



**ПАВЕЛ ДМИТРИЕВИЧ
БЛОХИН**

доцент юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), кандидат юридических наук

ЭКОНОМИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ В ПУБЛИЧНОМ ПРАВЕ: ОТ ТЕОРИИ К ПРАКТИКЕ

В настоящей работе автор развивает и уточняет некоторые подходы, высказанные им в ранее опубликованной статье «Есть ли место экономическому анализу в теории и практике конституционного правосудия?» (Закон. 2020. № 12). В частности, автор исходит из предположения о том, что, в отличие от вопросов уголовно-правовой политики, обращение к экономико-правовому анализу в таких областях, как земельное, налоговое, антимонопольное право, обоснованно и даже необходимо. В подтверждение этой гипотезы автор подробно анализирует три обращения, рассмотренных Конституционным Судом РФ: об учете состояния земельного участка при определении стоимости его изъятия; о наличии или отсутствии тактики ценовой дезориентации в действиях участников электронного аукциона; об обложении налогом на имущество физических лиц помещений в торговых и деловых центрах.

Ключевые слова: экономический анализ права, теория рационального выбора, поведенческая экономика, изъятие земельного участка в публичных нуждах, картельный сговор на торгах, налогообложение имущества по кадастровой стоимости

Как справедливо отмечает в своей фундаментальной работе А.Г. Карапетов, резюмируя изыскания западных ученых, методология экономического анализа права (права и экономики) зиждется на трех основных постулатах¹. Во-первых, это представление о том, что правовое регулирование должно

¹ Карапетов А.Г. Экономический анализ права. М., 2016. С. 42–45, 60–63, 122–127.

способствовать *эффективному* распределению в обществе ограниченных ресурсов (при этом подходы к определению эффективности различны: Парето-эффективность, анализ «затраты — выгоды», максимизация общественного благосостояния). Во-вторых, это допущение, что участники регулируемых правом отношений, как правило, ведут себя *рационально*, принимая лишь такие решения, которые позволяют максимально обеспечить их предпочтения, затратив в то же время наименьший объем доступных им ресурсов. В-третьих, это признание за правовыми нормами способности создавать у рационально мыслящих агентов *стимулы* к определенному поведению (например, путем введения налоговых льгот или, напротив, лицензирования деятельности), отвечающему представлениям законодателя об эффективности.

На первый взгляд экономический анализ права, понимаемый как практическое средство формирования указанных стимулов, может применяться в любых отраслях права.

Приведу наиболее рельефный пример. Верховный суд США в одном из дел о допустимости смертной казни указывает: «...уравнивая наказания за изнасилование ребенка и за убийство, государство... может устранить для насильника сильный *стимул* (здесь и далее в цитатах курсив мой. — П.Б.) не убивать жертву. Если предположить, что правонарушитель ведет себя *рационально*... [более строгое] наказание в некоторых отношениях даст меньшую, а не большую защиту жертве, которая часто является единственным свидетелем преступления»². Этот аргумент находится в заключительной части мнения суда; суд подытоживает, что хотя доводы против смертной казни за насилие над несовершеннолетним, «взятые в отдельности», не убеждают в ее неконституционности, но, «взятые в сумме», они приводят к выводу о непропорциональности данной меры. Нетрудно заметить, что логика судей воспроизводит идеи И. Бентама, который впервые предложил экономический подход к анализу уголовных деяний и к установлению шкалы наказаний за них, тем самым заложив основу *экономики нерыночного поведения* и в последующем так называемой Чикагской школы.

² Kennedy v. Louisiana. 554 U.S. 407 (2008).

Однако даже при такой композиции решения, когда среди аргументов суда выделяются основные и вспомогательные, экономико-правовая часть его обоснования неизбежно обнажает два ключевых вопроса: должен ли суд полагаться на то, что индивиды всегда поступают рационально, и является ли экономическая эффективность единственной (приоритетной) целью, преследуемой правом?

