

ГЛАВА 1.

Природа последствий нормативных актов.

§ 1. Цели нормативных правовых актов, их последствия и результаты.	1
§ 2. Теоретические подходы к оценке эффективности нормативных правовых актов.	6
§ 3. Оценка последствий нормативных актов: современные концепции.	27

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

Анализ теоретических моделей эффективности правовых предписаний по ряду причин мы считаем целесообразным 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 определяющая 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

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

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 фактора¹.

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 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 ниже, 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 фундирующая всю частноправовую науку) предполагает весьма своеобразную модель эффективности закона. Следствием этого является то, что она блокирует на уровне синтаксическом (система категорий науки и отношений между ними) и семантическом значении 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 категории науки частного и публичного права и на концептуальном уровне

¹ Кудрявцев В.Н. и др. Эффективность правовых норм. М.: Юридическая литература, 1980.

сформулировать общее понятие о праве в виде концепции «общей теории права». Однако в последствии по мере роста государственного вмешательства в экономику содержания опосредующих это вмешательство правовых 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 теоретических 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 ниже, 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, в котором публичная власть полагает желательным. В рамках данной логики правовой механизм представляет 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 любого правового предписания.

Другая логика основана на поиски «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 ориентация правовой формы на обеспечение принципа равенства субъектов права¹. 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 противоречат указанным выше.

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 разно направленными интересами. Как в таком случае установить «цель» подобного рода компромисса?

¹ Принцип равенства и недопустимости дискриминации произведен от такого свойства правовой нормы, как ее гипотетический характер, т.е. правило поведение указывает не на конкретных лиц, у которых возникают права и обязанности, а фиксирует лишь ситуации (фактические составы), в которых у любого субъекта, которой 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 о 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 не возможным 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 весь 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 норма 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 проблем 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 т.н. «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 в первую очередь касается европейских средневековых правовых систем, в которых даже правовые предписания, сформулированные в актах политического суверена, рассматривались как лишь «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 достигаться 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. 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, 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 требовалось 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 государств². Только после того, как в юридический дискурс была введена конструкция суверенитета, появилась возможность легитимировать содержание правовых предписаний самим фактом их принятия их рамках производной от суверенитета компетенции. По сути это означало, что содержание правового предписания не связано необходимо 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. подразумевается вариативность и селективность модели правового регулирования.

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

² Lutzmann N. Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft // Ders. Ausdifferenzierung des Rechts. Frankfurt-am Main. 1999

Ослабление связи между содержанием правового регулирования и господствующими общественными практиками может привести к возрастанию роли политически мотивированного фактора в генезисе правовых предписаний. Однако, 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 мыслима модель правотворчества и правоприменительных решений, ориентированная исключительно на подтверждение существующих социальных практик.

Подтверждением указанного вывода является идея кодификации в той своей классической форме выражения, которую она приобрела в Европе в 19 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, являющимися кодификациями *par excellence*). Соответственно, 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.

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 является 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. 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.

Таким образом, необходимым условием формулирования теории эффективности закона в рамках юридической доктрины 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.

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 вмешательство государства в экономические процессы, радикальную трансформацию «экономического базиса» в целях «построения социализма» при помощи правовых инструментов. В свое время еще 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 только в том, что не ясно, что же гарантирует политически мотивированному законодателю, что он действительно верно определил «объективные закономерности общественного развития», и вообще, 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 (т.н. «зеркальный» тезис - mirror thesis), тесно связан с эволюционизмом и консенсуалистскими стратегиями обоснования генезиса правовой формы¹. 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). Как не трудно убедиться, обе объяснительные

¹ *Tamanaha B. A General Jurisprudence of Law and Society. Oxford. 2001, P.65*

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»¹, 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 определенное 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 в настоящее время.

б) В течении последних полутора столетий 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

¹ Эти трудности возникают как для «онтологических» моделей «естественного состояния» (оно существовало реально), так и до современных теорий роллианского типа.

функционирование определенных социальных отношений вообще немислимо 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 и 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 обобщений¹ и принципа аналогии². 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 практики³, 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 «дедуцировать» 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, все 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 институтов⁴, т.е. институциональный дизайн альтернативен и выбор того или иного варианта не может быть осуществлен на строго догматических основаниях.

¹ *Luhmann N. Das Recht des Gesellschaft. 1995.*

² *Langheim A W.H. Das Prinzip der Analogie als juristische Methode. Berlin. 1992.*

³ *Luhmann N. Rechtsdogmatik*

⁴ Это ясно даже просто из того факта, что, как указывалось выше, догматика во многих случаях не способна обеспечить безальтернативный выбор варианта дизайна.

в) Классическая теория отражения правом особенностей того общества, в котором оно функционирует, формулировалось на материале развития частноправовых институтов. Публичное, в особенности 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, очевиден рост современного государства, увеличение выполняемых им функций, что требует правового оформления, которое может в этом случае в этом случае быть результатом лишь сознательного дизайна.

С другой стороны, усиление вмешательства государства в экономику, появление социального государства приводит 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 тому подобные 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 не очевидно) и на основе понимания и применения некоторых общественных закономерностей (знакомый марксистский тезис со всеми его проблемами), то совершенно очевидно отличие рассматриваемой ситуации.

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 определяют 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, происходящее 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, попавшее в этой весьма грубой форме потом 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, не желательным 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 минимально толерантно, правовые решения, в основу которого кладется 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 недостаточно для стабильного функционирования юридической системы. Это объясняет наметившийся в развитых правовых порядках переход от субстанциалистских (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 19 века, так и более практически ориентированной эмпиричной теории «юридического формализма», характерной для англо-американской доктрины того же периода.

«Классическая юридическая мысль представляла собой определенный способ организации и понимания общего и конституционного права в терминах иерархически организованных бинарных категорий, таких как представитель/контрагент, небрежность/умысел, деликт/контракт, публичное/частное. Поскольку эти категории представляют собой бинарные оппозиции, центральным вопросом юридической методологии являлась проблема классификации..., понимаемой эссенциалистски. Способом решения классификаторных проблем выступала не определение цели той или иной классификации, а ссылкой на бинарную оппозицию более высокого уровня, которые при необходимости объяснялись в терминах господствовавшей в конце 19 века политэкономии или выводились из истории развития соответствующей юридической доктрины»¹.

¹ Schlegel J.H. American legal realism and empirical science. 1995, S.31

Легитимирующий «эффект научной строгости» основанного на данной модели юридического дискурса усиливался тем, что он «закреплял» «очевидные» экономические истины. Иначе говоря, реальность либеральной экономики 19 века лишь подтверждалась и описывалась в категориях правовой системы. Правовая форма, генерированная государственной властью, лишь фиксировала реально существующее, не вмешиваясь, а лишь создавая институциональные и нормативные предпосылки для бесперебойного функционирования экономической системы. Именно этот тезис составляет ключевое содержание классической теоретической модели соотношения права и экономики.

Рассматриваемая модель соотношения права и экономической системы общества, если и предполагает активную позицию государства (законодателя и правоприменителя) при регулировании экономических отношений, то только в определенном направлении и определенных рамках. Допустима и даже желательна «юридизация» существующих экономических практик, особенно в направлении их унификации и универсализации, что позитивно скажется на стабильности гражданского оборота, предвидимости и защите разумных ожиданий субъектов экономической деятельности. Здесь допустимо активное законотворчество, тем более что догматика, впитавшая в себя некоторые идеи стандартной политэкономической теории, все равно будет выполнять роль контрольного механизма и на уровне правотворчества (технически сложное и сильно догматизированное частное право кодифицировать способны только специалисты, обладающие серьезной научной квалификацией, т.е. люди, созидающие догматику) и на уровне правоприменения (где догматика и выступает в качестве формы контроля когерентности правовых решений). Идея фиксации наличной социальной реальности препятствует попыткам использовать юридический механизм с целью изменить генерируемый рынком естественный результат в интересах тех или иных групп населения.

Таким образом, анализ классической модели соотношения права и экономики показывает, что осуществляемый в рамках той или иной юридической теории выбор типа соотношения правовой и экономической системы определяет возможности правовой системы в отношении преобразования существующих экономических практик.¹ Соответственно, для того, чтобы увеличить регулятивные возможности правовой системы в отношении системы экономической, необходимо пересмотреть классическую теорию их соотношения.

