

ЧИННІСТЬ¹: РЕПУТАЦІЯ ПРАВИЛ*



П. ВЕСТЕРМАН

*доктор права, професор філософії права
(Університет Гронінгена, Нідерланди)*

Вступ

У продовж останніх кількох десятиліть ми стали свідками виникнення так званого «м'якого права». Це поняття є доволі неоднозначним і має, як видається, два відмінних значення, вживання яких залежить від контексту.

На міжнародному рівні «м'яке» означає «поки що не тверде»: м'яке право складається з офіційних декларацій, принципів, угод тощо, які не є юридично примусовими, або примусовий ефект яких є складно досяжним. У національному праві, утім, м'яке право не обов'язково має ті самі риси. Тут «м'яке право» слугує парасольковим поняттям для позначення результатів різних форм регулювання, як-то: кодекси саморегулювання, регулятиви, створені наглядовими радами, стандартизаційні норми, створювані експертами, різні керівні вказівки і «найкращі практики». Таке м'яке право є не лише примусовим, а й пов'язаним із «твердим» правом, якщо воно було створене у відповідь на офіційні регулятиви. Це особливо помітно в таких формах правотворення, як «цільове правотворення» (*goal-legislation*)² та «регулювання, базоване на принципах» (*principles-based regulation*) [3]. У таких формах правотворення офіційний законодавець обмежує себе лише визначенням бажаних цілей (гідні умови праці, сталий розвиток тощо) і покладає обов'язок на адресатів норм створювати та реалізовувати правила для досягнення цих цілей. Результати такої правотворчої активності можуть бути названі «м'якими», але вони при цьому пов'язані з твердим правом.

* Westerman P. *Validity: Reputation of Rules // Legal Validity and Soft Law / ed. by J. Hage, S. Kirste, A. R. Mackor and P. Westerman. — London : Springer, 2017. — Переклад К. Горобця.*

¹ В оригінальному англомовному тексті статті автор використовує поняття «*validity*», яке не має точного еквіваленту в українській мові. У літературі іноді трапляється калькування «валідність», однак воно не дає можливість продемонструвати авторську ідею, оскільки має значно вужчий спектр вжитку й практично не використовується у розмовній мові. У цій статті поняття «*validity*» перекладається як «чинність» у тому сенсі, що правило, яке є чинним, має нормативний характер, тобто є юридично обов'язковим. — Прим. перекладача.

² Я аналізую цю форму правотворення більш детально у: [1; 2].

© П. Вестерман, 2016

Однак навіть у національному праві, де м'яке право виглядає «більш твердим», ніж у міжнародному праві, можуть виникнути сумніви щодо того, чи є такі правила, стандарти та керівні вказівки юридично чинними. Як представники влади, так і адресати норм можуть не бути впевненими у тому, як слід розглядати такі правила: як юридично обов'язкові чи лише як відображення «найкращої практики»; чи накладають вони юридичні обов'язки, або ж становлять лише офіційну пораду. Адресати норм часто є необізнаними щодо того, які санкції на них очікують. Що адресати норм мають робити, наприклад, якщо правила супроводжуються вимогою «підкорюйся або поясни»¹? Чи є це простою порадою, або все ж таки чимось більшим? У правовому полі, де існує чітке розмежування чинних і нечинних правил, м'яке право існує в напівтемряві, і це підштовхує нас до перегляду поняття юридичної чинності. Що таке чинність? Які її функції? Чи відображає це поняття винятково дихотомію правил? Чи можливо припустити існування різних ступенів чинності?

Для того щоб відповісти на ці запитання, я не обмежуватиму себе практичною перспективою, коли юриста цікавить лише те, чи є конкретний контракт або конкретна норма юридично чинними. Для розуміння специфічного місця м'якого права я хочу дослідити, під яким кутом зору питання щодо його чинності має сенс. За яких умов переосмислення концепту юридичної чинності має сенс? Таким чином, ця стаття націлена не на визначення умов юридичної чинності правил, а на окреслення обставин, за яких питання щодо юридичної чинності взагалі є сенс ставити. Тільки тоді ми матимемо можливість пролити промінь світла на півтінь м'якого права.

1. Чинність як репутація

Незважаючи на значну кількість публікацій, присвячених концепту юридичної чинності, відносно невелика увага приділяється питанню про те, навіщо взагалі ми маємо турбуватися щодо того, чи є певний заповіт, контракт чи правило чинними. Якими є функції чинності? Чому взагалі корисно відмежовувати чинне від нечинного? Відповіді на ці запитання зазвичай сприймаються як самоочевидні, оскільки більшість авторів приймають точку зору судді, для якого найпершою і найочевиднішою функцією оцінки юридичної чинності контракту чи правила є те, що ця процедура дає змогу визначити, якою мірою цей контракт чи правило мають значення для справи, або взагалі є безпосередніми юридичними підставами для ухвалення рішення.

Але для інших акторів більш очевидною функцією юридичної чинності є те, що вона допомагає їм встановити, *чи можна певному контракту, правилу, заповіту тощо довіряти в тому сенсі, що вони дійсно мають той ефект, який декларують*. Спадкоємець, який хоче знати, чи є заповіт його батька чинним, перебуває у тому ж становищі, що й продавець, який розглядає банкноту на

¹ «Підкорюйся або поясни» (англ. *comply or explain*) – підхід до регулювання у сфері корпоративного управління і фінансового моніторингу, що використовується у Сполученому Королівстві, Німеччині й Нідерландах. Його специфіка полягає у тому, що регулятор заніміть встановлення юридично обов'язкових правил створює кодекс поведінки, якому компанії-адресати мають або підкоритися, або публічно пояснити причини, чому вони не можуть цього зробити. Ідея такого підходу до регулювання полягає в тому, що регулятор не бажає диктувати стандарти і правила поведінки, надаючи можливість ринку вирішувати, чи є запропонований кодекс поведінки прийнятним, чи ні. – Прим. перекладача.

1 000 євро, намагаючись з'ясувати, чи є вона чинною (тобто дійсною, справжньою. – Прим. перекладача), або ж сфальшованою. Чи може він довіряти цій банкноті в тому, що вона дійсно має декларований ефект, інакше кажучи, чи зможе він щось купити, використовуючи цю банкноту?

У неформальних умовах такі питання залежать від особистої репутації тих, хто видає відповідні документи. Наприклад, неофіційний ринок в Індії значною мірою регулюється посередниками. Чинність та вагомість таких документів, як *парчі* (свого роду векселі), що поширюються ринком як внутрішні грошові зобов'язання, визначаються репутацією посередника, який їх випустив.

У цій статті я маю на меті продемонструвати, що юридична чинність є функціональним еквівалентом репутації. Так само як в неформальних системах репутація людини є індикатором того, наскільки їй можна довіряти, у формальних системах люди спираються на репутацію юридичних конструкцій, категорій і правил. Ми називаємо такий тип неперсоніфікованої репутації чинністю. Таким же чином, як репутація інформує нас щодо того, чи є людина насправді тим, ким хоче здаватися, чинність інформує нас щодо того, чи є контракт, правило чи заповіт тим, чим вони вважаються. Варто зазначити, однак, що під «репутацією» я не розумію «гарну репутацію». Так само й чинне правило може бути несправедливим або аморальним. Однак, навіть якщо це правило є несправедливим, ми очікуємо, що воно є чинним, а отже, має той ефект, який воно декларує. Точно так само як ми очікуємо, що людина, яка має репутацію негідника, буде чинити як негідник.

