

ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ — ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ
ИНСТИТУТ ПРАВОВЫХ ИССЛЕДОВАНИЙ

ПРАВОВЫЕ АКТЫ ОЦЕНКА ПОСЛЕДСТВИЙ

Научно-практическое пособие

*Ответственный редактор
доктор юридических наук
профессор Ю.А. Тихомиров*

МОСКВА
Юриспруденция

Коллектив авторов

**Правовые акты. Оценка
последствий. Научно-
практическое пособие**

«Юриспруденция»

2011

УДК 340
ББК 67.0

авторов К.

Правовые акты. Оценка последствий. Научно-практическое пособие / К. авторов — «Юриспруденция», 2011

ISBN 978-5-9516-0527-6

Издание посвящено разработке механизмов анализа и оценки последствий нормативных правовых актов. Книга содержит целый ряд научно-практических рекомендаций, полезных для теории и практики правотворчества и правоприменения. Ее можно использовать в учебном процессе юридических вузов в рамках программ «Теория права и государства», «Конституционное право», «Гражданское право», «Административное право», «Уголовное право», а также на курсах повышения квалификации руководителей и специалистов публичных органов, бизнес-структур и учреждений.

УДК 340

ББК 67.0

ISBN 978-5-9516-0527-6

© авторов К., 2011
© Юриспруденция, 2011

Содержание

Предисловие	6
Глава 1. Природа последствий нормативных и иных правовых актов	7
§ 1. Цели нормативных правовых актов, их последствия и результаты	7
§ 2. Теоретические подходы к оценке эффективности нормативных правовых актов	12
Логические предпосылки постановки вопроса об эффективности правовых предписаний	12
Конец ознакомительного фрагмента.	19

Правовые акты. Оценка последствий.

Научно-практическое пособие

© Кашанин А. В.; Тихомиров А. Ю.; Третьяков С. В.; Черепанова Е. В.; 2011

© «ИД «Юриспруденция», 2011

* * *

Предисловие

Общество заинтересовано в эффективном правовом регулировании. Это всецело объясняется потребностями стабильного обеспечения прав и свобод граждан, безопасности, устойчивого развития экономики и социальной сферы. Но обоснованный выбор средств правового воздействия очень труден, поскольку приходится учитывать противоречивое влияние внешней среды и многообразие поведенческих актов в правовой сфере. Учитывая сложность реализации права, коллектив Института правовых исследований ГУ – ВШЭ подготовил цикл исследований, начало которому было положено книгой «Правоприменение: теория и практика» (2008 г.). В 2010 г. увидела свет книга «Эффективность законодательства в экономической сфере».

Предложенная вниманию читателя третья книга посвящена разработке механизмов анализа и оценки последствий нормативных правовых актов. Ее условно можно разделить на две части. В первых главах обстоятельно рассматриваются традиционные и новые методологические подходы к преобразовательному воздействию права на экономические и иные общественные отношения. Последующие главы посвящены своего рода аналитико-оценочным способам изучения реализации правовых актов.

Книга содержит целый ряд научно-практических рекомендаций, полезных для теории и практики правотворчества и правоприменения. Ее можно использовать в учебном процессе высших учебных заведений в рамках программ «Теория права и государства», «Конституционное право», «Гражданское право», «Административное право», «Уголовное право», а также на курсах повышения квалификации руководителей и специалистов публичных органов, бизнес-структур и учреждений.

Книга подготовлена в рамках программы фундаментальных исследований ГУ – ВШЭ.

Глава 1. Природа последствий нормативных и иных правовых актов

§ 1. Цели нормативных правовых актов, их последствия и результаты

По ряду причин мы считаем целесообразным анализ теоретических моделей эффективности правовых предписаний начать с классической позитивистской юридической теории. Прежде всего следует учитывать, что указанная школа права длительное время занимала господствующие позиции в западной юриспруденции. Однако более важным является то, что в отечественной юридической науке традиционные позитивистские взгляды не только в течение долгого времени оставались по сути безальтернативными, но и в настоящее время являются, безусловно, доминирующими как в правоведении, так и в мировоззрении законодателя и правоприменителя. В этой связи сама постановка вопроса об эффективности права в отечественной юриспруденции чаще всего имплицитно определяет определенную модель правопонимания, что само по себе определяет ограничения в получении эвристически полезных результатов.

Классическая позитивистская юридическая теория, имплицитно формулирующая формальное понятие эффективности закона как фактической реализации сформулированной законодателем цели соответствующего правового предписания, предполагает конкретизацию понятий цели, последствия и результата действия нормативного правового акта как предпосылки для содержательного анализа эффективности конкретных правовых предписаний.