Подобная попытка переосмысления классической парадигмы была *предпринята в рамках системы взглядов, которую можно условно именовать «реалистическим проектом» в правовой науке.* Реалистическая парадигма интересна именно тем, что она нацелена на усиление роли правового фактора в жизни общества, на теоретическое оправдание резкого

¹ Это, в свою очередь в значительной степени предопределяет, что различным теориям соотношения права и экономики соответствуют различные типы понимания эффективности закона.

усиления роли сознательного дизайна правовых институтов. В отличие от этого, марксизм сохранил классическую интуицию приоритета экономической системы в виде тезиса о «примате базиса над надстройкой». Кроме того, марксизм традиционно мало внимания уделял аналитике правовой формы.

В рамках классической парадигмы государство закрепляет сложившиеся практики и обеспечивает разрешение споров между участниками гражданского оборота и, соответственно, принудительно осуществляет соответствующие правовые решения. Именно с этой функцией государства связано традиционное представление о том, что лишь государству как нейтральному арбитру в спорах частных лиц, не обладающем собственным материальным интересом в соответствующей области, монопольно принадлежит право на принуждение. Именно потому, что государство в частноправовой сфере стоит «над схваткой», оно обладает монополией использовать силу для реализации права. И именно потому, что частные лица являются носителями не совпадающих друг с другом материальных интересов, они лишены подобной возможности. Но из факта наделения государства монополией на принуждение и прямой зависимости этого факта от нейтральности государства в сфере гражданского оборота вытекают и границы использования государством соответствующих возможностей. Государство не может вмешиваться в гражданский оборот, используя свои монопольные возможности для целей изменения «естественного» результата рыночной игры какими бы «благими» мотивами не диктовалось соответствующее вмешательство. Государство обладает слишком сильным оружием, против которого беззащитны все остальные, и обладает оно им только потому, что оно не вмешивается в экономические операции частных лиц, а лишь обеспечивает их нормальное функционирование. Таким образом, именно эту теоретическую конструкцию необходимо блокировать, чтобы обеспечить усиление роли правового механизма и регулятивных возможностей государства в экономической системе.

Эта цель может быть достигнута путем пересмотра традиционного понятия принуждения. С точки зрения реалистов, принуждение не следует понимать узко, ограничивая его лишь совершением неких физических действий, применения физического насилия. Принуждение - это прежде всего некий психический стимул, заставляющий субъекта принимать то или иное решение в нужном направлении. В большинстве случаев дело не доходит до применения физического насилия, достаточно угрозы, что таковое может быть применено, если субъект выберет нежелательную для принуждающего лица стратегию поведения. При такой постановке очевидно, что принуждение не может атрибутироваться исключительно публичной власти, а является "фоновым условием" (background condition) межличностных отношений в обществе.

Поскольку принуждение неразрывно вплетено в ткань социальной динамики, теряет смысл аргумент классического учения о монополии

"нейтрального" государства на принуждение. Принуждение осуществляется и частными лицами по отношению друг к другу, а частные лица никак свойством нейтральности в спорах между собой не обладают. А раз так, почему государство должно стоять в стороне, когда кто-либо использует принуждение чрезмерно. Более того, именно государственная воля, как мы говорили выше, генерирует правовые решения, следствием которых является появление у одних частных лиц возможности применять насилие к другим. Другими словами, государство наделяет субъектов возможностью использовать формальный юридический механизм для усиления принуждения. Кому как не государству в этом случае остается следить за соразмерностью его применения?

Другой вывод заключается в том, право собственности, как, впрочем, и любое другое имущественное право, не является естественным «неюридическим» феноменом, которое существует вне и помимо правовой системы. Однако, если, любая более или менее туманная политэкономическая категория (например, «частная собственность», «закрепление результатов экономической активности за субъектом этой активности») требует весьма сложной артикуляции на уровне правовой системы (конструкция субъективного права и всех производных), то правовая система фактически и генерирует то, что считалось доюридической данностью. Соответственно, право обладает автономией от социально-экономической системы, и, следовательно, не может быть понято лишь из анализа последней¹.

Действительно, юридическая система, конструируя ту или иную исключительную поведенческую возможность, самостоятельно фиксирует ряд важных вопросов, которые не могут «выводиться» из политэкономической абстракции, которая «в принципе» этой юридической конструкции соответствует. Например, из экономической необходимости распространения института частной собственности на земельные участки не вытекает конкретный объем правомочий частного собственника, основания возникновения права собственности и способы защиты стабильности земельного оборота (например, выбор системы фиксации прав на недвижимость и определения момента перехода права собственности по отчуждательной сделке и сама ее конструкция). Между тем, то или иное решение каждого из этих вопросов способно значительно повлиять на функционирование земельного рынка и даже иметь «редистрибутивный» эффект. Например, имеет ли собственник право лишь на поверхностный слой земли или на все пространство «до центра Земли», включая полезные ископаемые.

При подобном рассмотрении получается, что право активно участвует в регулировании экономических процессов всегда и не существует "естественного" экономического результата функционирования рыночного

¹ Из этого, отметим, следует, что эффективность правовых предписаний не может отождествляться с их экономической эффективностью.

механизма. Любой рыночный результат напрямую зависит от той схемы праводеления, которую выберет юридическая система для его опосредования. Однако, раз любой экономический результат опосредован правом, правовая система не может не выполнять активную преобразующую функцию по отношению к экономической системе даже в тех случаях, когда правовая система не ограничивается "тонкой настройкой" экономики, созданием предпосылок эффективного ее функционирования.

Данный подход не свободен от недостатков и противоречий. Самая большая «беда» этой точки зрения состоит в том, что не ясен ответ на вопрос: если не экономическая логика устанавливает правила «первичного распределения», то какая? Откуда правовая система черпает критерии, в соответствии с которыми определяется, может ли сын наследовать после отца и нужно ли вводить государственную монополию на производство и реализацию алкоголя? Реалисты, в отличие от их более поздних последователей, не решились сделать вывод, что эти решения принимаются в рамках политического процесса с большей или меньшей степенью произвольности. Реалисты верили, что такое решение может иметь научную основу. В частности, некоторые из них использовали для обоснования предлагаемого «распределительного паттерна» т.н. «закон убывающей предельной полезности», в соответствии с которым каждый новый объем потребляемого блага представляет для потребителя меньшую ценность, чем предыдущий. Опираясь на эту максиму, и надо определять праводелительный механизм. Проблема только в том, что никому еще не удалось доказать, что попытка скорректировать рыночный результат, опираясь на эту довольно приблизительную генерализацию, действительно имеет преимущества по сравнению с «естественной».¹

К аналогичным выводам можно прийти при анализе реальных исторических процессов рецепции иностранных институтов. Не секрет, что значительная часть современных частноправовых систем возникли и развиваются в значительной мере под влияние догматики римского права. Иначе говоря, значительная часть нормативного регулирования в ключевых с точки зрения общественной значимости областях возникла не как адекватное отражение соответствующей экономической реальности, как ответ на осознанные публичной властью базовые общественные потребности, а результат «импорта правовой технологии», отражавшей в какой-то мере (если вообще отражавшей, с учетом позднейшей научной обработки) совсем иную социальную реальность. Более того, в дальнейшем, эта правовая форма начала «жить собственной жизнью», то и дела подчиняя своей внутренней логике все те правовые модификации, которые время от времени инициировались публичной властью и дисквалифицируя все правовые

¹ Ключевая проблема здесь состоит в том, что «закон» основан на проведении межличностного сравнения, чего современная экономическая наука старается избегать из-за крайней субъективности и непрозрачности основанных на нем выводов (Откуда известно, что если отнять у меня четвертое яблоко и отдать его тому, у кого их вообще нет, это не лишит меня стимулов к увеличению богатства (своего, а значит и общественного) в меньшей степени, чем стимулирует к этому получившего яблоко?).

решения, не совместимые с основами этой «импортированной юридической технологии».