Існує три можливі варіанти постановки питання щодо чинності, доволі близькі до того, як ми переконуємося в тому, чи можна довіряти тій чи іншій людині. Перший варіант — це дослідити походження цієї людини. Коли ми стикаємося з незнайомцем, немає нічого незвичного у тому, щоб поцікавитися: «Звідки ти родом?». У більшості культур знання чийогось коріння і походження є переважним методом оцінки репутації. Наступна річ, яку ми хочемо знати, — в якій компанії цей незнайомец зазвичай обертається. Чи він спілкується з «правильними» людьми (і якщо так, то як часто?), або ж його зазвичай бачать в оточенні запеклих шахраїв? І останнє (однак не менш важливе): репутація людини формується завдяки тому, яких благ чи негараздів ми очікуємо від неї; це знання ми зазвичай отримуємо з інформації щодо минулих вчинків цієї людини.

Ці ж самі три шляхи доступні для того, хто бажає визначити чинність певного юридичного артефакту *Y*, скажімо, контракту, заповіту чи правила. Спершу ми ставимо питання щодо його походження, з'ясовуючи, звідки документ чи конструкт *Y* з'явився, що є його джерелом, і чи було *Y* встановлено або створено у процедурно коректний спосіб; я називатиму це «вхідною чинністю» (*input-validity*). Для офіційних осіб, чия щоденна турбота полягає у визначенні чинності *Y* із тим, щоби знати, як вони мають «зважувати» їх як підстави для ухвалюваних рішень, цей шлях визначення чинності є найбільш прийнятним.

Але це не єдиний доступний шлях. Якщо джерело походження *Y* неясне, або ж якщо критерій належного походження є невизначеним, як у випадку із м'яким правом, де компетенція правотворця є сумнівною (скажімо, «експерти» або «професійні асоціації»), суддя може керуватися судженнями щодо того, чи є *Y* насправді вживаним і таким, що сприймається всерйоз іншими учасниками певного інституційного порядку. Як інші посадовці оцінюють вагомість *Y*?

Як до нього ставляться в академічній літературі? До якої міри адресати відповідного *Y* дійсно керуються його приписами? Така розвідка оцінює «вагомість», яка супроводжує *Y*. Я буду називати її «поточною чинністю» (*throughput-validity*), вона стосується тієї компанії, в якій *Y* зазвичай бачать, тобто вагомості *Y* в очах учасників відповідного порядку, а також того, як *Y* проявляється в їхніх рішеннях та аргументації.

Нарешті, для оцінки чинності *Y* ми можемо розглянути «вихідну чинність» (*output-validity*) цього юридичного артефакту. І під вихідним характером я не розумію лише юридичні наслідки, які породжує відповідний артефакт, радше йдеться про дійсні фактичні результати, які виникають залежно від вагомості *Y*. Вихідна чинність є, відтак, тим, що Г. Кельзен називає ефективністю. Цей шлях лише частково доступний для таких офіційних посадовців, як судді, коли вони *визначають*, до якої міри правило чи угода є ефективними. Можливо тому Г. Кельзен вважав ефективність юридично нерелевантною¹ [4, 199]. Вона не є релевантною для того, хто ухвалює юридично значущі рішення, коли він розмірковує, чи є *Y* вагомою підставою для такого рішення, оскільки самі такі міркування, якщо вони є серйозними, *сприяють* ефективності *Y*. Але для тих, на кого *поширюється* дія відповідного рішення, ефективність має ключове й домінуюче значення. Наприклад, протоколи та процедури аудиторських комітетів часто є неясними, іноді навіть таємними, а те, як вони створюються, у більшості випадків невідомо для задіяних в аудиті сторін. Утім, жодна інституція не стане з цієї причини заявляти, що ці протоколи та використані в них критерії оцінки не мають жодного значення. Нездатність відповідати стандартам таких аудитів може призвести навіть до відкриття фінансування зі сторони офіційних органів, і в будь-якому випадку – до репутаційних втрат. Тобто ці стандарти і процедури сприймаються дуже серйозно і суттєво впливають на внутрішню політику таких інституцій, які, відтак, радше оберуть шлях відповідності таким юридично нечинним стандартам, аніж поставлять під ризик свою репутацію у судових тяжбах.

Очевидно, поняття вхідної чинності, поточної чинності та вихідної чинності не позначають різних типів юридичної чинності. Ці поняття відображають відмінні шляхи, якими певний юридичний *Y* може набути чинності. Вхідна чинність стосується тієї чинності, вагомості та значущості, які цей *Y* набуває з огляду на те, як його було встановлено. Поточна чинність відображає вагомість, яку *Y* має в очах відповідних акторів. Нарешті, вихідна чинність відображає чинність, вагомість і значущість, які *Y* набуває через очікувані наслідки його дії. Як ми переконаємося далі, слово «очікуваних» має тут ключове значення. Ми не повинні забувати, що чинність є еквівалентом репутації. Якщо хтось має репутацію негідника, це не означає, що він постійно і безумовно буде діяти відповідним чином.

Ці три способи приписування чинності відповідають тим трьом шляхам, які доступні для нас, коли ми бажаємо дослідити чинність якогось *Y*. Деякі з цих трьох шляхів використовуються офіційними акторами, деякі – адресата-

¹ Іноді ефективність чи результативність розглядають як те, що є турботою соціології права, тобто як дещо зовнішнє щодо права. Я не візьмуся проводити чітку межу між зовнішнім і внутрішнім поглядом на право; неофіційні учасники правового порядку також зацікавлені в ефективності юридичних артефактів.

ми норм, деякі – й тими, й іншими. Тільки якщо ми сфокусуємося на тому, як сприймає чинність суддя, ми можемо звузити чинність лише до вхідної чинності. Але навіть за такої суддівської перспективи фокус на вхідній чинності не дає можливості долучати до ухвалення рішень складні випадки м'якого права, яке, як ми могли переконатися, характеризується поточною чинністю. І навіть вихідна чинність може вплинути на ухвалення рішення, коли суд випереджає законодавство, тим самим схиляючи майбутній розвиток права в певний бік, навіть якщо конкретна норма ще не є чинною у вхідному сенсі.

Важливо зазначити, що кожен із цих шляхів дослідження юридичної чинності передбачає певні її ступені. І хоча можливо надати відповідь «так/ні» на запитання, – чи є *Y* введеним в дію відповідно до формальної правотворчої процедури? – така бінарна відповідь не завжди є можливою. Сертифікаційні процедури можуть бути більш або менш коректно встановленими, нові або альтернативні правотворчі органи можуть розглядатись як більш або менш авторитетні джерела правил тощо. Те саме стосується і поточної чинності. Може існувати більше або менше акторів, які визнають *Y* як вагомий та важливий, так само як і рівень того, наскільки ці актори шанобливо ставляться до *Y*, може варіюватися. Нарешті, вихідна чинність може проявлятися у різних ступенях. Наприклад, у Китаї документ, який підтверджує право власності на будинок, не є зовсім нікчемним. Але він має нижчий рівень вихідної чинності, ніж його еквівалент у Нідерландах.

