

РАСШИРЕНИЕ ГРАНИЦ

А. А. Кондаков

Неудобное законодательство: почему Гражданский кодекс России мешает иностранному бизнесу¹



КОНДАКОВ Александр Александрович — магистр социологии права, научный сотрудник Центра независимых социологических исследований; ассистент профессора факультета политических наук и социологии Европейского университета в Санкт-Петербурге. Адрес: Россия, 191040, Санкт-Петербург, Лиговский пр., д. 87.

Email: kondakov@cisr.ru

В статье методом деконструкции анализируются концептуальные основания гражданского права в России. Основная цель анализа — выявление конфигурации власти, которая воспроизводится в тексте Гражданского кодекса РФ. Отправная точка анализа — обзор теоретических положений гражданского права, осуществлённый исходя из перспективы социологии права. Для изменения контекста идеалистических конструкторов закона используются материалы интервью с топ-менеджерами и юристами иностранных компаний, работающих в России. В рамках исследования были опрошены 17 корпоративных юристов и топ-менеджеров компаний из Финляндии, Германии и США. Анализ интервью позволяет определить контексты, в которых проблематизируется право, что указывает на способ распределения власти при деловых отношениях между компаниями. В интервью с менеджерами иностранных компаний информанты стремились определить широкий круг препятствий для ведения своего бизнеса. Однако основным ограничительным обстоятельством назывались многочисленные требования российского законодательства, смысл которых с трудом понимается зарубежными предпринимателями и сводится к бюрократическим формальностям. Это даёт возможность посмотреть на текст закона под новым углом — вычленив те фрагменты, в которых государственный аппарат помещается в превалирующую позицию по отношению к частным лицам. На основании такого метода в статье предлагается концептуальный анализ российского Гражданского кодекса, позволяющий определить, каким именно образом закон оказывается не инструментом успешного бизнеса, а барьером в повседневной деловой активности международных компаний в России. Хотя формально Гражданский кодекс содержит положения, которые поддерживают частные отношения и не ограничивают их, за этим фасадом скрывается такая конфигурация власти, которая разрешает государственной бюрократии подчинять гражданский договор собственной воле.

Ключевые слова: гражданское право; международный бизнес; инвестиции в Россию; договор; социология права; деконструкция.

¹ Исследовательский проект поддержан грантовой программой «Международный дискуссионный клуб “Валдай”» в 2012–2013 гг. (Discussion Club Valdai: <http://valdaiclub.com/>). Автор благодарен коллегам — Елене Богдановой, Соили Нюстен-Хаарала и Фредрику Йоргенсону — за совместную продуктивную работу над проектом.

Введение

Весной 2014 г. состоялась премьера современной экранизации повести «Дубровский» А.С. Пушкина. Сюжет был перенесён в наши дни. Вместо вражды двух помещиков в качестве завязки зрителю предлагается конфликт олигарха и мелкого частного собственника. Как и в классическом произведении, спор между Троекуровым и Дубровским решается в суде. На стороне олигарха — местный государственный чиновник Ганин, обменивающий свои услуги на финансы и благосклонность барина. В его задачи входит «натравить» на Дубровского контролирующие органы власти, способные в рамках своей компетенции найти нарушения в любой области. Когда затея удаётся и дело готово к передаче в суд с очевидным для всех участников исходом, Троекуров звонит чиновнику, чтобы поблагодарить его²:

Ганин. Всё готово. Всё дело за Вами. Как дадите отмашку, так сразу в делопроизводство.

Троекуров. Ловко всё у тебя.

Ганин. Да что я. Это всё закон!

Суждение чиновника свидетельствует о том, что его действия по отбору земли у Дубровского не являются противоправными. Напротив, он пользуется правом, удобно предоставляющим ему достаточные полномочия, чтобы осуществить почти любые желания своего патрона. И хотя конфликт формально касается двух частных лиц и их собственности, государственная власть оказывается той силой, которая определяет вектор развития событий конфликта. Фильм может отсылать не только к вымыслу, безусловно, имеющему место, но и к отношениям, питающим тревоги современных предпринимателей: закон не ограничивает государство при регулировании частных сделок, а, наоборот, наделяет его обширной властью, гарантирующей распределение собственности приближённым к государству.

Схожие представления о праве могут иметь реальные менеджеры работающих в России иностранных компаний, чьи мнения были собраны в ходе осуществления научного проекта. Главный исследовательский вопрос, поднимаемый в статье, заключается в том, чтобы определить основания, имеющиеся для того, чтобы считать российское право в области гражданских сделок генерирующим такую конфигурацию власти, которая позволяет использовать его не для защиты частной собственности от вмешательства государства, а для защиты государства от ограничения его компетенций по поводу частной собственности. Базовое предположение состоит в том, что сами принципы регулирующего сделки права содержат положения, обеспечивающие на практике именно такое распределение власти. Анализ права поэтому сводится к тем статьям Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ), которые закладывают основы для прочих нормативных актов, регулирующих деловые операции в России.

Следует с самого начала отметить, что исследование не носит компаративистский характер, а потому в тексте не делаются выводы о том, что российское право хуже или лучше регулирует схожие отношения по сравнению с аналогичным правом какой-либо другой юрисдикции. Менеджеры компаний в разных странах часто жалуются на относящиеся к их сфере деятельности законы, и нормы любых государств могут представляться им в той или иной степени «неудобными». Результаты данного исследования могут быть специфичными для России или частным примером более общей ситуации. Для подтверждения того или иного случая необходимо дополнительное исследование. Тем не менее любые предположения о сравнении норм в разных странах в этой статье являются лишь впечатлением, которое может сложиться в результате дизайна исследования, а именно — анализа точки зрения иностранцев на право в России.

Представляемый анализ строится на принципах деконструкции и, таким образом, призван опознать противоречие между регулированием деловых отношений в контекстах, описываемых в интервью с

² «Дубровский» (кинофильм), реж.: А. Варганов, К. Михановский. Производство: Твинди, Россия, 2014.

менеджерами иностранных компаний, и теми обстоятельствами, которые структурируют такие отношения в российском праве. Помещение идеалистических норм права в иной контекст помогает поставить вопросы, которые вне такого «наивного» взгляда иностранного бизнесмена остаются непроблематизированными. В этой логике выстроен анализ предлагаемого в статье корпуса интервью с топ-менеджерами иностранных компаний, работающих в России. Перспективы, которыми они делятся с исследователем, — это основа методологии деконструкции, позволяющей отвлечься от привычного восприятия предмета анализа и взглянуть на него другими глазами, чтобы выявить обычно неосознаваемые проблемы.

Иными словами, для того чтобы ответить на вопрос о содержащейся в тексте закона конфигурации власти, сначала понадобится определить конкретные проблемные точки гражданского законодательства как на теоретическом уровне, так и на практике. Обзор теоретических оснований методологии и ранее проведенных исследований, представленный в первом разделе статьи, позволит показать возможные проблемные моменты гражданского права на уровне теории. В то время как анализ интервью с менеджерами работающих в России иностранных компаний, представленный во втором разделе данной статьи, призван определить проблемные ситуации, с которыми встречаются бизнесмены на практике, моменты их «удивления» в новом для иностранцев правовом контексте. В результате анализа будет показано, что право само по себе представляется менеджерам проблемой, поскольку, согласно их оценкам, оно затрудняет их работу, одновременно поддерживая требования государственных органов. Основанием для этих суждений о праве в области ведения бизнеса является концептуальная нормативная база, регулирующая имущественные отношения между лицами, то есть ГК РФ, закладывающий исходные положения любых иных законодательных норм в этой области. Высказывания информантов в заключительной части статьи будут сопоставлены с текстом закона, что позволит наглядно продемонстрировать конфигурацию власти, манифестируемую в законе, но незаметную при его простом прочтении. (Интервью анализируются раньше, во втором разделе, как было отмечено, чтобы обозначить моменты «удивления», оценочные суждения информантов и выделить контексты для дальнейшего анализа текста закона, а затем сопоставить их с формальными требованиями норм права.)

