



Институт законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации

Ю.А. Тихомиров

ПРАВО: ПРОГНОЗЫ И РИСКИ

Монография

Электронно-
Библиотечная
Система
znanium.com

Москва
ИНФРА-М
2015

УДК 67.06
ББК 340.11
Т46

ФЗ № 436-ФЗ	Издание не подлежит маркировке в соответствии с п. 1 ч. 2 ст. 1
----------------	--

*Издание одобрено Ученым советом
Института законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации*

Рецензенты:

Н.А. Власенко — д-р юрид. наук, проф. (ИЗиСП);

М.Н. Марченко — д-р юрид. наук, проф. (МГУ им. М.В. Ломоносова)

Т46 **Тихомиров Ю.А.**
Право: прогнозы и риски: монография. — М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации: ИНФРА-М, 2015. — 240 с. — www.dx.doi.org/10.12737/11255.

ISBN 978-5-16-011152-0 (print)

ISBN 978-5-16-103233-6 (online)

Концепция настоящей монографии — право как активное средство и объект прогнозирования. В качестве результата правового прогнозирования рассматривается опережающее правовое воздействие, направленное на повышение эффективности и устойчивости социального, экономического и политического развития. Исследование открывает простор для использования новых методов правового проектирования и преодоления привычного взгляда на право как на средство пассивного закрепления определенного состояния общества и государства.

В монографии приведен анализ природы и механизма прогнозирования, правового регулирования прогнозной деятельности внутри страны и на международном уровне, теории правовых рисков и способов их диагностики на стадиях правотворчества и правоприменения. Предложены средства правового регулирования рискованных ситуаций и их предотвращения. Обоснованы механизмы управления рисками и компенсации ущерба вследствие возникновения непредвиденных обстоятельств. Обобщены нормативные и аналитические материалы, даны рекомендации по оптимизации процессов правоприменения. Автор высказывает предложения о возможных путях развития государственных институтов и правовых регуляторов в обозримом будущем.

Для ученых-правоведов, практикующих юристов и экспертов, работников государственных и муниципальных органов и бизнес-структур, преподавателей, студентов, осваивающих программы бакалавриата и магистратуры, аспирантов и всех, кто интересуется развитием теоретических и практических подходов к совершенствованию государственных механизмов управления.

УДК 67.06
ББК 340.11

ISBN 978-5-16-011152-0 (print)
ISBN 978-5-16-103233-6 (online)

© Институт законодательства
и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации, 2015

The Institute of Legislation and Comparative Law
under the Government of the Russian Federation

Yu.A. Tikhomirov

LAW: FORECASTS AND RISKS

Monograph

Электронно-
Библиотечная
Система
znanium.com

Moscow
INFRA-M

*Approved by the Scientific Council
of the Institute of Legislation and Comparative Law
under the Government of the Russian Federation*

Reviewers:

N.A. Vlasenko — Doctor of Law, Professor (ILCL);

M.N. Marchenko — Doctor of Law, Professor (Lomonosov Moscow State University)

Tikhomirov Yu.A.

Law: Forecasts and Risks: monograph. — M.: The Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation: INFRA-M. — 240p. — www.dx.doi.org/10.12737/11255.

ISBN 978-5-16-011152-0 (print)

ISBN 978-5-16-103233-6 (online)

The law as an active tool and an object of forecast forms the concept of this monograph. Advanced legal influence, aimed at the improvement of efficiency and sustainability of social, economic and political development is contemplated as the result of legal forecast. The research leaves wide perspectives for the use of new methods of legal design and overcoming of customary focus on law as means for consolidation of a certain status of society and state.

The monograph provides analysis of the nature and mechanism of forecast, legal regulation of the forecast activity inside the country and on the international legal level, theory of legal risks and methods of their diagnosis at law-making and law enforcement stages. The monograph suggests means of legal regulation for risk situations and their prevention and also justifies mechanism of risk management and damage compensation due to occurrence of unforeseen unfavorable circumstances. The monograph summarizes standards and analytics, provides recommendations for law enforcement processes' optimization.

The monograph is aimed at scientists – legal experts, legal practitioners and experts, public and municipal employees, professors, students of bachelor and masters degree courses, post-graduates and all those who are interested in the development of theoretical and practical approaches for improvement of state management mechanisms.

