение Франции, которая в законе, переносящем в национальное право европейскую директиву об ответственности за вред, причиненный бракованной продукцией, исключила франшизу в 500 евро при возмещении убытков, причиненных имуществу.

²⁴⁶ R v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood, (1997) 2 All E. R. 687 (C.A.), приведенный C. U. Schmid, Le projet d'un code civil européen et la Constitution européenne, in Codes et codifications, (2005) 46 C. de D., Université Laval (Québec), p. 115 et s., n. 3.

²⁴⁷ C.J.C.E., 5 mars 2002, Axa Royale Belge SA c. Ochoa et Stratégie Finance SPRL, Aff. C-386/00 : JO C, 109, 4 mai 2002, p. 13. См. об этом постановлении: C. U. Schmid, op. et loc. cit. : « Суд... вынужденно отдал предпочтение тому, чтобы потребитель терпел значительные потери, чтобы не допустить сокращения возможностей иностранных компаний для доступа на бельгийский рынок. Очевидно, что в этом случае договорная справедливость была вновь принесена в жертву интеграции рынков». Указ. постановление, осуждающее Францию, вызывает похожие замечания.

²⁴⁸ CJCE 20 nov. 2001m aff. Janny e. a., C-268/99.

²⁴⁹ Y. Lequette, Rapport de synthèse, préc. ; D'une célébration à l'autre, art. Préc. ; P. Sargos, « L'horreur économique dans la relation de droit (libres propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence ») », Droit social, 2005, 123. A. Supiot, « Le droit du travail bradé sur le « marché des normes » », Droit social, 2005, p. 1087 et s.

*lex mercatoria*²⁵⁰. Те превратности судьбы, которые переживает сегодня единая Европа, те сомнения и тревоги, которые она порождает в сознании людей относительно ее преданности ценностям, лежащим в основании «старого» континента, являются тому свидетельством.

108. *One size does not fit all.* В конце концов, рыночный анализ заканчивается сведением всех правовых систем к простым продуктам или простым орудиям, разнообразие которых изобличается как причина затруднений: смена правовой системы при переходе через границу представляется таким же несносным неудобством, что и разница в ширине железнодорожных путей или различие электрических розеток... *One size fits all...*

Однако, если и верно то, что гармонизация является желанной, и что тому есть многочисленные доказательства, сам *принцип стандартизации* – продукт экономической глобализации и идеологии прав человека – ведет лишь к систематическому вменению наиболее сильного закона и, как таковой, должен быть низвергнут:

- с экономической точки зрения: разве многократно не утверждалось, что конкуренция между правовыми системами способствует конкуренции экономической и развивает реформаторский дух, так превозносимый докладами *Doing Business*?
- с точки зрения метода: различие, смягченное многочисленными сходствами – не обладает ли оно большими достоинствами, чем поспешная унификация, особенно когда она понимается не как поиск компромиссной системы, но как присоединение к модели сльвущей превосходной?
- наконец, с точки зрения культуры: как говорят сами американцы: «*Variety is the spice of life*». Впрочем, поскольку право является культурой и поскольку нельзя и не должно иметь универсальную Культуру – нельзя и не должно иметь универсальное Право. Последнее вовсе не означает, что не может существовать несколько правовых принципов с универсальной ценностью: например, которые содержит Всемирная декларация прав человека; или также принципы, нарушение которых санкционируется Международным уголовным трибуналом (компетенция которого признается подавляющим большинством государств, но не США). Это означает, что концепция договора, собственности или наследования коренится в истории страны, и что игнорируя ее, «однополярное» или «одностороннее» мышление, нацеленное подчинить все социальные реальности единой модели, действует из тщеславия, внушая скуку.

§ 2. Юридические профессии

109. Специфическая особенность правовых услуг. Там, где подобно Франции, существует публичная функция по отправлению правосудия, также как существует публичная функция здравоохранения – правовая деятельность, равно как и деятельность медицинская, не сравнимы с предоставлением услуг коммерсантом: ни та, ни другая не могут регулироваться исключительно законом рынка.