Соответственно, эволюция правовой формы (это совершенно определенно относительно эволюции частноправовых институтов и более сомнительно относительно институтов публичного права) в значительной мере определялась «внутренними» факторами (догматическая логика правовой формы), а не «внешними» обстоятельствами (формулируемые публичной властью цели социального контроля). Речь не идет о том, чтобы вообще отвергать влияние «экзогенных» (экономических, политических) факторов правовой эволюции, а о том, что эти факторы никогда не были исключительными, а часто даже значительными в процессе эволюции правовых институтов.

Внешним признаком этого можно считать то обстоятельство, что регулятивный «смысл» многих юридических институтов может быть понят не столько путем определения его функции применительно к соответствующей области общественных отношений, сколько путем изучения его догматической истории. Кроме того, истории права и текущей юридической практики известны примеры правовых институтов и конструкций, являющихся хронически неэффективными, т.е. плохо реализующих свою функцию, тем не менее не подвергавшихся пересмотру в течении очень долгого времени.

Соответственно, правовая форма обладает значительной степенью автономии от других общественных институтов и ее эволюции весьма значительную роль играют «внутренние» факторы ее функционирования, формируемые в профессиональном правосознании сообщества юристов, правовой традиции. При этом, горизонтальные взаимосвязи (связи между юристами разных обществ) имеют не меньшее, а иногда и большее значение, чем вертикальные (между юридической системой и обществом, которое ему соответствует. Именно этим обстоятельством объясняется, среди прочего, и феномен рецепции: здесь соображения престижа юридических конструкций играют весьма важную и вполне самостоятельную роль.

Пересмотр классической модели соотношения права и экономики, признание значительности роли сознательного дизайна правовой системы актуализировало для юридической доктрины потребность в формировании теоретической модели эффективности закона, которая бы учитывала автономию правовой формы по сравнению с социально-экономическим контекстом.

Речь идет, прежде всего, о доктрине юридического позитивизма, до недавнего времени являющегося наиболее авторитетным направлением в юриспруденции. Как ни парадоксально, именно логика решения специфических внутренних проблем позитивистской правовой теории и определила в значительной степени теоретическое понимание эффективности закона в его господствующей и поныне версии. Соответственно, процессы формирования в доктрине права современных

концепций эффективности закона непосредственно связаны с преодолением ригоризма данного подхода к праву.

Для позитивистских моделей права характерно (а в отечественной доктрине права до настоящего времени рассматривается в качестве господствующего и, по сути, безальтернативного) формальное понятие эффективности закона как фактической реализации сформулированной законодателем цели соответствующего правового предписания. 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.

На первый взгляд, сама постановка вопроса о связи понятия эффективности закона и позитивистской теории права выглядит абсурдной. В самом деле, позитивистская теория всегда «специализировалась» на изучении «внутренних» проблем правовой реальности, основной упор делая на изучение «синтаксических», структурных аспектов права (проблемы структуры и внутренней согласованности основных элементов права). Более того, позитивизм во многих случаях старался вообще уклониться от изучения взаимодействия правовой системы и «внешних» по отношению к ней явлений.

Однако, существуют основания для вывода о наличии генетической связи между постановкой вопросов юридической теории в духе юридического позитивизма и проблемой эффективности правовых предписаний.

Если взять за точку отсчета простейшую – остианскую - версию позитивистской теории, которая трактует норму права как приказ суверена, то окажется, что эта норма должна обладать достаточной мерой эффективности, т.е. обладать хорошей перспективой реализации в социальную практику. В самом деле, если норма права призвана «форматировать» социальные практики и, в отличие от других нормативных социальных регуляторов, практически единственным ее «преимуществом» является обеспеченность возможностью государственной принудительной реализации, то ключевое значение имеет вопрос о степени ее реальной реализации в обществе, т.е. об эффективности.

Выдвинутый тезис может быть проиллюстрирован на довольно «трудном» материале нормативистской теории Г. Кельзена. Несмотря на крайнюю степень формализма, и Кельзену не удается избежать контакта его теоретической конструкции с социальными практиками. Как известно, основная метафора нормативистской теории – идея пирамиды правовых норм, в которой каждая «вышестоящая» норма является «источником» юридической действительности соответствующей «нижестоящей» нормы. На вершине пирамиды стоит основная норма («конституция»), которая в принципе является основой «юридичности» всех остальных норм системы, вплоть до частных юридических сделок. Но что является источником

юридической силы самой основной нормы? Выразим вопрос иначе и в более практической плоскости – как понять, что перед нами обладающая юридической силой основная норма? Ответ Кельзена – это можно определить, только установив, что основная норма фактически соблюдается, т.е. обладает эффективностью.

Почему возник этот интереснейший теоретический парадокс, когда гуру нормативизма, положивший в основу всей своей теории солидно обоснованный тезис о дуализме сущего и должного, не смог обойтись без ссылки на «сущее» для обоснования «должного»? Дело в том, что хотя норма и относится к области «должного», она выделяется в системе социальной норматики по признаку, связанному с ее особой эффективностью, которая в свою очередь объясняется ее направленностью на решение задач в сфере сущего (социальный контроль и координация поведения субъектов права). Иначе говоря, если право – это принудительный механизм (а его особая эффективность состоит именно в принудительности), то не может быть права, не обладающего «эффективностью», понимаемой как повышенная способность к реализации в социальной практике.

Концепция *Г. Харта* интересна в рассматриваемом отношении тем, что в ней труднее идентифицировать те же структурные взаимосвязи, которые определяют зависимость господствующего понимания эффективности от общей позитивистской ориентации современной юридической доктрины. Однако и здесь существуют определенные основания для констатирования такой связи. Прежде всего, теория «вторичных» норм отсылает к господствующей в позитивизме концепции, в соответствии с которой право представляет собой институционализированное принуждение. Именно вторичные правовые нормы определяют институты, обладающие способностью принуждать субъектов к определенному поведению. Соответственно, если учесть, что наличие этих вторичных норм является конститутивным признаком права, то становится ясным, что качеством права не может обладать система предписаний, не обнаруживающая стремления обеспечить их эффективную реализацию.

Косвенным подтверждением этого тезиса является решение в рамках ориентированных на Харта позитивистских концепций весьма сложного для любой позитивистской теории вопроса о конфликте между двумя «правопорядками». Речь идет о ситуации, когда, например, в результате революции на одной и той же территории «сосуществуют» и конкурируют старый и новый правопорядки. В этом случае приоритет должен быть признан за тем, который обладает большей эффективностью.¹ Это рассуждение интересно по крайней мере в двух отношениях. Во-первых, здесь проявляется та же логика, которая выявлена у Кельзена: ссылка на эффективность в качестве *ultima ratio*. Во-вторых, можно констатировать, что в основе концепции правовой системы лежит монистическая интенция: не может быть плюрализма, одновременного сосуществование нескольких

¹ *Raz J. Concept of a Legal System. NY. 1980, P.208.*

правовых систем, что прямо вытекает из концепции права как «эффективного социального контроля».

Таким образом, проблема «эффективности закона» все же монтируется с правовым позитивизмом. Если нормы права представляют собой сингулярные государственные воления (приказы суверена), выражающие некоторые вполне произвольно сформулированные цели государственной политики, то ясно, что важным моментом юридической теории, отражающей такое правопонимание, будет изучение проблемы, насколько точно, полно и единообразно эти цели реализованы на практике, что и составляет основу традиционного понимания эффективности.

Соответственно, существует необходимая связь между теоретическими конструкциями «чистого» позитивизма, в какой бы форме он не был выражен, и представлением об эффективности закона, в соответствии с которым эффективность означает способность правового предписания фактически достигать той социальной цели, которая выражена в соответствующем предписании.

Анализ формальной модели эффективности закона, показывает, что система базовых категорий юридического позитивизма, на котором основана данная модель, на логическом уровне блокирует возможности эвристически ценной ее разработки.

Прежде всего, следует указать на известную семантическую неопределенность позитивистской концепции эффективности. Дело в том, что требование глобальной эффективности правовой системы, понимаемой как фактическое и достаточно широкое, регулярное соблюдение требований правовых предписаний в соответствующем обществе, столь же необходимое условие существования правовой системы, сколь трудно поддающееся эмпирической проверке. Речь сейчас идет не о совершенно естественных когнитивных ограничениях, которые сопровождают любые социальные «измерения» (например, возникающие в процессе формирования и обработке статистических данных), а о сложности толкования сформулированного в рамках современной позитивистской традиции понятия эффективности права.