СОДЕРЖАНИЕ

ПРЕДИСЛОВИЕ.....	11
Глава 1	
ПРАВОВАЯ СФЕРА ОБЩЕСТВА: СТАБИЛЬНОСТЬ И ПЛАНОМЕРНОСТЬ РАЗВИТИЯ.....	12
§ 1. Порядок или хаос: необходимость предвидения	12
§ 2. Исходная позиция: в чем сила и бессилие права?	30
§ 3. Поиск идей и решений	45
§ 4. Природа и цели прогнозов	53
Глава 2	
РАЗРАБОТКА И ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ПРОГНОЗОВ.....	61
§ 1. Прогноз в фокусе юридической и других общественных наук	61
§ 2. Социальное моделирование и правовой эксперимент	76
Глава 3	
ПРАВО — СРЕДСТВО И ОБЪЕКТ ПРОГНОЗИРОВАНИЯ.....	89
§ 1. Научные концепции законодательства.....	89
§ 2. Поиск меры регулирования	107
§ 3. Правовое регулирование прогнозирования	114
§ 4. Определение корреляций и способов правового воздействия.....	123
§ 5. Контроль и мониторинг в механизме обратной связи	134
Глава 4	
МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОТНОШЕНИЯ: СТАБИЛЬНОСТЬ И ПОТРЯСЕНИЯ.....	146
§ 1. Целевое международно-правовое регулирование	146
§ 2. Отклонения и конфликтные ситуации	155
Глава 5	
РИСКИ — СИГНАЛ ТРЕВОГИ	159
§ 1. Глобальные и национальные риски	159
§ 2. Природа риска — правовые характеристики	168

Содержание

Глава 6

РИСКИ — ОБЪЕКТ ПРАВОВОГО ВОЗДЕЙСТВИЯ	180
§ 1. Регулирование рисков в отраслях законодательства.....	180
§ 2. Методология анализа и оценки рисков в правотворчестве и правоприменении	196

Глава 7

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ МЕХАНИЗМА УПРАВЛЕНИЯ РИСКАМИ	208
§ 1. Системность регулирования. Опыты.....	208
§ 2. Способы компенсации вреда от рисков	217

Глава 8

ПРАВО В ФОКУСЕ ПРЕДВИДЕНИЯ — КРАТКИЕ ВЫВОДЫ	226
--	-----

CONTENTS

PREFACE	11
Chapter 1	
LEGAL SPHERE OF SOCIETY: STABILITY AND BALANCED DEVELOPMENT	12
§ 1. Order or Chaos: Need for Foresight	12
§ 2. Starting Point: What's the Strength and Impotence of Law?.....	30
§ 3. Search for Ideas and Solutions.....	45
§ 4. Nature and Aims of Forecasts	53
Chapter 2	
DEVELOPMENT AND USE OF FORECASTS	61
§ 1. Forecast in Focus of Legal and Other Social Sciences	61
§ 2. Social Modelling and Legal Experiment	76
Chapter 3	
LAW AS TOOL AND OBJECT OF FORECAST	89
§ 1. Scientific Concepts of Legislation.....	89
§ 2. Search of Regulatory Measures.....	107
§ 3. Legal Regulation of Forecast	114
§ 4. Identificaiton of Correlations and Methods of Legal Pressure.....	123
§ 5. Control and Monitoring in Feedback Mechanism	134
Chapter 4	
INTERNATIONAL RELATIONS: STABILITY AND THRILLS	146
§ 1. Target-Oriented International-Legal Regulation	146
§ 2. Deviations and Conflict Situations.....	155
Chapter 5	
RISKS AS AN ALARM SIGN	159
§ 1. Global and National Risks	159
§ 2. Risk's Nature — Legal Characteristics	168

Contents

Chapter 6

RISKS AS AN OBJECT OF LEGAL INFLUENCE..... 180

§ 1. Risk Control in Branches of Legislation180

§ 2. Risk Analysis and Assessment Methodology in Law Making and Law Enforcement196

Chapter 7

IMPROVEMENT OF RISK MANAGEMENT MECHANISMS 208

§ 1. Consistency of Regulation. Experiments.....208

§ 2. Ways of Compensation for Risk Harm217

Chapter 8

LAW IN FOCUS OF FORESIGHT — SUMMARY 226

ПРЕДИСЛОВИЕ

Много лет работая в правовой сфере, я видел немало полезных правовых решений. Казалось, их реализация должна была привести к намеченным результатам. Однако нередко случались ошибки, и такие явления наблюдаются и сегодня. В чем причины? Полагаю, в слабости научного предвидения и недостатках механизма правоприменения, для преодоления которых необходимо разрабатывать прогнозы, в том числе юридические, предвидеть риски как своего рода теневые угрозы лаконичному регулированию общественных отношений.