Первый вопрос в конце XX столетия вызвал к жизни спор между последователями теории рационального выбора (*rational choice theory*) и сторонниками поведенческой экономики (*behavioral economics*). Первые (Р. Познер, вслед за И. Бентамом) исходят из предположения о том, что при принятии всякого решения лицо выступает «рациональным максимизатором полезности», т.е. сопоставляет ожидаемые выгоды с ожидаемыми издержками, в том числе удовлетворение от совершенного преступления со страданиями от последующего за ним наказания³. Вторые (К. Санстейн и Р. Талер) настаивают на том, что такая идеальная модель «экономического человека» не учитывает «ограниченной рациональности», а также «ограниченной силы воли» и «ограниченного эгоизма» реального человека, включая правонарушителя⁴. Что это означает? Насильник вполне может отказаться от убийства своей жертвы — даже под угрозой смертной казни за уже содеянное, — испытывая к ней подобие сочувствия, или опасаясь мук совести, или по многим иным причинам⁵. В отсутствие надежных эмпирических сведений любые предположения останутся лишь домыслами, которые, возможно, не украсят судебного решения.

Можно помыслить, что в чисто экономических правоотношениях (при товарообмене) предположение о рациональном поведении контрагентов более убедительно.

³ Познер Р.А. *Рубежи теории права*. М., 2017. С. 41, 59–68, а также 272–311.

⁴ Sunstein C.R., Jolls Ch., Thaler R.H. A Behavioral Approach to Law and Economics // *Stanford Law Review*. 1998. Vol. 50. P. 1476 et seq.

⁵ При широком подходе любое осознанное поведение индивида, в том числе следующее за его эмоциями, привычками или убеждениями, считается вписывающимся в модель рационального выбора (Карпетов А.Г. Указ. соч. С. 49–54); именно в этом состоит ответ Р. Познера бихевиористам.



Хотя и в этом случае необходимо сделать оговорку: как отмечает Г.А. Гаджиев, при обмене благами лицо может наряду с поддающейся обоснованию рыночной стоимостью имущества учитывать неосязаемую, лишь ему известную субъективную стоимость (к примеру, если речь идет о родовом поместье)⁶. Этот пример является иллюстрацией такого «когнитивного искажения», препятствующего *эффективному* — с точки зрения экономического анализа — распределению благ, как «эффект владения». Р. Познер вынужден признать: «...любой, кто владеет каким-то благом... ценит его выше рыночной цены — в противном случае он бы сразу же его продал»⁷. Иногда позитивное право даже принимает во внимание эти когнитивные особенности — так, Европейский суд по правам человека в деле «Гладышева против России» установил нарушение прав гражданина — добросовестного приобретателя в результате истребования от него жилого помещения в пользу государства-собственника, учитывая среди прочего особую «связь», или «привязанность», жильца к этому конкретному помещению⁸.

Второй вопрос касается возможности прогнозировать и направлять к достижению экономической эффективности поведение лица, связанное с такими ценностями, как физическая неприкосновенность, свобода перемещения, честь и достоинство и т.п.

Не менее сложно обстоит дело с экономическим анализом правоотношений, в центре которых оказываются ценности федерализма, народного представительства, баланса ветвей власти и т.д. В приведенных случаях, как признают даже апологеты рассматриваемого подхода, «при толковании конституции экономисты должны сфокусироваться более на целях, сформулированных юристами, и ме-

нее — на рыночной эффективности»⁹. Можно предположить, что законодатель, устанавливая повышенную уголовную ответственность за насильственное преступление в отношении несовершеннолетнего, повинует также бытующим в обществе представлениям о должном и справедливом, нежели только соображениям о сдерживающем эффекте санкции, основанным на анализе «затраты — выгоды».

Недавнее эмпирическое исследование¹⁰ утверждает, что в области гражданского права, напротив, «юридические нормы рассматриваются как более справедливые тогда, когда они следуют рекомендациям экономико-правовой дисциплины»; экономическая логика, которая лежит в основе теоремы Коуза, правила Хэнда, доктрины строгой ответственности за качество товара (*strict product liability*) и понятия эффективного нарушения договора, по мнению автора исследования, зачастую «совпадает с повседневным ощущением справедливости». Однако в некоторых случаях эта закономерность не подтверждается: соображения эффективности отступают перед интуитивными представлениями респондентов о справедливости в примерах со штрафными убытками (допустимый максимальный размер компенсации за причиненный деликтом вред не ставится респондентами в зависимость от частоты и выявляемости аналогичных нарушений) или с так называемой летучей собственностью (завладение лицом ресурсами, разведку которых осуществляло иное лицо, считается респондентами одинаково несправедливым вне зависимости от величины осуществленных последним инвестиций¹¹).

Имея в виду обе сделанные оговорки, я постараюсь показать на трех конкретных примерах, что иногда экономический анализ в публичном праве не только уместен, но и весьма полезен.