Власть и право: герменевтика текста

Текст закона выстроен на некоторых базовых основаниях, как и любой текст в силу наличия своей заранее заданной аксиоматической структуры [Chomsky 2002], хотя и переменчивой в результате раскрытия генеративных эффектов скрепляющих структуру элементов [Butler 1990]. Таким образом, в задачи данного анализа входит не выявление многочисленных деталей юридических формальностей, описанных в тексте закона, а обнаружение базовых принципов отечественного гражданского права, определяющих его трактовку и применение (см.: [Fassi 2014: 279–280; Нарваес Мора 2015; Фицпатрик 2015]). Подобные аналитические процедуры известны из работы Джудит Батлер по деконструкции «юридической власти» [Фуко 1996: 184] вообще и уголовного права США в частности [Butler 1997]. Нормы российского права проверяются на концептуальном уровне, что в актуальное время также считается соответствием международным стандартам, то есть общему языку закона, сложившемуся в этой отрасли и признанному международными институтами в качестве «лучших практик» [Циммерман 2007]. Так, осуществляется определение базовых терминов законодательства, описание того, какое место они занимают в тексте закона и как определяются, то есть воспроизводится поверхностный уровень права для дальнейшей деконструкции [Derrida 1992]. Установленные таким образом термины разбираются далее в других контекстах. Данный анализ ограничивается текстом конкретного кодекса, поэтому для рассмотрения берутся новые статьи и главы этого кодекса, а предварительно суждения о них классифицируются при анализе интервью о деятельности менеджеров иностранных компаний, но анализ также может осуществляться при привлечении текстов судебных решений, например.

Ограничение работы текстом одного кодекса вызвано исследовательским вопросом, заключающимся в выявлении базисных оснований существующей конфигурации власти в гражданском праве. Анализ позволяет определить, почему российское право вызывает недоумение, отторжение и расценивается как неудобное для иностранных бизнесменов, проинтервьюированных в ходе работы. Объектом для анализа послужили только тексты законов, собранные в соответствующих разделах ГК РФ, закладывающие основу для прочих норм права в этой области и регулирующие правила договора, поскольку именно свобода договора выражает суть частного права. Следует сразу отметить, что раздел ГК РФ, посвящённый регулированию правил оформления договоров, нельзя считать полным источником юридического знания о договоре в России. Принципиальные и базисные основания договорного права отражены в основных положениях ГК РФ, а также в разделах, посвящённых сделке и обязательствам. Именно эти разделы являются равнозначным материалом для анализа.

Анализ строится на рассмотрении того, какая логика позволила закону возникнуть в той форме, в которой мы видим его сейчас. Любая норма закона не существует сама по себе, поскольку содержание нормы — это не её текст, а следование ей субъектами права³. Если закон не исполняется людьми и не учитывается государственными институтами при воплощении своей деятельности, то можно сказать, что такого закона нет [Sarat 1990]. Однако тексты законов могут иметь непосредственное отношение к тому, как организована практика, регулируемая ими [Фуко 1999], поскольку они являются институциональной формой существующих отношений власти и определяются конфигурацией властных отношений в правовых государствах [Фуко 1996: 191]. Законы могут исполняться лишь потому, что они учитывают уже имеющуюся практику и регулируют некоторые отклонения от неё, сдерживая конфликты [Pound 2002], а также потому, что репрессивный бюрократический аппарат заставляет кого-то их исполнять [Вебер 2006]. Наконец, законы могут не исполняться, потому что следование им не имеет смысла, принципиально неосуществимо или не имеет поддержки соответствующих государственных институтов. В данной статье закон понимается как перформативный акт⁴: независимо от исполнимости или исполняемости закона его текст, во-первых, является формой властных отношений и, во-вторых, производит эффекты, как минимум, вербализованные в приведённых ниже интервью. Таким образом, эффект закона не равен постулируемой в нём цели, но всегда существует [Macaulay 1991].

Гражданское право по большей части является частным, то есть регулирующим отношения правоспособных людей между собой. Некоторые области частного права развивались на протяжении веков автономно, независимо от государственных институтов [Ehrlich 1936: 137–139]. Частное право — это право, творимое самими людьми при помощи собственных устных и письменных норм, то есть договоров, ограничивающих свою юрисдикцию отношениями только тех сторон, которые о чём-то условились. В каком-то смысле оно субстанционально перформативно. Наибольшее распространение частное право получило в торговле, поскольку договорённости были востребованы в данной сфере как гарантии одной стороны другой: одна сторона передаёт свою собственность другой стороне только на условиях того, что другая сторона передаст в обмен определённое количество ценностей. Выработанные торговцами средневековой Европы принципы заключения договоров и решения конфликтных ситуаций стали содержанием неформальной системы регулирования их торговых отношений, известной как *lex mercatoria* (коммерческое право), постепенно поглощаемой государством [Michaels 2007]. Правовая монополизация практик (оформление института права) ведётся национальными государствами постоянно [Ehrlich 1936]. Люди действуют в собственных интересах, вырабатывают общие правила игры, вступают в конфликты, а государственное право призвано вписать эти действия в собственную

³ Дискуссию о специфике судопроизводства в гражданском процессе, например, в отношении государственных органов см.: [Аккуратов 2004].

⁴ Такой подход предлагает рассматривать правовой текст как перформативные речевые акты, то есть слова, производящие эффекты фактом артикуляции [Butler 1997].

юридическую логику и обеспечить монополию на регулирование любых возможных отношений между людьми своими законами.

Это противоречие приводит к плюрализации норм, регулирующих частные отношения. Во многих странах сегодня признаются альтернативные способы разрешения конфликтов с помощью медиаторов, третейских судей традиционных общин и даже религиозных деятелей. В России подобная практика также имеет место, однако конфигурация отношений между альтернативными нормативными системами и государственным правом остаётся центрированной на федеральной бюрократии [Forsyth 2007: 75]. Суть частного права на абстрактном уровне концептов всё же выражается в принципиальной разнице между нормами, о которых договариваются люди без участия государства, и Гражданским кодексом, регулирующим эти альтернативные нормы. Данное противоречие выражено в разнице подходов к пониманию договора между условными юристами и условными предпринимателями, или специалистами, применяющими право, и специалистами, выполняющими договорённости. С точки зрения юриста, договор предполагает наличие правовых санкций, которые и обеспечивают выполнение договорённости [Маколей 2014: 374–375]. Успешный менеджер часто смотрит на договор как на последовательность действий, приводящих к результату, о котором договорились стороны [Нааріо 2006; Barton, Нааріо, Vorisova 2015: 21]. Таким образом, конфликт между формой (договорным правом) и содержанием (договорённостью между людьми) является проблематичным контекстом существования гражданского права как такового. И тем не менее наибольшего уровня конфликт достигает в связи не с разницей подходов к праву со стороны юристов и предпринимателей, а с тем, кто «пишет» окончательный текст закона.

Так, дискуссии о значении права при выстраивании стратегий ведения бизнеса в России сводятся к тезису об отсутствии понятных и надёжных законных регуляторов деловых отношений, что, в свою очередь, приводит к воспроизводству альтернативных систем регулирования бизнеса [Волков 1999; Volkov 2002]. В этом смысле отношения между российскими компаниями строятся на признаваемых участниками рынка правилах игры, которые разделяются не только самими бизнесменами, но и государственными органами контроля, готовыми руководствоваться не буквой закона, а, скорее, устоявшейся практикой и институциональной логикой, зачастую не вступающей в противоречие с нормами права [Панеях 2008]. Несмотря на то что альтернативные праву системы часто становятся препятствием для ведения легального бизнеса, они одновременно способствуют обходу неудобных и требующих значительных транзакционных издержек бюрократических формальностей. Более того, поскольку они появляются в качестве альтернативы формальному праву (для устранения транзакционных издержек), они не оформляются в новые нормативные акты (это противоречило бы логике их возникновения). Распространение и восприятие альтернативных норм обеспечивается логикой работы самих органов власти, призванных контролировать соблюдение законодательства [Панеях 2003: 158]. Вступающие в эту игру «инородные элементы» — иностранные компании — не всегда готовы следовать её правилам, поскольку и содержание этих альтернативных нормативных систем, и их основания остаются для многих западных компаний неясными и пугающими. Если формальное право может, в теории, быть приближено к общим стандартам в разных национальных контекстах, то неформальные правила в силу отсутствия кодекса, скорее, будут отличаться друг от друга. Однако, как показывают собранные в рамках исследовательского проекта интервью, не только альтернативные нормативные системы правил пугают иностранцев, но и сам российский закон в той форме, в которой он существует.