2. Типова чинність

Поки що я зосереджувала увагу на тому, як можна розглядати чинність окремого юридичного *Y*, як-то кодекс, контракт, угода чи заповіт. Але такий дослід має сенс лише на тлі певного інституційного правового порядку, в якому ці типи юридичних актів і конструктів *назагал* сприймаються як такі, що мають значення. Саме на тлі такого порядку контракти, заповіти чи правила *декларують* про свою чинність. Сам факт того, що суд, розглядаючи заповіт, оголошує його нечинним, передбачає, що спочатку цей заповіт мав якийсь юридичне значення, тобто декларував свою чинність. Якби такий заповіт лишився неоскарженим, він, навіть будучи незаконним, цілком передбачувано породив би юридичні наслідки. Така декларація чинності є життєво важливою. Якби не вона, контракти чи заповіти сприймалися б як іграшкові гроші, які нікому б не спало на думку розглядати серйозно. Відмінність між театральним актором, який на сцені зображує поліцейського, і самозванцем, який надів на себе одяг поліцейського, полягає в тому, що ніхто навіть на хвилину не стане розглядати актора як справжнього поліцейського – він просто не декларує, що він ним є. Інакше кажучи, *щоб стати нечинною, норма спочатку має бути чинною!*

Звісно, у цьому твердженні слово «чинність» має два відмінних значення. Декларація чинності не тотожна чинності як такій. Але важливо наголосити, що окремий заповіт може декларувати свою чинність лише на тлі загальної віри в те, що в цілому заповіти мають значення, виражають людську волю і породжують як юридичні, так і фактичні наслідки. Окремий заповіт є *артефактом* певного *типу*. Оскільки цей тип (увесь *клас* заповітів) загалом сприймається як чинний у певному правовому порядку, є сенс у тому, щоб цікавитися чинністю

конкретного заповіту. Ми маємо, таким чином, розрізняти чинність артефактів (*token-validity*) і типову чинність (*type-validity*). Типова чинність презюмується та утворює тло для нашої оцінки чинності окремого юридичного конструкту як артефакту відповідного типу¹.

Для кращого розуміння типової чинності, ми можемо звернутися до ідей Дж. Серля щодо того, як конструюється соціальна реальність [6]. Він зазначає, що практично всі слова, за винятком тих, які позначають очевидні й «грубі» речі, як-от «лід» або «камінь» чи «вітер», є результатами приписування значень. Терміни на кшталт «кордон», «весілля», «привітання» чи «прапор» є результатами того, що С. Пуфендорф назвав *impositio*, тобто приписуванням певного значення чи статусу фактам². Банкнота може бути просто шматочком паперу, але це не означає, що шматочок паперу перетворився на банкноту. Саме внаслідок нашої домовленості, що цей шматочок паперу вважається за банкноту, ми здатні її використати, щоб купити хліба. Так само кам'яна стіна може виконувати функцію кордону, лише якщо ми колективно погодилися з тим фактом, що ця кам'яна стіна вважається за кордон.

Базовим елементом соціальної реальності, таким чином, є домовленість щодо твердження, що певний об'єкт X вважається за Y у контексті C. Я не маю наміру повторювати тут майстерну аргументацію Дж. Серля, однак слід особливо наголосити на двох властивостях цих «вважається-за» суджень, які мають значення для нашого дослідження. Перша властивість полягає у тому, що термін Y створюється для виконання певної функції. Якщо ми кажемо: «ця стіна вважається за кордон», то ми це робимо тому, що «кордон» робить те, чого «стіна» сама собою робити не може: стіна не в змозі сказати людям, що вони мають робити, і від яких дій їм слід утриматися. Дж. Серль, відтак, зазначає, що твердження «ця скеля вважається за стілець» не є базовим елементом соціальної реальності; скеля може виконувати функцію стільця навіть без будь-якої домовленості чи правила (ми можемо просто на неї сісти). Терміни Y, зі свого боку, повністю залежать від нашого колективного приписування певного статусу, аби виконувати певну встановлену функцію.

Приклад із кордоном дає змогу також прояснити і другу властивість термінів Y: функція, яка виконується термінами Y, полягає у тому, що вони наділяються певною деонтичною силою [6, 100] (правом, обов'язком, дозволом, привілеєм). Так, кордон покладає на нас обов'язок триматися від нього подалі, або він може надавати право іншим вбивати будь-кого, хто перетне його. Згідно з Дж. Серлем, винятково на основі тяглого в часі колективного прийняття певного приписування статусу терміни Y можуть успішно виконувати покладені на них функції: «Оскільки фізичні властивості певного терміна Y є недостатніми для гарантування успішності виконання ним покладеної функції, має бути продовжене колективне визнання чи прийняття чинності приписаної йому функції, інакше ця функція не зможе бути ефективно реалізована» [6, 45].

¹ Саме тому Г. Харт зазначає, що у випадку загального нехтування законами немає жодного сенсу у з'ясуванні чинності окремого правила. Див.: [5, 103–104].

² С. Пуфендорф зазначав, що так звані «моральні сутності» «не виникають із природи чи з фізичних властивостей речей, але є доданими, за волею розумних істот, до речей, що вже існують і є фізично завершеними <...>, і насправді виникають лише за бажанням їх авторів» [7, 1–4].

Це не означає, утім, що будь-яке використання терміна Y передбачає наявність такої колективної домовленості. Звісно, можливим є й використання термінів Y , які не мають жодного деонтичного статусу *для нас*, і тому не залежать від нашої колективної домовленості. Якщо ми кажемо, що купа каміння є «Адріановим валом»¹, який за стародавніх часів слугував кордоном, ми використовуємо при цьому наше розуміння статусу Y , які входять до типу «кордон», але ж ми точно не кажемо, що для нас цей вал має статус кордону; ми просто описуємо факт, що серед римлян ця купа каміння мала статус кордону, тим самим створюючи певні права й обов'язки для них. Ми, таким чином, не погоджуємося з тим, що цей X вважається за Y , ми просто описуємо певну історичну колективну домовленість, що цей X колись вважався за Y ².

Для наших цілей важливе твердження Дж. Серля, що ми зазвичай приписуємо таку деонтичну силу *типам* Y , а не окремим Y . Має бути зрозуміло, що цілком можливо приписати певне значення окремим об'єктам, але зазвичай ми цього не робимо. Ми можемо створити термін Y , скажімо, прямо на місці, проводячи лінію на піску й кажучи людям, що вони не мають перетинати цю конкретну лінію. Ми можемо спостерігати таке приписування значення певним окремим об'єктам у дитячих іграх, коли діти створюють гру й кажуть: «з цього моменту ця лялька – учитель», або «ці листочки – наші гроші»; але всього хвилиною пізніше та сама лялька стає дитиною когось із дітей, а листочки – кулями для перестрілок. Але в соціальному житті дорослих людей, які не грають в ігри, подібні плюралізм і мінливість значень є обмеженими. Це, на мою думку, є результатом того факту, що формула « X вважається за Y » є застосовною лише за певних умов.

Дж. Серль назвав ці умови «контекст». Ми можемо сказати, що в контексті шкільного класу «підняти руку» вважається за «я маю питання», але в контексті аукціону «підняти руку» вважається за «я піднімаю ставку». У цих прикладах, взятих із соціального життя, контекст складається із певних умов, які зазвичай лишаються явно не вираженими. Однак у межах правового порядку такі умови є явно вираженими й артикульованими. Якщо лист паперу підписаний свідками у присутності нотаріуса тощо, він вважається за заповіт. Щоправда, важливо зазначити, що такі явні умови не лише виражають контекст, а й слугують для *конструювання юридичного типу*: усі листи паперу, які мають названі властивості у певних умовах, вважаються за заповіт.

Оскільки ми зазвичай приписуємо значення *типу* Y , ми не зупиняємося кожного разу, коли хочемо витратити долар, щоб прочитати весь текст, який на ньому написано, аби переконати себе в тому факті, що це справжній долар, а не підроблений. Ми діємо на тлі припущення, що банкноти такого *типу* є чинними, тобто мають статус, щодо якого існує колективна домовленість. Саме це уможливорює існування підроблених банкнот. За умов відсутності типової чинності, підроблені банкноти не могли б навіть декларувати те, що вони справжні, і тому ця їхня удавана справжність не могла би бути спростована. Якщо немає типової чинності, то немає критерію відмежування чинних банкнот від нечин-

¹ Адріанів вал (англ. Hadrian's Wall) – потужне укріплення на території Британії, збудоване за імператора Адріана у 117–138 рр. – Прим. перекладача.

² Див. також: [5, 104].

