

РЕГУЛЯТОРНІ ПРАВИЛА І ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА¹



П. ВЕСТЕРМАН
доктор права, професор
(Університет Гронінгена, Нідерланди)

Нас оточує безліч правил. Йдеться не тільки про правові норми, а й про правила етикету, соціальні правила, релігійні правила, моральні норми. Існує велика і давня традиція у філософії права щодо вивчення взаємозв'язку між нормами права і рештою усіх тих правил, які нас оточують. Тому дещо дивно виявити, що аналіз характеру правил, які є регуляторними, є рідкістю. Правила, що застосовуються для управління діяльністю лікарень, для організації початкових шкіл або з метою забезпечення охорони здоров'я у великій промисловості, а також для створення гарантій безпеки працівників підприємств, як правило, здобувають назву регуляторних. Регуляторні норми здебільшого розглядаються за принципом залишкової категорії, якій надається визначення від зворотного. Це стосується всіх тих правил, які не походять від двох традиційних джерел права — від законодавця або від судді [1].

У результаті ми маємо ситуацію, коли регуляторні норми рідко стають предметом вивчення правознавцями. До цієї теми здебільшого звертаються політологи, соціологи і перш за все економісти. Наукові журнали, такі як «Управління і регулювання» (*Governance and Regulation*), заповнені працями соціологів різного спрямування; правові ж напрацювання, як відомо, відсутні. Дискусії про правовий характер і ефективність регуляторних норм не проводяться в юридичних колах. Студенти юридичних закладів освіти багато знають про законодавство і судові рішення, і майже нічого — про правила, які застосовуються до рибної промисловості, нафтопереробних заводів або навіть до свого ж університету.

На моє переконання, такий стан речей є дивним і небажаним. Як видається, ми не повинні залишати такий важливий звід правил поза нашою концепцією права. У цій статті, по-перше, я вказуватиму на ймовірні причини, чому регуляторні правила зазвичай не розглядаються як норми права. По-друге, я стверджуватиму, що набагато доречнішою є характеристика регуляторних правил як форми права, хоча вони і є дійсно особливою формою права. Це не просто особ-

¹ Уперше статтю опубліковано в англійській версії журналу «Право України»: Westerman P. Regulation and the Rule of Law / Pauline Westerman // Law of Ukraine. — 2013. — № 4. — Р. 39–46. Переклад з англійської О. Уварової.

лива форма права. Вона до такої міри пронизує правовий ландшафт, що традиційне право виявляється ураженням нею, і у зв'язку із цим верховенство права, як може здатися, опиняється під загрозою.

Чому регуляторні норми зазвичай розглядаються як форма не-права? Є низка пояснень. По-першу, регуляторні правила часто розробляються і встановлюються різними дійовими особами. Регуляторні правила може бути розроблено регуляторними агенціями, різного роду наглядовими органами, однак у той же час вони можуть прийматися, приміром, професійними організаціями, як у випадку з медичними протоколами, або приватними організаціями, які займаються стандартизацією та сертифікацією продуктів і послуг. Немає єдиного джерела, від якого ці правила походять.

По-друге, що слід урахувати: багато з цих дійових осіб, які встановлюють регуляторні правила, не представляють державу. Правила складаються технічними експертами, громадськими організаціями, тимчасовими комітетами зі встановлення стандартів, погоджувальними радами приватних компаній або регуляторними агенціями, і, відповідно, не можуть бути повною мірою санкціоновані державною владою. Жодна з цих дійових осіб не може розглядатися як офіційне джерело права, і часто вони не можуть розглядатися навіть як особи, яким правотворча функція формально й офіційно делегована.

По-третє, такі дійові особи використовують багато альтернативних методів нормотворчості. Це, приміром, поширена для регулятивних агенцій практика формулювання цілей з одночасним залишенням простору для адресатів цих норм щодо визначення способів їх досягнення. Або регуляторні агенції можуть пропонувати певний стандарт, якому надається перевага, але при цьому знов-таки залишають адресатові норми можливість розробити альтернативне рішення. Або вони запозичують принцип «дотримуйся чи пояснюй», відповідно до якого відхилення від пропонованих правил допускається, якщо таке відхилення може бути належним чином обґрунтовано. Я повернуся до цього способу регулювання за хвилину.

Нарешті, і що більш важливо, поєднання численних альтернативних дійових осіб, що використовують настільки ж численні різноманітні методи регулювання, робить дуже складним завдання із надання правового статусу тим правилам і принципам, які ними виробляються. Яким є правовий статус кодексу внутрішньої поведінки, що прийнято на великому промисловому підприємстві? Яким є ступінь його обов'язковості? Чи може його дотримання забезпечуватися зовнішніми засобами впливу? Якою мірою експертні протоколи можуть розглядатися як дійсно правові норми? Вони, як видається, змінюються щодня відповідно до нових наукових або технологічних розробок.