Конечно, целью государственного права, регулирующего личные отношения граждан, не является подчинение субъектов права само по себе. Российское гражданское право формально предоставляет свободу договора, а существующие ограничения в нём вербализуются в форме гарантий восстановления прав в судебном порядке. Иными словами, гражданское право обеспечивает правовую рамку для снижения рисков при заключении соглашений. Во-первых, рисков, связанных с невыполнением условий

соглашения ввиду обмана или недобросовестности сторон, то есть нарушения прав. Во-вторых, рисков, связанных с вовлечением в соглашение третьей стороны, которая не имела такого намерения, — другого гражданина или широкой общественности, не включённых в соглашение в момент его составления и, следовательно, не имеющих ни обязательств по этому соглашению, ни выгод от него. Например, в некоторых штатах США продажа автомобиля предполагает волеизъявление обладателя машины и покупателя, обмен автомобиля на деньги в соответствии с договорённостью, выраженной в устной или письменной форме, и простую регистрацию купленного. В то же время в России купля-продажа автомобиля имеет сложную бюрократическую процедуру, связанную с составлением письменного договора, с регистрацией прав собственности в специально организованных государственных органах, с открытием депозита в банке и с иными приготовлениями, составляющими антураж, по сути, простого обмена вещи на деньги. Так, анализ норм права, диктующих подобные условия, необходим прежде всего для понимания степени свободы договора, обусловленной конфигурацией власти при составлении текста закона и репрезентируемой в нём.

Та конфигурация власти, которая представляется в современном тексте ГК РФ и практиках, им регулируемых, проистекает не только из более давних традиций континентального права, но и из советского прошлого [Nystén-Naarala et al. 2015: 118]. Поскольку советской власти был присущ скепсис по отношению к частным интересам граждан и их свободам, есть основания полагать, что государственный подход к распределению полномочий проявляется и в актуальных нормах права, формально описывающих уже иные — капиталистические — отношения. Представленный далее анализ показывает, почему о российском гражданском праве до сих пор следует говорить как о праве, зависимом от государства и предоставляющем государственной бюрократии исключительные права при манипуляциях с частной собственностью. Данное положение дел свидетельствует о поразительной устойчивости конфигурации власти, свойственной советской правовой системе [Jordan 2005: 15, 46].

Метод исследования: голос права и человека

Эта статья — один из результатов исследовательского проекта, посвящённого изучению инвестиционного климата в России. На основе трёх «кейсов» (деятельность компаний из Финляндии, Германии и США, занимающихся бизнесом в России) работающие над проектом исследователи попытались определить выгоды и издержки ведения дела в российском контексте. В рамках проекта в течение 2012–2013 гг. были собраны 17 полуструктурированных интервью с топ-менеджерами и юристами восьми иностранных компаний, работающих в России. Нас интересовали только люди, занимающие высокие должности (ответственные за российский филиал, начальники отделов или служб) и, следовательно, способные принимать самостоятельные бизнес-решения, а также корпоративные юристы, обладающие уникальными функциональными обязанностями в компаниях.

Выбор случаев для анализа обусловлен несколькими обстоятельствами. Во-первых, финские, немецкие и американские компании являются наиболее активными в России представителями иностранного бизнеса [Bogdanova 2015: 124–125]. Во-вторых, при поиске случаев для анализа в Северо-Западном федеральном округе, к которому территориально привязано исследование, разнообразие иностранных компаний было ограничено по сравнению со столичным регионом. Если присутствие финского бизнеса здесь велико в силу близости границ, то компании из многих других стран не обязательно имеют свои представительства в Санкт-Петербурге. В-третьих, на отбор информантов влиял и размер бизнеса. Скажем, практики индивидуальных предпринимателей остаются за скобками исследования, в то время как крупный и средний бизнес попал в выборку. Так, среди проинтервьюированных оказались представители машиностроительной отрасли, менеджеры крупных торговых сетей, участники международного логистического бизнеса и девелоперы. Все собранные материалы были в значительной степени анонимизированы. Для кодирования информации об участниках исследования используются

следующие данные: профессиональный статус, страна происхождения компании, сфера деятельности компании.

В процессе интервью собеседники могли свободно рассуждать на темы, предлагаемые интервьюерами. В путеводитель по интервью были включены вопросы, касающиеся истории компании и положения, занимаемого в ней информантом, договоров, которые компания заключает с российскими субподрядчиками, наиболее типичных ситуаций, с которыми приходится иметь дело. Мы также просили описать обыкновенный рабочий день собеседника. Вопросы об оценках иностранными специалистами работы в России не предполагались, однако сами топ-менеджеры и юристы постоянно давали такие оценки. Интервью проводились на русском и английском языках (интервью, взятые на английском языке, переведены автором этой статьи).

Последующий анализ центрируется на смыслах, которыми информанты насыщали свою речь в беседе с интервьюером. Проговариваемые суждения не полагаются тождественными каким-то событиям в опыте информанта или его (её) действительным оценкам ситуации. Напротив, суждения понимаются в качестве формы высказывания, которая скрывает смысловое содержание. В работе исследуются два аспекта этого содержания: во-первых, выбираются те суждения, которые описывают отношения власти (столкновение интересов, борьба, осмысление рисков и издержек), и, во-вторых, учитывается контекст, в котором эти отношения описываются (будет ли это обсуждение права, партнёрских договоров или организационной структуры компании). Такой приём отвечает задаче выявления механизмов власти и места закона в их регулировании.

Анализ предполагает, что в ходе него будут определены конкретные проблемные точки при ведении бизнеса в России, но не случаи, а общая логика этих затруднений, которые и составляют контекст в интервью, проблематизируемый информантами. Через сравнение собственных культурных установок и нормативных представлений о способах ведения дел в своих странах информанты осмысливают новый опыт, приобретаемый в России. Это ценно для дальнейшего прочтения ГК РФ. Без понимания того, что в законе может быть иначе, его текст может либо представлять собой логичный, законченный и «правильный» корпус норм, либо содержать внутренние противоречия, определить и устранить которые можно в рамках абстрактного правового анализа⁵. Полемика между правовой теорией и практикой правоприменения, таким образом, разрешается через поиск в эмпирических данных вопросов к концептуальному анализу текстов закона. Помещение нормы из сакрального контекста права в обыденное обсуждение в ходе интервью делает закон открытым к критическому переосмыслению.

На начальном этапе анализа текста закона были выбраны концептуальные положения, в основном содержащиеся в разделе первом части первой ГК РФ. В них для дальнейшего использования в других частях кодекса и иных нормативных актах определяются такие концепции, как, например, «свобода договора». Концептуальный уровень предполагается поверхностным, то есть означающим именно то, что сказано. Далее производился глубинный анализ тех статей кодекса, которые отвечали как минимум одному из двух критериев: во-первых, они должны были тематически попадать в обсуждаемые информантами «проблемные» области, и, во-вторых, в тексте статей должны были встречаться рассмотренные на первом этапе анализа концепции. Например, договор между двумя фирмами обсуждался в интервью не как самостоятельное соглашение сторон, а как подверженная влиянию жёстких требований отчётности зона контроля государства. В то же время статьи ГК РФ определяют ограничения свободы договора. Таким образом, на втором этапе анализа необходимо было разобрать все статьи

⁵ Существование противоречий проблематично само по себе. Актуальные исследования демонстрируют высокую степень избирательной интерпретации норм права в судах, то есть применение судьями отдельных положений закона вне контекста трактуемой нормы права, что приводит к искажению содержания отдельно взятых положений [Muravyeva 2015: 633–634].

кодекса, посвящённые договору, и выявить вписанные в текст властные отношения, то есть требования, предъявляемые к договаривающимся сторонам более властной инстанцией в форме либо санкций, либо компенсаторных механизмов. Использование той или иной формы также будет указывать на вектор властных отношений, задаваемый в статьях о свободе договора.

Деловые трудности: от первого лица

Следует сразу отметить, что информанты определили российское право в качестве единственного препятствия в своей работе, то есть контекстом большинства проблем, о которых шла речь в интервью, стал закон. Разговор о праве вёлся в разных терминах, что будет продемонстрировано ниже. Далее будет проанализирована используемая интервьюируемыми лексика для проблематизации различных тем, связанных с препятствиями ведения бизнеса в России. Оценочные суждения позволяют идентифицировать точки эмоциональной вовлечённости, свидетельствующие о сообщении информантом о проблемной ситуации. Важно при этом обращать внимание на контекст сообщения и описываемые властные отношения.

Для многих иностранных инвесторов Россия представляет собой привлекательный рынок и одновременно вызов их деловым способностям. Слово «вызов» особенно подчёркивал менеджер из США, оценивающий деятельность своей компании как ограниченно успешную на российском рынке. Его яркое высказывание характерно для образа мыслей опрошенных бизнесменов о рынке в России:

Он очень привлекателен и даёт большую прибыль, однако бросает тебе серьёзный вызов (топ-менеджер, США, машиностроение).

