

**ПРОБЛЕМЫ ОЦЕНКИ КАЧЕСТВА ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ОТЕЧЕСТВЕННОЙ
ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКЕ ВТОРОЙ ПОЛОВИНЫ XIX – НАЧАЛА XX В.****С.В.Липень***Московская государственная юридическая академия имени О.Е. Кутафина, lipen.sia@gmail.com*

В контексте заявленной на 10-м Конгрессе Международной Ассоциации Законодательства (июнь 2012 г., г. Великий Новгород) проблемы оценок регулирующего воздействия в данной статье речь идет о развитии в отечественной юридической науке второй половины XIX – начала XX в. идей о качестве законодательства, его способности адекватно регулировать общественные отношения, о наличии пробелов в законах, о возможности их преодоления.

Ключевые слова: правотворчество, качество законодательства, пробелы в праве, оценки регулирующего воздействия

At the 10th Congress of the International Association of Legislation (June 2012, Veliky Novgorod) was declared the problem of regulatory impact assessments. In this context, the article questions the development of ideas about the quality of legislation in the domestic jurisprudence of the second half XIX - the beginning XX century, emphasizes the ability of legislation to adequately regulate social relations. Reveals the gaps in the laws and the possibility overcome them.

Key words: lawmaking, quality of legislation, gaps in the law, regulatory impact assessment

28-29 июня 2012 г. в Новгородском Государственном университете им. Ярослава Мудрого прошел 10-й Конгресс Международной Ассоциации Законодательства (IAL) «Реализация правовых реформ в России». Одна из основных заявленных к обсуждению проблем – оценки регулирующего воздействия законодательства на общественные отношения, вопросы должной реализации положений нормативных правовых актов.

Знакомство с зарубежными научными традициями исследования проблем правотворчества, с иной логикой аргументации, с несколько иной терминологией обогащает развитие отечественной науки и вполне может быть востребовано. Однако, как отмечалось в выступлениях российских участников Конгресса (профессора В.М. Баранов, В.В. Лазарев и др.), проблема оценок регулирующего воздействия законодательства не является абсолютно новой и для отечественной юридической научной традиции; так или иначе, без использования данных терминов, но с применением однопорядковых научных категорий исследовались многие проблемы создания и реализации законодательства.

С 2000-х гг. активно развиваются исследования в области мониторинга законодательства, повышения его качества и эффективности [1], внимание обращается и на проблему правотворческих и правоприменительных ошибок [2]. Необходимость достижения должного качества законодательства находит отражение в работах об общих проблемах правообразования [3], в дискуссии по проблеме подготовки закона, определяющего виды нормативных правовых актов, их основное содержание, юридическую силу и действие [4].

Проблемы оценок регулирующего воздействия (в традиции европейской терминологии) рассматривались и в рамках отечественных исследований общих проблем действия, реализации права [5], разрешения юридических коллизий [6], установления и преодоления пробелов в праве [7], эффективности правоприменительных актов, которая зависит от цели их издания, результатов их действия, соизмерения результатов с целью и неизбежными издержками. По мнению В.В. Лазарева, о полной эффективности можно говорить, когда цель достигнута с минимальным ущербом для общества, с наименьшими затратами, в оптимальные сроки [8]. Анализировались также материальные, социально-политические, идеологические, организационные и юридические средства обеспечения эффективности правовых актов, как нормотворческих, так и правоприменительных.

Истоки научной разработки проблем оценки качества законодательства можно проследить и в более раннем периоде – в юридической науке второй половины XIX – начала XX в. Развитие правотворческой, правосистематизирующей и кодификационной деятельности в дореволюционной России обусловило и развитие идей о необходимости системного регулирования общественных отношений, о качестве законодательства, его способности адекватно регулировать общественные отношения, о возможной пробельности законов и т.д.

Идеи Г.В.Ф. Гегеля о принципиальном несовершенстве, незаконченности законодательства [9] и развитие юридического позитивизма послужили основой для формирования в западноевропейской юриспруденции теории беспробельности закона, в соответствии с которой законы кажутся неполными лишь внешне, на самом деле в них в скрытой форме

содержатся ответы на все вопросы; надо только уметь их извлечь путем толкования, применения соответствующих логических операций.