Все это побудило меня подготовить монографию. Ее концепция — право как активное средство и объект прогнозирования. При этом опережающее правовое воздействие в качестве результата правового прогнозирования должно способствовать эффективности и устойчивости социального, экономического и политического развития.

В первых главах монографии приведен анализ природы и механизма прогнозирования, правового регулирования прогнозной деятельности внутри страны и на международно-правовом уровне. Далее рассматриваются теории правовых рисков и способы их диагностики на стадиях правотворчества и правоприменения. Предложены средства правового регулирования рисков ситуаций и их предотвращения. Обоснованы механизмы управления рисками и компенсации ущерба вследствие возникновения непредвиденных неблагоприятных обстоятельств.

В книге широко использована научная литература по данной теме, обобщены нормативные и аналитические материалы, даны рекомендации по оптимизации процессов правоприменения.

Монография рассчитана на ученых-правоведов, практикующих юристов и экспертов, работников государственных и муниципальных органов и бизнес-структур. Ее можно использовать в учебном процессе по специальности «юриспруденция», «государственное управление», «экономические науки».

Глава 1

ПРАВОВАЯ СФЕРА ОБЩЕСТВА: СТАБИЛЬНОСТЬ И ПЛАНОМЕРНОСТЬ РАЗВИТИЯ

§ 1. ПОРЯДОК ИЛИ ХАОС: НЕОБХОДИМОСТЬ ПРЕДВИДЕНИЯ

Стремление человечества к лучшей жизни всегда побуждало к поискам путей в счастливое будущее. Предсказания мудрецов и гадание прорицателей сменялись теориями мыслителей и ученых. Формировались и использовались структуры — научные, образовательные, аналитические — для изучения направлений развития страны. Политические лидеры и партии брали в свои руки решение задач о настоящем и будущем своих стран и определяли курс их развития. Так было веками, и всегда «черным спутником» были потрясения, катастрофы, конфликты и бедствия.

Наполеон объяснял свои успехи постоянными размышлениями о будущих победах. Но в воспоминаниях о причинах поражения в войне 1812 г. назвал среди них игнорирование сведений о неурожае в соседней стране и слабом снабжении армии продовольствием, о состоянии дорог в России и настроениях крестьянства, поднявшегося против неприятеля. Вот цена плохого прогноза и неучтенных рисков.

Шли столетия и что менялось? В XX веке, по мнению некоторых специалистов, планирование и сознательные действия людей на 90% определяют содержание и ход исторических процессов. Иными словами, «проектируемое» стало основным фактором жизни¹. Но реализация намеченных целей подчас приводит к противоречивым результатам.

Уроки истории дали импульс развитию теории систем, приложению которой к обществу позволило правильно оценивать их

¹ Выступление политолога Д. Куликова на радиостанции «Эхо Москвы» 7 апреля 2015 г. относительно концепции «проектируемая история».

цели, структуры и динамику. Напомним, что в 1960–70 годах в нашей стране успешно развивались исследования в рамках такого направления, как «научное управление обществом»¹. Казалось, что степень и масштаб управляемости общественными процессами достигают небывалой величины, но риски и случайности в реальной жизни наносили удар этой теории.

Отрадно, что в последние годы продолжают исследования социальных систем², но с акцентом на их синергетическую трактовку³. В поле зрения ученых все чаще попадает тематика кризисов в обществе. Исследуются кризисные явления в западном обществе, прежде всего в сферах культуры и власти, их взаимовлияние с явлениями российской жизни⁴. Динамика социальных отношений в Европе расширяет спектр научных выводов⁵.

Тема отклонений от нормального и предвиденного хода событий побудило американских ученых заняться теорией хаоса, отражающей универсальные процессы в природе и обществе. Формула «управляемый хаос» стал лозунгом и утешением в трудных и подчас бесплодных поисках решений в водовороте событий. Беседа с нобелевским лауреатом Эдмундом Фелпсом весьма показательна⁶.

Ученый мир ищет средства познания окружающей действительности и целенаправленного воздействия на общественные, технические и природные явления. Разные формы предвидения получили новое количественное измерение — в европейских странах и международных институтах типа Всемирного банка. Разработана и внедряется система показателей эффективности функционирования государства и его отдельных институтов, институтов гражданского общества. В связи с этим получают распространение известное понятие *good governance* и рейтинго-

¹ См.: Афанасьев В.Г. Научное управление обществом. М.: Политиздат, 1968.