Что означает это «фактическое соблюдение требований правовых предписаний» как «условие существования» правовой системы? Идет ли речь о необходимости устанавливать эффективность» каждого правового предписания или можно ограничиться констатацией того факта, что в соответствующем обществе преобладает тенденция соблюдения правовых предписаний en bloc? В последнем случае неясно, каким образом «измерять» эту практику рутинного соблюдения. Должны ли мы говорить о рутинном соблюдении большинства предписаний системы или выбрать в качестве точки критерия необходимость соблюдения предписаний со стороны большинства субъектов, на регулирование поведения которых соответствующие предписания притязают? И какова вообще та степень «несоблюдения», которая является с точки зрения соответствующей системы

правил допустимой для того, чтобы квалифицировать ее в качестве правовой системы?

На эти вопросы сторонники современного юридического позитивизма не дают четкого ответа. Дело ограничивается крайне неопределенными утверждениями об «общем» характере правомерного поведения, о существовании некоторого «минимального» уровня «соблюдения, ниже которого уже нельзя констатировать юридический характер соответствующей системы правил. Но точнее этот минимальный уровень не определяется.

Как представляется, такое положение вещей не является не случайным. Дело в том, что концепция эффективности в ее традиционном позитивистском варианте вообще не поддается квантификации и, соответственно, эмпирической проверке. Она вообще не предназначена для какой-либо операционализации в первую очередь из-за ее эссенциалистского характера.

Наша гипотеза состоит в следующем. Введение понятия эффективности в позитивистский дискурс было порождено двумя взаимосвязанными обстоятельствами. Прежде всего, необходимостью дать четкий критерий, по которому среди многочисленных социальных практик, так или иначе конвенционально относящихся к сфере права, представляется возможным выделить нормы права. Необходимость определения четкого критерия связана с обязательностью для позитивистской теории формализации критерия демаркации. Содержание же этого критерия почерпнуто из представления о функции права: преимущества правовой формы как способа реализации государственной воли по сравнению с другими социальными регуляторами (т.е. сравнительная эффективность права) определяется тем, что это принудительный механизм. Соответственно, эффективность (как следствие принудительности) является важнейшим существенным признаком правовой формы, право просто выделяется среди других социальных норм по признаку особой эффективности. Другими словами, право по определению представляет собой эффективный способ реализации государственной воли, по своему существу призванный выполнять функцию социального контроля.

Но на этом «функция» эффективности в позитивистском дискурсе исчерпывается. Именно поэтому позитивисты так не чувствительны к определению конкретных параметров эффективности. Термин эффективность вводился вовсе не с целью исследовать с его помощью степень реализации выраженных в каждой конкретной норме целей публичной власти.

По сути, мы имеем дело с представлением, в соответствии с которым стоит только воспользоваться юридическим механизмом трансформации социальной реальности и сформулировать направленную на реализацию определенной социальной цели норму права, остальное – дело техники, социальная реальность автоматически трансформируется в соответствии с замыслом законодателя - социального технолога. Это и понятно, ведь право

обладает большей эффективностью «по определению», в силу принудительного характера.

Но именно эта последняя импликация позитивистской теории, на которой построена вся ее модель эффективности и является самой сомнительной. В настоящее время вряд ли приходится сомневаться, что роль права в системе социальных регуляторов сильно и систематически преувеличивалась, что неоднократно приводило к неблагоприятным и «непредвидимым» социальным результатам. «Только небольшая часть поведенческих актов, если она вообще существует, формируется под исключительным воздействием права. Напротив, тот или иной акт поведения часто выступает результатом действия нескольких социальных регуляторов. (Правовой принцип) *recta sunt servanda* вовсе не обязательно (автоматически) встречает всеобщее согласие, но (его соблюдение) мотивируется во многих случаях экономической оценкой последствий его нарушения... Любая реализация права предполагает соответствующую мотивацию субъектов, и только часть этих мотивов формируются под воздействием правовых предписаний и угрозы их принудительной реализации. Соблюдение (права) само по себе вовсе не обязательно является мерой эффективности правовой системы».¹

Таким образом, парадокс состоит в том, что современный юридический позитивизм в одинаковой мере предполагает наличие концепции эффективности права и блокирует ее. Предполагает в той мере и постольку, поскольку настаивает на выделении права как институционально принудительного порядка. Блокирует в той мере и постольку, поскольку не допускает возможности существования «неэффективного» права и, соответственно, операционализации понятия эффективности в целях его практического поведения.

Этим объясняется нечувствительность отечественной юриспруденции, в которой позитивистское правопонимание занимает господствующие позиции, к проблематике эффективности правовых предписаний, а также сопротивление юридического сообщества инициативам, связанным с внедрением в законотворческий процесс процедур оценки регулирующего воздействия нормативных правовых актов, основанных на методологиях квантификации их последствий.

При оценке подходов к формированию теоретической модели эффективности закона следует учитывать, что 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 проблем эффективности закона, стали

¹ *Torpmann J., Joergensen F. Legal Effectiveness // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Bd. 91. 2005. P. 524-525.*

процессы активного использования юридической наукой методов и теоретических моделей, разработанных в рамках экономических наук. Эти процессы, начавшиеся первоначально в американской юридической науке, но получившие развитие, хотя и неравномерное, в континентальном праве, как бы к ним не относиться, дали впечатляющие результаты и имеют непосредственное отношение к исследуемой проблематике. Все это заставляет ставить вопрос о появлении в течении последних трех десятилетий альтернативных концепций эффективности в современной юридической науке. Безусловно, речь пока идет только о первых шагах в развитии соответствующих альтернативных концепций. Особенно это замечание справедливо применительно к континентальной правовой доктрине, до сих пор страдающей от избыточного легизма и чрезмерной этатизации юридического дискурса. Тем не менее, уже сейчас очевидно, что классическая позитивистская теория эффективности находится в состоянии, которое трудно квалифицировать иначе, чем кризисное.

Теоретически можно представить несколько вариантов развития концепций эффективности права, которые учитывали бы недостатки и слабости традиционной теории эффективности. Как мы имели возможность убедиться выше, основной недостаток традиционной теории, делающий ее внутренне противоречивой и блокирующий перспективы ее практического использования, состоит в отождествлении эффективности и принудительности права. Очевиден в этой связи вопрос, нельзя ли каким-либо образом уйти от этого отождествления.

Теоретически мыслимы несколько техник, позволяющих решить эту проблему. Во-первых, можно отказаться от той специфической связи эссенциализма и функционализма, которую воплощает ориентированная на Харта ортодоксия. Напомним в общих чертах ту логику, которая характеризует эту теоретическую модель.

Среди социальных практик, которые в представлении социальных субъектов, имеют то или иное отношение к праву, нам необходимо четко отделить те из них, которые с полным основанием могут квалифицироваться в качестве права. Необходимость такого четкого отграничения связана с тем, что позитивистская теория придерживается явно выраженной версии юридического формализма, т.е. представления, согласно которому правовая система автономна и генерирует решения только на основе собственных правил, правила же других нормативных систем (например, морали) не могут быть основанием для принятия юридических решений. Определить же этот своеобразный критерий демаркации можно, в соответствии с представлениями позитивистской теории, можно феноменологически, т.е. путем анализа самого понятия права и выяснения его существенных признаков. Последняя процедура направлена на поиск «сущности» права и поэтому ее именуют эссенциалистской.

Оригинальность рассматриваемой теории заключается в том, что эту «сущность» позитивистская теория нашла в функции права (понимаемой как социальный контроль и координация поведения субъектов права). И именно

это определяет и сильные и слабые стороны теории. Сильная сторона состоит в первую очередь в некотором возникающем впечатлении аналитичности и нейтральности теории, в ее «формальном характере, «ненагруженности» оценочными суждениями» (никто вроде бы не возражает, что у права есть функция и что функциональность важна для самоидентификации права, по крайней мере, с эти тезисы встретят гораздо меньше возражений, чем утверждения, в соответствии с которыми право есть возведенная в закон воля господствующего класса или воля Аллаха). Слабая сторона теории состоит в том, что отождествление права и принудительности, вытекающее из нее, приводит к представлению об автоматической реализации правовых предписаний в социальную реальность, что не получает эмпирического подтверждения.