В юридической науке дореволюционной России практически общим местом стала критика качества отечественного законодательства, европейская теория беспробельности закона большой поддержки не получила. О недостатках законов писали сторонники и юридического позитивизма (И.Г. Оршанский, А.Д. Градовский, Г.Ф. Шершеневич, Е.В. Васьковский, М.А. Унковский и др.), и других научных направлений.

Еще в начале 70-х гг. XIX в. И.Г. Оршанский указывал на казуистичность российских законов, их ненаучность, отсталость по сравнению с западным законодательством; в составлении последнего принимали участие ученые, в России же этим занималась бюрократия; наука не имела почти никакого влияния. «Главный недостаток свода – случайность, несвязанность его постановлений, несоответствие между внешней формой закона и заключающейся в ней мыслью» [10]. Есть немало трудностей, препятствующих толкованию – во многих статьях закона указаны лишние фактические обстоятельства, не имеющие юридического значения; мотивы издания закона; мотивы действия управомоченного лица; слова не всегда стоят в общепринятом юридическом смысле. Отсутствует и концепция издания законов, они издаются, когда возникает практическая потребность в отдельных правовых нормах, поэтому когда открываются новые жизненные обстоятельства, возникают и пробелы [11]. Почти в то же время на неясность, казуистичность и пробельность российского законодательства указывал А.Д. Градовский [12], а впоследствии и Г.Ф. Шершеневич [13].

Е.В. Васьковский перечисляет недостатки т. Х ч. I свода законов: это неполнота, казуистичность, устарелость, несамостоятельность, плохая редакция [14]. Он дает краткий перечень наиболее важных пробелов в гражданском праве: в гражданских законах общей части нет; неясные и противоречивые постановления о правоспособности и дееспособности физических лиц включены в раздел, посвященный опеке или рассеяны по другим томам свода; немногие и неполные правила относительно объектов права привязаны преимущественно к недвижимым имуществам; о юридических лицах и сделках почти никаких общих постановлений нет; много пробелов и в вещном праве – нет определения его и указания на разницу между вещным и обязательственным правом; нет ни определения понятия владения, ни характеристики способов его приобретения и потери; немало пробелов в обязательственном, семейном, наследственном праве [15].

Известны и методы, которые представители юридического позитивизма предлагали для устранения пробелов в праве, иных его недостатков. В применении права это различные виды толкования, аналогия, но самый кардинальный способ – это законодательная деятельность. И здесь показательны две работы М.А. Унковского [16]. В первой автор раскрывает на основании анализа разнообразных примеров (более

двадцати) недостатки российских законов; во второй, представляющей собой переработку труда 1904 г., упор сделан на «мерах по приведению законов в ясный вид». Признается нелепым взгляд на то, что закон должен давать простор для толкования; закон должен быть ясен, а если этого нет, то даже разъяснения законодателя – это не выход из положения [17].

Тем не менее, сторонники юридического позитивизма не видели в недостатках законодательства принципиальной проблемы, по их мнению, все может быть устранимо в процессе правоприменительной деятельности, при этом следует оставаться в рамках законности. Представители иных научных направлений (С.А. Муромцев, Н.А. Гредескул, Ю.С. Гамбаров и др.), продолжили критику недостатков законодательства, сказывающихся на применении последнего, но замечая при этом, что создать самые совершенные законы принципиально невозможно. Законодательство всегда будет испытывать влияние жизни, так или иначе видоизменяться ею; правоприменитель скрытно или открыто всегда будет выходить за пределы закона.

С.А. Муромцев ведет речь о том, что во все времена «положительное право ограничивается, изменяется и дополняется под влиянием нравственных воззрений и чувства справедливости, руководящих лицами, применяющими право»; «положительное право есть действующее только настолько, насколько оно применяется в гражданской жизни» [18]. В другом произведении указывается на пробелы в законе и на то, что их восполнение означает не что иное, как создание нового права [19].