Так, например, для советской доктрины можно считать классическим понимание эффективности правовых норм как соотношения между действительным результатом и целью, а также между достигнутым результатом и применяемыми для его достижения средствами. Цель правовой нормы – эталон оценки ее эффективности¹. В более широком контексте право рассматривается как инструмент социального управления. Однако и здесь цель правовых норм рассматривается как критерий оценки их эффективности. Результатами действия правовых норм являются юридическая и социальная эффективность. Юридическая эффективность означает соответствие поведения людей норме права. Социальная эффективность характеризует социальную цель, которая находится вне сферы правового регулирования. Условиями эффективности норм права являются: 1) соответствие норм условиям развития; 2) совершенство правоприменения; 3) уровень правосознания и характер поведения граждан. Методика изучения уровня эффективности правовых норм включает в себя: а) выявление социальной проблемы; б) установление социальных целей; в) операционные определения; г) критерии и показатели эффективности; д) проблему вычленения роли правового фактора².

В этом контексте цель нормативного правового акта могла бы формулироваться через понятие направленности на социальный эффект, который должен быть достигнут при реализации правового предписания. Соответственно, последствия (результат действия) нормативного правового акта должны определяться как фактический социальный эффект его реализации. При этом последствия и результаты нормативного акта часто дифференцируются по признаку

¹ Самощенко И. С., Никитинский В. И. Некоторые теоретические вопросы изучения эффективности правовых норм. Варна, 1970. С. 2, 5, 6, 9, 10.

² Кудрявцев В. Н. и др. Эффективность правовых норм. М.: Юридическая литература, 1980.

намеренности, так что результат определяется как эффект сознательного применения нормы права.

Мы считаем необходимым дистанцироваться от общепринятой понятийной матрицы по следующим причинам. Прежде всего, указанные понятия имманентны определенной (формальной) модели эффективности права, которая, как будет продемонстрировано далее, в действительности блокирует содержательный анализ эффективности правовых предписаний.

Следует учитывать, что исторически первой получила развитие концепция эффективности права, не связанная с конкретизацией целей законодателя. Речь идет о пандектистской модели юридической науки, исходящей из классической для правовой доктрины дихотомии между частным и публичным правом. Классическая цивилистическая методология (сохраняющая до сих пор значительное влияние в частноправовой и в целом юридической теории и фундалирующая всю частноправовую науку) предполагает весьма своеобразную модель эффективности закона. Следствием этого является то, что она блокирует на уровнях синтаксическом (система категорий науки и отношений между ними) и семантическом (значение указанных категорий) представление о манипулируемости содержания правовых норм. Иными словами, с точки зрения классической модели частноправовой науки невозможно с помощью правового регулирования преследовать какую-либо конкретную социальную цель (выражаясь языком экономической теории, преследовать цель перераспределения дохода путем вмешательства государства во взаимоотношения субъектов рыночной экономики). Роль права может состоять лишь в фиксации правил игры путем предоставления субъектам формальных и абстрактных возможностей поведения, реализация которых оставлена на усмотрение самих субъектов.

Такая модель эффективности гораздо менее гармонична в рамках публичного права. Первоначально теория публичного права развивалась под сильным влиянием пандектистской модели юридической науки. Это позволило в определенной мере унифицировать категории науки частного и публичного права и на концептуальном уровне сформулировать общее понятие о праве в виде концепции «общей теории права». Однако впоследствии по мере роста государственного вмешательства в экономику содержание опосредующих это вмешательство публично-правовых норм перестало соответствовать модели частноправовой нормы, концептуализированной в рамках пандектистской теории. Нормы публичного права в определенных областях и даже некоторые нормы частного права стали все более и более терять свой имперсональный и нейтральный характер и все чаще стали направляться на реализацию конкретной цели и формулироваться в интересах отдельных конкретных категорий субъектов. Соответственно, эволюционирует представление об эффективности закона в направлении концептуализации эффективности как реализации эмпирической цели нормы.

В результате сформировались и одновременно существуют две теоретические модели эффективности закона, которые с определенной долей условности можно именовать частноправовой и публично-правовой. Одна из них имплицитно специфическое представление об эффективности закона как всеобщности формальных и имперсональных правил и отрицает понятие цели закона, а другая, как будет показано далее, блокирует дискурс о методологии эффективности, вытеснив целеполагание в сферу политического процесса.

Однако даже в рамках публично-правовой модели эффективности закона, которая в принципе позволяет операционализировать категорию эффективности, не было достигнуто существенного прогресса, поскольку такая операционализация наталкивается на противоречивость конструкции цели закона и недостаточность общей позитивистской модели правоприменения.

Основным представлением, на основе которого формируется рассматриваемая теория эффективности закона, следует считать идею, в соответствии с которой правовое регулирование представляет собой процесс, в рамках которого сформулированные публичной властью

цели реализуются в общественную практику. Здесь возникает сразу несколько сложных вопросов.