В чём же специфика этого «вызова»? Основные категории, которые проявляются в материалах интервью при описании проблематичных обстоятельств, — это «бюрократия» и «правила игры».

Менеджеры и корпоративные юристы используют схожую лексику при описании российских бюрократических формальностей:

Это вызывает страх (топ-менеджер, Финляндия, отдых и торговля);

Естественно, первая реакция любого иностранного клиента: это кошмар (юрист, Финляндия, торговля).

Использование лексики с сильной негативной окраской при рассказах о бюрократии связано с непредсказуемостью и неясностью бюрократических требований. С одной стороны, информанты понимают, что соблюдению бюрократических норм придаётся большое значение:

У нас просто НДС сдаётся коробками, грузится реально, мы заказываем маленький фургончик, чтобы наша бухгалтерия могла сдать НДС... И каждый квартал, который мы закрываем, это просто кучи бумаги (финансовый менеджер, Германия, перевозки);

Печать — это волшебная штука. До того, как переехал в Россию, я никогда не видел ни одной печати (топ-менеджер, США, машиностроение);

Нужно получить, насколько я помню, как наш бывший директор говорил, порядка 45–50 различных бумажек и разрешений, чтобы это (Установить летнюю террасу для кафе. — А. К.) сделать (топ-менеджер, Финляндия, отдых и торговля).

С другой стороны, иностранцы, которые ведут бизнес в России, не понимают, для чего необходим такой объём бумажной работы:

Иностранная компания не подписала акт, потому что для них это было вообще... да, каким-то новшеством подписывать акты (юрист, Финляндия, отдых и торговля).

Бюрократия становится тем, что следует «преодолеть» (юрист, Финляндия, торговля), однако она «осложняет успех, отнимает слишком много времени» (топ-менеджер, США, машиностроение) и в итоге делает «бизнес бессмысленным» (топ-менеджер, Финляндия, отдых и торговля).

В высказываниях чётко разграничиваются отношения власти: бюрократии принадлежит последнее слово в процессе выполнения какой-либо задачи, в то время как экономические, политические или культурные контексты вообще не проблематизируются. Власть, таким образом, осмысливается как право государства выстраивать через норму закона однозначную иерархию отношений, поддерживающая собственные привилегии.

При обсуждении бюрократических трудностей информанты часто использовали категории, характеризующие время, которое, по их мнению, они затрачивают зря:

Это было административное производство, да. На нас хотели наложить штраф, но мы всё-таки в течение полутора лет, точнее скажем, года, в течение одного года нам пришлось всё-таки в этом участвовать (юрист, Финляндия, отдых и торговля).

Одним из способов преодоления бюрократических требований могли бы стать жалобы в суды на органы власти, заваливающие компании бумажной работой. Однако, когда совершается выбор между соблюдением бюрократических формальностей и иском в судебные инстанции, на самом деле менеджеры выбирают между годами отношений с органами контроля и годами судебных тяжб. Результат, таким образом, не оправдывает средства. Как сказал один из менеджеров, «я лучше отступлю» (топ-менеджер, США, машиностроение), то есть он готов пожертвовать финансовой выгодой ради экономии времени, пасуя перед отягчающими транзакционные издержки властными инстанциями.

Неопределённость требований закона и сложные неочевидные формулировки норм права являются одной из причин, по которым юридические службы международных компаний в России возглавляют местные юристы:

Чтобы быть успешным на этом рынке, необходимо знать российское право на 100 процентов (топ-менеджер, Финляндия, отдых и торговля).

Это означает, что норма права, как полагается, не может быть дана в тексте закона или домыслена по аналогии с другими рациональными требованиями. Напротив, каждая правовая интеракция понимается как непредсказуемая, а потому недостаточно знать текст закона, но необходимо понимать логику вовлечённых в правовые отношения властных отношений. Таким образом, задачей российских юристов является не только работа с законом: они должны сопоставлять временные издержки с целями и задачами бизнеса, учитывая специфику правовых интерпретаций бюрократическими органами.

Такую ситуацию отражают и другие суждения. По мнению информантов, российский закон одновременно очень жёсткий и слишком мягкий. С одной стороны, он предписывает соблюдать большое количество требований, связанных с контролем над деятельностью компании:

У нас есть свои стандарты, шаблоны, которые соответственно рассчитаны по законодательству, потому что нас проверяет налоговая инспекция российская, а не другого государства (юрист, Финляндия, отдых и торговля);

Российские банки требуют, значит, вот такой договор в такой форме, с такими сведениями, плюс платёжное поручение (юрист, Финляндия, торговля).

С другой стороны, российское право представляется «нестабильным, генерирующим взяточничество» (топ-менеджер, США, машиностроение) и «в конечном итоге, никогда не применяется» (юрист, Финляндия, отдых и торговля).

Не следует воспринимать эти высказывания буквально. Они свидетельствуют не о том, что закон используется так, как это угодно тому, кто его применяет, но о том, что цель закона сводится не к выполнению нормы бизнесменом, а к реализации нормы чиновником, контролируемым другим чиновником. Отчётность частных компаний создаётся для государственной бюрократии, а не для компаний. Причём речь идёт не только об отчётности в налоговой сфере, но о широком контроле со стороны разных ведомств. В этом проявляется важный властный компонент права — его центрирование на государстве, а не на регулировании отношений между частными лицами. Данная ситуация может быть связана с реальными случаями коррупции или с обыденными сложностями в преодолении бюрократических барьеров, однако она выражается более общим суждением: российское право остаётся **неудобным** для использования в международном бизнесе.

Неудобство, связанное с работой правовых институтов в России, проявляется не только в вербализации конкретных примеров, но и в запросе на кардинальные перемены:

Правила игры должны быть открытыми и понятными. Работа правительства сильно ограничивает наши возможности вести бизнес, и мы надеемся, что эта ситуация изменится под влиянием (Норм. — А. К.) ВТО (топ-менеджер, США, машиностроение).

Продолжая свои рассуждения, данный информант сформулировал, каким образом такая ситуация влияет на российский рынок:

Мы решили прийти (На российский рынок. — А. К.), инвестировать, но мы также решили участвовать лишь в тех сделках, которыми мы можем гордиться. Поэтому мы следуем нашим собственным правилам и преследуем наши собственные, весьма скромные цели (топ-менеджер, США, машиностроение).

Под формулировкой «сделка, которой можно гордиться» информант подразумевает отказ от участия в неправовых операциях. Иными словами, он одновременно подчёркивает важность права для бизнеса и амбивалентность российского закона, предоставляющего возможности использования власти в неправомочных целях. Потенциал инвестиций, которые готовы привнести иностранные компании в Россию, в значительной степени ограничивается рисками, связываемыми информантами с российским законодательством.

Резюмируя суждения и оценки информантов, следует отметить, что проблематичными они видят сами «правила игры» (нормы, регулирующие их деятельность) и бюрократические требования (формальную отчётность перед контролирующими органами). Обе ситуации имеют непосредственное отношение к праву, поскольку формулируются через закон. Однако, взятые вместе, они указывают на специфику власти, конституирующей право: это приоритет администрирования частной деятельности государ-

ством через формализацию отчётности о выполнении правил ведения бизнеса перед государственными органами. Бюрократия является при такой конфигурации власти конечным адресатом работы частных компаний. При анализе норм права поэтому следует искать то место, которое занимает государство в их регулировании.

Информанты негативно оценили два аспекта российского права, которые для целей дальнейшего анализа будут находиться в фокусе внимания при прочтении ГК РФ: *формализм*, с одной стороны, и *неопределённость требований* — с другой. Таким образом, при более глубоком рассмотрении ГК РФ, являющегося основой регулирования частных отношений между компаниями, следует обратить внимание на статьи, требующие соблюдения формы документов при ведении бизнеса (письменные договоры, разрешения, накладные) и формализации действия (акты, финансовые подтверждения), а также ограничивают ассортимент возможных вариантов действий (валюта расчётов, предмет соглашения и проч.). Что касается правовой неопределённости, то она относится, скорее, к эффекту от существующего текста закона, чем к его конституирующей силе. Неясность требований закона, как может показать дальнейший анализ, проистекает из несоответствия концептуального аппарата ГК РФ содержанию его требований. Так, проанализированные сначала поверхностный уровень и затем более глубокий позволят, при сравнении, продемонстрировать диссонанс между используемыми в разделе первом ГК РФ правовыми концепциями и предметом, подлежащим регулированию в последующих разделах, что отражает суть заявляемой информантами неопределённости.