Соответственно, мы можем «развести» функционализм и эссенциализм. Прежде всего, мы можем утверждать, что любая социальная норматика, выполняющая функцию социального контроля, автоматически относится к праву. Это снимает проблему демаркации, но не решает проблему эффективности, поскольку в соответствии с такой логикой любая норма, которая существует, автоматически выполняет функцию, иначе ее бы не существовало. Другими словами, еще в большей мере, чем в предыдущем случае говорить о дисфункциональном праве с позиций функционализма бессмысленно.

Следующий возможный вариант состоит в попытке найти «сущность» права не в его функции, а в чем-нибудь еще. Главный риск такой стратегии состоит в том, что любые рассуждения о «сущностях» (эссенциализм) весьма субъективны и слабо верифицируются. Поэтому необходимо выбрать наименее «ценностно нагруженный» вариант эссенциализма. Например, можно рассматривать в качестве «сущности» права саму форму общего и абстрактного правила поведения. По этой логике уникальность правовой формы как специфического социального регулятора заключается не в его принудительности, а в его способности редуцировать неопределенность результатов социальных процессов, порождать предвидимость для субъектов путем формирования четких простых и стабильных правил поведения. Именно такие свойства правовой нормы, как общий характер и абстрактность, т.е. имперсональность и многократность применения обеспечивают нейтральность правовой формы, понимаемую как отсутствие дискриминации и избирательности. В конечном итоге мы получаем модель правового регулирования как закрепления единых для всех правил игры.

§ 3. Оценка последствий нормативных актов: современные концепции.

Проведенный выше анализ показал весьма серьезные сложности, с которыми столкнулась юридическая наука при решении проблемы оценки и прогнозирования последствий действия правовых предписаний, выбора того или иного варианта дизайна правовых институтов. До сих пор мы говорили

лишь о внутренних ограничителях, обусловивших сложности как в теоретической реконструкции взаимодействия правовой системы и ее социальной среды в целом, так и в определении конкретных методик оценки и прогнозирования воздействия правовых норм на поведение субъектов. Основным выводом предшествующего анализа можно считать то, что правовая система не обладает способностью осуществить вышеозначенную теоретическую реконструкцию исключительно при помощи внутренних (юридико-догматических или иных подобных) инструментов.¹ Теперь вполне закономерен вопрос, каким образом в таком случае подобная реконструкция может быть осуществлена. В этой связи интересно проследить историю возникновения и развития соответствующих междисциплинарных исследований и их актуальное состояние.

Позволим себе сделать несколько предварительных замечаний. Прежде всего, как мы постараемся показать ниже, современное состояние теории оценки эффективности правовых норм определяется особенностями возникновения и развития соответствующего междисциплинарного дискурса. Именно по этой причине внимание акцентируется на генетическом компоненте соответствующей теории. Второе обстоятельство, на которое хотелось бы обратить внимание, состоит в том, что основные параметры этого междисциплинарного дискурса были сформированы и получили наибольшее развитие в США и только позже и в уже гораздо более совершенном виде были реципированы на европейском континенте. Причины этого крайне любопытного явления заслуживают отдельного и весьма серьезного анализа, который, однако выходит за рамки темы и направленности настоящей работы.² В любом случае акцент будет сделан на генезис соответствующей (экономико-юридической) междисциплинарной парадигмы в рамках американской интеллектуальной традиции, ибо его все основные параметры сформировались именно на ранней стадии его развития, уже в этом специфическом виде были заимствованы на континенте и не имеют в Европе никакого сравнимого по фундаментальности и когерентности коррелята. Таким образом, выбор американской интеллектуальной традиции в качестве точки отсчета отражает объективный характер самого явления и отнюдь не диктуется персональными или лингвистическими идеосинক্রазиями автора настоящего текста.

Итак, мы пришли к выводу, что инструментализация правопонимания является ключевым предварительным условием осмысленной постановки вопроса о прогнозировании и оценки социетальных

¹ Luhmann N. *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. 1999.

² Отметим, что применение методологии экономической теории к исследованию правовых проблем получило обоснование прежде всего и главным образом в американской правовой литературе. Однако влияние этого междисциплинарного дискурса на правовую науку США (где он стал по выражению его авторитетного критика проф. Э. Кронмана «самой успешной юридической инновацией последних десятилетий»). См.: Kronman A. *Remarks at the Second Driker Forum for Excellence in the Law* // 42 *Wayne L. Rev* (1995)) и континентальной Европы (где в течении последних полутора десятилетий началось его активнейшее восприятие) столь значительно, что можно смело говорить о господстве в современной теории именно экономико-юридической парадигмы в качестве основы модели оценки эффективности правового регулирования.

последствий функционирования правовой системы. Однако даже, если правовой инструментализм становится господствующей ортодоксией, одной лишь инструментальной трактовки правовой формы не достаточно для полноценного и успешного решения проблемы сознательного дизайна правовых институтов и оценки их эффективности. Прежде всего необходимо сформулировать критерии, в соответствии с которыми будет оцениваться эффективность воздействия правовой системы на общественные отношения.

Именно с этой проблемой столкнулись представители правового реализма, в рамках которого удалось сформулировать отчетливо инструменталистскую концепцию права. Когда изучаешь труды различных представителей правового реализма, поражаешься разнообразию тех приемов, с помощью которых они формулировали искомые критерии оценки эффективности правовых институтов. Здесь мы найдем весь спектр приемов от скрупулезного изучения существующих коммерческих практик в качестве ориентира для институционального дизайна правовых институтов, призванных регулировать соответствующие коммерческие отношения, до использования психоаналитических техник для предсказания поведения правотворца и правоприменителя. На первый взгляд, кажется, что столь богатая палитра методов не дает надежды на какую-либо концептуализацию. Тем не менее, анализ теорий рассматриваемого периода дает некоторые выводы для нахождения концептуальных представлений, свойственных всем этим теоретическим конструкциям. Прежде всего, постклассические теории решительно разорвали с характерным для классического периода представлением о роли права (главным образом и прежде всего, частного права) как сводящейся лишь к обеспечению юридической инфраструктуры рыночных операций, закреплению формальной и нейтральных правил игры. Для правового реализма, как впрочем и для его менее удачливых суррогатов на континенте, свойственна «более активная жизненная позиция». Правовая система может корректировать негативный социальный результат, в необходимых случаях преобразовывать существующие социальные практики, более активно «моделировать» желаемые социальные последствия. В то же время, ни одна из существующих реалистических теорий (а тем более ни одна из имевших несравненно меньше влияния на континенте социологических теорий права) не смогли создать целостную и непротиворечивую социологическую теорию, фиксирующую взаимосвязи права и социума.

Любопытную гипотезу, направленную на разрешение этого парадокса предложил проф. Г. Ховенкэмп в серии своих работ.¹ В соответствии с его точкой зрения, ключевую роль в формировании теоретических предпосылок правового реализма сыграли два важнейших интеллектуальных источника, своеобразное взаимное переплетение которых

¹ См.: Hovenkamp H. Positivism in Law & Economics // 78 Cal. L. Rev. (1990); *ibid*, Knowledge about Welfare: Legal Realism and the Separation of Law & Economics // 84 Minnesota L. Rev.; *ibid*, First Great Law & Economics Movement // 42 Stanford L. Rev.

одновременно определили эпистеомологические границы реалистических теорий. Речь идет о дарвинизме и маржинализме.

Дарвинизм предполагал теорию естественного отбора, в соответствии с которой живые организмы «производятся» в количестве, превышающем наличные ресурсы, необходимые для их выживания. Это в свою очередь обуславливает борьбу за эти ограниченные ресурсы, в ходе которой выживают более приспособленные к условиям среды особи, которые передают своему потомству полезные с точки зрения большей и лучшей адаптивности к среде признаки. В этом состоит суть механизма естественного отбора. Сама по себе эта теория оказала огромное влияние на интеллектуальное сообщество, и это влияние отнюдь не ограничивается биологической наукой. Как любая эпохальная теоретическая разработка, дарвинизм получил самые разные варианты истолкования и применения в самых разных отраслях знания. Нас сейчас интересует специфический вариант, получивший наименование «реформированный дарвинизм». Суть этого учения состоит в следующем. Из всех живых существ, чье существование подчинено закономерностям естественного отбора, человек представляет собой единственный биологический вид, который сознает действие на него указанных закономерностей. Соответственно, мы можем использовать это знание в интересах развития этого вида. Там, где естественным путем эволюционное развитие требует миллионов лет, сознательное использование законов эволюции для повышения «адаптивности» человека к внешней среде может потребовать нескольких десятилетий. В этой идеи заключен целый кластер теорий от евгеники до социального реформизма. Нас интересует последний.