По мнению Л.С. Белогриц-Котляревского, право не является продуктом только научной абстракции, оно создается на почве жизненных интересов, отношений и потребностей, которые постоянно изменяются. Как бы активно ни функционировала законодательная деятельность, она не в состоянии угнаться за всеми течениями жизни. Пока законодатель установит более целесообразную норму, правовое убеждение руководящих отдельных лиц само вырабатывает таковую, которая идет путем повторения, постепенно распространяется и вместо закона делается правилом поведения [20]. Л.С. Белогриц-Котляревский указывает наиболее типичные пробелы в общих частях уголовных законов. В российском уложении (как и в Общегерманском) нет положения о покушении над негодным объектом, ни в одном кодексе нет положения о действии закона вне государственной территории. В большинстве кодексов нет конструкции покушения вообще, нет положений об ответственности подстрекателя при эксцессах исполнителя, о значении согласия пострадавшего при посягательствах на свободу и целостность тела, о причинной связи, устанавливающей ответственность за результат и т.д. Во всех таких и подобных случаях суд вместе с наукой права создает самостоятельные нормы, которыми регулируются жизненные интересы [21].

Н.А. Гредескул отмечает трудности, стоящие перед законодателем в его работе, вследствие чего

возникают и недостатки самого закона, которые создают помехи в его применении. Законодатель должен формулировать норму, пользуясь опытом прошлого и имея перед глазами настоящее; между тем норма всегда предназначена для будущего, ее действие начнется лишь после издания. Поэтому трудности применения закона в силу самого течения времени постоянно возрастают, и здесь законодатель бессилён. Перед правоприменителем будут такие явления, которые законодатель совсем не предвидел, или не вполне предвидел, или не так предвидел, как они происходят на самом деле; изменится и смысл некоторых слов, употребленных в законе. Кроме того, законодатель может и ошибаться, пусть даже неумышленно; он не всегда способен найти подходящее слово или сформулировать наилучшим образом правило поведения. Во всем этом законодателя особо винить нельзя – ведь его деятельность чрезвычайно трудна [22]. О влиянии фактора времени говорит и Ю.С. Гамбаров: «...нас приковывают насильственно к моменту издания закона; и какова бы ни была последующая эволюция идей и учреждений, мы не можем выйти ни на шаг из заколдованного кругозора законодателя, давно переставшего существовать. ... Рано или поздно наступает момент, когда неудобный закон нельзя даже обойти, а надо или отвергнуть, или подчиниться» [23].

Теория беспробельности закона подверглась критике в работах специалистов по уголовному праву. По мнению П.И. Люблинского, «общий смысл» закона непригоден для в качестве универсального средства для преодоления пробелов: «Законы создаются в разное время, под влиянием различных запросов и различными людьми, и потому несколько не удивительно, что не только положенные в основание их принципы, но и даже и сами конкретные постановления их могут быть противоречивыми» [24].

Резкой критике подвергает состояние дореволюционного уголовного законодательства С.В. Позднышев: «Уголовные законы как общей, так и особенной части неясны, полны пробелов и противоречий. Целый ряд затруднений создавался уже существованием у нас двух кодексов, точки зрения которых иногда серьезно расходятся, – старого Уложения о наказаниях и Устава о наказаниях, налагаемых мировыми судьями; в 1903 году к ним присоединился еще третий Кодекс, существенно отличный во многих отношениях от их обоих. Понятно, что такое беспримечное состояние уголовного законодательства, – с двумя кодексами и еще с частью третьего кодекса, действующей наряду с ними, – до крайности осложнило нашу судебную практику» [25]. Но даже с таким количеством нормативных актов пробелов хватало. Так, неточны и недостаточны указания в законе на вопросы уголовно-правовой вины, покушения и соучастия; судебной практике пришлось вне закона вырабаты-

вать понятия и отдельные признаки многих преступлений (самоуправство, насилие, кража и др.). Имущественные преступления вообще потребовали от судебных учреждений громадной затраты творческой деятельности для выяснения входящих в их состав признаков [26].