Этим, в частности, объясняется требование обеспечения всеобщей доступности права, которое влечет следующие последствия: в первую очередь, запрет для представителей регламентированных юридических профессий совершать коммерческие сделки на регулярной основе; назначение адвоката судом и обязанность совершения нотариальных действий нотариусом; юрисдикционная помощь, направленная на то, чтобы сделать реальным право каждого на суд и тариф нотариуса, позволяющий за счет наиболее доходных операций (удостоверение сделок в сфере оборота недвижимости) финансировать менее доходные (сопровождение процедур ликвидации общества или оплата долгов наследодателя за счет наследственного имущества); размещение в свободном доступе на сайте www.legifrance.gouv.fr свода законодательства и судебной практики. Этим также объясняется наличие некоторых этических норм в деятельности французского адвоката, как, например,

²⁵⁰ Речь, произнесенная в Университете Париж II Пантеон-Ассас, по случаю публикации указ. соч.: 1804-2004 Le Code civil...

запрещение договора *de quota litis* или невозможность адвокату удерживать дело клиента до уплаты им гонорара, как исключение из общего правила, допускающего право кредитора на удержание документов, принадлежащих его должнику.

В этом отношении, правовое положение нотариата остается в большей части непонятым идеологам всего либерального²⁵¹. Нотариус, в странах римских правовых традиций, является профессионалом от права, назначенным государством, чья задача (обеспечивать реализацию публичной функции по созданию достоверных доказательств) определяется государством и чьи профессиональные объединения (для Франции: Высший совет, региональные советы, палаты департаментов) налагаются государством: таковы республиканские или королевские нотариусы. Это справедливо даже в том случае, если они получают вознаграждение от частных лиц, прибегающих к их услугам. Исходя из этого, оценка нотариата в рыночных категориях идет против здравого смысла: ставить ему в упрек извлечение выгоды из монопольного положения – это то же самое, что обвинять государство в организации и поддержании публичной функции по созданию достоверных доказательств; рассматривать нотариальные тарифы как сговор – это видеть соглашение между конкурентами там, где существует решение государства²⁵².

Что касается адвоката, разве не полезно напомнить гуманистическое, некоммерческое содержание приносимой им клятвы: «Я клянусь осуществлять мои функции адвоката достойно, сознательно, независимо, порядочно и человечно»?

Конечно, не нужно быть наивным. Адвокат и нотариус являются профессионалами и, как таковые, совершенно естественно озабочены доходами, которые они могут извлечь из своей профессии. Нет сомнения, что эти профессии испытывают последствия возвышения роли права в современном обществе и заметного удорожания юридических услуг²⁵³. Тем не менее, не все французские юристы разделяют идею о том, что ценность права зависит от единственной способности содействовать процветанию экономики.

110. Риск смешения различных юридических профессий. Кроме того, рыночная идеология неизбежно приводит к деформации традиционной концепции юридических профессий. Говоря об адвокатуре, адвокаты перестают рассматриваться исключительно в качестве лиц, содействующих осуществлению правосудия, вступают на конкурентное поле других юридических профессий, отбивая друг у друга клиентов и часть рынка, а также строят друг другу самые гнусные козни в судебных процессах. Что касается нотариуса, то он начинает воспринимать статус публичного должностного лица как тяжкое бремя, оставляя удостоверительную функцию ради свободно оплачиваемых консультаций и становясь на доходную, но не менее рискованную стезю поиска средств для налоговой оптимизации экономических операций своих клиентов, после чего начинают находить странным, что один и тот же нотариус может одновременно консультировать обе стороны договора... Деликатность, беспристрастность, содружество: столько фундаментальных ценностей, совершенно забытых там, где видят только экономическую конкуренцию.