Інакше кажучи, регуляторні норми розглядаються як не-право, оскільки багато з цих правил не відповідають тим умовам дійсності, які визначаються самою правовою системою. Вони не є юридично дійсними правилами, оскільки вони встановлюються, застосовується і реалізуються не в той спосіб, який описано і визначено самою правовою системою [2, р. 92–97; 3, р. 6–8]. Тому якщо ми виходимо із того, що правова система визначається шляхом посилення на ті критерії, які нею ж і встановлено, значна частина регуляторних правил залишається поза правовою реальністю.

Утім немає потреби чіплятися за цю точку зору. Якщо ми обмежимо нашу концепцію права тим, що ми визначаємо як *дійсне (валідне)* право, ми не виправ-

дано обмежимо нашу перспективу поглядами практикуючого юриста. Як Ойген Ерліх вказував ще 100 років тому [4, р. 6–8], недоцільно зводити нашу концепцію права до поглядів, якими керується юридична практика. Для практикуючого правника, приміром для судді, звичайно, важливо оцінити правовий статус правила, щоб мати можливість використати його як підставу для винесення рішення в конкретній справі. Однак для людей, які *теоретизують про право*, така обмеженість лише дійсними правилами не є необхідною. Більше того, вона затуляє собою наші погляди про те, що О. Ерліх назвав «живим правом»; про правила, які *насправді* врегульовують життя громадян. Очевидно, що таке собі живе право, про яке говорив О. Ерліх, складалося в основному із соціальних і моральних норм, звичаїв і конвенцій, які спонтанно проявляються в людському суспільстві. Але ми цілком можемо застосувати ідеї О. Ерліха до більш штучних правил регулювання, які пронизують наше повсякденне життя сьогодні.

Одна з причин, щоб це зробити, полягає в тому, що життя сучасних громадян зазнає значного впливу з боку регуляторних правил. Якщо ми маємо на увазі пересічного громадянина (а не погану людину, якій відведено чільне місце в роботі Олівера Уенделла Холмса), стає очевидно, що він набагато частіше та інтенсивніше звертається до регуляторних правил, аніж до офіційних норм, які однозначно належать до правової системи.

Пересічний громадянин може час від часу контактувати з приватним правом, коли він купує будинок або коли він одружується, організовує власну справу або коли оформляє заповіт, і він може напрочуд рідко або навіть жодного разу за все своє життя не зіткнутися з кримінальним правом. Однак життя в сучасному суспільстві для пересічного громадянина майже *постійно* виступає предметом регулювання. Він зазнає такого суттєвого впливу не стільки в своїй індивідуальній якості, скільки як член різноманітних об'єднань, таких як установи, організації, підприємства. Якщо наш пересічний громадянин викладає в початковій школі, він повинен щодня заповнювати форми, необхідні для перевірки успішності учнів. Як директор такої школи, він має заповнювати багато інших форм і брати участь у постійному діалозі з інспекцією, а також з низкою урядових чи напівурядових колегій і проміжних інститутів або комітетів [5]. Якщо наш громадянин доглядає хворих чи дуже старих, його професійна діяльність перебуває в оточенні, якщо не під диктатом правил, які вказують йому, о котрій годині він має розбудити пацієнтів, яким чином він повинен забезпечувати їх повсякденною їжею або як він має встановлювати діагноз¹. Знову ж, він повинен щоденно доповідати про те, що відбувається. Або якщо наш громадянин працює сантехніком і має власну невелику сантехнічну компанію, він має бути поінформований про те, які сертифікати він повинен отримати, щоб бути визнаним надійним сантехніком.

Нам потрібно мати на увазі, що наш пересічний громадянин не є тільки адресатом цих правил. Більшість із нас діє одночасно і як адресат правила поведінки, і як творець правила. Ми беремо участь у численних комітетах або групах, які створюються для визначення показників ефективності, цілей, критеріїв для критичної оцінки, протоколів, кодів, або для встановлення результатів того, що зроблено. У регуляторному стані ми всі є регуляторами [1]. Регуляторні

¹ Я завдячую цим прикладом дослідженню мого PhD-студента А. Л. Е. Енеквіста, який здійснив порівняння організації догляду за літніми людьми у Швеції та Нідерландах.

норми впливають на наші життя — і як дійових осіб, і як адресатів. Таким чином, «регуляторні норми» мають набагато більший вплив на повсякденне життя, ніж формально діюче право, і я вважаю, що це також справедливо і для інших частин світу, хоча, ймовірно, меншою мірою, ніж для країн ЄС.