⁶ Гаджиев Г.А. Мериторные блага в конституционном праве // Российская юстиция. 2021. № 8. С. 11–14.

⁷ Познер Р.А. Рубежи теории права. С. 8, 292–295. Хотя нельзя исключать, что вступлению лица в сделку препятствуют и иные поведенческие особенности. При широком подходе можно даже лень или инертность рассматривать как элемент рационального поведения (экономия человеком энергии).

⁸ Постановление ЕСПЧ от 06.12.2011 по делу «Гладышева (Gladysheva) против России» (жалоба № 7097/10).

⁹ Cooter R., Gilbert M. Constitutional Law and Economics. January, 2019. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3123253 (дата обращения: 01.11.2021).

¹⁰ Chavanne D. Thinking Like (Law-And-) Economists — Legal Rules, Economic Prescriptions and Public Perceptions of Fairness // Review of Law & Economics. 2020. Vol. 16. № 1.

¹¹ Под летучей собственностью (*fugitive property*) отдельные западные ученые понимают такие объекты, как залежи природного газа или животные ресурсы, которые не имеют четких естественных границ или склонны к миграциям (Cooter R., Ulen Th. Law and Economics. Book 2. Berkeley Law Books, 2016. P. 158).

1. Учет состояния изымаемого земельного участка при определении его выкупной стоимости

Фабула анализируемого здесь дела хотя и не уникальна, но достаточно нетипична. Заявитель, ООО «Агроинвест-12», купил земельный участок из состава земель сельскохозяйственного назначения. На тот момент участок был полностью занят отходами угледобывающего производства иного лица — ОАО «СУЭК-Кузбасс». Поэтому решением арбитражного суда, принятым по иску заявителя, акционерное общество было обязано освободить участок от отходов. Однако вместо того, чтобы исполнить судебное решение, недропользователь обратился в Роснедра с ходатайством об изъятии спорного участка для государственных нужд. Решение о таком изъятии в интересах общества было принято, а впоследствии признано законным арбитражным судом.

В связи с изложенными обстоятельствами заявитель обратился в Конституционный Суд РФ с жалобой относительно п. 4 ст. 56.3 Земельного кодекса РФ, который допускает изъятие находящегося в частной собственности земельного участка для государственных нужд по инициативе недропользователя. Заявитель указывал, что такой механизм фактически позволяет недобросовестному недропользователю преодолеть вынесенное в пользу прежнего собственника судебное решение, которым ранее предписано освободить спорный участок от отходов. Итак, возник принципиальный вопрос о том, каким образом должна рассчитываться сумма возмещения за изымаемый участок, а точнее, должен ли факт захламления сельскохозяйственного участка отходами добывающей промышленности отрицательно влиять на его стоимость.

Какой ответ на данный вопрос нам дает позитивное право? Конституция РФ гласит, что изъятие в публичных нуждах имущества допускается при условии «равноценного возмещения» (ч. 3 ст. 35). Гражданский (ГК) и Земельный (ЗК) кодексы детализируют это положение: при определении «равноценного возмещения» учитываются: (а) рыночная стоимость земельного участка и (б) убытки, причиненные изъятием такого участка, включая (б.1) убытки, возникающие в связи с невозможностью исполнения обязательств перед третьими лицами, и (б.2) упущенную выгоду (п. 2 ст. 281 ГК и п. 2 ст. 56.8 ЗК РФ). В свою очередь, рыночная

стоимость участка определяется оценщиком, «исходя из разрешенного использования земельного участка на день, предшествующий дню принятия решения об изъятии» (п. 5 ст. 56.8 ЗК РФ). При этом согласно федеральному стандарту оценки для определения стоимости недвижимости оценщик исследует рынок в тех его сегментах, к которым относятся *фактическое использование* оцениваемого объекта и другие виды использования, необходимые для определения его стоимости (п. 10 приказа Минэкономразвития России от 25.09.2014 № 611).

Из приведенных положений нормативных актов в их совокупности вполне можно сделать вывод, что невозможность использования изымаемого сельскохозяйственного участка по целевому назначению (определяемому как категория земель + разрешенное использование участка) должна уменьшать размер возмещения за такой участок. Однако этот подход, надо полагать, противоречил бы диктуемой экономической логикой по следующим причинам.