Совершенно естественно, что все это закончится вопросом о том, что отличает адвоката от нотариуса и, вскоре, адвоката от юриста с дипломом «магистра» и, даже пристава-исполнителя? Видя во всех них «торговцев» от права, их переплавят в единую профессию во имя свободного юридического рынка. *One size fits all...*

Как и нормы права, юридические профессии стремятся к единообразию и, следовательно, к обнищанию...

111. Хвала правовому разнообразию! Здесь хотелось бы быть хорошо понятым. Речь не идет о том, чтобы защищать определенную культуру ради нее самой, «упираться» в традицию из страха перед всякой эволюцией. Вопрос в ином: существуют ли основания для

²⁵¹ Об этом непонимании см.: Y. Lequette, Rapport de synthèse, préc.

²⁵² A. Roth, Rapport de synthèse, XV Rencontres Notariat Université, Le notariat : perspectives françaises et européennes, 2005, в печати: издание Les Petites Affiches. См. по этой теме выбор, сделанный Китаем и Вьетнамом в пользу модели латинского нотариата.

²⁵³ О глубокой эволюции профессии адвоката см.: J.-D. Bredin, Mots et Pas Perdus, Paris, Plon, 2005.

перехода от одной системы к другой? Существует ли твердая уверенность, что США представляют для юридических профессий образ, который должен занять место модели? Лучше ли там консультируют гражданина в его частной или профессиональной жизни? Лучше ли там защищен тяжущийся? Лучшее ли там правосудие? Является ли Право там более доступным? И затем, является ли случайностью то, что после падения берлинской стены в 1989 году, 14 государств бывшей коммунистической Европы восстановили нотариат латинского типа²⁵⁴? Не является ли в высшей степени показательным, что такая страна как Китай, открываясь внешнеторговым отношениям, решила создать у себя профессию нотариуса непосредственно на основе латинской модели²⁵⁵, и что ряд других стран также желают учредить такую профессию²⁵⁶? В действительности, все эти страны сделали выбор в пользу юридической безопасности – необходимого условия для развития внутренних и иностранных инвестиций. Современный нотариат в точности воплощает эту потребность в юридической безопасности, стоящей на службе экономическому развитию²⁵⁷.

Юристы всех стран, включая Францию, знают, что не существует идеальной системы и что их собственная система страдает от несовершенства и пробелов, но также им знакомы ее исторические и культурные корни, равно как и способ их устранения. Они справедливо не доверяют внешним заимствованиям, которые в основе имеют только идеологические посылки, какими бы соблазнительными они не были.

Кажется к тому же удивительным, что многообразие правовых культур не пользуется механизмами все усиливающейся защиты культурного разнообразия в целом. Разве 20 октября 2005 года Генеральной конференцией ЮНЕСКО не была одобрена Конвенция о защите и содействии разнообразию культурных выражений, укрепляющая идею, которая уже фигурировала во Всемирной декларации ЮНЕСКО о культурном разнообразии (2001), а именно, что культурное разнообразие должно пониматься как «общее достояние человечества», а ее «защита как этический императив, неотделимый от уважения достоинства личности»²⁵⁸?

²⁵⁴ Польша, Венгрия, Румыния, Болгария, Турция, Словакия, Эстония, Латвия, Литва, Армения, Украина, Грузия, Хорватия. См. также в Азии – Вьетнам (*Droit et patrimoine*, févr. 2006).

²⁵⁵ Закон № 39 от 28 августа 2005 года, вступивший в силу 1 марта 2006 года.

²⁵⁶ Международный союз нотариата получил среди прочих заявки от Таиланда, Кореи, Казахстана, Азербайджана, Белоруссии, Сербии и Черногории. Кроме того, некоторые штаты Соединенных штатов (Техас, Алабама, Луизиана), Канады (Британская Колумбия) и Австралии (Штат Виктория) проявляют интерес к этой профессии и в качестве наблюдателей участвуют в некоторых международных нотариальных мероприятиях.