них. У таких умовах вони всі мали б індиферентний статус, були б простими клаптиками паперу¹.

Отже, ми можемо сказати, що визначення чинності певного артефакту передбачає наявність слова чи словосполучення, щодо якого люди мають домовленість про статус, який приписується певному типу, і який наділяє його деонтичною силою. Це означає, що хоча розгляд певної речі з точки зору її чинності зумовлений нашою невизначеністю щодо того, чи можемо ми вірити *цій окремій речі*, такий розгляд має сенс лише у контексті *загальної* віри, тобто віри в те, що загалом значення цієї речі є загальноприйнятим і релевантним.

Ця віра, що в цілому люди мають колективну домовленість щодо факту, що типи X вважаються за типи Y, і є тим, що я називаю типовою чинністю. Це віра в те, що існує певна колективна домовленість щодо значень і статусів, приписаних певним типам речей, і що всі інші діятимуть на основі цієї домовленості. Таким чином, не сама собою колективна домовленість є фундаментальною складовою соціальної реальності, як вважає Дж. Серль, *a віра* в те, що така колективна домовленість існує. Це може виглядати дивно – характеризувати феномен юридичної чинності через віру. Чинність зазвичай представляється як властивість певного юридичного конструкту, яка може бути більш-менш об'єктивно приписана, але не як дещо, у що «вірять». Але якщо ми кажемо, що заповіт є чинним тому, що його було підписано у присутності нотаріуса, ми можемо це сказати лише на основі нашої віри в те, що усі інші релевантні актори погоджуються з фактом, що відповідний аркуш паперу, підписаний у присутності нотаріуса, вважається за заповіт.

3. Колективна домовленість і функціональність

Я вже описувала вище три шляхи оцінки чинності певного артефакту, таких як контракт чи правило. Така оцінка може відбуватися лише на тлі презюмованої чинності типу об'єктів, до якого належить відповідний артефакт. Ми припускаємо, що загалом тип X супроводжується значенням і статусом типу Y. Однак звідки ми знаємо, що таке припущення є виправданим? Звідки нам відомо, що загалом люди погоджуються з тим, що певний *тип X* вважається за *тип Y*? Звідки ми знаємо, що наша переконаність у тому, що певне значення поділяють інші, є виправданою? Видається, ми знову стикаємось із завданням оцінки чинності Y, однак цього разу потрібно оцінити чинність не артефакту Y, а типу Y.

¹ Я не думаю, що є сенс у тому, щоби розмежовувати, як це робить Дж. Серль, дійсні «вважається-за» твердження (як у випадку з твердженням «це коктейльна вечірка», коли люди мають активно приписувати вечірці значення коктейльної вечірки, аби ця вечірка виконувала функції коктейльної вечірки) і «вважається-за» твердження, які не залежать від активного приписування значення (як у випадку з доларовою купюрою, яка, одразу після друку, впала в щілину у підлозі, однак усе ще вважається за гроші, незважаючи на те, що ніхто ніколи не приписував значення грошей саме цьому конкретному клаптику паперу). Тут ми стикаємося з двома моментами: чи є активне визнання вечірки коктейльною вечіркою необхідною умовою для того, щоб ця коктейльна вечірка виконувала свою функцію (так); і чи може окрема коктейльна вечірка бути визнана коктейльною вечіркою за умов відсутності значення, яке приписується цьому класу вечірок (ні). Для того щоб визнати коктейльну вечірку, ми маємо використовувати загальне поняття «коксейльна вечірка», яке можна застосувати до певного X (фізична наявність певної зустрічі людей), яке відповідає певним умовам. Див.: [6, 33, 53].

Дж. Серль не ставить це питання, оскільки він сприймає колективну домовленість щодо того, що [тип] X вважається за [тип] Y, як точку відліку соціальної реальності. Він не цікавиться ані тим, як ми дійшли цієї домовленості, ані тим, що робить її сильнішою чи слабшою. Однак не слід сприймати колективну домовленість суто статично, як дещо, що або є, або немає. Колективне прийняття може зростати або зникати. Як наслідок, наша *віра* в таку колективну домовленість так само може міцнішати або слабшати. Таким чином, ми маємо запитання: за яких умов колективна домовленість міцнішає і за яких умов вона слабшає?

Аналогія з репутацією може знову стати у нагоді при відповіді на це запитання. Як ми побачили у розділі 2, так само як репутація людей, чинність окремого об'єкта Y формується завдяки минулому досвіду щодо Y, його нинішньої компанії та очікувань майбутніх наслідків. Окремий об'єкт Y може походити з більш або менш респектабельного джерела, до нього може звертатися більша чи менша кількість акторів із більшою чи меншою повагою, і він може бути більшою чи меншою мірою ефективно реалізований. Те саме стосується і типової чинності, якою має характеризуватися певний тип Y. Чинність [типу] Y, таким чином, є рівною мірою сформованою з надійного і респектабельного джерела, позиції, яку [тип] Y обіймає з-поміж інших типів, а також із наслідків, яких можна очікувати, якщо [тип] Y задекларовано як «чинний», тобто як такий, що претендує на існування колективної домовленості щодо нього.

Усі ці аспекти визначають статус [типу] Y, і тут я використовую поняття статусу у подвійному значенні: «статус», до якого звертається Дж. Серль, тобто статус, що приписується певному X для його активації як Y і що має деонтичну силу; і «статус», що використовується у звичайній мові для позначення престижу, що асоціюється із певною людиною порівняно з іншими людьми. Перевага останнього повсякденного вжитку цього слова у тому, що воно позначає статус як щось, що має градації, рівні. Не як дещо, що є або не є приписаним певному X, а як дещо, що може мати нижчий чи вищий рівень. В одних культурах люди загалом визнають вищий статус за сертифікованими товарами, або визнають більш статусним судовий розгляд справи, ніж в інших культурах, і ці відмінності можуть братися до уваги лише за умови, якщо ми сприйматимемо типову чинність як дещо, що має градацію.

Один із факторів, які впливає на рівень статусу, – це рівень нашої віри в те, що цей статус породжуватиме реальні наслідки. Простий приклад може прояснити мою точку зору. Згідно з дослідженнями островів Тробріан, проведених Б. Малиновським, власник кокосових пальм, який не мав змоги стежити за ними, якщо вони росли на великій відстані, прикріплював пальмовий лист до стовбура, тим самим вказуючи, що це дерево є «власністю», тобто інформуючи всіх, що саме власник мав право збирати кокоси з цього дерева, і що всі інші зобов'язані не чіпати його [8, 58–59]. Пальмове листя надавало власникові дерев здатність розширити зону свого контролю далеко за межі його фізичних можливостей, як у термінах простору, так і в термінах часу [6, 80–81]. Воно слугувало індикатором статусу дерев як таких, що перебувають у власності, і таким чином воно створювало права й обов'язки. Однак якщо власник ніколи не з'являвся для того, щоб зібрати кокоси, тобто ніколи, власне, не реалізовував право, яке

сам задекларував, пальмове листя (як тип) поступово втрачало своє значення і перетворювалося на мертвий символ. Ніхто більше не переймався тим, щоб оцінювати окремих пальмовий листок і його значення.

Це звучить доволі просто й самоочевидно, але тут ми стикаємося із проблемою. Дж. Серль зазначає, що сам факт приписування значення *X* допомагає йому (в статусі *Y*) виконувати свою функцію. Без такої домовленості, *X* не міг би виконувати цю функцію. Отже, якщо існує якась функція, виконувана *Y*, то це відбувається винятково завдяки тому, що ми приписуємо йому певний статус, який перетворює якийсь *X* на цей *Y*. Але якщо ми скажемо, що наша колективна домовленість частково *залежить* від того, чи дійсно *Y* виконує свої функції (результат, який ми очікуємо від *Y*), ми розвертаємо аргументацію в протилежний бік. Ми не кажемо – як Дж. Серль – що колективна домовленість формує функціональність *Y*, але ми кажемо, що функціональність *Y* інформує нас про те, наскільки *Y* є вагомим для нас. Функціональність, таким чином, є основою нашої колективної домовленості, а не навпаки.