У недропользователя создавался бы мощный стимул размещать образующиеся в его деятельности отходы производства (вскрыши, хвосты и т.п.) на смежном, чужом земельном участке во внедоговорном порядке. В последующем недропользователь мог бы ходатайствовать об изъятии такого участка в свою пользу с выплатой возмещения, учитывающего непригодность этого участка для использования прежним собственником. Если, как поясняет Р. Познер, в обычных случаях изъятие земельных участков для публичных нужд помогает исправить *провал рынка* (а именно вымогательство со стороны владельца, устанавливающего монополю высокую цену на участок, планируемый к изъятию, — *holdout*)¹², то в описываемом случае этот институт попросту искажает рыночный механизм (позволяет лицу своими неправомерными действиями снизить стоимость имущества ниже рыночной и затем потребовать принудительный выкуп по этой цене).

¹² Об экономических основаниях института *eminent domain* в целом см.: Познер Р. Экономический анализ права: в 2 т. Т. 1. СПб, 2004. С. 75; также применительно к делу *Kelo v. City of New London* (545 U.S. 469 (2005)) см.: <https://www.becker-posner-blog.com/2005/06/the-kelo-case-public-use-and-eminent-domain--posner-comment.html> (дата обращения: 01.11.2021).



Иными словами, недропользователь получал бы участок по цене, существенно уступающей той цене, которую ему пришлось бы уплатить как по договору с собственником участка, так и по решению об изъятии этого участка (при условии добросовестного поведения). Такая аллокация ресурсов являлась бы *экономически неэффективной*, поскольку благосостояние недропользователя после изъятия участка увеличилось бы, а благосостояние прежнего собственника — уменьшалось (поскольку он не получал бы денежного эквивалента имущества).

В связи с изложенным установленная ранее судебным решением и не исполненная недропользователем обязанность привести за свой счет участок в надлежащее состояние должна учитываться при определении рыночной стоимости этого участка. В таком случае благосостояние недропользователя по-прежнему увеличивается (в противном случае он бы просто отказался от изъятия), а благосостояние прежнего собственника по крайней мере остается на прежнем уровне.

Интересно, что Конституционный Суд РФ в данном деле, не прибегая к разворачиванию экономико-правовой аргументации, пришел к тому же самому выводу, сославшись на позицию Верховного Суда РФ о том, что размер возмещения «рассчитывается таким образом, как будто бы изъятия не было», а значит, не исключает учета не исполненных и «влияющих на рыночную стоимость такого участка обязательств» в пользу прежнего собственника¹³. Следовательно, в этом случае полностью совпадают соображения правовой справедливости и экономической целесообразности.

В завершение следовало бы задаться вопросом: не влияет ли на сделанный вывод тот немаловажный факт, что заявитель, приобретая участок из состава сельскохозяйственных земель, был осведомлен о захлавлении его отходами горнодобывающей промышленности?¹⁴ С одной стороны, как *рационально* действующий субъект, он обязан учитывать невозможность использования такого участка по целевому

назначению. С другой стороны, он мог разумно рассчитывать на последующее приведение его недропользователем в надлежащее состояние. Полагаю, что, если собственник был осведомлен о планируемом изъятии участка и, соответственно, не намеревался приступить к его освоению¹⁵, можно усмотреть отсутствие экономических оснований для возмещения в полном размере.

2. Установление картельного соглашения, направленного на повышение, снижение или поддержанию цены на аукционе

Заявитель, ООО «Альголь», вместе со своим деловым партнером, ООО «Левшин», наряду с иными лицами участвовали в двух электронных аукционах, предметом каждого из которых являлось оказание услуг по обследованию причала, находящегося в ведении бюджетного учреждения. В обоих случаях от ООО «Левшин» поступило наилучшее предложение (иными словами, максимальное снижение начальной цены контракта). Однако территориальным управлением ФАС России, поддержанным впоследствии судами, оба названных общества были признаны виновными в совершении картельного сговора и привлечены к административной ответственности в виде штрафа. Указанный вывод был основан на том, что общества при подаче заявок (а) «использовали единую инфраструктуру», включая среди прочего единый IP-адрес и номер телефона, и (б) использовали тактику *ценовой дезориентации* иных, добросовестных участников закупок.

Заявитель оспорил п. 2 ч. 1 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», который запрещает соглашения между хозяйствующими субъектами — конкурентами, если такие соглашения приводят *или могут привести* к повышению, снижению или поддержанию цен на аукционе. По мнению заявителя, эта норма позволила правоприменителю в его деле проигнорировать наличие активной

¹³ Определение КС РФ от 03.07.2018 № 1675-О.