Прежде всего, о каких социальных целях идет речь? Дело в том, что существуют несколько типов целеполагания, связанных с правовым регулированием. Во-первых, очевидно, что речь может идти о конкретных целях государственной политики, реализация которых желательна с точки зрения публичной власти. Здесь можно говорить о воплощении идей «социального инжиниринга», активного преобразования общественных отношений в направлении, которое публичная власть полагает желательным. В рамках данной логики правовой механизм представляет собой лишь «пустую» форму, полезную, с точки зрения государственной политики, именно своей эффективностью, повышенной способностью к реализации благодаря принудительности. Такая «модель» целеполагания подразумевает возможность наделения «внешней» целью любое правовое предписание.

Другая логика основана на поиске «внутренних» целей, имманентных самой правовой форме. Основа этой идеи состоит в том, что право является специфическим регулятором общественных отношений не только (и часто не столько) в силу особой эффективности, понимаемой как принудительность. Уникальность права состоит в том, что социальное регулирование осуществляется особым способом – с помощью общих правил поведения. Ценность формы общих и абстрактных правил поведения состоит в усилении предсказуемости, стабильности и предвидимости социального регулирования, а также в ориентации правовой формы на обеспечение принципа равенства субъектов права³. С этой точки зрения право в целом и каждая правовая норма в отдельности выражают прежде всего цели предсказуемости, стабильности и равного отношения закона к субъектам. Все другие цели, которые может воплощать в нормах публичная власть, имеют право на существование лишь постольку, поскольку они не противостоят указанным выше целям.

Кажется очевидным, что рассматриваемая концепция эффективности сопрягается с первой «моделью» целеполагания. Это делает понятной очень важную черту позитивистской теории эффективности. К использованию правового механизма публичная власть прибегает именно в силу особой способности правовой формы к реализации (обусловленной принудительностью). Это представление в свою очередь базируется на убеждении в существовании некоторого подобия автоматической связи между принуждением и эффективностью. Другими словами, публичное принуждение, по этой логике, резко увеличивает шансы той или иной цели на ее имплементацию в общественную практику.

Отметим еще одно обстоятельство, определяющее слабую жизнеспособность традиционного понятия эффективности закона как реализации его цели. Речь идет о практической сложности процедуры установления цели нормы. В предыдущем изложении для простоты изложения мы исходили из допущения «благонамеренности» законодателя. Другими словами, мы считали, что законодатель, формулируя соответствующую правовую норму, преследует цель «общего блага» или, по крайней мере, искренне считает, что сформулированная в норме цель действительно, будучи реализованной, даст позитивный социальный результат. Очевидно, что эта модель является в весьма серьезной мере идеализацией. Но и это не самая большая проблема.

Значительная часть правовых предписаний в современных правовых системах является результатом компромисса между различными социальными группами, обладающими разнонаправленными интересами. Как в таком случае установить «цель» подобного рода компромисса?

³ Принцип равенства и недопустимости дискриминации произведен от такого свойства правовой нормы, как ее гипотетический характер, т. е. правило поведения указывает не на конкретных лиц, у которых возникают права и обязанности, а фиксирует лишь ситуации (фактические составы), в которых у любого субъекта, который в этой ситуации окажется, возникнут предусмотренные в нем права и обязанности.

С этим связан и другой аспект проблемы, а именно то обстоятельство, что в целом ряде случаев цели регулирования сложно идентифицировать. Не ясно, каким образом устанавливать цель конкретной нормы с учетом того обстоятельства, что норма права является результатом деятельности многих субъектов и инстанций. Необходимо помнить, что «технологически» законодательный процесс весьма сложно организован и многоинстанционен. Проще говоря, чью волю считать целью нормы? Технических экспертов, готовивших документ, парламентариев, которые в некоторых государствах только нажимают кнопки для голосования и не имеют ни малейшего представления ни о цели закона, ни о его содержании? Нельзя не учитывать и то обстоятельство, что существуют нормативные акты, принятые очень давно (часто это касается отличающихся стабильностью базовых частноправовых кодификаций). В данном случае может быть так, что цель, которая имела в виду при его принятии, вряд ли может иметь отношение к актуальному ее применению.

Само понятие цели не является однозначно семантически разрешимой категорией. Существуют несколько категорий целей, которые могут противоречить друг другу. Поэтому подобная телеологически ориентированная интерпретация норм может давать весьма произвольные результаты. Сама концепция, ориентирующая правоприменителя на применение нормы с учетом целей законодателя (субъективно-телеологическое толкование), не является бесспорной с точки зрения сомнительной легитимности не выраженных, выраженных неопределенно или противоречиво мотивов лиц, сформулировавших норму права (даже если их представляется возможным бесспорно идентифицировать). Более того, субъективно-телеологическая теория толкования трудно совместима с пробельностью права и противоречивостью правового регулирования, которые во многих случаях делают невозможным следование ее рекомендациям.