Сам по собі той факт, що правила відіграють важливу роль у нашому повсякденному житті, не свідчить про необхідність вивчати ці правила як форму права. Той факт, що, приміром, релігійні правила відіграють важливу роль у житті багатьох людей, не змушує нас думати, що студент-правник повинен досліджувати ці правила. От і виникає запитання: чому ми повинні вивчати регуляторні правила як *форму права*?

Є ціла низка причин, що можуть бути названі. Перш за все регуляторні правила мають прямий стосунок до юридичної сили і формального введення їх у дію в тому сенсі, що вони можуть розглядатися як такі, що здобули формальне й абстрактне закріплення у відповідних актах¹.

Регуляторні норми роблять законодавчі акти «придатними» до розмови. Вони вказують нам, як закон має бути інтерпретовано, конкретизовано, введено в дію, застосовано й реалізовано на практиці. Регуляторні правила є проміжною ланкою між правом у книгах і правом у дії. Вивчення права без звернення уваги на регуляторні механізми є, з моєї точки зору, настільки ж нерозумним, як і вивчення нормативних актів без урахування того, яке тлумачення їм надають суди.

Друга причина для вивчення регуляторних норм як форми права — те, що регуляторний вплив завжди має місце в тіні закону, значною мірою запозичуючи свою примусову силу і ефективність у офіційного закону. Для ілюстрації цієї точки зору можна навести такий приклад [5]. У Нідерландах законодавець установив припис, відповідно до якого компанії, які використовують портові споруди, повинні вжити відповідних заходів для забезпечення безпеки з метою запобігання нещасним випадкам при навантаженні і розвантаженні небезпечних речовин. Оскільки цей закон не визначав, яких саме заходів безпеки слід вживати, свобода розсуду для адресатів цієї норми виявилася досить широкою. Формально кажучи, у компанії є вибір, що саме використовувати — трапи, сходи або щось інше, що видається доречним у певній конкретній ситуації. Однак інспекцією було складено більш детальні стандарти, які вказували — до абсурдного ступеня деталізованості — розміри і розташування шляхів евакуації. Важливо відзначити, що ці правила не мають правового статусу і формально не є обов'язковими. Більше того, передбачені ними заходи обережності, як правило, сприймаються як непотрібні, оскільки є багато інших, причому менш дорогих, способів забезпечення безпеки. Тим не менше, компанії спільно витратили 400 мільйонів євро для того, щоб виконати ці, не наділені обов'язковою силою, правила. Ці правила було сприйнято як юридично обов'язкові, і вважалося, що, не дотримуючись їх, компанія ризикує накликати на себе санкції або в будь-якому випадку здобути сумнівну репутацію у разі судового розгляду.

¹ Саме тому регуляторні норми влучно порівнюють з інструкціями. Без регуляторних норм формально введений у дію закон буде нагадувати «новорічну іграшку, що потребує “часткового збирання”, але позбавлену пам'ятки, як це зробити» [6].

Третьою причиною для вивчення регуляторних норм як форми права є те, що регуляторні норми здійснюють свій вплив на способи розробки і застосування формальних юридичних правил. Для того щоб побачити, як це відбувається, ми повинні детальніше проаналізувати особливості регуляторного впливу, які в загальному вигляді було окреслено вище. Я назву п'ять особливостей регуляторних правил і вкажу для кожної із них, як вони впливають на правову систему в такий спосіб, що їх дія не може бути проігнорована або відкинута, як це буває з іншими видами діяльності, які довірено здебільшого політологам і економістам. Особливості є такими:

А. Найбільш характерною рисою регуляторних норм є те, що вони зазвичай спрямовані на досягнення конкретної, заздалегідь визначеної єдиної мети або політичної цілі. За сучасних умов, звичайно, всі правила, у тому числі формальні правові норми, мають мету. Однак важлива відмінність може бути з'ясована, якщо порівняти правила, які регламентують порядок догляду за людьми похилого віку, таких, наприклад, як «харчування має надаватися не менше ніж три рази на день», і відоме завдяки багатьом філософським трактатам правило, що забороняє рух транспортних засобів у парку.