¹⁴ Похожий анализ аналогичной ситуации см.: *Блохин П.Д.* Есть ли место экономическому анализу в теории и практике конституционного правосудия? // Закон. 2020. № 12. С. 90–92.

¹⁵ К такому выводу пришел в одном из дел арбитражный суд, установив, что сделка купли-продажи спорного земельного участка является ничтожной, а поведение самого заявителя в его отношениях с недропользователем — злоупотреблением правом (постановление АС Западно-Сибирского округа от 12.02.2020 № Ф04-5176/2014).

конкурентной борьбы на аукционах и в связи с этим отсутствие у него необоснованной экономической выгоды, ограничившись лишь установлением самого факта его соглашения с другим обществом.

По всей видимости, тактика ценовой дезориентации может иметь место в рамках стратегии, широко известной как *таран* или *торпеда*¹⁶. Суть этой тактики обычно состоит в том, что двое из участников картельного сговора осуществляют ценовой демпинг, снижая начальную цену контракта до такой степени, что добросовестный участник попросту отказывается от дальнейшего участия в аукционе. В последующем двое указанных участников оказываются не соответствующими требованиям аукционной документации либо отказываются от заключения контракта. В результате победителем становится третий участник сговора, лишь незначительно снизивший (по сравнению с выбывшим добросовестным участником) начальную цену контракта. Во всяком случае, в судебной арбитражной практике именно приведенные обстоятельства — наряду с фактом наличия соглашения — подлежат установлению при доказывании картельного сговора на торгах¹⁷.

Экономическая неэффективность такого поведения, запрещаемого нормами позитивного права, совершенно очевидна: благосостояние добросовестного участника, предложившего оптимальную (рыночную) цену, но вынужденно сошедшего с дистанции, не увеличивается вообще (поскольку ему попросту не достается право заключить контракт), а благосостояние заказчика увеличивается в меньшей степени, чем могло бы увеличиться в отсутствие картельного сговора (поскольку он отдает контракт по незначительно снизившейся в ходе торгов цене)¹⁸.

¹⁶ Подробнее см.: *Тесленко А.В.* Наиболее распространенные стратегии реализации картелей и иных антиконкурентных соглашений на торгах // Журнал предпринимательского и корпоративного права. 2019. № 2.

¹⁷ См.: постановления АС Северо-Западного округа от 12.03.2018 № Ф07-16015/2017, от 18.03.2019 № Ф07-17183/2018; АС Дальневосточного округа от 07.06.2019 № Ф03-2189/2019; АС Западно-Сибирского округа от 13.11.2020 № Ф04-5051/2020; АС Уральского округа от 25.06.2021 № Ф09-4134/21.

¹⁸ Похожий анализ иной ситуации см.: *Блохин П.Д.* Экономические доводы в конституционном и административном судопроизводстве // Ежегодник конституционной экономики. М., 2019. С. 112–114.

В выигрыше остается лишь участник сговора — победитель аукциона, который, очевидно, должен предложить что-то взамен двум другим участникам картеля (например, отказ от конкурентного участия в других торгах). Привело ли (могло ли привести) к подобным негативным последствиям поведение заявителя и его компаньона в рассматриваемом деле?

В первом эпизоде ООО «Альголь», ООО «Левшин» и третий участник закупок сделали поочередно 15 шагов аукциона, снизив начальную цену контракта с 1 133 333 до 1 045 000 руб. В этот момент третий участник по какой-то причине отказался делать дальнейшие предложения, после чего два указанных общества сделали совместно еще 6 шагов, в итоге снизив цену до 1 010 999 руб. Что мешало третьему участнику, посчитавшему себя пострадавшей стороной, продолжить торговаться и снижать цену?

Во втором эпизоде наряду с ООО «Альголь» и ООО «Левшин» участие в аукционе принимали еще четверо посторонних им участников. В результате торгов тремя участниками, включая оба указанных общества, начальная цена контракта в 2 443 919 руб. была снижена до 830 931 руб.; остальные три участника предложили более высокую цену. Какую необоснованную выгоду могло принести существенное снижение начальной цены сразу обоим участникам предполагаемого картеля?