² См., например: «Ценности» и цели в функционировании и эволюции сложной социальной системы. М., Научный эксперт, 2012. К понятию успешности сложной социальной системы. М.: Научный эксперт, 2012.

³ См.: Тирских М.Г. Право как объект применения синергетических методов // Академический юридический журнал. 2007. № 2 (22).

⁴ См.: Сидорина Т.Ю. Философия кризиса: учебное пособие. М., 2003.

⁵ Социальная Европа в XXI веке / под ред. М.В. Коргаловой. М., 2011.

⁶ Подробнее об этом см.: Аткинс Ральф. Теория беспорядка // Ведомости. 2007. 1 сентября.

вые оценки стран¹. Подобные показатели применяются и в России для оценки эффективности деятельности органов исполнительной и муниципальной власти, учреждений и организаций. Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации разрабатывает показатели действия закона.

Помогает трактовка энтропии как меры беспорядка², которая играет чрезвычайно важную роль во всей современной культуре, всесторонне используется в литературе, искусстве и т.п. Это несущий (базисный) элемент неявного (терминология М. Полани), или фонового (К. Поппер) знания, лежащего в основе современных научных подходов. По мнению автора этой теории, такая трактовка ошибочна и оказывает сильное негативное воздействие на современную научную картину мира, деформируя ее. Выясняется, какие изменения повлечет за собой отказ от обсуждаемых постулатов для таких важных составляющих научной картины мира, как синергетика, теория естественного отбора и проч. Отметим, однако, тот поразительный факт, что ее справедливость для реальных систем *никогда и никем не была доказана*. Никто даже не обсуждал сколько-нибудь серьезно связи энтропии с беспорядком. Классики физики только *касались* этого взаимодействия, считая его, по всей вероятности, очевидным.

Тождественность энтропии и беспорядка не только никем не была доказана и не может быть доказана в принципе, но и прямо противоречит реальным фактам, поскольку эволюция современного мира — неорганическая, органическая и социальная — идет не в сторону упрощения эволюционирующих систем, как предписывает рассматриваемая трактовка в сочетании с законом возрастания энтропии, а в прямо противоположном направлении — в сторону их усложнения.

Основной вывод указанной теории: производство энтропии положительно как в системах, в которых хаос рождается из порядка, так и в системах, в которых, наоборот, порядок рождается из хаоса. Наличие энтропии положительно всегда и везде, в лю-

¹ См. подробно: Попова С.М., Шахрай С.М., Яник А.А. Измерения прогресса. М., 2010.

² См.: Хайтун С.Д. Трактовка энтропии как меры беспорядка и ее негативное воздействие на современную научную картину мира // Вопросы философии. 2013. № 2.

бой реальной системе и в ее окружении (среде), в каждом их элементе. Это может означать только то, что *применительно к реальным системам энтропия не является мерой беспорядка.*

Казалось бы, общество как сложная социальная система имеет свои мощные источники самосохранения и саморазвития. Саморегулирование рассматривается как свойство общества, и даже правовой системе предписывают свойства саморегулирования¹, хотя она служит социальным институтом, который используется людьми как акторами на исторической сцене².

Каждое общество все более остро ощущает глубину потрясений и ошибок, нарастание неопределенности и «устойчивости фактора случайности». Вектор отклонений от правовых взглядов, теорий, принципов и норм расширяется. И ученые-юристы возобновили исследования проблемы «право — неправо», следуя известной формуле Гегеля³. Законность и ее нарушения по-прежнему находятся в поле зрения институтов, хотя успехов в этой сфере немного. Видимо, слабость системного подхода мешает предвидению всех границ правового пространства.

Шагом вперед стали исследования проблемы социальных отклонений и юридических конфликтов⁴. Обобщая научные разработки, мы видим, что понятие «отклонение в правовой сфере» рассматривается как бездействие или смещение реальных регуляторов от нормативной модели. Типология отклонения включает:

а) применительно к конституционному статусу государства — смену власти на основе выборов, новый политический и эконо-

¹ См.: Скоробогатов В.Ю. Саморегулирование как свойство правовой системы. М., 2015.

² Namich Ross. Law asa Social Institution., Oxford portland-oregon, 2001.

³ Кудрявцев В.Н., Нерсесянц В.С., Кудрявцев Ю.В. Социальные отклонения: Введение в общую теорию. М., 1984.