Власть права: гражданский закон в России

Уровень текстовой поверхности

ГК РФ состоит из четырёх частей, семи разделов и 1551 статьи. Части ГК РФ принимались Государственной думой в 1994, 1995, 2001 и 2006 гг. В 2008 г. было принято решение реформировать ГК РФ. Большая доля изменений должна затронуть обсуждаемые в анализе части⁶. Изменения ГК РФ коснутся важных вопросов дальнейшего развития свободного рынка — сближения законодательства Европы и России, с одной стороны, и России и СНГ — с другой; обеспечения стабильности гражданского законодательства и в то же время внедрения толкований норм права российскими судами. Так или иначе, сложно представить себе, чтобы уже имеющиеся основы норм ГК РФ были опровергнуты нововведениями, поскольку это базовые концепты гражданского права в большинстве стран мира.

Смысл гражданского закона в России — гарантировать соблюдение прав каждой из сторон частного договора при помощи юридических механизмов, доступных государству. Основное внимание регулирования сводится к формированию правил вокруг сделок, то есть договорённостей по поводу передачи товаров, вещей и услуг одной стороны за вознаграждение (или безвозмездно) другой стороне. Собственно, границы между договором и сделкой в российском гражданском праве размыты: с одной стороны, договор — это соглашение между двумя или несколькими сторонами (ст. 420, п. 1); с другой стороны, к договорам применяются правила, установленные законом для сделок и обязательств по сделкам (ст. 420, пп. 2, 3). Общим местом пересечения всех этих концептов остаётся частная собственность, поскольку именно по её поводу заключаются соглашения (договоры, контракты), а также образуются обязательства и права, которые реализуются во взаимовыгодной сделке.

В современной ситуации большое значение в правотворчестве играют международные институты, производящие юридические нормы на глобальном уровне. Их содержание часто сводится к постули-

⁶ См. «Проект федерального закона о внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации...». Опубликовано на сайте Арбитражного суда (URL: <http://www.arbitr.ru/press-centr/news/31202.html>).

рованию принципов *lex mercatoria* в формальном правовом тексте. Эти принципы кодифицированы в ряде международных документов. Среди наиболее значимых следует назвать «Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА»⁷ (далее — УНИДРИА), «Венская конвенция ООН» (ЮНСИТРАЛ⁸) и «Принципы европейского контрактного права». Данные конвенции объединяют в своих текстах обычаи и «лучшие практики» *lex mercatoria* по унификации оснований частного права и принципов торговли в мире. Поскольку российское законодательство является основным источником права в нашей стране, оно эксплицитно утверждает юрисдикцию обычаев и лучших практик в текстах законов:

Обычаем признаётся сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, не предусмотренное законодательством правило поведения независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе (ГК РФ, ст. 5).

Применение обычаев ограничено законом (самим ГК РФ, в частности) и условиями договора. Таким образом, преваляющей нормой остаётся текст закона. Международные конвенции, напротив, не только являются кодифицированными в относительно свободной форме обычаями и лучшими практиками торговли, но и эксплицитно подчёркивают их преваляющее значение (см., например, статью 1.8 УНИДРУА или статью 1.103 «Принципов европейского контрактного права»). Конечно, международные конвенции имеют иные по сравнению с национальным кодексом задачи и свойства; их основная цель — давать рекомендации и ориентиры для национальных правовых конфигураций. Отечественный кодекс работает в других контекстуальных обстоятельствах, у него своя историческая подоплёка.

Источник правовых норм — это не только буква закона, но и определённая культура, сложившиеся практики, государственная воля и разделяемые в международной практике принципы. Эти параметры диктуют финальные словесные формулировки правовых норм. Следует иметь в виду, что данные параметры в совокупности составляют основания для появления текста закона. В частном праве выделены несколько базовых принципов, тем или иным образом присутствующих во всех релевантных правовых документах, касающихся торговли. Эти принципы эксплицитно заявлены в упомянутых выше международных конвенциях, а также вписаны в текст ГК РФ. Итак, российское гражданское право базируется на *добросовестности, намерении, разумности* вступающих в отношения сторон и на *свободе договора*.

Добросовестность (*bona fide*) означает, что стороны заключают договор, руководствуясь чистыми побуждениями, и не стремятся извлечь собственную выгоду путём ущемления прав другой стороны. Добросовестность противопоставляется злему умыслу. ГК РФ основан на концепции добросовестности, которая эксплицитно представлена в статье 1 и противопоставляется «недобросовестности»:

3. При установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно.

4. Никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения.

Намерение — это выражение собственной воли для вступления в договорные отношения, фактические интенции сторон участвовать в совместной деятельности, сотрудничестве. Намерение может так-

⁷ Принципы УНИДРУА — свод правил в торговле, подготавливаемый Международным институтом по унификации частного права в Риме.

⁸ Арбитражный регламент для решения споров между субъектами права в коммерции.

же служить основанием для трактовки неясных условий договора через интерпретации этих условий, исходя из заявленных сторонами целей. Намерение основывается на указании того, что какое-либо действие желаемо той или иной стороной, то есть в намерении проявляется воля стороны:

2. Граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своём интересе (ст. 1).

2. Сделка, которая может быть совершена устно, считается совершенной и в том случае, когда из поведения лица явствует его воля совершить сделку (ст. 158).

Разумность предполагает оценку ситуации сторонами, обусловленную причинами (*ratio*): в момент заключения договора они имеют основания полагать, что способны выполнить его условия, а также осознают возможные риски. Разумные стороны взвешивают «за» и «против» для принятия решений, поэтому данный принцип сочетается с пониманием ими рисков, которые в логике авторов ГК РФ ассоциируются с предпринимательской деятельностью (ст. 2). ГК РФ прямо указывает на разумность как на один из основных принципов гражданского права в статье 10:

5. Добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются.

Разумность также является важным атрибутом многих условий договора — цены (ст. 524, 738), расходов (ст. 520, 530), сроков реализации условий договора (ст. 314, 345, 375). Однако в этом случае речь чаще идёт об установлении цены, сроков или объёма расходов тогда, когда они не предусмотрены законом или договором сторон. Иначе говоря, требование разумности предъявляется третьей стороне (суду) при разрешении возникшего конфликта.

Свобода договора — пожалуй, наиболее важный принцип гражданского права, определяющий сущность частных правовых отношений между людьми и юридическими лицами. Именно свобода является основой возникновения новых прав и обязательств, в которые по собственной воле вступают договаривающиеся добросовестные стороны, руководствуясь разумными мотивами. На свободе договора базируются либертарианская экономика, свободный рынок и *laissez-faire*⁹. В самом общем виде свобода договора представляет собой право вступать или не вступать в соглашение, а также право выбора, с кем и на каких условиях это делать. При этом в идеале государственное регулирование ограничивается охраной прав собственности и защитой от вмешательства третьих лиц в частные дела. В ГК РФ свобода договора является базовым принципом, декларируемым в первом абзаце статьи 1:

1. Гражданское законодательство основывается на признании равенства участников регулируемых им отношений, неприкосновенности собственности, свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты.

Данный абзац обращается к основным условиям свободы договора: равенство сторон, неприкосновенность частной собственности, недопустимость вмешательства третьих лиц. Кроме того, в абзаце описывается функция государственного регулирования, ограничивающаяся обеспечением защиты прав через суд. Если бы ГК РФ ограничивался абзацем первым статьи 1, можно было бы сказать, что Россия обеспечивает либертарианскую модель свободного рынка. Более того, кодекс прямо запрещает «наибольшее зло» при осуществлении свободных частных правоотношений — монополию (ст. 10).

⁹ Принцип невмешательства в частные дела (*франц.*).

Статья 421 эксплицитно раскрывает понятие «свобода договора» в том виде, в котором его предлагают отечественные законодатели. Данная статья фокусируется на свободе как выборе, заключать договор или нет, выборе формы договора, выборе условий и содержательной части договора. Следует сразу отметить, что статья 421 также выставляет определённые рамки свободе договора, но об этих рамках речь пойдёт в следующем разделе.

Необходимо обратить внимание на то, что российский Гражданский кодекс добавляет в список принципов ещё один элемент — **неравенство**. Российский законодатель учёл, что позиции сторон того или иного соглашения могут быть неравными, и стремится гарантировать соблюдение равноправия при заключении договора. В статье 1 отмечается:

Гражданское законодательство основывается на признании равенства участников регулируемых им отношений.

