

Глава 1

К истории вопроса. Теоретические предпосылки формирования концепции эффективности закона

§ 1. Эволюция представлений о форме права

Концепция эффективности правовых предписаний (далее — эффективности закона) предполагает наличие определенных социально-юридических предпосылок в качестве условий своего существования. Классическая позитивистская модель правопонимания не предполагает в качестве обязательного аналитического элемента теоретическую артикуляцию проблемы реализации правовых предписаний в аспекте их имплементации в общественные отношения. Иными словами, классический позитивизм, равно как и допозитивистские модели правопонимания, если и практиковали разработки в направлении создания теории правореализации, то ограничивались лишь теоретической дескрипцией и аналитикой «эндогенных» правоприменительных процессов, которые имманентны самой правовой системе (правореализация посредством государственно-властной деятельности, включая юрисдикционную). Исследование правореализационных процессов в аспекте выявления закономерностей, определения характера и степени воздействия права на социальные процессы не является характерным для классических типов правопонимания.

В связи с этим весьма интересным представляется вопрос об условиях, наличие которых предполагает введение в правовой дискурс правореализационной проблематики в целом и проблемы эффективности закона в частности. Другими словами, мы предлагаем для начала поставить вопрос: что требуется для того, чтобы постановка проблемы эффективности закона являлась осмысленной логически и ценной эвристически? Тот перечень предпосылок формирования концепции эффективности закона, который предложен ниже, не является исчерпывающим, не претендует на исключительную точность. Более того, в нем объединены весьма различные предпосылки, часть из них относится к социальным (внешним, «экзогенным») факторам существования правового дискурса, другие касаются эволюции правовой формы как таковой и отдельных ее элементов.

На нынешнем этапе исследования представляется важным определить логику формирования концепции эффективности закона посредством установления предпосылок, сделавших использование указанной категории осмысленным и допустимым.

Самое общее понимание концепции эффективности закона подразумевает оценку результативности воздействия права на социальные процессы, степени реализации целей правового воздействия на общественные отношения. Однако в таком случае концепция эффективности предполагает совершенно определенную теорию 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 в таком случае сложно говорить об «эффективности» правовых предписаний, которые не являются результатом сознательной волевой деятельности, а возникают стихийно, спонтанно, без активного «конструирования». Здесь речь идет, естественно, главным образом о юридическом обычае. Иначе говоря, в правовых системах, в которых в качестве источника права преобладает правовой обычай, существуют серьезные препятствия для формирования теории правореализации на основе понятия эффективности.

Более того, этот вывод можно распространить на любые правовые системы, которые основываются на идее традиционного и сти-

хийного характера генезиса правовой формы. Это в первую очередь касается 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. Таким образом, легитимность нормы, содержащейся в нормативном акте, зависела от формальных условий (компетенция лица, принявшего акт) в гораздо меньшей мере, чем это характерно для последующего исторического периода.

В соответствии с этой логикой 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 «домодерного» правопонимания¹. В самом деле, преобразования 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, необходимо блокировать связи между первым и последним как на формальном, так и на материальном уровне.

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 требовалось сделать сущность самого правового предписания независимым от факта выражения в нем господствующей социальной практики. Оба эти условия могли реализоваться лишь с момента формирования совре-

¹ См.: Gagner S. Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung. Uppsala, 1960.

менных национальных государств¹. 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 непременно с его легитимностью и определяется в рамках политического процесса. Как много позже со свойственной ему афористичностью заметил Г. Кельзен, «содержание правовых норм юридически иррелевантно». Таким образом, содержание права стало доступным политически мотивированным манипуляциям². Речь идет о возможности сознательного выбора вариантов регулирования, т.е. подразумевается вариативность и селективность модели правового регулирования³.

Сказанное, естественно, не означает, что «произвольность» содержания правовых норм должна толковаться буквально; речь идет только о том, что на концептуальном уровне ослабление связи между содержанием права и его легитимностью сделало такую произвольность теоретически допустимым конструктом.

§ 2. Инструментализация правопонимания

Ослабление связи между содержанием правового регулирования и господствующими общественными практиками, как мы постарались показать выше, может привести к возрастанию роли политически мотивированного фактора в генезисе правовых предписаний. Однако можно ли говорить, что выявленная корреляция имеет характер необходимой связи?

¹ См.: *Luhmann N. Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft // Ders. Ausdifferenzierung des Rechts. Frankfurt am Main, 1999.*

² Представляется необходимым уточнить, что термин «манипуляция» не несет в нашем понимании негативной семантики и употребляется в связи с отсутствием лучшего русского эквивалента очень точному немецкому выражению *Disponibilität des Rechts*, которое переводится как «доступность, распоряжаемость».