⁴ См.: Гарольд Дж. Берман. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. Ершов В.В. Право и неправо: дискуссионные вопросы теории и практики // Российское правосудие. 2013. № 1. Дмитриев А., Кудрявцев В., Кудрявцев С. Введение в общую теорию конфликтов. М., 1993. Юридическая конфликтология / под ред. В.Н. Кудрявцева. М., 1995. Стародубцева И.А. Конституционные основы предотвращения и разрешения коллизий в России и зарубежных странах: сравнительно-правовое исследование // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2012. № 6(37). С. 23–29. Тихомиров Ю.А. Коллизионное право. М., 2000. Баранов В.М. Теневое право. Нижний Новгород, 2002.

мический курс, политические конфликты, отчуждение граждан, протесты, перевороты, восстания, революции;

б) применительно к правовому регулированию — смену правовых концепций, отчуждение граждан от права¹, коррупцию, нарушения законности, деформацию правосознания, юридические коллизии и конфликты.

Примечательно: понятие отклонения столь широко по своему содержанию и видам, что удастся доказать существование не только негативного, но и позитивного отклонения. В силу новых ситуаций в процессе действия права возникают явления и события, ранее находившиеся вне сферы правового регулирования. Вместе с тем и правоприменение выявляет слабые стороны правовых регуляторов, их консерватизм и ошибки.

Право, как и любое явление, весьма противоречиво. Обладая ценностью и будучи мерой регулирования отношений в обществе, оно вводит нормативные правила общественного поведения. И одновременно оно препятствует, нейтрализует и устраняет противоправные деяния. Разрешение противоречий в природе права можно найти в сложном процессе его действия. Не менее важно анализировать общественные процессы, которые порождают противоречия в праве и «засоряют» правовое поле юридическими коллизиями.

Западная социология изучает конфликты². К. Маркс является основателем традиции, которая драматизирует конфликт. В центре концепции Маркса и Энгельса находятся классы. Они ведут экономическую и политическую борьбу, вступают в альянсы и стоят у истоков социальных изменений. У каждого класса есть своя культура и свое мировоззрение. Господствующие идеи любой эпохи — это идеи господствующего класса, так как он контролирует материальные средства и аккумулирует власть. При этом один из важнейших принципов состоит в том, что власть зависит от мобилизации материальных условий.

Вебер был продолжателем традиции Маркса и заслуживает звания родоначальника современной социологии конфликта. Он

¹ См., например: «Правовой нигилизм» и «Чувство законности» в России: соотношение, значение и формы. Изд-во Воронежского государственного Университета, 2007.

² См., например: Коллинз Рэндалл. Четыре социологических традиции / перевод Вадима Россмана. М, 2009. (Серия «Университетская библиотека Александра Погорельского»).

видел мир многомерным, рассматривал все факторы, избегая односторонностей идеализма и материализма. Конфликт, по его мнению, является выражением самой многомерности вещей, множественности различных групп, интересов, перспектив, которые конституируют мир. Несмотря на согласие и солидарность, которые можно наблюдать в некоторых сегментах общества, мир представляет собой смешение борющихся частей. Вебер был противником упрощенных понятий эволюционных стадий или других моделей.

Хабермас утверждал, что революционная борьба современного государства происходит не из-за экономического кризиса, а из-за кризиса легитимности. Джеймс О'Коннор считает, что современный «фискальный кризис государства», который включает в себя ситуацию быстрого увеличения государственного долга, налогов и инфляции, вызван тем, что государство пытается купить свою легитимность, предоставляя гарантии социального обеспечения, будучи одновременно обескровленным монопольным сектором экономики.

В 1950-х годах в американской социологии господствовали консервативные настроения. Талкотт Парсонс и другие функционалисты выступили с абстрактной категоризацией социальных институтов, обнаруживая во всех проявлениях благоприятную функцию, способствующую поддержанию социального порядка.

Приведенные трактовки конфликтов основаны на широком социальном контексте. Строгий анализ причин юридических конфликтов как порождения правовых традиций и их изменений в правовых системах проводит американский профессор Берман. Его тревожит «смещение оси» права и нарастание внешних воздействий на его развитие¹.

В отечественной юридической науке тема юридических коллизий также была в центре внимания ученых. И это объяснимо, поскольку периоды революций и реформ побуждали вести разработки в области правопорядка, правосознания, законности. Встречались понятия «право» и «неправо»².

¹ См.: Гарольд Дж. Берман. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 501–534.

² См.: Ершов В.В. Право и неправо: дискуссионные вопросы теории и практики // Российское правосудие. 2013. № 1.