К этим препятствиям следует добавить еще один важный аспект. Классическая юридическая теория даже не задается вопросом о том, насколько вообще выраженная в тексте закона социальная цель может быть реализована в данных социальных условиях, об альтернативных вариантах решения соответствующего вопроса и о незапланированных внешних эффектах соответствующей правовой нормы. Между тем, в большинстве случаев, особенно в экономической сфере, эффективность реализации права будет определяться именно этими факторами, а не количеством зарегистрированных в соответствующей области правонарушений и наложенных взысканий, а также оперативных мероприятий правоохранительных органов, по пресечению несоблюдения норм права.

Соответственно, разработка приемлемой методики оценки эффективности предполагает не только формирование инструментария для выявления целей закона и способов оценки их реализации в общественных отношениях, но и отказ от традиционных для юридико-позитивистской модели представлений об автоматическом характере реализации норм права, когда вопрос об эффективности по существу сводится к технологии реализации цели закона (причем только к юридическим аспектам этой технологии – комплексу «мероприятий» правоприменительных и правоохранительных органов), даже без постановки вопроса об оценке самой возможности или невозможности реализации соответствующей нормы права.

В этой связи общее формальное понятие эффективности закона как фактической реализации сформулированной законодателем цели соответствующего правового предписания явным образом требует критической проверки. Такое понимание, которое у нас рассматривается как безальтернативное, является лишь одной, хотя до недавнего времени господствующей, его версией. Вместе с тем последние десятилетия дали богатейший эмпирический материал (в основном и прежде всего это касается опыта правовой реформы в странах с переходной экономикой), который самым серьезным образом стимулировал дискуссии по проблемам теории эффективности права как части теории соотношения правовой системы и общества. Кроме того, еще одним важнейшим фактором, который сильно сместил акценты в исследовании про-

блем эффективности закона, стали процессы активного использования юридической наукой методов и теоретических моделей, разработанных в рамках экономических наук. В следующих параграфах указанные теоретические модели эффективности правовых предписаний будут проанализированы подробнее.

§ 2. Теоретические подходы к оценке эффективности нормативных правовых актов

Логические предпосылки постановки вопроса об эффективности правовых предписаний

Самое общее понимание эффективности закона подразумевает оценку результативности воздействия права на социальные процессы, степени реализации целей правового воздействия на общественные отношения. Однако в таком случае концепция эффективности правовых предписаний корреспондирует совершенно определенной теории правовой формы.

Постановка вопроса о результативности правового регулирования, степени реализации цели правового предписания предполагает прежде всего *сознательность, рефлексивность дизайна правового предписания, возможность «целеполагания» при возникновении правовой нормы*. Совершенно очевидно, что сложно говорить об «эффективности» правовых предписаний, которые не являются результатом сознательной волевой деятельности, а возникают стихийно, спонтанно, без активного «конструирования». Этим определяются препятствия в постановке вопроса об эффективности права в так называемый домодерновый (позитивистский) период.

Так, существуют серьезные препятствия для формирования теории правореализации на основе понятия эффективности в правовых системах, в которых в качестве источника права преобладает правовой обычай. Этот вывод можно распространить также на любые правовые системы, которые основываются на идее традиционного и стихийного характера генезиса правовой формы. Это касается в первую очередь европейских средневековых правовых систем, в которых даже правовые предписания, сформулированные в актах политического суверена, рассматривались лишь как «обнаруженное» сувереном право, которое существовало в виде обычая и до момента фиксации в соответствующем акте. В соответствии с логикой того периода содержание правового предписания не могло быть произвольным, зависеть исключительно от воли политического суверена и легитимироваться исключительно формально. Соответственно, отнюдь не любая произвольно определенная политическим сувереном цель предписания могла быть сформулирована и достигнута посредством реализации этого правового предписания.

Привычное для современного юридического и социального дискурса представление о сознательном «форматировании» общественных отношений посредством правового регулирования для достижения определенных социально значимых целей не было характерно для «домодернового» правопонимания⁴. Преобразование социальной практики путем активного вмешательства в нее с помощью права несовместимо с представлением о праве как выражении «социального мира», традиции, укорененной в опыте предшествующих поколений, т. е. праве как концентрированном выражении существующих социальных практик. Для того чтобы право стало инструментом преобразования социальной практики, и, соответственно, стала уместной постановка вопроса о его эффективности, необходимо блокировать связи между первым и последними как на формальном, так и на материальном уровнях.

С формальной точки зрения речь должна идти об обосновании самостоятельного источника легитимности нормы права, содержащейся в акте публичной власти, в самом факте издания этого акта компетентным лицом. С содержательной стороны требова-

⁴ Gagner S. Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung. Uppsala, 1960.

лось содержание самого правового предписания сделать независимым от факта выражения в нем господствующей социальной практики. Оба этих условия могли реализоваться лишь с момента формирования современных национальных государств⁵.