Обидва твердження виглядають правдивими одночасно. Неможливо заперечувати, що кам'яний вал створює для нас права й обов'язки, лише якщо ми колективно погодимося із твердженням, що це огорожа, яка вважається за кордон. Водночас зворотнє також правда: неспроможність *Y* виконувати свою функцію може підірвати колективну домовленість щодо його статусу (і як наслідок – нашу віру в таке колективне прийняття цього статусу). Схоже, ми ходимо по колу. Можливо, саме в цьому причина того, що Дж. Серль не виходить за межі факту домовленості, просто припускаючи, що саме вона є точкою відліку і базовим елементом соціальної реальності. Однак рух по колу може бути нашою найближчою межею, до якої ми можемо підійти, розгадуючи цю загадку. Очевидно, тут є циклічність. Успішне виконання приписаної функції посилює колективне прийняття статусу, однак неспроможність виконувати функції, для яких цей статус було приписано, підриває це колективне прийняття. Функціональність і прийняття є взаємозалежними: вони слабшають чи міцнішають разом¹.

Хоча тут і є взаємна залежність між функціональністю і прийняттям, я не хочу, щоби мене витлумачили неправильно, ніби я оцінюю статус термінів *Y* як такий, що залежить від того, що Г. Кельзен іменує «ефективністю», або *Wirksamkeit*. Я не звертаюся тут до ефективності як такої, я підкреслюю значущість *очікуваної* ефективності. Статуси реалізують свою функціональність тією мірою, якою ми *віримо або розпізнаємо* *Y* як такі, що ефективно здійснюють свою деонтичну силу і мають значення для нас. Статус пальмового листка швидко себе б вичерпав, якби власники кокосових пальм лише *сприймалися* б як недбалі у реалізації своїх прав. Ось чому ми надаємо перевагу терміну «вихідна чинність», а не «ефективність». «Вихідна чинність» дає змогу показати, що чинність є *приписаною*, інакше кажучи, що вагомість є *асоційованою* з певним об'єктом *Y*, завдяки очікуванням майбутнього результату його дії. Ці очікування можуть формуватися з реального результату, який вже мав місце, але це не завжди так.

Приклад із мафією може прояснити мою точку зору. Мафію зазвичай сприймають як таку, що базується на насильстві. Однак у своїй захоплюючій книзі

¹ Щодо взаємної залежності, див.: [9, 6–10].

про сицилійську мафію Д. Гамбетта показує, як насильство стало відігравати все меншу роль. Раніше мафія створювала атмосферу небезпеки і страху, що робило продукт, який мафія могла надавати, – захист – більш потрібним і бажаним. Однак у певний історичний момент розвитку мафії демонстрація агресії і насилля перестала бути потрібною. Самого *найменування* «мафія» стало достатньо для виконання нею своїх функцій. Тільки-но репутація ефективного захисника надійно укорінилася, потреба в агресивній поведінці зникла. Як зазначає Д. Гамбетта, тоді як промисловці все ще мають продовжувати виробляти автомобілі, навіть якщо вони користуються гарною репутацією, ситуація відрізняється у випадку з мафією, яка продає захист. Сам собою статус потужного захисника є, отже, достатнім для генерації захисту як такого [10, 44].

Цей приклад посилює точку зору Дж. Серля щодо того, що прийняття породжує функціональність. Це означає, що статус термінів *Y*, навіть будучи залежним від очікуваної дієвості, має підтримуватися постійною результативністю. Саме тому я не думаю, що примус є ключем до розуміння того, чому ми підкорюємося праву, як вважає Ф. Шауер [11]. Ключем є *віра* в те, що примус буде застосований відповідно до статусу термінів *Y*. Або, більш точно: віра в те, що існує колективна домовленість щодо приписування статусу об'єкту *X*, який ініціює обов'язок застосування санкцій. Ця віра сама собою допомагає *Y* виконувати приписані йому функції. Крім того, тривала неспроможність виконувати ці функції (уявіть собі мафіозі, в якого відібрали зброю, або просто посадили до в'язниці) призведе до втрати цього статусу: не миттєво, але в довготривалій перспективі. І така втрата статусу в результаті призведе до обмеження функціональності, яке ще більшою мірою знизить статус, і так далі.

4. Джерела і статус

Взаємна залежність існує не лише між колективною домовленістю і вихідною чинністю, а й між колективною домовленістю і вхідною чинністю. Юристи навряд будуть здивовані тим, що джерело і процедурна коректність визначають статус термінів *Y*. Фактично саме таким способом вони переважно й визначають чинність певного артефакту *Y*. І це стосується не лише окремих правил чи контрактів, а й типів *Y*: усі правила, які проходять Державну Раду¹, набувають статусу формального закону. Можна навіть сказати, що не лише артефакти, не лише типи, а й те, яким чином вони поєднані між собою й утворюють *систему*, оцінюється з точки зору вхідної чинності. Те, яким чином правовий порядок конструюється, процедури, яких при цьому дотримуються, посилюють статус цього порядку. Усі типи умов можуть бути застосовані для оцінки рівня вхідної чинності. Не лише формальні й процедурні умови можуть сприйматись як релевантні, а й моральні. У таких випадках правовий порядок декларується як такий, що є чинним, якщо його встановлено за допомогою демократичних процедур або якимось божеством. Усі ці умови можуть слугувати для відмежування правової форми від неправової і протиправної, легального від нелегального. Усе це є стартовими умовами для того, щоб тип *X* вважався за тип *Y* або розгля-

¹ Державна Рада – консультативний орган при Уряді Нідерландів, який надає рекомендації щодо законопроектів. Незважаючи на свій формально дорадчий статус, схвалення Державною Радою є у більшості випадків необхідним етапом законодавчої процедури. – Прим. перекладача.

дався у зв'язку з іншими типами Y. Нескладно помітити, таким чином, що рівень вхідної чинності (тобто рівень віри в те, що всі ці умови дотримано) посилює колективну домовленість щодо того, що тип X вважається за тип Y.

Однак більше сюрпризів приховує зворотня ситуація. Чим вищий статус має Y, тим більш значною є потреба в тому, щоб показати, що він відповідає стартовим умовам чинності. Знову ж таки, приклад із мафією, незважаючи на його простоту, слугує гарною ілюстрацією. Тільки-но статус «мафіозі» набуває такої підтримки, що стає функціональним сам собою, незалежно від проявів агресії, *стає надзвичайно важливою* здатність продемонструвати, що хтось вважається «справжнім» мафіозі. З цією метою створюється набір умов, за якими «справжній» (чинний) мафіозі може бути ідентифікований. Мафіозі тут перетворюється на тип, і кожен окремих мафіозі має порівнюватися з цим типом для з'ясування, чи є він «чинним» мафіозі. Д. Гамбетта говорить про те, як було розроблено різноманітні механізми для того, щоби «сертифікувати» тих, хто належить до «справжньої банди»: ритуали ініціації, свідчення очевидців¹, а також цілі організації з представників різних сімей, чийм єдиним клопотом було витіснення удаваних мафіозі з бізнесу [10, 6].

Якщо ми перенесемо ці ідеї на право, то побачимо, що критерій вхідної чинності (ритуали ініціації, коректність процедури, статус правотворчого органу) вважається тим важливішим, чим більшою мірою статус Y є забезпеченим. Що міцнішою є репутація Y (неважливо, мафіозі, заповіту чи контракту), тим важливішою стає здатність відрізнити справжній Y від удаваного.