²⁵⁷ См. речь Жанг Фузен, Министра Юстиции Китая на коллоквиуме «Собственность на службе экономического развития», прошедшего в Шанхае 15 и 16 ноября 2004 года. Ed. Centre sino-français de formation et d'échanges notariaux et juridiques à Shanghai, 2005, p. 8.

²⁵⁸ <http://portal.unesco.org>

Общее заключение

122. Нет другого богатства, кроме людей. Доклады Всемирного банка послужили целительным электрошоком для юристов романской правовой культуры, в частности для французских юристов.

Конечно, резкость тона, крайность выводов (Франция, страна большой семерки, поставлена на 44 место в рейтинге по правовому обеспечению деловой среды; Руанда, где давно свирепствует гражданская война, возведена в пример для подражания для всего африканского континента, тогда как цивилистический опыт *OHADA* не признавался достойным интереса), определенное тщеславие метода (хорошие и плохие оценки раздаются ученикам в классе, состоящим из государств, самопровозглашенным и суверенным учителем) и отсутствие широты взгляда (стремление к справедливости, понимаемой как поиск *best practices* и т.д.) делают их значение относительным.

Конечно, частичка лицемерия в подходе и, даже, некоторое интеллектуальное мошенничество при доказывании²⁵⁹ приведут некоторых читателей к пренебрежению и игнорированию их выводов. Хотя, скажут они, провозглашенные цели и внушают уважение: *Understanding regulation, Removing obstacles to growth, Creating jobs*, однако, в действительности, речь идет только о начинании, которое навязывает правовую систему, принадлежащую доминирующей экономической державе. Их подозрение коснется и искренности Всемирного банка, который, находясь в Вашингтоне и широко финансируемый США, предоставляет тезисам группы *LLSV* неожиданную трибуну, отрекаясь однако от непосредственного одобрения взглядов, которые он не перестает ретранслировать каждый год²⁶⁰.

В докладах *Doing Business* проводится мысль о том, что право – есть «крупнейший вектор международного влияния страны»²⁶¹. В конце концов, не удивительно, что доминирующая экономическая держава желает закрепить свое влияние, навязывая волевым образом свою правовую модель, в данном случае *common law*, хоть бы и за счет дискредитации других моделей, к которым относится и *civil law*. Франции как стране, отпраздновавшей в прошлом году 200-летний юбилей своего Гражданского кодекса, экспортированного ею в такое количество стран²⁶², хорошо понятен интерес государства к распространению своего права, его приемов и ценностей. Ей и другим странам, которые принадлежат к одной правовой культуре, следует защищать ценности, которые несет эта культура и, тем самым, дать отпор стратегии культурного господства, в которую вписываются, несмотря на внешнюю строгость статистических данных, доклады *Doing Business*.

С этой целью, прежде всего надлежит, используя тот же экономический анализ²⁶³, доказать ценность нашей правовой системы: также, здесь следует прямо заявить, что модель, основанная на традициях гражданского права, обладает в высшей степени экономически привлекательными качествами (выигрыш во времени и средствах, но при этом – безопасность, предупреждение шиканы и др.).

²⁵⁹ В. du Marais, указ. соч.

²⁶⁰ См. следующую постоянную оговорку в докладах *Doing Business*: «The findings, interpretations, and conclusions expressed here are those of the authors and do not necessarily reflect the views of the Board of Executive Directors of the World Bank».

²⁶¹ Н. Moutouh, « Le droit et l'influence internationale de la France », in *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2005, p. 79 et s.

²⁶² М. Grimaldi, *L'exportation du Code civil*, указ. соч.