Только после того, как в юридический дискурс была введена конструкция суверенитета, появилась возможность легитимировать содержание правовых предписаний самим фактом их принятия в рамках производной от суверенитета компетенции. По сути это означало, что содержание правового предписания не связано с его легитимностью и определяется в рамках политического процесса. Таким образом, содержание права стало доступным политически мотивированным манипуляциям. Речь идет о возможности сознательного выбора вариантов регулирования, т. е. подразумеваются вариативность и селективность модели правового регулирования.

Ослабление связи между содержанием правового регулирования и господствующими общественными практиками может привести к возрастанию роли политически мотивированного фактора в генезисе правовых предписаний. Основанное на признании данного тезиса правопонимание хотя и необходимо для осмысленной постановки вопроса об эффективности правовых предписаний, однако само по себе еще не делает ее обязательной, поскольку выявленная корреляция не имеет характера необходимой связи.

Сам по себе факт роста значения волевых, «сознательных» элементов в дизайне правовых предписаний по сравнению со «стихийными» не означает, что «сознательный дизайн» будет канализирован именно в направлении политически мотивированных решений. Теоретически допустима модель правотворчества и правоприменительных решений, ориентированная исключительно на подтверждение существующих социальных практик.

Подтверждением указанного вывода является идея кодификации в той классической форме выражения, которую она приобрела в Европе в XIX столетии. Для верного понимания указанного тезиса необходимо иметь в виду, что классическое представление о кодификации не сводится лишь к систематическому сведению всех норм, относящихся к более или менее произвольно выбранной правотворцем предметной области. Классическая модель кодификации представляет собой не просто разновидность систематизации. Это систематизация на основе общих принципов, характеризующих единый для регулируемых общественных отношений правовой режим.

При таком понимании кодификации содержанием кодифицированного акта не могут являться результаты произвольного и политически мотивированного «социального инжиниринга» политического суверена. Кодекс может лишь закреплять результаты научной обработки индуктивных обобщений судебной практики и господствующих социальных практик (гражданского оборота – для частноправовых кодификаций, являющихся кодификациями *par excellence*). Основанная на кодификационной модели правовая система обладает весьма скромным потенциалом для реализации концепции активного «социального инжиниринга» и, следовательно, рефлексивной концепции эффективности закона.

Это позволяет внести некоторую ясность в вопрос о том, какая модель закона позволяет сформулировать непротиворечивую теорию эффективности. Эта модель наиболее точно может быть охарактеризована как инструменталистская. Суть инструменталистской модели нормативного акта заключается в восприятии его в качестве политического инструмента активного преобразования социальных отношений. Это определяет основные формальные особенности такой модели.

⁵ Lumann N. Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft // Ders. Ausdifferenzierung des Rechts. Frankfurt-am-Main, 1999.

Прежде всего содержание инструменталистски понимаемого нормативного акта не может быть производным от господствующих социальных практик, поскольку основной задачей такого нормативного акта как раз и должно являться активное воздействие на эти практики с целью их преобразования в желаемом направлении. Это в свою очередь означает, что правовая форма всеобъемлющего кодифицированного правового акта не является оптимальной для реализации инструменталистской концепции правового регулирования. Предпочтительнее в этом случае использовать форму обычного закона, посвященного регулированию отдельного вопроса. Здесь часто используется предметный критерий (закон о торговле и т. д.). Это связано с тем обстоятельством, что такая правовая форма позволяет решить конкретную проблему без учета ее влияния на другие аспекты правового регулирования («точечное» регулирование) и позволяет более оперативно изменять содержание установленных предписаний. Очевидно различие и в функциях закона-кодекса и закона-инструмента. Основным смысл модели закона-кодекса состоит в закреплении правил игры субъектов права, содержание которых конденсируется из господствующих в соответствующей сфере социальных практик, что обеспечивает «нейтральность» закона по отношению к различным группам субъектов. Функция такого типа правового регулирования состоит в основном в обеспечении определенности правового положения субъектов, гарантированности единства и стабильности правил, по которым они взаимодействуют, и устранении возможности произвольного изменения этих правил либо активного вмешательства государства в интересах одной из сторон.

Совершенно иначе обстоит дело с функцией закона-инструмента. В данном случае речь не может идти о «нейтральности» закона, поскольку правовая форма используется для активного преобразования текущих социальных практик, что всегда связано с изменением сложившегося баланса интересов. Изменение сложившегося социального равновесия предполагает наличие выигравших и проигравших как результат реализации закона-инструмента. Именно это лишает его нейтральности.

Таким образом, необходимым условием формулирования теории эффективности закона в рамках юридической доктрины является инструментализация правопонимания, поскольку связанные с категорией эффективности закона цели правового воздействия на общественные отношения и оценка результата правореализации в гораздо большей мере сопрягаются с моделью закона – инструмента государственной политики, чем закона – правил игры.