Доволі спокусливою є гіпотеза, що сучасний типово юридичний фокус на вхідній чинності як на єдиній формі чинності є наслідком того, що статус, який назагал приписується юридичним артефактам, у нашій правовій культурі є загалом захищеним. У країнах і культурах, для яких характерними є загальна недовіра чи ігнорування правових артефактів, питання їх походження чи процедурної коректності можуть відігравати куди менш важливу роль. Загалом це збігається з тим, про що я зазначила на початку статті: має існувати певний запас типової чинності для того, щоб оцінка чинності окремого юридичного артефакту мала сенс. Тепер ми можемо додати до цього, що, вірогідно, *рівень* типової чинності визначає і *рівень*, на якому вхідна чинність є релевантною.

Ми побачили, що статус термінів Y однаково визначає вихідну чинність і залежить від неї, тобто від рівня, до якого ми очікуємо від Y якоїсь ефективності. Ми також змогли переконатися у тому, що статус термінів Y визначає вхідну чинність і залежить від неї, тобто від рівня, до якого ми вирімо, що всіх умов для того, щоб X вважався за Y, було дотримано. А що з поточною чинністю? Яку роль відіграє сприйняття статусу [типу] Y як такого, що є вагомим і релевантним в очах інших? Фактично поточна чинність є нічим іншим, як самим статусом, який термін Y має в очах відповідних акторів. Це якраз і є та інтерсуб'єктна колективна домовленість, яка береться за точку відліку для визначення статусу Y. Що більше ми вирімо в існування такої колективної домовленості, то міцнішою ця домовленість стає, а що міцнішою вона є, тим більше ми вирімо в її

¹ Навіть батьки бажали переконатися у тому, що їхні сини стали справжніми мафіозі після міграції до США, і вимагали з цією метою незалежні свідчення від незацікавленої третьої сторони [10].

існування. Отже, ми пройшли повне коло. Але знову ж таки, циклічний характер аргументації не повинен завадити нам у тому, щоб дотримуватися цієї аргументації і дійти логічного висновку. Якщо всі мої колеги сприймають стандартизовані протоколи аудиторського комітету¹ серйозно, я з високою вірогідністю сприйму їхню думку, лише щоб не поставити під загрозу мою репутацію і репутацію моїх колег. І це лише посилить статус і супровідну деонтичну силу цих протоколів. Немає нічого містичного у такій циклічності.

Доволі ясно, що поточна чинність, тобто рівень колективної домовленості, залежить також від вхідної та вихідної чинності. Але знову ж таки, колективна домовленість не обов'язково супроводжується вхідною і вихідною чинністю. Може виникнути ситуація, коли колективне прийняття терміна *Y* є саме собою доволі міцним для того, щоб мати ефект, навіть без матеріалізації якихось санкцій. У такій ситуації поточна чинність, тобто інтерсуб'єктна колективна домовленість щодо статусу певного терміна *Y*, є самодостатньою. Хтось приписує статус *Y* тому, що так роблять інші. Коли на *Y* посилаються суди й академічні юристи, коли він практикується релевантними акторами або використовується як настанова для політиків, це усе додає *Y* статусу і робить його відносно автономним щодо вхідної та вихідної чинності. І оскільки всі інші так роблять, орієнтуючись на терміни *Y*, зростає статус усіх пов'язаних *Y*, і таким чином формується мережа значень, яка підтримує сама себе. Вже не є необхідним, щоб кожен [тип] *Y* був підтриманий вхідною чи вихідною чинністю. Несамодостатні елементи можуть бути підтримані іншими, краще забезпеченими елементами. Народжується правовий порядок.

Я, звісно, вважаю, що має бути наведено більше емпіричних доказів тому, що ця остання ситуація матеріалізувалася у нашому сучасному правовому порядку, заповненому м'яким правом. Типова чинність (віра в колективне прийняття типів) є настільки міцною, що усього лише удаваної легальності достатньо для того, щоб надати м'якому праву (символічній) чинності. Якщо навчальний план певного університету вважається акредитованим, очевидно, немає сенсу досліджувати вхідну чи вихідну чинність цього статусу. Той факт, що акредитація здійснюється організацією, що не має на це юридичного мандату, чи що вона не має жодних важелів впливу на тих, хто не дотримується її вимог, не має жодного значення: статус («акредитований навчальний план») *говорить сам за себе*. Регуляторні практики, в яких наглядові ради «радять» адресатам норм інвестувати в умови праці і супроводжують цю пораду детальними інструкціями, можуть не мати правового базису, або можуть бути не забезпеченими жодними санкціями. Але все ж адресати норм тремтять перед їхніми візитами і роблять все можливе для того, щоб відповідати їхнім бажанням, навіть якщо це йде врозріз із внутрішнім (можливо навіть кращим) баченням [12]. Сам факт того, що адресати норм сприймають подібні «поради» настільки серйозно, може схилити інших акторів до того, щоб розглядати їх як вагомий підстави для своїх рішень. Суди зазвичай додають значущості поглядам і соціаль-

¹ Ідеться про неофіційні професійні асоціації, які періодично проводять аудит університетської діяльності в Нідерландах. Такі перевірки не є офіційними чи ініційованими урядом, але при цьому мають доволі високий статус, і їх незадовільні результати можуть стати приводом для застосування санкцій до університету та суттєвих репутаційних втрат. – Прим. перекладача.

ним практикам, що існують у певному середовищі. Посилання на такі поради в академічній літературі посилює їх репутацію ще більше, що також впливає і на репутацію їх творця, у нашому випадку – наглядової ради. Відтепер ці поради розглядаються як релевантні і вагомні підстави для рішень як для адресатів норм, так і для суддів. Найкращі практики адресатів норм, які імплементували ці норми як свої власні, будуть пропагандуватися, все більше інституцій будуть добровільно впроваджувати ці практики, щоб покращити свою репутацію, що надасть ще більше причин для посадовців для використання їх як підстав для своїх рішень. Із плином часу «поради» перетворилися на щось дуже близьке до загальнообов'язкового права.

5. Вразливість чинності

До цього моменту я показувала, що оцінка чинності окремого юридичного конструкту, такого як заповіт, контракт чи правило, здійснюється на тлі віри в те, що назагал такі контракти мають значення і створюють підстави для дій. Типова чинність є нічим більшим, аніж вірою в те, що існує певна колективна домовленість, завдяки якій [тип] X вважається за [тип] Y. Ця колективна домовленість може міцнішати або слабшати залежно від того, чи відповідають ці типи певним явним і загальноприйнятим вхідним умовам (вхідна чинність), чи є вони, і якщо так, то якою мірою, підтримувані іншими людьми – колективне прийняття саме собою, або поточна чинність, – і, зрештою, чи є вони дієвими, тобто чи породжують вони ті наслідки, які мають породжувати, відповідно до наших очікувань (вихідна чинність). На основі цих трьох шляхів репутація (тобто чинність) юридичних конструктів загалом (а так само і їх взаємозв'язків у межах правового порядку) може бути встановлена і визначена.

Я висунула гіпотезу, що вхідна чинність і вихідна чинність є взаємозалежними і посилюють одна одну. Таким чином, можна сказати, що довіра породжує довіру [12]. Якщо я маю рацію щодо цього, що потребує обґрунтування подальшими емпіричними доказами, то це добра новина для країн, які пробиваються через слабкість своїх правових порядків, тобто через інституційні умови, які базуються на обмеженій типовій чинності¹. Цикли взаємодії між вхідною, поточною і вихідною чинністю не передбачають «першого ходу» однієї з них. Зовсім не обов'язково, що правові порядки інституціоналізуються завдяки проявам насилля і примусу (тобто вихідної чинності. – Прим. перекладача). Можна почати й з іншого кінця, забезпечуючи ясність і загальноприйнятність вхідних умов. Або можна спробувати згенерувати поточну чинність. Ми не повинні шукати «золотого ключа», що відімкне би двері до стабільного правового порядку. Такий правовий порядок може з'явитися зі скромних починань і розвинутиися завдяки чистому самозабезпечувальному динамізму.