Конституционный Суд в своем кратком Определении указал, что установление и оценка фактов, связанных с наличием или отсутствием картельного соглашения в конкретном деле заявителя, не относится к его компетенции¹⁹. Такое основание для отказа формально допустимо, однако не исключает некорректного толкования и применения оспоренной нормы в практике. Представляется, что правоприменительным органам, помимо наличия согласованных действий двух конкурирующих на рынке субъектов, требовалось установить, были ли предложенные этими субъектами в ходе торгов цены (шаги аукциона) экономически необоснованными для заключения подобного рода контрактов и могло ли такое поведение ввести в заблуждение иных участников торгов, с учетом их опыта участия в подобного рода закуп-

¹⁹ Определение КС РФ от 20.07.2021 № 1658-О.



ках, относительно рыночной цены контракта. При отрицательном ответе отсутствует один из конституирующих признаков состава административного правонарушения.

Как видится, сделанный здесь вывод полностью соответствует недавним рекомендациям, которые дает Пленум Верховного Суд РФ: «...судам следует давать оценку совокупности доказательств, свидетельствующих о наличии причинно-следственной связи между действиями участников торгов и повышением, снижением или поддержанием цен на торгах. В том числе необходимо принимать во внимание, является ли достигнутый уровень снижения (повышения) цены обычным для торгов, которые проводятся в отношении определенных видов товаров; имеются ли в поведении нескольких участников торгов признаки осуществления единой стратегии; способно ли применение этой стратегии повлечь извлечение выгоды из картеля его участниками»²⁰.

3. Обложение налогом на имущество помещений в торговых и административно-деловых центрах

Заявителю, гражданину В.М. Прексину, принадлежит на праве собственности нежилое помещение в здании, преимущественно занятом автостоянкой. Указанное здание включено Правительством г. Москвы в перечень объектов, налог на которые рассчитывается исходя из их кадастровой стоимости. Основанием для этого послужило отнесение здания к административно-деловым (торговым) центрам, поскольку вид разрешенного использования земельного участка под этим зданием допускает эксплуатацию автосервиса и автомойки (что соответствует понятию «бытовые услуги»). За 2017 г. заявителю был рассчитан налог на имущество физических лиц в размере 212 744 руб. исходя из кадастровой стоимости названного поме-

щения и соответствующей ей ставки налога. При этом налоговые органы и суды отказались уменьшить эту сумму, применив налоговую льготу, предусмотренную Законом г. Москвы от 05.11.2003 № 64 «О налоге на имущество организаций» и установленную для случаев, когда здание номинально имеет торговое (деловое) назначение, но фактически используется в соответствующих целях менее чем на 20% от общей площади.

Заявитель оспорил в целом Закон г. Москвы «О налоге на имущество физических лиц» как не предусматривающий аналогичной льготы и тем самым вопреки принципу равенства налогообложения (ст. 3 Налогового кодекса РФ) вынуждающий физических лиц уплачивать налог на имущество, в четыре раза превосходящий налог, уплачиваемый юридическими лицами за аналогичные помещения.

Полагаю, что ответить на поставленный заявителем вопрос невозможно, не задавшись прежде вопросом об экономико-правовой природе упомянутой льготы. Как отмечает Д.В. Тютин, обложение налогом помещений, расположенных в ТЦ (БЦ), исходя из их кадастровой (а не среднегодовой) стоимости с применением диапазона ставок до 2% (вместо 0,1 или 0,5%) вызвано предположением о коммерческом назначении таких, как правило, дорогостоящих помещений²¹. Эта презумпция имеет право на существование, но, как и большинство правовых презумпций, должна опираться на надежные эмпирические основания и не исключать возможности опровержения.

В частности, распространена ситуация, когда здание (а) расположено на земельном участке, согласно ЕГРН допускающем среди прочего торговое (деловое) использование, либо (б) согласно данным ЕГРН или технического учета преимущественно предназначено для торговых (деловых) нужд, однако (в) фактически используется в указанных нуждах менее чем на 20% общей площади. Первого из перечисленных обсто-

²⁰ Пункт 24 Постановления Пленума ВС РФ от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства». Следует отметить, что, по наиболее радикальному мнению некоторых авторитетных ученых, напротив, даже «не важно, состоялись ли торги»; «не важно и то, были ли торги объявлены в принципе», а важен лишь факт достижения соглашения (см.: Конкурентное право: учеб. / под ред. М.А. Егоровой, А.Ю. Кинева. М., 2018).