В самом деле, что такое повышение «адаптивности»? Речь идет об активном вмешательстве в социальные отношения с целью сознательного и целенаправленного формирования у масс людей социальных качеств, делающих их более приспособленными к социальной среде. Например, ценность качественного образования как средства социализации и адаптации индивидов неоспорима. Это означает, что образование нельзя считать частным делом самого индивида, а степень охвата населения системой образования прямо пропорциональна количеству более «конкуретоспособных». Отсюда еще один вывод, в соответствии с которым существуют некоторые «первичные» потребности людей, которые должны удовлетворяться независимо от рыночного механизма.

С вышеприведенной схемой связан и еще один крайне важный для дальнейшего рассмотрения вывод. Если ключевая характеристика индивидов – степень их приспособленности к внешней (биологической и социальной) среде является общей для всех индивидов, то базовые характеристики этих индивидов, их потребности и интересы также в значительной степени идентичны, поскольку все они в одинаковой мере определяются этой внешней средой. Соответственно, значительная схожесть, если не идентичность, базовых характеристик и фундаментальных потребностей людей позволяет моделировать их поведение и видоизменять

его при помощи различных техник социального контроля, в том числе и права. А прогнозы относительно последствий такого моделирования и нормирования можно строить на основе данных биологии, психологии и т. д., учитывая фудированное эволюционной теорией «единство человеческой природы».¹

Как видим, в данном случае определенная версия эволюционизма явилась некоторой междисциплинарной, а еще точнее – мировоззренческой основой теории «социального контроля», активного управления обществом при помощи права. Однако речь идет только о концептуальной возможности активного преобразования господствующих социальных практик в интересах «общественного блага». Дело в том, что дарвинизм в том виде, в котором он существовал в рассматриваемый период, нельзя считать четкой верифицируемой теорией, применяемой в рамках строго определенной дисциплинарной матрицы. Конкретно в интересующей нас области сам по себе факт следования теории «реформированного дарвинизма» не дает нам критериев для выбора того или иного варианта дизайна правовых институтов и определения и оценки последствий действия правовых норм. Речь в данном случае шла лишь о теоретическом обосновании самой возможности «замены» институтов рынка институтами права, но не о методике определения содержания правовых предписаний и последствий их применения в соответствующем случае.

Вторым элементом теоретического синтеза, открывшего путь формирования когерентной концепции оценки и прогнозирования социетальных последствий функционирования правовой системы, явилась экономическая теория предельной полезности (маржинализм).² Маржиналистская теория знаменовала собой переход от классической к неоклассической экономической теории. Рассматриваемая теоретическая конструкция исходит из предпосылки, в соответствии с которой любой субъект экономики решает специфическую задачу поиска и определения оптимального способа удовлетворения своих потребностей с учетом ограниченного объема имеющихся у него ресурсов, необходимых для их удовлетворения. Для удовлетворения той или иной потребности необходим определенный объем имеющихся ресурсов, который используется для ее удовлетворения до тех пор, пока субъект не сочтет, что альтернативное использование наличных ресурсов (для удовлетворения другой его потребности), принесет ему больше удовлетворения, чем продолжение их использования по прежнему назначению. Ключевой характер в данном случае имеет закон уменьшения предельной полезности, в соответствии с которым удовлетворение от потребления каждого следующего объема потребляемого определенного блага меньше, чем от предыдущего. Таким образом, можно ожидать, что закон уменьшения предельной полезности позволяет рационально оптимизировать удовлетворение потребностей

¹ Hovenkamp H. Evolutionary Models in Jurisprudence // 64 Texas L. Rev. (1985).

² См.: R. The Rise of the Marginal Utility School 1870-1889.1960; The Marginal Revolution. Interpretation and Evaluation, ed. by R. D. Collison Black, A. W. Coats & C. D. W. Goodwin. 1973

субъекта и объем располагаемых им для этого ресурсов. Необходимо сразу оговориться, что указанный закон имеет в микроэкономической теории довольно строгие условия применения. Во-первых, он имеет силу относительно уменьшения полезности каждого следующего (предельного) количества одного и того же блага (условие гомогенности). Во-вторых, речь идет о предпочтениях одного, а не разных субъектов.¹

Однако если использовать принципы маржиналистского анализа кумулятивно с сформулированным выше вариантом эволюционизма, то получится весьма интересная картина. Учитывая относительную идентичность определяемых средой обитания потребностей, появляется возможность моделирования воздействия правовых норм на «среднестатистического» субъекта. Такая возможность, как мы видим, появляется вследствие одновременного наличия двух условий. Во-первых, маржиналистской модели «рационального максимизатора полезности», т.е. субъекта, занятого оптимизацией целей и средств (потребностей и имеющихся ограниченных ресурсов). Во-вторых, эволюционной модели идентичности базовых потребностей человека. Другими словами, если первое условие демонстрирует нам базовый механизм поведения субъекта, направленного на реализацию его потребностей в условиях ограниченности ресурсов, то второе условие позволяет определить содержание этих потребностей.

Тем самым решаются три основные задачи в интересующей нас области. Во-первых, благодаря инструментарию маржиналистского анализа мы получаем возможность предсказать реакцию «рациональных максимизаторов полезности» на правовые нормы. Достаточно лишь представить себе эти нормы в качестве (экзогенных) ограничителей поведения наподобие ограниченности ресурсов. Ведь по своей экономической сути юридический запрет представляет собой цену (альтернативные издержки в виде неблагоприятных последствий его нарушения помноженных на вероятность их применения в данных обстоятельствах) того или иного вида поведения субъекта. Во-вторых, учитывая инвариантность структуры базовых потребностей *homo sapiens*, указанная схема поддается универсализации и не требует серьезных эмпирических исследований. В-третьих, появляется рациональная и intersubjectively достоверная основа у процедуры разрешения конфликтов интересов между разными субъектами. Последнее обстоятельство в силу своей принципиальной важности требует отдельного рассмотрения.

По сути, последний вывод вытекает из конъюнкции маржиналистской теории уменьшения предельной полезности и эволюционистского тезиса об идентичности основных потребностей *homo sapiens*. Если ценность каждого следующего доллара для определенного субъекта меньше предыдущего, то в силу эволюционистского тезиса об идентичности, это заключение действительно для любого субъекта.

¹ Hovenkamp H. Marginal Utility and Coase Theorem // 76 Cornell L. Rev. (1990).

Значимость сделанного вывода трудно переоценить. Таким образом, появляется возможность рационализации процессов «взвешивания интересов» различных субъектов и различных групп населения. Очевидно, что последовательное применение подобной трактовки закона уменьшения предельной полезности должно привести к ориентации на абсолютное равенство доходов, но такой вывод не был сделан, поскольку он не учитывал то обстоятельство, что столь активная перераспределительная политика дестимулирует экономическую активность в столь значительной степени, что это несомненно приведет к уменьшению богатства в абсолютных величинах. Однако рассматриваемая методология может теоретически обосновать целый ряд правовых конструкций, которые противоречат классическим постулатам либеральной модели правопонимания. В частном праве, речь идет о защите «слабой стороны» в некоторых договорных обязательствах, нормах, устанавливающих обязательный минимальный размер оплаты труда в трудовых правоотношениях или обязательные стандарты к сдаваемым в наем жилым помещениям, а также другие аналогичные нормы, нарушающие принципы равенства и автономии воли участников частноправовых отношений.¹ В публичном праве основной областью применения рассматриваемой теории стало налоговое право, а именно, обоснование использования прогрессивной ставки при налогообложении доходов. Но мы бы не стали ограничивать область применения рассматриваемой теории этими отдельными примерами, подтверждающими ее логику.² Таким образом, мы попытались реконструировать первую по времени синтетическую конструкцию, при помощи которой стало возможным моделировать и оценивать социальные последствия действия правовых предписаний.