Однак, як видається, завжди існують межі цієї самозабезпечувальної природи інституційних порядків. Ми не повинні забувати, що вся мережа взаємозабезпечувальних інститутів й аргументів повністю побудована на репутації. Вона може бути сильною й стабільною, але щойно з'являються сумніви, вони можуть підірвати всю мережу взаємних залежностей, і тим самим самозабезпечувальним чином колективна домовленість може розтанути так само швидко,

¹ Так звані країни, що не відбулися (failed states), див.: [13].

як вона виникла. Сумніви щодо статусу терміна *Y* спричинюють зниження його функціональності, що, зі свого боку, підриває його поточну чинність. Як наслідок, втрата поточної чинності робить вхідну чинність менш важливою. Це неминуче впливає на статус інших термінів *Y*, які пов'язані з тим, який поставлено під сумнів. Запускається негативна спіраль, чимось подібна до краху на фінансових ринках.

Я не знаю, на яких стадіях ми можемо очікувати на цю негативну спіраль. Виникнення м'якого права і статус, якого воно набуває, свідчать про значний рівень типової чинності. Але як довго очікувана ефективність може протриматися без жодних санкцій? Це питання є, зокрема, важливим для міжнародного м'якого права. Як довго права людини утримуватимуть свій статус, якщо вони лишатимуться овіяними святістю, але все ж неспроможними деклараціями, які нездатні породити реальні наслідки, що дійсно покращують життя людей?

Це зловісна дилема. Якщо ми сприймаємо серлівську картину конструкції соціальної реальності як істинну, то є сенс у тому, щоб плекати певні очікування, що ці праволюдні терміни *Y* – через сам факт їх згадки в деклараціях і договорах – набувають значення самі собою і тому породжують права та обов'язки, що підлягають реалізації. Вони, таким чином, набувають помірного рівня типової чинності, на тлі якої щонайменше *заклики* до прав людини можуть мати сенс. Ми побачили, що ця надія не є безпідставною. Але ми також побачили, що прийняття формується у вхідному, поточному та вихідному вимірах. В усіх цих трьох аспектах позиція прав людини є нестійкою. Їх джерела є сумнівними, вони часто згадуються в академічних колах, але ще частіше ігноруються посадовцями. Це означає, що якщо ці декларації лишаться мертвими літерами, вони можуть породити виправданий скептицизм, що може також поширитися на ті частини міжнародного права, які мають більш формальний статус. Не лише м'яке право, а й «тверде» право може почати сприйматись як неспроможне і безпорадне, радше як символ, аніж статус.

Це також застосовне, хоча й меншою мірою, і до внутрішньодержавного м'якого права. Завжди є момент, коли всі раптом починають бачити, що король голий. Внутрішньодержавне м'яке право може мати приписаний статус доти, доки воно прив'язане певними тонкими нитками до формального твердого права, але нам лише належить побачити, як довго воно зможе прожити після перерізання цієї пуповини, і чи може поточна чинність сама собою зберегти життя цій дитині. Звісно, на відміну від міжнародного м'якого права, внутрішньодержавне м'яке право може бути реанімоване за допомогою погроз його примусового застосування, зокрема й із санкціями. Завдяки зміцненню вихідної чинності, циркуляція між вхідною, поточною та вихідною чинністю може бути перезапущена. Або ж цього результату можна досягти у процесі формалізації, в якому умови чинності стають явними, що веде до набору процедурних обмежень, яких слід дотримуватися. Це може бути ризикованою стратегією – розраховувати лише на поточну чинність. М'яке і тверде право не є окремими системами, вони пов'язані у мережі правового порядку. Так само як м'яке право набуває свого статусу завдяки «шлюбу» з твердим правом, тверде право може втратити свій статус через цей шлюб. Якщо люди звикнуть до факту, що право може мати ілюзорне походження і невизначену результативність, вони можуть ставати усе менш чутливими до твердого права.

Хтось може заперечити: чи є кончина м'якого (і твердого) права насправді такою катастрофою? Якщо певна правова система є вкрай несправедливою і жорстокою, втрата нею репутації може навіть вітатися. Таке заперечення є виправданим. Ніхто в здоровому глузді не буде оплакувати втрату репутації мафією, і те саме, вірогідно, стосується і багатьох правових систем по всьому світу. І все ж, я хотіла б відзначити одну важливу функцію правових порядків, яка, мабуть, заслуговує на те, щоб бути збереженою, навіть якщо вони надають форми аморальним чи жалюгідним політичним режимам. Для того щоб побачити цю важливу функцію, варто пригадати приклад із регулюванням неформальних ринків. Як ми переконалися, типова чинність формального інституційного порядку є функціональним еквівалентом персональної репутації у подібних неформальних умовах. Але незважаючи на функціональну подібність, формальний інституційний порядок має певні переваги, які не можна з легкістю проігнорувати. У формальних порядках умови є явними і більш-менш сталими й зафіксованими. Це означає, що репутація приписується радше типам, ніж окремим артефактам. І це, зі свого боку забезпечує те, що ці типи можуть набувати загальноприйнятого значення і статусу, які сягають далеко за межі вузького локального контексту неформальних умов. Формальні правові порядки, навіть морально невинуваті, уможливають координацію між людьми, які є віддаленими одні від одних і в часі, і в просторі. Репутація таких правових порядків не є, отже, чимось таким, чим можна пожертвувати без ризику втрати цієї координації.

Висновки

Саме питання щодо того, чи є певний юридичний конструкт чинним чи нечинним, передбачає існування світу, в якому типи таких конструктів розглядаються як значущі підстави для ухвалення рішення. Ми хочемо знати, чи вважається певний контракт чинним тільки у світі, в якому контракти назагал мають значення. Але коли вони назагал мають значення? Тільки тоді, коли ми віримо в існування колективної домовленості щодо факту, що контракти мають значення, тобто породжують юридичні і фактичні наслідки, або, говорячи більш широко, коли ми віримо в існування життєздатного правового порядку. Така віра, утім, не є чимось таким, що є або чого нема. Вона може слабшати або міцнішати.

Але за яких умов ця віра міцнішає або слабшає? Це питання важливе не тільки для розуміння виникнення м'якого права у Західному світі, а й для розуміння того, коли і чому правові порядки втрачають значущість і надійність, як у випадках «держав, що не відбулися». Фактично «право, що не відбулося», є зворотною стороною м'якого права. Тоді як у Західній Європі багато форм м'якого права розглядаються як значущі, навіть якщо вони не є чинним (у традиційному вузькому сенсі. – Прим. перекладача) правом, держава, що не відбулася, може видати кодифікований акт, який слідує суворій юридичній процедурі, але таке неймовірно «тверде» право є, проте таким, що не має значення, і таким, що не породжує ніяких підстав і причин для ухвалення рішень¹.

Для розуміння цього цікавого феномена потрібні емпіричні дослідження. Із цією метою я сформулювала декілька гіпотез, які разом утворюють теоретич-

¹ Якщо воно й породжує такі причини і підстави, то це використовується лише для збагачення посадовців.