²¹ Тютин Д.В. Налоговое право. Курс лекций (издание восьмое, дополненное) // СПС «Гарант», 2020. Указанное объяснение небезупречно: степень доходности недвижимого имущества должна влиять на размер налога на прибыль организаций (НДФЛ); впрочем, возможно, дело в том, что скрыть объект поимущественного налога сложнее, чем объект налога подоходного, чем мог воспользоваться законодатель.

ательств, по замыслу федерального законодателя, уже достаточно для уплаты налога в повышенном размере.

Конституционный Суд РФ отреагировал на этот подход, указав следующее: игнорирование «реальных хозяйственных свойств» нежилого помещения и учет исключительно видов разрешенного использования участка, на котором находится соответствующее здание, повлекло бы «повышенную налоговую нагрузку без экономических на то оснований», что не соответствовало бы Конституции РФ²². В рассматриваемом случае, по справедливой логике Суда, нет достаточных оснований считать, что такое здание является местом высокой «концентрации потенциально доходной недвижимости» и что собственник «в обычной деловой обстановке» (т.е. как *рациональный максимизатор* своего благосостояния) может использовать свое помещение наиболее прибыльным способом²³.

Действительно, виды разрешенного использования участка, предусмотренные градостроительным регламентом и отраженные в кадастре недвижимости, могут не соотноситься с реальным положением дел. Следовательно, избранный законодателем критерий повышенного налогообложения не является экономически эффективным, поскольку никак не соотносится с благосостоянием плательщика.

Однако если это так, то и установленные в ряде субъектов РФ льготы (например, для помещений в ТЦ (БЦ), имеющих общую площадь менее 1000 м² или фактически используемых по торговому (деловому) назначению менее чем на 20%) в действительности не являются таковыми. Они вынуждены компенсировать недостаточную экономическую обоснованность регулирования на федеральном уровне. В науке налогового права более или менее признано, что налоговые льготы выполняют либо *социально-компенсационную* (пример — льгота по транспортному налогу для лиц пенсионного возраста), либо *экономику-стимулирующую* (пример — льгота по НДС для лиц, осуществляющих капитальные вложения в недропользование)

функцию²⁴. В обоих случаях размер налога подлежит уменьшению несмотря на то, что экономическое основание у налога в полной мере присутствует²⁵.

Если же исходить из того, что учет степени фактического использования здания в торговых (деловых) нуждах относится к экономическому основанию налога, а не к льготе, то дискреция законодателя заметно уменьшается. Он не может столь свободно ограничить круг адресатов этой «льготы» или произвольно отказаться от нее, поскольку, даже если при этом и будет соблюден принцип правового равенства, останется проблема экономической необоснованности налогообложения.

Всё это — рассуждения *de lege ferenda*, так как Конституционный Суд РФ в Определении по жалобе Прексина избрал иной подход, не усмотрев нарушения прав физических лиц, поскольку законодатель установил послабление для юридических лиц «именно в виде льготы, срок действия которой к тому же ограничен»²⁶.

4. В качестве заключения

Приведенные в начале настоящей статьи суждения были призваны продемонстрировать, с какими сложностями может столкнуться экономический анализ в некоторых сферах публичного права.

Речь идет о том, что законодатель вовсе не всегда руководствуется представлением об экономической эффективности, равно как и субъекты регулируемого отношения вовсе не всегда ведут себя совершенно рационально, что вполне естественно.

²⁴ См.: Шевелева Н.С., Братко Т.Н. Налоговая льгота как категория финансового права // Вестник экономического правосудия РФ. 2014. № 10.

²⁵ Подробнее см.: Зарипов В.М. Понятие и структура налоговой льготы // Налоговед. 2012. № 10.

²⁶ Определение КС РФ от 12.11.2020 № 2596-О. Риску предположить, что если бы заявитель включил в предмет проверки ст. 378.2 НК, а в число доводов — экономическую необоснованность установленного этой статьей налога, то результат был бы иным. Впрочем, благодаря упомянутому выше Постановлению КС РФ от 12.11.2020 № 46-П острота поставленной в жалобе гражданина Прексина проблемы, в общем-то, снимается.

²² Постановление КС РФ от 12.11.2020 № 46-П.

²³ Определение КС РФ от 11.03.2021 № 374-О.



В то же время рассмотренные конкретные примеры из практики должны были показать, что этот инструментарий все же может быть полезен при разрешении отдельных споров: например, связанных с институтом *eminent domain*, с феноменом картельного сговора на торгах или с оценкой экономической обоснованности имущественного налога.