³ Естественно, и в «предмодерный» период суверен фактически имел возможность манипулировать содержанием правовых норм. Но в каждом случае такая операция носила скрытый характер и подлежала обоснованию с точки зрения соответствия выбранной модели регулирования традиционным практикам.

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 решений¹. Теоретически мыслима модель правотворчества и правоприменительных решений, ориентированная исключительно на подтверждение существующих социальных практик.

Как это ни парадоксально, но подтверждением указанного вывода является идея кодификации в той своей 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, равноценной всем другим видам систематизации, вплоть до систематики, подчиненной алфавитному порядку букв². Это систематизация на основе общих принципов, характеризующих единый для регулируемых общественных отношений правовой режим (или, как это принято говорить, метод правового регулирования). Как точно отметил В.А. Дозорцев³, внешний признак единства объединяемых в кодифицированный акт норм состоит в возможности построить единую для них общую часть⁴.

¹ Здесь необходимо сделать одну оговорку. С точки зрения ряда современных и весьма влиятельных правовых теорий, любые законодательные и правоприменительные решения всегда являются политически мотивированными и ценностно «нагруженными». Таким образом, даже вариант сознательного дизайна правовых норм, ограничивающийся лишь фиксацией существующих социальных практик, все равно не будет обладать качеством политической нейтральности, поскольку уже сама такая фиксация носит селективный характер. Подробнее эти тезисы мы рассмотрим позже. Заметим пока, что мы исходим из традиционной позиции, которая проводит различие между политически нейтральным и политически мотивированным правотворчеством и правоприменением.

² См.: *Bydlinki F. System und Prinzipien des Privatrechts*. Wien, 1996.

³ См.: Дозорцев В.А. Один кодекс или два? (Нужен ли Хозяйственный кодекс наряду с Гражданским?) // Вестник гражданского права. 2008. № 4.

⁴ Формирование общей части не является механическим «вынесением за скобки» всего, что есть формально общего у каких угодно норм. С этой точки зре-

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*).

Если признать такое понимание кодификации в качестве рабочей гипотезы, то станет очевидным, что основанная на кодификационной модели правовая система обладает весьма скромным потенциалом для реализации концепции активного «социального инжиниринга» и, следовательно, рефлексивной концепции эффективности закона. Эти рассуждения позволяют внести некоторую ясность в вопрос о том, какая модель закона (шире — нормативного правового акта) 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.

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 в целях их преобразования в желаемом направлении.

ния нельзя сформировать полноценную общую часть для норм, регулирующих сделки с земельными участками, и норм, регулирующих «управление землями». У этих отношений различные субъекты (обладающие обособленным имуществом: лица — физические, юридические, казна, с одной стороны, и органы государственного управления — с другой), объекты (земельный участок, с одной стороны, и земли — с другой), основания возникновения (сделки, с одной стороны, административные акты — с другой). Возникает вопрос: какие общие правовые нормы, какой единый правовой режим может быть применим ко всем этим отношениям? В связи с этим отметим, например, что Земельный кодекс РФ четко распадается на две группы норм, выражающих два разных правовых режима, которые механически объединены по признаку общности их объекта. Все, что в гражданском и административном праве касается земли, с таким же успехом можно включить в Земельный кодекс РФ и нормы уголовного права, касающиеся того же объекта.

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 более оперативно изменять содержание установленных предписаний. Очевидно различие и в функциях закона-кодекса и закона-инструмента. Основной 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.

Необходимо отметить, что сторонники использования модели закона-инструмента могут квалифицировать подобную ее характеристику как более или менее тенденциозную. Наиболее очевидное возражение состоит в том, что при «правильной» настройке можно добиться разработки такой модели регулирования, которую допустимо охарактеризовать в качестве оптимальной. Вообще говоря, есть очевидные преимущества сознательного институционального дизайна. Конечно, существуют социальные практики, которые заслуживают того, чтобы их устранили. Кроме того, в ряде случаев

(и это характерно прежде всего для переходных обществ) требуется «проектирование» или перенесение на отечественную почву некоторого количества «прогрессивных» социальных практик, и тогда модель закона-инструмента представляет собой идеальное средство реализации указанной задачи.

Указанные возражения во многом справедливы. Позже мы подвергнем эти и другие тезисы подробному анализу. Здесь важно подчеркнуть, что мы пытаемся описывать те взаимосвязи, которые существуют между моделями закона, его функциями и формальными характеристиками, не обсуждая пока вопроса о преимуществах одной из них.

Резюмируя вышесказанное, можно сделать вывод, что необходимым условием формулирования теории эффективности закона является инструментализация правопонимания, поскольку связанные с категорией эффективности закона понятия 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.