По утверждениям Г.В. Демченко, представление о ясности закона беспочвенно и ошибочно, так как несовершенство закона, его неясность и неполнота являются не случайными, а существенными признаками его природы. Это происходит вследствие многих причин, и в первую очередь – вследствие невозможности законодателя заблаговременно все предвидеть вследствие несовершенства формы выражения закона. Самый совершенный закон в массе случаев не в состоянии дать сколько-нибудь точных, определенных и устойчивых правил для регулирования всех отношений, которые ими охватываются. Самый ясный закон при самом правильном его толковании часто неизбежно приводит к сомнительным и противоречивым выводам. В этом заключается основной порок закона [27]. Г.В. Демченко пишет о невозможности создания идеального кодекса, о том, что любой закон оставляет и пробелы, и неясности, и широкое поле деятельности для творчества судей [28].

Таким образом, развитие идей о качестве законодательства, его способности адекватно и системно регулировать общественные отношения, о возможных пробелах в праве, необходимости их поиска и восполнения является одной из тенденций в формировании теории правотворчества в XIX – начале XX в. При этом принципиально различались подходы, предлагаемые представителями юридического позитивизма и социологической юриспруденции. Первые, признавая недостатки законодательства, считали возможным их преодоление в рамках господствующих представлений о законности в правоприменительной деятельности (например, преодоление пробелов в праве с использованием аналогии закона или права). Вторые же предложили принципиальную критику качества законодательства, признавая объективным его несовершенство и необходимость творческого подхода к правоприменительной деятельности, в процессе которой неизбежно сложное взаимодействие различных источников права. Во взглядах вековой-полуторавековой давности угадывается вполне развернутая постановка многих проблем, обсуждаемых в настоящее время в связи с «оценками регулирующего воздействия». Следует отметить, что накопленный интеллектуальный опыт в отечественной юридической науке в дальнейшем был использован лишь отчасти. В связи с этим возможно вести речь не столько о преемственности научного знания, сколько о постепенном развитии традиций осмысления одной из проблем теории правотворчества.

1. Качество закона и проблемы юридической техники (обзор) // Журнал российского права. 2008. №2. С.150-161; Мониторинг правового пространства и правоприменительной практики: методология и мировоззрение (Материалы всероссийской научно-

практической конференции 23 июня 2003 года). М., 2003. 279 с.; Мониторинг правового пространства и правоприменительной практики: методология и мировоззрение (Материалы всероссийской научно-практической конференции 20 мая 2004