²⁶³ Метод, который больше не колеблется использовать во Франции: см, в частности, различные доклады в работе: « L'analyse économique du droit des contrats : outil de comparaison, facteur d'harmonisation », *Gaz. Pal.* 2005, n. 68-69 ; М.-А. Frison-Roche, *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documentes*, coll. « Quadrige », Paris, PUF, 2005. Экономический анализ способствует проведению некоторых реформ даже в тех сферах, где этого никак не ожидали, о чем свидетельствует недавний Доклад о переворотах судебной практики, составленный Комиссией под председательством Николя Мольфеси, опубликованный 30 ноября 2004 года, который осуждает «глубоко антиэкономические последствия» резких поворотов судебной практики.

Следует также защитить иное видение права, отдающее приоритет его культурной значимости²⁶⁴ и восхваляющей разнообразие²⁶⁵. Конечно, привлекательность права, его способность обеспечивать регулирование, благоприятствующее экономическому обмену, представляют большую важность, однако следует при этом отказаться от сведения права к простой «благоприятной регулятивной среде»²⁶⁶ с перспективой всемирной правовой стандартизации – к выгоде закона сильнейшего или богатейшего, который с необходимостью будет являться «наилучшим» с этой точки зрения. Следует бороться с таким, на удивление марксистским, принимая во внимание его источник, подходом к праву, понимаемому как «надстройка», конечной целью которой является обеспечение перманентности определенной системы экономического обмена.

Французское право остается правом гуманистическим. Безусловно, направленное на содействие торговым обменам, развитие инвестиций, установление благоприятных условий для создания предприятий, оно стремится также не допустить оставление лиц без какой-либо правовой защиты. Оно не культивирует экономическую эффективность саму по себе, любой ценой и в краткосрочной перспективе²⁶⁷, но старается заложить основы прочного общества. Французское право может гордиться закреплением, раньше или несмотря на других, теории злоупотребления полномочиями, принципа безвиновной ответственности – и это в эпоху машинного производства, принципа повышенной ответственности продавца-изготовителя – в потребительскую эру или принципа безвозмездности «передачи» человеческих органов, крови или генетических продуктов – в век биотехники. Гражданский кодекс является для французского юриста «инструментом, лежащим в основе общественного выбора»²⁶⁸: выбора, который не может быть продиктован единственно экономическими императивами²⁶⁹.

Всегда будем помнить мысль Жана Бодена: Нет другого богатства, кроме людей.

²⁶⁴ V. P. Sargos, « L'horreur économique dans la relation de droit (libres propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence ») », Droit social, 2005, n. 2, p. 124 ; V. Heuzé, « A propos du Rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité », JCP, 2005, I, 130.

О заявленном закате экономического анализа права в Соединенных штатах и в отношении критики усиления гегемонии американского права, отчасти связанной с этой доктриной см. U. Mattei, « Analyse économique du droit et hégémonie de la pensée juridique américaine : un essai sur l'ascension et la chute du prestige culturel », Gaz. Pal., 2005, n. 68-69, p. 37.

²⁶⁵ V. B. du Marais, « One size fits all », Tribune, AJDA, 28 juin 2004.

²⁶⁶ Определенное «сопротивление», направленное не против экономического анализа права, который может быть безусловно полезной вспомогательной наукой, но против гегемонистского искушения последнего (очевидного в направлении LLSV и в докладах Doing Business) кажется, с этой точки зрения, оправданным; см. по этому вопросу: H. Muir-Watt, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in Bruno Deffains, L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Paris, Cujas, 2002, pp. 37-45 ; Aff., n. 99, 19 mai 2005, « Analyse économique du droit : quelques points d'accroche », sous la direction scientifique de Guy Canivet, Bruno Deffains et Marie-Anne Frison-Roche.

²⁶⁷ Поэтому, быть может, отчет о влиянии французского коммерческого права в мире содержит такое количество нюансов: см.: D. Voinot, « La législation commerciale : instrument de rayonnement du droit français dans le monde », Pet. Aff., 9 mars 2005, n. 48, p. 3.

²⁶⁸ G. Canivet, указ. выступление; его же: « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », RTD civ, 2005, 33, spéc. p. 41 et s.

²⁶⁹ P. Sargos, указ. статья.