В свою очередь, *необходимым рациональным условием для инструменталистского правопонимания является определенное представление о соотношении права и общества и о роли права в социальной системе.* Соответственно, теоретические представления, основанные на приоритетности сознательного элемента при дизайне правовых предписаний перед элементами стихийности и спонтанности, требуют переосмысления указанных проблем.

Препятствием для инструментализации правопонимания и постановки вопроса об эффективности правовых предписаний является признание утверждения, в соответствии с которым право является отражением общества, а его содержание фиксирует господствующие исторически сложившиеся социальные практики и ценности.

При таком понимании соотношения правовой системы и социальной реальности возникают теоретические трудности при обосновании «правового активизма», т. е. активного преобразования существующих социальных практик. Попросту говоря, правовое предписание, направленное на радикальную трансформацию определенной социальной практики, в то же время не может быть отражением социальной реальности, частью которой является эта подлежащая трансформации социальная практика.

Этим, в частности, объясняются трудности, которые испытывала при решении рассматриваемой проблемы марксистская правовая традиция. Базовый постулат марксизма заключается в экономической обусловленности правовой надстройки. Однако, с другой стороны, практика «социалистического строительства в СССР» предполагала активное вмешатель-

ство государства в экономические процессы, радикальную трансформацию «экономического базиса» в целях «построения социализма» при помощи правовых инструментов. В свое время П. И. Стучка попытался разрешить этот парадокс, используя идею Н. И. Бухарина. В соответствии с этой конструкцией государство преобразует социальную реальность на основе познания «объективных закономерностей» общества. Другими словами, право, преобразующее действительность, само выражает объективно познанные закономерности общества и преобразует базис исходя из его же собственных закономерностей. Проблема состоит в следующем: не ясно, что же гарантирует политически мотивированному законодателю то, что он действительно верно определил «объективные закономерности общественного развития», а также то, что эти «закономерности» вообще существуют? Надо заметить, что аналогичные проблемы характерны и для других версий марксизма, которые не были обременены бережной заботой и участием политической цензуры СССР.

Тезис, в соответствии с которым право является отражением общества, в котором оно функционирует (так называемый зеркальный тезис – *mirror thesis*), тесно связан с эволюционизмом и консенсуалистскими стратегиями обоснования генезиса правовой формы⁶. В рамках данных парадигм правовая форма генетически выступает либо как результат протекающей во времени дифференциации общественных структур (например, правовые нормы постепенно выделяются из изначально синкретичной социальной нормативности и поэтому неизбежно производны от нее содержательно), либо – как результат социального контракта индивидуумов, составляющих общественное целое (например, посредством введения в теоретический дискурс категории «естественное состояние», которое при любой своей конструкции – от Гоббса до Роллза – позволяет обеспечить генетическую и содержательную зависимость права от сознания индивидуумов, конституирующих общество). Нетрудно убедиться в том, что обе объяснительные модели обосновывают тезис об отражении правом господствующих социальных практик. Проблема заключается в том, что сами они встречаются с трудностями в их собственном обосновании.

Основная проблема эволюционистской модели, характерная, впрочем, для всех теорий функционалистского типа, состоит в том, что выделение права как самостоятельного регулятивного механизма, эволюционно «отдифференцированного» (термин Никласа Лумана) от других социальных норм, по функции (социальный контроль) не позволяет понять, как право отличается от других социальных норм, выполняющих в принципе ту же функцию. Контрактуалистская же парадигма наталкивается на трудности с обоснованием «естественного состояния»⁷, существа «консенсуса» и модели индивида, который существует помимо и вне общества.

Исторический опыт свидетельствует, скорее, в пользу модели генезиса правовой формы, альтернативной эволюционизму и консенсуалистским моделям. Этим объясняется проблематизация вопроса об эффективности правовых предписаний в рамках более поздних модификаций юридической доктрины.

Можно указать на следующие затруднения концепций, основанных на теории отражения правом социальной реальности.

А) Прежде всего, весьма распространенной практикой является «импорт» правовых конструкций. Достаточно вспомнить процесс рецепции римского права, ставшего основой основных систем частного права континентальной Европы. Между тем, широкое использование правовых заимствований слабо согласуется с тезисом, в соответствии с которым правовая форма производна от специфического социального контекста и отражает строго определен-

⁶ Tamanaha B. A General Jurisprudence of Law and Society. Oxford, 2001. P. 65.

⁷ Эти трудности возникают как для «онтологических» моделей естественного состояния (оно существовало реально), так и для современных теорий роллианского типа.

ное общество. Исторический опыт показывает, что в большинстве случаев заимствования обусловлены стремлением при помощи имитации успешной (доказавшей свою эффективность в «родном» правопорядке) правовой формы стимулировать появление в соответствующем обществе «новых» социальных практик, которые элиты по тем или иным причинам рассматривают в качестве прогрессивных. При этом на более ранних этапах истории идея сознательного и активного генерирования авангардных социальных практик при помощи импортирования «иностранных юридических продуктов» не приобретала столь впечатляющих масштабов, как это имеет место быть в настоящее время.