Безусловно важный и действительно актуальный вопрос неравенства сторон раскрывается в ГК РФ лишь частично, никаких особых гарантий из постулирования неравенства не вытекает. Однако законодатель счёл необходимым поставить данный вопрос на повестку дня, чтобы иметь в виду неравное положение участников договора в дальнейших интерпретациях гражданского права судами и гражданами.

Таким образом, принципы ГК РФ полностью соответствуют концептуальным основам, которые следует ожидать в подобном правовом тексте. Никаких особых концепций или положений кодекс не содержит; не предполагает он и осуществления предпринимательской деятельности только в рамках, например, традиционного хозяйствования (см.: [Soto 1989]) или исключительно семейных наделов; на концептуальном уровне не указывает на превалирующую роль государства при осуществлении частных отношений. Почему в этом случае иностранным менеджерам закон кажется необычным?

Глубинный уровень

Из материалов интервью и анализа закона, предложенных выше, следует, что информанты ошибаются в своих оценках российского законодательства. Все основные принципы, в том числе используемые в международном праве и сами нормы этого права, интегрированы в основополагающие рамки ГК РФ. Однако текст предполагает и важные ограничения, которые, если сопоставить их с материалами интервью, составляют основное реальное содержание гражданского права, поскольку формулируют конфигурацию власти, позволяющей подчинять любые отношения единственной инстанции — государственной администрации. Это обеспечивается предусмотренными кодексом ограничениями соглашений и процессов, связанных с выполнением условий договора.

Как уже отмечалось, право обычая в торговых отношениях имеет большое значение для формулировки государственных законов, регулирующих коммерцию. Принципиальные основы такого права кочуют из текста в текст, чтобы оправдать и придать значение национальным гражданским кодексам. Более того, обычное коммерческое право активно используется сторонами соглашений, судами и специалистами по внесудебному разрешению споров для трактовки конкретной ситуации правоотношений по договору. Российский Гражданский кодекс, с одной стороны, учитывает принципы *lex mercatoria* для формирования основ отечественного гражданского права, а с другой стороны, напрямую ограничивает применение обычаев и лучших практик на местном рынке. «Обычаи делового оборота» могут использоваться участниками, если они соответствуют критериям статьи 5 ГК РФ, и только в том случае, если не противоречат закону или договору.

Схожая ситуация свойственна применению в ГК РФ концепции добросовестности. Следует отметить, что слово «добросовестность» появляется в тексте в тех случаях, когда речь заходит об участниках частных сделок — о приобретателе прав (ст. 302) или о владельце собственности (ст. 303). При этом добросовестность имеет преваляющее значение для определения действительности соглашения между сторонами и вменяет ответственность за нарушение контракта тому лицу, *«которое знало или должно было знать, что его владение незаконно»* (ст. 303). Таким образом, добросовестность, скорее, можно определить как невиновность перед законом, чем как добрые намерения частных участников правовых отношений. А недобросовестность является в этом случае виной. Иначе говоря, добросовестность — это не основание гражданского права, а обстоятельство, которое необходимо доказать в суде, чтобы снять с себя вину.

Если принципиальные основы частного права, на которых зиждется суть идеи невмешательства государства в частные дела договаривающихся людей, не имеют реальных правовых механизмов поддержки, следует заключить, что закон составлен таким образом, чтобы обеспечить иные основания и другие эффекты. Представляется, что эти основания поддерживают не индивидуальные права и свободу договора частных лиц, не регулируемый «свободный» рынок и принципы невмешательства в частные дела, не презумпцию разумности участников коммерческих отношений, а власть государственных институтов диктовать исключительные условия формально свободных отношений между физическими и юридическими лицами. В тексте закона данное положение подтверждается эксплицитно:

К имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым и другим финансовым и административным отношениям, гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законодательством (ст. 2).

В данном случае речь идёт об отношениях между частными лицами и государственными налоговыми органами и потому данное положение оправданно, однако неполный список «других административных отношений» сам по себе является сомнительным начинанием. Хотя ГК РФ прямо указывает на *«недопустимость какого-либо вмешательства в частные дела»* (ст. 1), нормы закона при этом очевидно производят такое вмешательство через жёсткое регулирование документальной отчётности. Более того, список случаев, которые оправдывают вмешательство государства, остаётся открытым. Даже при том, что эта норма формально касается отношений между частными лицами и бюрократией, она принципиальным образом переворачивает иерархию власти гражданского права, и вместо отношений между лицами возникают отношения между бюрократией и всеми остальными. Такая конфигурация власти подрывает правовой смысл гражданского права, поскольку позволяет оформить отношения между частными лицами как отношения в рамках общей бюрократии и тем самым вмешиваться в частные отношения с вариативными, зависящими отнюдь не от права эффектами.

Статья 10 задаёт пределы осуществления гражданских прав, и, как и следует ожидать, формально государство не является источником этих пределов. В тексте статьи государственные органы лишь предоставляют гарантии по защите нарушенных прав в том случае, если лицо требует такой защиты через суды. Статья 421 («Свобода договора») явным образом обнаруживает ограничения, которые накладываются государством на соглашения между гражданами:

Условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами.

В случаях, когда условие договора предусмотрено нормой, которая применяется постольку, поскольку соглашением сторон не установлено иное (диспозитивная норма), стороны могут

своим соглашением исключить её применение либо установить условие, отличное от предусмотренного в ней. При отсутствии такого соглашения условие договора определяется диспозитивной нормой.

С одной стороны, условия договора определяются участниками соглашения. С другой стороны, условия не могут противоречить закону, который ограничивает их при помощи диспозитивных (нужно специально оговаривать, что нормы исключаются из условий) и императивных (обязательных для любого договора) норм. Следует иметь в виду, что условия договора чаще определяются законодательством. При этом большую часть условий составляют императивные нормы, которые вообще невозможно исключить:

Договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами (императивным нормам), действующим в момент его заключения (ст. 422).

Более того, императивные нормы устанавливаются не только ГК РФ, но и другими законами и подзаконными актами. Среди наиболее существенных следует назвать требования расчётов в национальной валюте (ст. 317), расписки и акты выполненных работ (ст. 408), письменные формы акцепта (ст. 445). Все эти условия имеют к бизнесу меньше отношения, чем к отчётности контрольных органов в рамках своей бюрократической структуры. Вопрос о том, что является предметом регулирования ГК РФ, поднятый при анализе интервью, таким образом, вновь возникает при анализе текста закона.

Закон устанавливает существенные условия договора, которые вообще позволяют говорить о том, является ли какой-либо документ действительным договором. Эти условия устанавливаются самим же законом (ст. 432). Кроме того, предусмотрена процедура государственной регистрации договора, без которой определённые типы соглашений не признаются (ст. 433). Данные обстоятельства делают природу договора исключительно легалистской, жёсткой и несвободной.

ГК РФ предоставляет именно государству с его судебными инстанциями и органами контроля широкие полномочия для регулирования соглашений, вплоть до возможности изменять условия в уже имеющемся договоре (ст. 451, п. 4). Более того, закон эксплицитно ограничивает форму сделки (договора). С одной стороны, сделки могут совершаться устно и в двух разных письменных формах — простой и нотариальной (ст. 158). С другой стороны, закон выставляет определённые требования к формам сделки таким образом, что устную сделку можно совершить лишь в малозначительных случаях. Более того, требования к форме письменных сделок также весьма конкретны: наличие печати, бланка, необходимых условий и т. п., что в значительной мере ограничивает круг сделок, совершаемых в простой письменной форме.

Таким образом, использование концепций гражданского права в ГК РФ, направленных на регулирование деловых отношений между частными лицами, и указанные в нём же полномочия государственных органов, регулирующие бюрократические формальности частных отношений, пересекаются. При этом именно полномочия чиновников риторически вербализируются в форме конкретных запретов или ограничений, что обеспечивает иерархический порядок, в котором государственные органы ставятся выше частных лиц. «Удивление» и даже страх перед бюрократией, о которых говорили информанты, опрошенные в ходе исследования, маркируют степень, в которой власть при ведении частных сделок принадлежит не менеджерам компаний, а государственным чиновникам. ГК РФ позволяет совершать нормотворчество, которое воспроизводит эту конфигурацию власти, не предлагая ограничений для бюрократии, но, напротив, устанавливая их для действий частных организаций. Иными словами, если концепции гражданского права, в том числе используемые в ГК РФ, призваны сделать правила игры

предсказуемыми для предпринимателей, то остальные проанализированные требования кодекса призваны сделать предпринимательскую деятельность предсказуемой для чиновника — через отчётность, подотчётность и контроль.