- года). М., 2005. 301 с.; Оценка законов и эффективность их принятия. Изд. 2-е., перераб. и доп. / сост. и отв. ред. Н.В. Ильина; н. ред. Г.П. Ивлиев. М., 2005. 168 с.
2. Правотворческие ошибки: понятие, виды, практика и техника устранения в постсоветских государствах: материалы Международного научно-практического круглого стола (29-30 мая 2008 г., г. Нижний Новгород) / под ред. В.М. Баранова, И.М. Мацкевича. М., 2009; Лисюткин А.Б. Вопросы методологии исследования категории «ошибка» в правоведении / под ред. Н.И. Матузова. Саратов, 2001. 140 с.
 3. Соколова А.А. Социальные аспекты правообразования. Минск, 2003. 157 с.; Трофимов В.В. Правообразование в современном российском обществе: теоретико-методологический аспект. Саратов, 2009. 308 с.
 4. Тихомиров Ю.А., Рахманина Т.Н., Хабибулин А.Г. Закон о нормативных правовых актах – актуальная повестка дня // Журнал российского права. 2006. №5. С.88-93.
 5. Гойман В.И. Действие права (Методологический анализ) М., 1992. 182 с.; Казимирчук В.П. Социальный механизм действия права // Советское государство и право. 1970. №10; Тихомиров Ю.А. Действие закона. М., 1992. 163 с.; Сапун В.А. Социалистическое правосознание и реализация советского права. Владивосток, 1984.
 6. Матузов Н.И. Коллизии в праве: причины, виды и способы их разрешения // Правоведение. 2000. №5. С.225-244; Тихомиров Ю.А. Коллизионное право: учеб. и научно-практ. пособие. М., 2000. 394 с.
 7. Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974. 184 с.
 8. Лазарев В.В. Эффективность правоприменительных актов: Вопросы теории. Казань, 1975. 208 с.
 9. Гегель Г.В.Ф. Философия права. М., 1990. С. 252-254.
 10. Оршанский И.Г. Частный закон и общее правило // Журнал гражданского и уголовного права. 1873. №2. С.70.
 11. Там же. С.60-62.
 12. Градовский А.Д. О судебном толковании законов по русскому праву // Журнал гражданского и уголовного права. 1874. Кн.1. С.3, 23.
 13. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып.4. М., 1912. С.745, 747.
 14. Васьяковский Е.В. Учебник гражданского права. Вып.1: Введение и общая часть. СПб., 1894. С.38-40.
 15. Васьяковский Е.В. Правотворческая деятельность новых судов в сфере процесса и права гражданского. Пг., 1915. С.13-15.
 16. Записка М.А. Унковского о легчайшем способе приведения законов в ясный вид и об эмпирическом методе выработки правил составления ясных законов. СПб., 1904. 46 с.; Унковский М.А. О неясности законодательства, как общественном бедствии, и о ближайших путях к ее устранению. СПб., 1913. 23 с.
 17. Унковский М.А. О неясности законодательства... С.4-5.
 18. Муромцев С.А. Очерки общей теории гражданского права. Ч. 1. М., 1877. С.23.
 19. Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. М., 1879. С.42-43.
 20. Белогриц-Котляревский Л.С. Творческая сила обычая в уголовном праве. Ярославль, 1890. С.7.
 21. Там же. С.15.
 22. Гредескул Н.А. К учению об осуществлении права. Интеллектуальный процесс, требующийся для осуществления права. Харьков, 1900. С.117-120, 134-135.
 23. Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. СПб., 1911. Т.1. С.5.
 24. Люблинский П.И. Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса. Пг., 1917. С.129.
 25. Позднышев С.В. Правотворческая деятельность новых судов в сфере процесса и права уголовного. Пг., 1915. С.54.
 26. Там же. С.55-67.
 27. Демченко Г.В. Неясность, неполнота и недостаток уголовного закона. СПб., 1904. С.16-17.
 28. Там же. С.28-34.

Bibliography (Transliterated)

1. Kachestvo zakona i problemy juridicheskoy tehniki (obzor) // Zhurnal rossijsko-go prava. 2008. №2. S.150-161; Monitoring pravovogo prostranstva i pravoprimeritel'noj praktiki: metodologija i mirovozzrenie (Materialy vserossijskoj nauchno-prakticheskoy konferencii 23 ijunja 2003 goda). М., 2003. 279 с.; Monitoring pravovogo prostranstva i pravoprimeritel'noj praktiki: metodologija i mirovozzrenie (Materialy vserossijskoj nauchno-prakticheskoy konferencii 20 maja 2004 goda). М., 2005. 301 с.; Ocenka zakonov i jeffektivnost' ih prinjatija. Izd. 2-e., pererab. i dop. / sost. i отв. red. N.V. Il'ina; n. red. G.P. Ivliev. М., 2005. 168 с.
2. Pravotvorcheskie oshibki: ponjatje, vidy, praktika i tehnika ustraneniya v post-sovetskih gosudarstvah: materialy Mezhdunarodnogo nauchno-prakticheskogo kruglogo sto-la (29-30 maja 2008 g., g. Nizhnij Novgorod) / pod red. V.M. Baranova, I.M. Mackevicha. М., 2009; Lisjutkin A.B. Voprosy metodologii issledovanija kategorii «oshibka» v pravovedenii / pod red. N.I. Matuzova. Saratov, 2001. 140 s.
3. Sokolova A.A. Social'nye aspekty pravooobrazovanija. Minsk, 2003. 157 s.; Trofimov V.V. Pravooobrazovanie v sovremennom rossijskom obwestve: teoretiko-metodologicheskij aspekt. Saratov, 2009. 308 s.
4. Tihomirov Ju.A., Rahmanina T.N., Habibulin A.G. Zakon o normativnyh pravovyh aktah – aktual'naja povestka dnja // Zhurnal rossijskogo prava. 2006. №5. S.88-93.
5. Gojman V.I. Dejstvie prava (Metodologicheskij analiz) М., 1992. 182 s.; Kazi-mirchuk V.P. Social'nyj mehanizm dejstvija prava // Sovetskoe gosudarstvo i pravo. 1970. №10; Tihomirov Ju.A. Dejstvie zakona. М., 1992. 163 s.; Sapun V.A. Socialisti-cheskoe pravosoznanie i realizacija sovetskogo prava. Vladivostok, 1984.
6. Matuzov N.I. Kollizii v prave: prichiny, vidy i sposoby ih razresheniya // Pravovedenie. 2000. №5. S.225-244; Tihomirov Ju.A. Kollizionnoe pravo: ucheb. i nauch-no-prakt. posobie. М., 2000. 394 s.
7. Lazarev V.V. Probely v prave i puti ih ustraneniya. М., 1974. 184 s.
8. Lazarev V.V. Jeffektivnost' pravoprimeritel'nyh aktov: Voprosy teorii. Ka-zan', 1975. 208 s.
9. Gegel' G.V.F. Filosofija prava. М., 1990. S. 252-254.
10. Orshanskij I.G. Chastnyj zakon i obwee pravilo // Zhurnal grazhdanskogo i ugovolnogo prava. 1873. №2. S.70.
11. Tam zhe. S.60-62.