Вышесказанное дает нам крайне интересный материал для размышления именно и прежде всего в аспекте исследования закономерностей формирования теории оценки социетальных последствий действия правового механизма и основанной на ней теории дизайна правовых институтов (то есть определения содержания правовых предписаний с учетом и на основе понимания механизма воздействия правовой формы на общественные отношения).

¹ Сразу же отметим, что аргументация весьма сомнительна в данном случае не только потому, что допускает межличностные сравнения полезностей, но и по тому что основана на крайне сомнительной дополнительной предпосылке, в соответствии с которой все работодатели, наймодатели и т. д. непременно являются «богатыми», а все работники, наниматели и т. д. е ipse «бедными».

² Здесь необходимо сделать одну существенную оговорку. Если обратиться к исследованию догматической истории каждого из названных правовых институтов в основных развитых правовых порядках, то станет очевидным, что конкретные догматические и юридико-политические обоснования соответствующих правовых конструкций могут иметь ничего общего с приведенной выше теорией и еще и отличаться друг от друга. Последнее понятно и определяется соответствующим социальным, а вернее всего юридико-догматическим и институциональным контекстом каждой соответствующей правовой системы. Первое же объясняется прежде всего большей изоляцией правовой и экономической теории друг от друга, которая характерна для Европы и по сей день. Мне важно лишь показать, что указанные явления поддаются рационализации с точки зрения рассматриваемой теории и она очень хорошо демонстрирует новую логику анализа в том числе и юридических феноменов по сравнению с классическим периодом.

Основной вывод состоит в том, что создание полноценной теории оценки последствий действия права с самого начала опиралось на неоклассическую микроэкономическую теорию.

Однако проанализированная теоретическая конструкция не отличалась внутренней стабильностью и связано это было с противоречивостью сочетания двух ее ингредиентов - маржинализма и эволюционизма. Это стало ясно только по мере развития и совершенствования маржиналистского анализа. Речь идет о тезисе о недопустимости межличностных сравнений полезностей. Этот тезис обосновал проф. Л. Роббинс. Мы уже отмечали, что осторожная формулировка закона уменьшения предельной полезности препятствует возможности сравнения полезностей нескольких разных субъектов в соответствии с единой шкалой. Этот тезис был теоретически обоснован Л. Роббинсом.¹ Если выражаться предельно просто, то нельзя, оставаясь в границах объективной науки, утверждать, что предельная полезность, получаемая одним лицом от каждого последующего доллара, меньше, чем предельная полезность, извлекаемая другим лицом от каждого последующего доллара, даже если первое лицо гораздо состоятельнее и обладает большим количеством долларов, чем второе. В данном случае мы не можем никаким поддающимся интерсубъективной проверке способом сравнить интенсивность субъективной полезности, извлекаемой каждым из субъектов на общей для них шкале. Этот аргумент впоследствии получил полное признание в маржинальной теории. Однако с этого момента маржиналистская теория перестала удовлетворять в качестве способа оценки социальных последствий правовых предписаний, поскольку большинство выводов рассмотренной теории основывалась на представлении о принципиальной идентичности индивидуальных функций полезности различных субъектов (т. е. по сути наличия той самой общей шкалы, о невозможности которой писал Роббинс). Другими словами, тезис эволюционизма об инвариантности базовых потребностей всех представителей *homo sapiens* слишком абстрактен и не обладает достаточным эмпирическим содержанием, чтобы его успешно верифицировать и из него трудно с необходимостью вывести то, что разные люди одинаково ценят деньги, вещи, любые другие виды благ. Все это послужило основой для разведения двух ингредиентов первоначального синтеза и их последующей самостоятельной эволюции.

Маржиналистский анализ стал основой для господствующей в настоящее время системы взглядов на проблему оценки эффективности функционирования правовой системы. Это обстоятельство заставляет нас подробнее остановиться на изучении составляющих маржиналистского анализа, которые определили его востребованность и даже

¹ Robbins L. An Essay on the Nature and Significance of Economic Science. 1932

безальтернативность в качестве основы методологии оценки социальных последствий действия правовых норм.¹

Теперь попробуем проанализировать, каким образом зрелая теория предельной полезности повлияла на дальнейший ход дискуссии вокруг оценки последствий действия права и разработку соответствующих теоретических конструкций. Как мы увидим ниже, влияние это трудно переоценить.

Дисквалификация межличностных сравнений полезностей как невозможных с научной точки зрения имела значительные последствия с интересующей нашей точки зрения. Прежде всего, не существует никакой объективной возможности определить степень интенсивности предпочтения одного лица в отношении определенного блага относительно интенсивности предпочтения другого лица относительно того же блага, поскольку это требует вынесения суждений относительно явлений субъективного характера, относящихся к внутреннему миру отдельных индивидов не поддающихся интересосубъективной проверке. Это означает, что экономика как наука может оперировать только с предпочтениями субъектов экономики, поскольку они каким-либо образом выражены вовне. Очевидно, что применительно к сфере экономической активности эта «выраженность предпочтений вовне» означает то, что мы можем судить о предпочтениях экономического субъекта поскольку они выражены в совершаемых им сделках, других коммерческих операциях. Никакого другого объективного измерителя экономических предпочтений попросту не существует.

Этот на первый взгляд чисто технический момент, всецело вытекающий из методологических требований, определяющих базовый (эмпирический) стандарт современной науки, имел далеко идущие последствия для направления эволюции теоретического дискурса о взаимоотношениях права и социума. С одной стороны, отказ от попыток научного анализа факторов, оказывающих влияние на генезис индивидуальных предпочтений, означал переход к принципу автономии и суверенности индивидуальных предпочтений экономических субъектов. Этот вывод резко контрастировал с вышеприведенным тезисом эволюционизма (который потом получил развитие в некоторых школах социологической науки, психологии) об инвариантности фундаментальных человеческих предпочтений, определяемых условиями среды и борьбой *homo sapiens* за выживание. Здесь надо сделать очень важную оговорку. Тезис о суверенности и автономности индивидуальных предпочтений звучит как крайне ценностно-нагруженный, как некоторая очередная версия защиты либерализма, принципов *laissez faire*. Однако при ближайшем рассмотрении, речь здесь идет совершенно о другом. Автономность предпочтений связана с невозможностью для позитивной науки изучать принципиально

¹ Cooter R., Rappoport P. Were the Ordinalists Wrong about Welfare Economics? // 22 J. Econ. Lit. (1984).

неверифицируемые или слабо верифицируемые феномены (невыраженные вовне состояния индивидуальной психики).

В практическом отношении отказ от межличностных сравнений полезности и теоретическое обоснование принципа автономии предпочтений экономических субъектов означал, что только рыночные транзакции как естественное и единственно доступное для научного анализа проявление индивидуальных предпочтений субъектов составляют предмет экономической науки. Следовательно, процессы редистрибуции (перераспределение экономических благ, минуя рыночный обмен – через налоговый механизм, иные *правовые* средства) не могут научно анализироваться экономической теорией, эти проблемы следует делегировать для решения политической системе. Здесь важно обратить внимание на два обстоятельства. Во-первых, практически все редистрибуционные процессы в современных развитых общества осуществляются через правовую систему, которая в таком случае приобретает качество альтернативной рынку «распределительной системы».¹ Во-вторых, и это представляется весьма интересным, это импликация, содержащаяся в отнесении альтернативной рынку системы распределения экономических благ к сфере компетенции политической системы. Эта импликация свидетельствует о трактовке альтернативных рыночному обмену схем распределения как более или менее произвольных, определяемых в значительной мере случайным соотношением сил на политической арене, деятельностью лоббистских группировок и качеством политических институтов в том или ином обществе.