Заключение

Целью этой работы было выявление конфигурации власти, которая обнаруживается в текстах законов, регулирующих деловые отношения в России, и имеет *эффекты* на ведение бизнеса. Исходя из теоретических предпосылок о том, что частное право является законом, который творят сами люди при помощи договоров, а государство вмешивается в эти отношения лишь для регулирования конфликтов, было указано, что степень влияния бывает разной и отражает форму властных отношений. Для исследования властных отношений методом деконструкции моменты эмоциональной вовлечённости разбирались на материалах интервью с точки зрения контекста, в котором такие моменты возникают, и властных отношений, на которые они указывают. Тем самым идеалистический конструкт права помещался в новые обстоятельства — обсуждение практических задач бизнесменов, — что позволило описать законы в терминах бюрократических препятствий, временных затрат, злоупотреблений и проч. Несмотря на то что суждения менеджеров не принимаются на веру, эмоциональность, в которую окрашены формы их словесного выражения, сообщает о проблемном распределении власти от государства к бизнесу в частных сделках. Вместо обсуждения конфликтов между сторонами договора информанты почти полностью посвятили время интервью обсуждению бюрократических препятствий в их работе.

Анализ интервью позволил при разборе ГК РФ обратить внимание на то, каким образом концепции частного права ограничиваются в пользу государственной бюрократии. Хотя формально договор между частными лицами гарантируется правом, базисные свободы эксплицитно отягчаются жёсткими рамками, в которых государственному аппарату принадлежит последнее слово при определении условий частных отношений. Это прежде всего проявляется в оформлении интеракций между частными лицами бюрократическими отношениями — отчётной документацией перед государственными инстанциями, направленной не на гарантии свобод договора, а на внутрибюрократическое распределение ответственности между чиновниками разных ведомств, судами и другими государственными органами. Таким образом, конфигурация власти, выявленная при анализе частных отношений, заключается в поддержке её (власти) единственного источника — государства.

Данное обстоятельство имеет непосредственное отношение к деловым интеракциям между компаниями, особенно между иностранными компаниями. Если российские предприниматели могут полагать сложившиеся правила привычными и прибегать к альтернативным регуляторам отношений друг с другом, то иностранный бизнес смотрит на сложившуюся ситуацию как на препятствие в бизнесе. Этим может объясняться высказанное в интервью стремление ограничивать деловые сделки на российском рынке минимальным количеством, снижая прибыли и обороты иностранных компаний для экономии на трансакционных издержках и для защиты компании от угрозы вмешательства органов государственной власти, ожидаемой на любом этапе ведения бизнеса. Данные выводы следует проверять на больших массивах данных в будущих исследованиях.

Концептуальные основы ГК РФ требуют пересмотра для перераспределения власти. Центрирование гражданского закона на власти государственной бюрократии не позволяет развиваться частным отношениям, делает текст закона насыщенным внутренними противоречиями, поощряет злоупотребления. Дальнейшие исследования могут подтвердить или опровергнуть этот вывод через анализ судебных решений, отношений бизнеса и власти, анализ других кодексов (например, Налогового кодекса РФ) в части их ограничения частных отношений через бюрократические требования. Такая работа могла бы выявить конкретные нормы права, требующие изменения во имя обеспечения более свободного пред-

принимательства с учётом неравенства сторон и других принципов гражданского права. Если предположить, что советское прошлое — это основная причина, по которой закон отдаёт привилегированное положение только государственной административной власти, то требуется также анализ «пережитков» СССР в современных правовых нормах и их применимости к имеющимся сегодня отношениям, регулируемым правом. Сравнительный анализ правовых механизмов в других юрисдикциях способен также определить конкретные направления реформ, которые необходимо предпринимать, опираясь на всесторонние исследования.

Литература

- Аккуратов И. 2004. Некоторые особенности производства по делам об оспаривании актов власти по новому Гражданскому процессуальному кодексу РФ. *Арбитражный и гражданский процесс*. 3: 37–39.
- Вебер М. 2006. Политика как призвание и профессия. *Избранное: протестантская этика и дух капитализма*. М.: РОССПЭН; 485–528.
- Волков В. 1999. Силовое предпринимательство в современной России. *Социологические исследования*. 1: 56–65.
- Маколей С. 2014. Неконтрактные отношения в бизнесе. В сб.: Панеях Э. (науч. ред.) *Право и правоприменение в зеркале социальных наук: хрестоматия современных текстов*. М.: Статут; 373–391.
- Нарваес Мора М. 2015. Динамичное определение нормативности в социально-правовых исследованиях. В сб.: Кондаков А. (ред.-сост.) *Общество и право: исследовательские перспективы*. СПб.: Центр независимых социологических исследований; 58–73.
- Панеях Э. 2003. Неформальные институты и использование формальных правил. *Политическая наука*. 1: 155–161.
- Панеях Э. 2008. *Правила игры для русского предпринимателя*. М.: Колибри.
- Фицпатрик П. 2015. Социальный подход в социально-правовых исследованиях. В сб.: Кондаков А. (ред.-сост.) *Общество и право: исследовательские перспективы*. СПб.: Центр независимых социологических исследований; 25–35.
- Фуко М. 1996. *Воля к истине: по ту сторону знания, власти и сексуальности*. Киев: Касталь.
- Фуко М. 1999. *Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы*. М.: Ad Marginem.
- Циммерманн Р. 2007. На пути к Гражданскому кодексу Европы? *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*. 9: 78–81.
- Barton T. D., Naario H., Borisova T. 2015. Flexibility and Stability in Contracts. *Lapland Law Review*. 2: 8–28.
- Bogdanova E. 2015. Cross-Cultural Collaboration in Contemporary Russia: Problems of Contracting. *Journal of Social Policy Studies*. 13 (1): 123–136.

- Butler J. 1990. *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. London: Routledge.
- Butler J. 1997. *Excitable Speech: A Politics of the Performative*. London: Routledge.
- Chomsky N. 2002. *Syntactic Structures*. Berlin: Walter and Gruyter GmbH.
- Derrida J. 1992. Force of Law: The “Mystical Foundation of Authority”. In: Carlson D. G., Cornell D., Rosenfeld M. (eds) *Deconstruction and the Possibility of Justice*. London: Routledge; 3–67.
- Ehrlich E. 1936. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Fassi M. 2014. Legal Ambiguity as a Site of Power and Resistance: Sex Work and the Police in Córdoba-Argentina. *Journal of Social Policy Studies*. 12 (2): 275–286.
- Forsyth M. 2007. A Typology of Relationships between State and Non-State Justice Systems. *Journal of Legal Pluralism*. 56: 67–113.
- Haapio H. 2006. Business Success and Problem Prevention through Proactive Contracting. *Scandinavian Studies in Law*. 49: 149–194.
- Jordan P. A. 2005. *Defending Rights in Russia: Lawyers, the State, and Legal Reform in the Post-Soviet Era*. Vancouver: University of British Columbia Press.
- Macaulay S. 1991. Long-Term Continuing Relations: the American Experience Regulating Dealerships and Franchises. In: Joerges C. (ed.) *Franchising and the Law: Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft; 179–237.
- Michaels R. 2007. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 14 (2): 447–468.
- Muravyeva M. 2015. Traditional Values and Modern Families: Legal Understanding of Tradition and Modernity in Contemporary Russia. *Journal of Social Policy Studies*. 12 (4): 625–638.
- Nystén-Haarala S. et al. 2015. The Interplay of Flexibility and Rigidity in Russian Business Contracting: The Formal and Informal Framework in Contracting. *Lapland Law Review*. 2: 110–142.
- Pound R. 2002. *Social Control through Law*. New Jersey: Transaction Publishers.
- Sarat A. 1990. The Law is All Over: Power, Resistance and the Legal Consciousness of the Welfare Poor. *Yale Journal of Law & the Humanities*. 2: 343–379.
- Soto H. de 1989. *The Other Path: The Economic Answer to Terrorism*. New York: Harper Collins.
- Volkov V. 2002. *Violent Entrepreneurs: The Use of Force in the Making of Russian Capitalism*. Ithaca: Cornell University Press.

BEYOND BORDERS

Alexander Kondakov

The Uncomfortable Law: Why the Civil Code of Russia is a Constraint for International Business

KONDAKOV, Alexander —

MA in the Sociology of Law,
Researcher at the Centre for
Independent Social Research;
Teaching Assistant at Faculty of
Political Science and Sociology
of the European University
at St. Petersburg. Address:
87 Ligovsky pr., 191040,
St. Petersburg, Russian
Federation.