Б) В течение последних 150 лет наблюдаются процессы резкого усложнения социальных практик, требующих все более точной и тонкой «настройки» с помощью правовых механизмов. Социальная реальность (например, практика коммерческого оборота) достигла такого уровня, что для ее правового опосредования во многих случаях уже невозможно ограничиться лишь фиксацией наличного, «юридизацией» текущих социальных практик. Более того, часто оптимальное функционирование определенных социальных отношений вообще немыслимо без предварительного наличия определенных институциональных предпосылок, в том числе и без существования определенной юридической инфраструктуры. Другими словами, в некоторых случаях успешное развитие «полезных» социальных практик требует их юридической артикуляции в качестве предварительного условия, что по сути равнозначно их сознательному дизайну с помощью юридического инструментария.

Сложный оборот требует весьма изощренных правовых форм. Если ранее с помощью механизма юридического обычая удавалось конденсировать юридическое содержание соответствующих социальных практик без их существенной трансформации, то в настоящее время это делать все сложнее. Дело в том, что в ранние периоды развития подобная конденсация осуществлялась с помощью индуктивных обобщений⁸ и принципа аналогии⁹. Таким образом сформировался некоторый корпус абстрактных принципов, при помощи которых впоследствии контролировался процесс правотворчества и правоприменения. Проблема в том, что в настоящее время такая методология сложно согласуется с актуальной реальностью.

Во-первых, принципы и догматические категории, выполнявшие (и отчасти продолжающие выполнять) контрольную функцию в отношении формирования судебной и правотворческой практики¹⁰, обладают слишком высокой степенью абстрактности и неопределенности, чтобы определять дизайн значительной части современных юридических инструментов. Из принципа автономии воли субъектов частного права можно при желании «дедущировать» логику регулирования пороков воли в учении о сделках, но нельзя создать правовой режим эмиссионных ценных бумаг, обозначить основные параметры юридической конструкции секьюритизации или вывести конкретные правовые решения, касающиеся коллизионных вопросов трансграничных банкротств.

Во-вторых, возрастающая сложность социальной системы требует все в большей мере при конструировании юридических институтов учитывать не только «внутренние» параметры самой правовой системы (насколько проектируемый институт согласуется с базовыми категориями существующей догматики и т. д.), но и исследования вопроса о социальных последствиях того или иного варианта регулирования. Это, в свою очередь, означает, что, с одной стороны, не существует одного единственно верного варианта дизайна юридических институтов¹¹, т. е. институциональный дизайн альтернативен, и выбор того или иного варианта не может быть осуществлен на строго догматических основаниях.

⁸ Luhmann N. Das Recht des Gesellschaft. 1995.

⁹ Langheim A W.H. Das Prinzip der Analogie als juristische Methode. Berlin, 1992.

¹⁰ Luhmann N. Rechtsdogmatik.

¹¹ Это ясно даже просто из того, что, как указывалось выше, догматика во многих случаях неспособна обеспечить безальтернативный выбор варианта дизайна.

В) Классическая теория отражения правом особенностей того общества, в котором оно функционирует, формулировалась на материале развития частноправовых институтов. Публичное, особенно административное, право по своей природе формировалось иначе. Здесь, в отличие от частноправовых институтов, которые складывались на базе соответствующих экономических практик, юридические институты формируются *ex nihilo*, им не предшествует какая-либо социальная практика, которая существовала помимо и вне соответствующей правовой формы, поскольку здесь в большинстве случаев речь идет о государственно-властной деятельности, которая не может существовать вне правовой формы.

С одной стороны, очевидны рост современного государства, увеличение выполняемых им функций, что требует правового оформления, которое может в этом случае быть результатом лишь сознательного дизайна.

С другой стороны, усиление вмешательства государства в экономику, появление социального государства приводят к эрозии и мутациям в традиционных экономических отношениях, классически относившихся к предмету частного права. Это приводит к тому, что для понимания логики правового регулирования экономических отношений невозможно ограничиваться изучением экономической логики соответствующих коммерческих операций. Необходимо еще обратиться к исследованию логики, лежащей в основе «редистрибутивных» (перераспределительных) практик современного социального государства (налоговые, валютные, антимонопольные и т. п. ограничения). Между тем, эта последняя логика и выражающие ее юридические институты являются продуктом сознательного институционального дизайна. Даже если предположить, что государство преобразует экономические отношения через налоговые и другие подобные институты в общепольных целях (что неочевидно) и на основе понимания и применения некоторых общественных закономерностей (знакомый марксистский тезис со всеми его проблемами), то совершенно очевидно отличие рассматриваемой ситуации от иных.