Последнее обстоятельство исключительно важно для понимания дальнейшей эволюции теорий оценки эффективности права. Как мы имели возможность убедиться выше, теории, сформировавшиеся под влиянием эволюционизма, были активно вовлечены в процесс рациональной реконструкции редистрибутивных процессов. Вследствие происшедших изменений методологического характера, для всего последующего периода будет характерен значительный скепсис как относительно эффективности использования правовой системы для оформления перераспределительных процессов в экономике, так и относительно рациональности процедуры оценки их эффективности. Решая рассматриваемую проблему исследователи пойдут тремя основными путями. Первый вариант представляет собой рекомендацию в тех случаях, когда речь идет о моделировании перераспределительного процесса с помощью правового механизма по возможности правовыми средствами имитировать результат, который имел бы место, если бы использовался рыночный механизм распределения (теорема Коуза, чикагская школа²). Второй вариант предлагает анализировать поведение акторов политической и правовой систем,

¹ Разумеется, в современных развитых обществах и рыночный обмен опосредуется правом, но право не определяет логику и содержание рыночного обмена. В случае же альтернативных редистрибутивных механизмов роль права по крайней мере значительно серьезнее, поскольку не ограничивается лишь укреплением логики рынка.

² Posner R. *Economic Analysis of Law*. 6 ed. 2003

направленных на перераспределение, как рациональную максимизацию полезности и исследовать получающиеся результаты (теорема Эрроу¹, теории «общественного выбора»² – Виргинская школа)³. Третий вариант объединяет разнообразные попытки, опираясь на неэкономические научные дисциплины, обосновать объективный характер измерений интенсивности предпочтений экономических субъектов относительно друг друга и возможности межличностных сравнений полезностей (школа «критических правовых исследований», некоторые современные варианты юридического позитивизма)⁴.

Не трудно понять, что первый и второй вариант решения предполагают активное использование методологии неклассической экономической теории, а третье направление оппонирует таковому. При этом сразу заметим, что целостную теоретическую модель оценки удалось на сегодняшний день сформулировать только на основе неоклассических моделей. Оппонентов объединяет лишь скепсис по поводу этой модели, ее порой точная и остроумная критика и неспособность создать ей альтернативу. В чем же причина подобного положения дел?

Неоклассическая микроэкономическая (ценовая) теория позволяет моделировать воздействие правовых предписаний на поведение субъектов. Это обеспечивается прежде всего трактовкой субъектов в данной системе координат в качестве рациональных максимизаторов полезностей, стремящихся максимизировать полезность (реализовать свои потребности) наиболее оптимальным с точки зрения соотношения целей (потребностей) и ограниченных средств (бюджетные и другие ограничители). Вот если в разряд этих «других» ограничителей отнести правовые предписания, мы сможем моделировать воздействие правовых предписаний на поведение. Для этого нужно трактовать правовые предписания в качестве имплицитных цен (выражающихся в негативных для субъекта последствиях выбора запрещенной правом модели поведения). Если при этом учесть, что субъект предполагается рациональным максимизатором полезности, то можно предположить, что вопрос о соблюдении правового предписания будет решаться им путем сравнения между собой полезности, вытекающей из нарушения, с ущербом, который это нарушение повлечет помноженным на вероятность его наступления. По сути, перед нами классическая схема маржинального анализа, только вместо определения оптимального объема блага, которое намеревается приобрести субъект рынка, ориентируясь на сравнение его цены и полезности с учетом ограниченного бюджета.

Из этой простой в общем-то схемы вычитываются крайне важные импликации с точки зрения теории механизма воздействия права на поведение. Прежде всего, рассматриваемая модель исходит из трактовки

¹ Hovenkamp H. Arrow's Theorem: Ordinalism and Republican Government // 75 Iowa L. Rev. (1990)

² Mueller D. Public Choice. 2003

³ Farber D., Frickey P. Law and Public Choice. 1991

⁴ Hovenkamp H. Legislation, Well-Being and Public Choice // 57 U. Chi. L. Rev. (1990), Kelman M. Guide to Critical Legal Studies. 1992.

правового предписания в качестве стимула, воздействующего на поведение субъекта права. Этим модель выгодно отличается от до сих пор популярного в юридических кругах (и у левых экономистов) представления об автоматическом характере правореализационных процессов. Это лишь **один из стимулов (ограничителей)**, который действует на сознание рационального максимизатора полезности, наряду с другими. Действенность (эффективность) этого стимула зависит от многих факторов, которые в рамках рассматриваемой модели поддаются рациональной реконструкции. Соответственно задача, которая стоит перед правотворцем, состоит в определении оптимальной «цены» (выражаемой санкцией с учетом вероятности ее применения), которая сможет мотивировать субъекта выбрать модель поведения, соответствующую требованиям правового предписания.

Второй момент, на которой хотелось бы обратить внимание, состоит в том, что рассматриваемая модель ориентирует правотворческие и правоприменительные процессы на будущие отношения, а не на оценку уже произошедших конфликтов интересов субъектов. Это вполне логично. В самом деле, если трактовать правовое предписание именно как стимул, то очевидно, что первично его влияние на будущее поведение, а не на прошлое, где оно не могло выступать в качестве стимула *ex post*.

Особое значение в рассматриваемой модели имеет трактовка субъекта в качестве рационального максимизатора полезности. Это условие является ключевым и только его наличие делает все модель интелегибельной. Отказ от постулата рациональной максимизации лишает нас возможности предсказывать реакции субъектов на внешние стимулы. Именно эта предпосылка рациональности и максимизации полезности стала излюбленной мишенью критиков модели. Это не удивительно, учитывая то обстоятельство, что отсутствие рациональной реакции на стимулы – явление, которое довольно так часто встречается, что даже нет смысла подробно описывать все эти возражения¹. В защиту модели рациональной максимизации выдвинуто несколько основных соображений. Во-первых, эволюционистский тезис, в соответствии с которым рациональность, эффективность и способность к оптимизации – конкурентные преимущества, которые только и дают возможность «выжить» на рынке.² Поэтому удельный вес рациональных максимизаторов на рынке постоянно увеличивается. Если к этому добавить еще, что чикагские экономисты активно разрабатывают подходы, позволяющие анализировать при помощи той же методологии и феномены, которые вообще рыночными никогда не считались (семейные отношения, девиантные формы поведения, теория «человеческого капитала»)³, то станет ясным, что резервы теории рационального выбора и максимизации полезности далеко не исчерпаны. Во-вторых, излюбленный довод чикагских теоретиков заключается в том, что контрафактичность

¹ См., например: Kirchgässner G. Homo Oeconomicus. 2 Aufl. 2000-

² См., например: Rubin P.H. Why is the Common Law Efficient? // 6 J. Legal. Stud. (1977)

³ См., например: Беккер Г. Человеческое поведение. М. 2003; Becker G., Posner R. Uncommon Sense. 2007.

предпосылок теории, не может быть аргументом против нее, если она обладает большей предсказательной способностью, чем другие.¹ И, наконец, никакой серьезной альтернативы так и не создано, несмотря на резкую и длительную критику.

Не претендуя на полноту, можно лишь пунктирно отметить актуальные направления поиска альтернативных вариантов решения проблемы создания теоретической модели оценки последствий правового регулирования. С одной стороны, предпринимаются попытки в направлении поиска иной неэкономической парадигмы в качестве общей основы модели оценки социальных последствий функционирования правовой системы. В известной мере, речь идет о поиске дисциплинарной матрицы, аналогичной эволюционизму рубежа 19 и 20 столетий. Авторы, работающие в этом направлении, пытаются каким-либо образом реставрировать возможность межличностных сравнений полезностей, без которой довольно сложно создать альтернативную модель.² С другой стороны, в последнее время фокус внимания перемещается в область анализа дефицитов рационального поведения, вызванных как отсутствием необходимой информации, так и когнитивными особенностями самих субъектов.³ Но и здесь пока общей альтернативной модели создать не удалось.

¹ Friedman M. The Methodology of the Positive Economics, in: Essays in Positive Economics, ed. by M. Friedman. 1953.

² См., например: Sunstein C. Free Markets & Social Justice. 1997, Hovenkamp H. The Limits Preference Based Legal Policy //89 Nw Univ. L. Rev. (1994)

³ См., например: Behavioral Law & Economics, ed. By C. Sunstein. 2008; The Law & Economics of Irrational Behavior, ed. by F. Parisi & V. Smith.2005; Smith V. Rationality in Economics.2007.