12. Gradovskij A.D. O sudebnom tolkovanii zakonov po russkomu pravu // Zhurnal grazhdanskogo i ugovolnogo prava. 1874. Kn.1. S 3, 23.
13. Shershenevich G.F. Obwaja teorija prava. Vyp.4. M., 1912. S.745, 747.
14. Vas'kovskij E.V. Uchebnik grazhdanskogo prava. Vyp.1: Vvedenie i obwaja chast'. SPb., 1894. S.38-40.
15. Vas'kovskij E.V. Pravotvorcheskaja dejatel'nost' novyh sudov v sfere processa i prava grazhdanskogo. Pg., 1915. S.13-15.
16. Zapiska M.A. Unkovskogo o legchajshem sposobe privedenija zakonov v jasnyj vid i ob jempiricheskom metode vyrabotki pravil sostavlenija jasnyh zakonov. Spb., 1904. 46 s.; Unkovskij M.A. O nejasnosti zakonodatel'stva, kak obwestvennom bedstvii, i o blizhajshih putjah k ee ustraneniu. SPb., 1913. 23 s.
17. Unkovskij M.A. O nejasnosti zakonodatel'stva... S.4-5.
18. Muromcev S.A. Ocherki obvej teorii grazhdanskogo prava. Ch. 1. M., 1877. S.23.
19. Muromcev S.A. Opredelenie i osnovnoe razdelenie prava. M., 1879. S.42-43.
20. Belogric-Kotljarevskij L.S. Tvorcheskaja sila obyčaja v ugovolnom prave. Jaro-slavl', 1890. S.7.
21. Tam zhe. S.15.
22. Gredeskul N.A. K učeniju ob osuwestvlenii prava. Intellektual'nyj process, trebujujŕjsja dlja osuwestvlenija prava. Har'kov, 1900. S.117-120, 134-135.
23. Gambarov Ju.S. Kurs grazhdanskogo prava. SPb., 1911. T.I. S.5.
24. Ljublinskij P.I. Tehnika, tolkovanie i kazuistika ugovolnogo kodeksa. Pg., 1917. S.129.
25. Pozdnyshev S.V. Pravotvorcheskaja dejatel'nost' novyh sudov v sfere processa i prava ugovolnogo. Pg., 1915. S.54.
26. Tam zhe. S.55-67.
27. Demchenko G.V. Nejasnost', nepolnota i nedostatok ugovolnogo zakona. SPb., 1904. S.16-17.
28. Tam zhe. S.28-34.