Email: kondakov@cisr.ru

Abstract

This article explores the conceptual bases of civil law in Russia by employing the method of deconstruction. The main aim of the analysis is to uncover a particular configuration of power that is reproduced in the text of the Civil Code. As a point of departure, a review of theoretical assumptions of civil law is introduced from the sociology of law perspective. In order to contextualize idealistic conceptions of law, this article draws on materials from an empirical study of top-managers and corporate lawyers. Field research included 17 interviews with corporate lawyers and top-managers of international companies from Finland, Germany and the US that operate in Russia. Analysis of interviews identifies contexts in which law is problematized, which relate to power relations in business. In the interviews, the informants tend to define a wide circle of troubles in their business

activities. However, the main issue that they discuss is various legal requirements set by Russian law which the international managers do not understand; these are always related to bureaucracy. This allows us to approach the text of law in a new way: to identify those fragments of the text that privilege state apparatus over private interactions. Based on this methodology, this article offers a conceptual analysis of the Civil Code of the Russian Federation that makes visible how exactly law turns from a tool of successful business to a barrier, hindering everyday business activities of international corporations in Russia. Despite the fact that the Civil Code includes provisions which support free private interactions and do not limit them, this is only a facade that hides the configuration of power relations that allows for the subjection of commercial agreements to the power of state bureaucracy.

Keywords: civil law; international business; investments in Russia; agreement; sociology of law; deconstruction.

Acknowledgements

This research is supported by *Valdai Discussion Club Programme* in 2012–2013 (*Discussion Club Valdai*: <http://valdaiclub.com/>). The author would like to thank Elena Bogdanova, Soili Nystén-Haarala, and Fredrik Jörgensen for productive co-work on this project.

References

- Akkuratov I. (2004) Nekotorye osobennosti proizvodstva po delam ob osparivanii aktov vlasti po novomu Grazhdanskomu protsessual'nomu kodeksu RF [Some Peculiarities of Process on Claims against State under New Code of Civil Procedure of Russia]. *Arbitrazhnyy i grazhdanskiy protsess*, vol. 3, pp. 37–39 (in Russian).
- Barton T. D., Haapio H., Borisova T. (2015) Flexibility and Stability in Contracts. *Lapland Law Review*, vol. 2, pp. 8–28.

- Bogdanova E. (2015) Cross-Cultural Collaboration in Contemporary Russia: Problems of Contracting. *Journal of Social Policy Studies*, vol. 13, no 1, pp. 123–136.
- Butler J. (1990) *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, London: Routledge.
- Butler J. (1997) *Excitable Speech: A Politics of the Performative*, London: Routledge.
- Chomsky N. (2002) *Syntactic Structures*, Berlin: Walter and Gruyter GmbH.
- Derrida J. (1992) Force of Law: The “Mystical Foundation of Authority.” *Deconstruction and the Possibility of Justice* (eds. D. G. Carlson, D. Cornell, M. Rosenfeld), London: Routledge, pp. 3–67.
- Ehrlich E. (1936) *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Fassi M. (2014) Legal Ambiguity as a Site of Power and Resistance: Sex Work and the Police in Córdoba-Argentina. *Journal of Social Policy Studies*, vol. 12, no 2, pp. 275–286.
- Fitzpatrick P. (2015) Sotsial’nyy podkhod v sotsial’no-pravovyykh issledovaniyakh [Being Social in Socio-Legal Studies]. *Obshchestvo i pravo: issledovatel’skie perspektivy* [Law and Society: Research Perspectives] (ed. A. Kondakov), St. Petersburg: Tsentr nezavisimyykh sotsiologicheskikh issledovaniy, pp. 25–35 (in Russian).
- Forsyth M. (2007) A Typology of Relationships between State and Non-State Justice Systems. *Journal of Legal Pluralism*, vol. 56, pp. 67–113.
- Foucault M. (1996) *Volya k istine: po tu storonu znaniya, vlasti i seksual’nosti* [The Will to Truth: On the Other Side of Knowledge, Power and Sexuality], Kiev: Kastal’ (in Russian).
- Foucault M. (1999) *Nadzirat’ i nakazyvat’*. *Rozhdenie tyur’m* [Discipline and Punish: The Birth of the Prison], Moscow: Ad Marginem Press (in Russian).
- Haapio H. (2006) Business Success and Problem Prevention through Proactive Contracting. *Scandinavian Studies in Law*, vol. 49, pp. 149–194.
- Jordan P. A. (2005) *Defending Rights in Russia: Lawyers, the State, and Legal Reform in the Post-Soviet Era*, Vancouver: University of British Columbia Press.
- Macaulay S. (2014) Nekontraktnye otnosheniya v biznese [Non-Contractual Relations in Business]. *Pravo i pravoprimenenie v zerkale sotsial’nykh nauk: khrestomatiya sovremennykh tekstov* [Law and Law Enforcement through the Lens of Social Science: A Collection of Current Research] (ed. E. Paneyakh), Moscow: Statut, pp. 373–391 (in Russian).
- Macaulay S. (1991) Long-Term Continuing Relations: the American Experience Regulating Dealerships and Franchises. *Franchising and the Law: Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States* (ed. C. Joerges), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 179–237.
- Michaels R. (2007) The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 14, no 2, pp. 447–468.

- Muravyeva M. (2015) Traditional Values and Modern Families: Legal Understanding of Tradition and Modernity in Contemporary Russia. *Journal of Social Policy Studies*, vol. 12, no 4, pp. 625–638.
- Narváez Mora M. (2015) Dinamichnoe opredelenie normativnosti v sotsial'no-pravovykh issledovaniyakh [Socio-Legal Studies as Dynamic Definition of Normativity]. *Obshchestvo i pravo: issledovatel'skie perspektivy* [Law and Society: Research Perspectives] (ed. A. Kondakov), St. Petersburg: Tsentr nezavisimyykh sotsiologicheskikh issledovaniy, pp. 58–73 (in Russian).
- Nystén-Haarala S., Bogdanova E., Kondakov A., Makarova O. (2015) The Interplay of Flexibility and Rigidity in Russian Business Contracting: The Formal and Informal Framework in Contracting. *Lapland Law Review*, vol. 2, pp. 110–142.
- Paneyakh E. (2003) Neformal'nye instituty i ispol'zovanie formal'nykh pravil [Informal Institutions and the Use of Formal Rules]. *Political Science*, vol. 1, pp. 155–161 (in Russian).
- Paneyakh E. (2008) *Pravila igry dlya russkogo predprinimatelya* [Rules of the Game for a Russian Businessmen], Moscow: Kolibri (in Russian).
- Pound R. (2002) *Social Control through Law*, New Jersey: Transaction Publishers.
- Sarat A. (1990) The Law is All Over: Power, Resistance and the Legal Consciousness of the Welfare Poor. *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 2, pp. 343–379.
- Soto H. de (1989) *The Other Path: The Economic Answer to Terrorism*, New York: Harper Collins.
- Tsimmernann R. (2007) Na puti k Grazhdanskomu kodeksu Evropy? [Approaching the Civil Code of Europe?]. *Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossiyskoy Federatsii*, vol. 9, pp. 78–81 (in Russian).
- Volkov V. (1999) Silovoe predprinimatel'stvo v sovremennoy Rossii [The Violent Entrepreneurship in Contemporary Russia]. *Sotsiologicheskie issledovaniya*, vol. 1, pp. 56–65 (in Russian).
- Volkov V. (2002) *Violent Entrepreneurs: The Use of Force in the Making of Russian Capitalism*, Ithaca: Cornell University Press.
- Weber M. (2006) Politika kak prizvanie i professiya [Politics as a Vocation]. *Izbrannoe: protestantskaya etika i dukh kapitalizma* [Collected Volume: The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism], Moscow: ROSSPEN, pp. 485–528 (in Russian).

Received: February 2, 2014.

Citation: Kondakov A. (2015) Neudobnoe zakonodatel'stvo: pochemu Grazhdanskiy kodeks Rossii meshaet inostrannomu biznesu [The Uncomfortable Law: Why the Civil Code of Russia is a Constraint for International Business]. *Journal of Economic Sociology = Ekonomicheskaya sotsiologiya*, vol. 16, no 4, pp. 17–38. Available at <http://ecsoc.hse.ru/2015-16-4.html> (in Russian).