Рассчитываю, что данная публикация положит начало целой серии работ на страницах этого журнала, посвященных проблематике экономико-правового анализа. 📄

Economic Analysis in Public Law: From Theory to Practice

In the present paper, the author develops and clarifies some of the approaches expressed in a previously published article entitled “Is there room for Economic Analysis in the Theory and Practice of Constitutional Adjudication?” (Statute. 2020. No. 12). In particular, the author proceeds from the assumption that, in contrast to issues of criminal law policy, an appeal to Law and Economics in such areas as land, tax, antitrust law is justified and even necessary. In support of this hypothesis, the author analyses in detail three cases considered by the Russian Constitutional Court: determination of the price of a plot depending on its condition in eminent domain cases; investigating the tactics of price disorientation in the course of the electronic auction; taxation of property in the case of shopping and business centers.

Keywords: economic analysis of law, rational choice theory, behavioral economics, eminent domain, cartel agreement during the bidding, taxation of property at cadastral value

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Pavel D. Blokhin

Associate Professor of the Faculty of Law at National Research University “Higher School of Economics”, Candidate of Juridical Sciences (e-mail: dartpaulus@mail.ru).

REFERENCES

Blokhin, P.D. “Economic Arguments in Constitutional and Administrative Proceedings” [*Ekonomicheskiye dovody v konstitutsionnom i administrativnom sudoproizvodstve*]. Annual

of the Constitutional Economics [*Ezhegodnik konstitutsionnoy ekonomiki*]. Moscow, 2019. 527 p.

Blokhin, P.D. “Is There Room for Economic Analysis in the Theory and Practice of Constitutional Adjudication?” [*Est' li mesto ekonomicheskomu analizu v teorii i praktike konstitutsionnogo pravosudiya?*]. Statute [*Zakon*]. 2020. No. 12. P. 87–100.

Chavanne, D. “Thinking Like (Law-And-) Economists — Legal Rules, Economic Prescriptions and Public Perceptions of Fairness”. Review of Law & Economics. 2020. Vol. 16. No. 1. P. 1–42.

Cooter, R. and Gilbert, M. Constitutional Law and Economics. January, 2019, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3123253 (accessed 1 November 2021).

Cooter, R. and Ulen, Th. Law and Economics. Book 2. Berkeley Law Books, 2016. 555 p.

Egorova, M.A. and Kinev, A.Yu. (eds.). Competition Law: A Course Book [*Konkurentnoye pravo: ucheb.*]. Moscow, 2018. 628 p.

Gadzhiev, G.A. “Meritorious Benefits in Constitutional Law” [*Meritornyye blaga v konstitutsionnom prave*]. Russian Jusititia [*Rossiyskaya yustitsiya*]. 2021. No. 8. P. 11–14.

Karapetov, A.G. Economic Analysis of Law [*Ekonomicheskiy analiz prava*]. Moscow, 2016. 528 p.

Pozner, R. Economic Analysis of Law in 2 vol. [*Ekonomicheskiy analiz prava v 2 t.*]. Vol. 1. Saint Petersburg, 2004. 974 p.

Pozner, R.A. Frontiers of Legal Theory [*Rubezhi teorii prava*]. Moscow, 2017. 479 p.

Sheveleva, N.S. and Bratko, T.N. “Tax Privilege as Category of Financial Law” [*Nalogovaya l'gota kak kategoriya finansovogo prava*]. Herald of the Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya RF*]. 2014. No. 10. P. 63–80.

Sunstein, C.R., Jolls, Ch. and Thaler, R.H. “A Behavioral Approach to Law and Economics”. Stanford Law Review. 1998. Vol. 50. P. 1471–1550.

Teslenko, A.V. “The Most Common Strategies of Cartelisation and Other Anticompetitive Agreements through the Bidding Process” [*Naiboleye rasprostrannennyye strategii realizatsii karteley i inyykh antikonkurentnykh soglasheniy na torgakh*]. Journal of Entrepreneurship and Corporate Law [*Zhurnal predprinimatel'skogo i korporativnogo prava*]. 2019. No. 2. P. 49–54.

Tyutin, D.V. Tax Law. Course of Lectures [*Nalogovoye pravo. Kurs lektsiy*]. 8th ed., available at “Garant” Legal Reference System.

Zaripov, V.M. “The Concept and Structure of the Tax Privilege” [*Ponyatiye i struktura nalogovoy l'goty*]. Tax Expert [*Nalogoved*]. 2012. No. 10. P. 18–27.