Дизайн публично-правовых институтов, регулирующих экономические отношения, определяется всецело сознательной волей законодателя: поскольку речь идет о перераспределительных механизмах, то в данном случае изменяется «естественный» рыночный результат распределения с помощью искусственно привнесенного публично-правового института (например, при помощи налогового механизма доход, полученный лицами одной категории, перераспределяется в пользу другой категории лиц). Это означает, что законодатель в принципе не связан необходимостью ориентироваться на какие-либо социальные практики при дизайне соответствующих институтов публичного права, поскольку таких социальных практик вне соответствующего публично-правового предписания не существует. Соответственно, у правотворца в данном случае совсем другая логика и другие ограничители.

Кроме того, подобные публично-правовые предписания, вплетенные в ткань регулирования экономических отношений, изменяют зачастую характер этих отношений. Налоговые, таможенные, валютные ограничения в состоянии сделать целые категории экономических операций бессмысленными или противозаконными. Таким образом, социальные практики в некоторых случаях не только не предопределяют содержание правовых институтов, а наоборот, видоизменяются под действием последних.

Г) Тенденция роста значения «рефлексивных» факторов в процессе правообразования по сравнению со «спонтанными» подтверждается и фактом уменьшения значения юридического обычая как источника права, происходящего в течение последних столетий истории правовых институтов развитых обществ. Надо отметить, что конструкция правового обычая вообще плохо вписывается в классическую позитивистскую модель правопонимания. Не случайно выдвигавшееся сторонниками позитивистской традиции требование «санкционированности» юридического позитивизма попало затем в этой весьма грубой форме в советские учебники по теории государства и права, поскольку требование государственной санкции хорошо монтировалось с крайними этатистскими интуициями идеологии сталинизма. Обычай мог

отсылать к общественным практикам, нежелательным с точки зрения государственной политики.

Вместе с тем, в раннебуржуазную эпоху, когда на первый план выступили такие требования к правовым нормам, регулирующим экономический оборот, как их четкость, единообразие, формализм, стабильность, юридический обычай, являющийся неартикулированным выражением локальных практик, вряд ли мог претендовать на ведущую роль в системе источников права.

Наконец, стали очевидными проблемы с легитимацией обычая. Содержание правового регулирования может в полной мере легитимироваться непосредственно содержанием господствующих социальных практик и выражающих их ценностей, только в социально слабо-структурированном гомогенном обществе. Только в глазах общества, находящегося во власти религиозной концепции, правовые решения, игнорирующие равенство супругов, не вызовут сомнения. Если же общество негомогенно, плюралистично и хотя бы минимально толерантно, правовые решения, в основу которых закладывается какая-либо ценность, основанная на партикулярной концепции морали, даже если это мораль арифметического большинства членов этого общества, уже не могут не вызывать споров. Другими словами, легитимация содержания правового предписания из содержания господствующей социальной практики при наличии и значительной распространенности альтернативных практик и ценностей может быть недостаточна для стабильного функционирования юридической системы. Это объясняет наметившийся в развитых правовых порядках переход от субстанционалистских (т. е. когда содержание правового решения обосновывается ссылкой на его соответствие какой-либо ценности) к процедуральным (т. е. когда содержание правового решения обосновывается фактом соблюдения определенной процедуры его принятия) теориям легитимации правовой формы.

Более того, даже если принять на веру весьма сомнительный тезис о наличии какого-либо корпуса ценностей, общественных практик, выражающих «интересы» всего общества, довольно сложно доказать, что именно они являются отражением тех законодательных и правоприменительных решений, которые принимаются. С тех пор как теоретики школы «общественного выбора» показали, что фигура «благонамеренного» и ориентированного на «общее благо» (public spirited) законодателя является ширмой для законодательного процесса, являющегося ареной ожесточенной борьбы лоббистских групп и сложного взаимодействия общественных групп влияния и периодически образующихся правящих коалиций, а Кеннет Эрроу сформулировал свою знаменитую «теорему невозможности», довольно сложно стало верить в саму возможность точного отражения на уровне правовой системы «воли большинства» и связанных с ним ценностей, равно как и в само существование таковых. Пожалуй, именно последние теоретические исследования поставили точку в долгой истории «теории отражения». Тем самым был актуализирован вопрос об эффективности правовых предписаний как основания для признания их легитимности.

В рамках классических моделей юридической науки не уделялось серьезного внимания теоретическому анализу проблем соотношения права и экономики. Разработанная теория этой проблемы просто отсутствовала, что препятствовало осмысленной постановке вопроса об эффективности правовых предписаний.

Это в равной мере касается как научно-позитивистской модели юридической науки, наиболее изощренная и совершенная версия которой представлена германской пандектистикой XIX в., так и более практически ориентированной эмпиричной теории «юридического формализма», характерной для англо-американской доктрины того же периода.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.