ну точку відліку для подальших досліджень, які уможливають розуміння умов, за яких віра у правовий порядок міцнішає, або, навпаки, ставиться під загрозу. Первинне припущення, що лежить в основі цих гіпотез, є аналогією: це припущення, що типова чинність правових систем може сприйматися тим самим чином, як і репутація людини. Чинність, як і репутація, формується із вхідних положень (походження, джерела, ввідні процедури), поточної активності (повага, яка висловлюється іншими суб'єктами) і вихідних результатів (рівень дійсної ефективності). Вхідні, поточні й вихідні аспекти разом формують рівень, до якого правовий порядок вважається надійним. Характерно, що ці три аспекти є взаємозалежними і взаємодіють між собою тією мірою, що ми можемо говорити про самодостатній механізм. Таким чином, втрата довіри породжує ще більшу втрату довіри, а віра породжує більше віри. Репутація – як людей, так і правових систем – втрачається так само швидко, як і формується. У випадках, коли репутація правового порядку є сильною, виникнення м'якого права можна пояснити. Мережа правових конструкцій, в яку вбудовано м'яке право, є достатньо сильною і стабільною, щоб незабезпечені елементи (м'яке право) підтримувалися більш забезпеченими елементами. М'яке право, таким чином, паразитує на чинності, асоційованій з твердим правом. Але в ситуаціях, коли репутація правового порядку є слабкою, м'яке право не може вижити взагалі, а тверде право бореться за те, аби на нього зважали. У таких випадках питання довіри буде, найімовірніше, вирішуватися завдяки поверненню до персональної репутації, більш обмеженої в обсязі, часі і місці.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Westerman P. Governing by Goals: Governance as a Legal Style / P. Westerman // Legisprudence: International Journal for the Study of Legislation. – Oxford, 2007. – P. 51–72.*
2. *Westerman P. The Emergence of New Types of Norms / P. Westerman // Legislation in Context: Essays in Legisprudence ; ed. by Luc J. Wintgens. – Ashgate : Routledge, 2007. – P. 117–133.*
3. *Black J. Forms and Paradoxes of Principles Based Regulation / J. Black // LSE Law, Society and Economy Working Papers. – 2008. – № 13. – 36 p.*
4. *Kelsen H. General Theory of Law and State / H. Kelsen ; transl. by A. Wedberg. – Cambridge : Harvard University Press, 1945. – 516 p.*
5. *Hart H. L. A. The Concept of Law / H. L. A. Hart. – 2nd ed. – Oxford : Oxford University Press, 1997. – 315 p.*
6. *Searle J. The Construction of Social Reality / J. Searle. – New York : The Free Press, 1995. – 256 p.*
7. *Pufendorf S. De Iure Naturae et Gentium / S. Pufendorf. – Francofurtum : Ex officina Knochiana, 1744. – Vol. I. – 912 p.*
8. *Malinowski B. Crime and Custom in Savage Society / B. Malinowski. – New York : Harcourt, Brace and Co., 1926. – 166 p.*
9. *Homans G. C. The Human Group / G. C. Homans. – New York : Harcourt, Brace and World Inc., 1950. – 500 p.*
10. *Gambetta D. The Sicilian Mafia: The Business of Private Protection / D. Gambetta. – Cambridge : Harvard University Press, 1993. – 346 p.*
11. *Schauer F. The Force of Law / F. Schauer. – Cambridge : Harvard University Press, 2015. – 256 p.*

12. Timmer W. The Goal Well-Regulated. A Practical Inquiry Into the Application of Goal-Based Regulation: Dissertation / W. Timmer. – Rotterdam : Erasmus University Rotterdam, 2011. – 359 p.
13. Acemoglu D. Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty / D. Acemoglu, J. A. Robinson. – London : Profile Books, 2012. – 544 p.

REFERENCES

1. Westerman P. Governing by Goals: Governance as a Legal Style, *Legisprudence: International Journal for the Study of Legislation*, Oxford, 2007, pp. 51–72.
2. Westerman P. The Emergence of New Types of Norms, *Legislation in Context: Essays in Legisprudence*, Ashgate, 2007, pp. 117–133.
3. Black J. Forms and Paradoxes of Principles Based Regulation, *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 2008, no. 13.
4. Kelsen H. General Theory of Law and State, Cambridge, 1945.
5. Hart H. L. A. The Concept of Law, Oxford, 1997.
6. Searle J. The Construction of Social Reality, New York, 1995.
7. Pufendorf S. De Iure Naturae et Gentium, Francofurtum, 1744, vol. I.
8. Malinowski B. Crime and Custom in Savage Society, New York, 1926.
9. Homans G. C. The Human Group, New York, 1950.
10. Gambetta D. The Sicilian Mafia: The Business of Private Protection, Cambridge, 1993.
11. Schauer F. The Force of Law, Cambridge, 2015.
12. Timmer W. The Goal Well-Regulated. A Practical Inquiry Into the Application of Goal-Based Regulation: Dissertation, Rotterdam, 2011.
13. Acemoglu D., Robinson J. A. Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty, London, 2012.

Вестерман П. Чинність: репутація правил

Анотація. Поширення м'якого права у правових системах сучасності створює передумови для переосмислення феномена юридичної чинності та з'ясування її функцій. У статті пропонується розглядати чинність як функціональний еквівалент репутації. Існує три шляхи оцінки чинності юридичних артефактів: вхідна чинність, що виражається у їх походженні і дотриманні стартових умов входження до правового поля; поточна чинність, що постає як колективна домовленість щодо статусу юридичного артефакту і його вагомості в очах учасників правового порядку; вихідна чинність, що виражає очікувані результати дії цього юридичного артефакту. Між цими аспектами чинності існує циклічна залежність: вони міцнішають і слабшають разом. Так само, як і репутація, чинність залежить від нашої віри в те, що юридичні артефакти насправді є тим, на що вони претендують. Відтак, що більш надійним є правовий порядок, то більше віри в себе він генерує, і навпаки.

Ключові слова: чинність, репутація, правовий порядок, м'яке право.

Вестерман П. Действительность: репутация правил

Аннотация. Распространение мягкого права в правовых системах современности создает предпосылки для переосмысления феномена юридической действительности и выяснения ее функций. В статье предлагается рассматривать действительность как функциональный эквивалент репутации. Существует три пути оценки действительности юридических артефактов: входная действительность, которая выражается в их происхождении и соблюдении стартовых условий вхождения в правовое поле; текущая действительность, которая выступает как коллективная договоренность о статусе юридического артефакта и его значимости в глазах участников правового порядка; выходная действительность, которая выражает ожидаемые результаты действия этого юридического артефакта. Между этими аспектами действительности существует циклическая зависимость: они крепнут и ослабевают вместе. Так же, как и репутация, дей-

ствителъность зависит от нашей веры в то, что юридические артефакты на самом деле являются тем, на что они претендуют. Поэтому, что более надежным является правовой порядок, тем больше веры в себя он генерирует, и наоборот.

Ключевые слова: действительность, репутация, правовой порядок, мягкое право.

Westerman P. Validity: Reputation of Rules

Summary. The proliferation of soft law in contemporary legal systems creates the need for reconsideration of the phenomenon of validity and clarification of its functions. This article deals with the hypothesis that validity is a functional equivalent of reputation. There are three ways to estimate the validity of a legal product and/or its type: input-validity, which informs their origins and whether the procedural requirements and conditions were met; throughput-validity, which is a collective agreement about the status attributed to a legal product or its type, and the weight of such an agreement in the eyes of the relevant actors; output-validity, which informs about expected legal and factual consequences of action of a legal product or its type. These three aspects of validity are cyclically interdependent: they wax or wane together. Trust generates trust and vice versa. Soft law usually enjoys only throughput-validity, but in strong legal orders it is supported by more sufficient «hard» elements. At the same time, in weak legal orders even strong law struggles for survival, as it may have no throughput- or output-validity.

Key words: validity, reputation, legal order, soft law.