Взяте за зразок правило про те, що «в парку не повинно бути транспортних засобів», може виступати інструментом для досягнення різних і іноді навіть суперечливих цілей. Це означає, що залежно від мети правила, яке тлумачиться, воно є відкритим для різних можливих інтерпретацій. Як зазначав Г. Харт, таку відкриту будову норми не слід сприймати із жалем; завдяки їй з'являється можливість для інтерпретації правила з метою його адаптації до мінливих поглядів про бажані цілі, яких слід прагнути [3, ch. VII]. Правило може бути використано для забезпечення тиші в парку, або ж щоб добитися чистоти повітря, або для сприяння нашому задоволенню природою. Більшість юридичних норм має декілька цілей або принаймні дозволяє переслідувати різноманітні й множинні цілі. Під час судового тлумачення ці цілі має бути віднайдені, роз'яснені і збалансовані. Регуляторні правила, з іншого боку, в основному мають єдину мету. Регулювання догляду за дуже старими включає в себе величезну кількість питань і тем, починаючи від діагностики психічних розладів і завершуючи порядком відвідувань членами сім'ї. Утім усі вони зосереджені на реалізації єдиної мети — забезпечити кращий догляд за літніми людьми. Те саме можна сказати про правила, які стосуються безпеки на роботі або гігієни в ресторанах. Якщо ми поглянемо на регуляторні правила, такі, що встановлюють, приміром, температуру охолоджуючих систем або кількість годин, протягом яких дозволено сидіти за комп'ютером, то легко побачимо, що ніякі інші або конкуруючі цілі не можуть бути виведені шляхом тлумачення з цих правил, ніж дійсно гігієна чи здоров'я та безпека праці. Ось чому ми говоримо про регуляторні режими [7]. Регуляторний режим охоплює всі практики, інститути, правила і механізми, які спрямовані на досягнення цієї єдиної мети¹.

Існування таких регуляторних режимів дозволяє зменшити обсяг офіційного законодавства. Регуляторні режими мають сприяти такому стилю законодавства, в якому використовуються абстрактні і багато в чому малоінформативні

¹ Єдина інша мета, яку можна тут вирізнити, — це гармонізація або стандартизація практики. Як приклад, встановлення тривалості університетського семестру. Але такі функції правил є змістовно обумовленими і супроводжують правила завжди, незалежно від того, до якого різновиду належить таке правило.

положення, які просто встановлюють певні цілі, що мають бути реалізовані. У своїх більш ранніх роботах я проаналізувала цей вид цілерегулювання повніше [8; 9]. Йдеться, як правило, про формулювання певних абстрактних цілей (чисте повітря, належні умови праці тощо). Потім на установи накладається обов'язок вжити відповідних заходів з метою реалізації цієї мети, що включає в себе необхідність регулярно повідомляти про заходи, яких було вжито. Взяті самі по собі такі приписи є малоінформативними. Вони не передбачають заходів, яких слід вжити, і вони не визначають, що саме слід вважати належним рівнем ефективності. Нарешті, вони не визначають умов, за яких можуть бути застосовані санкції. Раніше я думала, що такий вид законодавства (яким встановлюються норми-цілі) є двигуном регуляторного стану, що існує сьогодні, але згодом я виявила, що вплив здійснюється в обох напрямках і, ймовірно, навіть більше у протилежному напрямі. Без величезної регуляторної інфраструктури, яку було розроблено навколо певних політичних цілей, було б просто неможливо обмежитися урочистим декларуванням таких цілей і формулюванням абстрактних обов'язків із їх реалізації. Це означає, що, розвиваючи регуляторні режими, формальне право має тенденцію стати бездіяльним. Звичайно, якщо формальний закон є малоінформативним і беззмістовним, принцип законності перетворюється на обман. Реальні правила і механізми доводиться відшукувати в інших місцях, де вони розробляються і застосовуються регуляторами у спосіб, який не врегульовано формальним правом взагалі.

Б. Орієнтація на досягнення єдиної мети тягне за собою ще одну особливість регуляторних правил. Такі правила розглядаються не тільки як інструмент із досягнення поставленої мети, а як найбільш *простий* інструмент, в тому сенсі, що вони можуть бути легко замінені іншими засобами, якщо ці інші засоби обіцяють бути більш ефективними або більш дієвими в забезпеченні цієї мети. Я вже зазначала, що в регуляторному режимі існує безліч різних альтернативних регуляторних інструментів. Можна спробувати забезпечити реалізацію певної мети, приписуючи адресатові обов'язок скласти відповідний план з її досягнення; можна також створити комітет, призначений вирішувати завдання зі створення системи управління якістю, або можна звернутися до класичних жорстких команд. Можна не тільки вибирати з цілого ряду різних видів правил, хтось може доволі успішно використати також інші механізми. Наприклад, можна ввести технічні пристрої для досягнення мети, яку поставлено на карту [10]. Коли об'їзна дорога є більш ефективною, ніж знак, що встановлює максимально допустиму швидкість, це означає, що об'їзна дорога є кращим засобом. Коли програмне забезпечення ефективно блокує можливість копіювати або роздруковувати авторський матеріал, немає необхідності у правилах, що розповідають вам про заборону копіювати або роздруковувати. Тому так звані технорегулятивні норми (у значенні регулювання за допомогою технологій) часто виступають як краща альтернатива, аніж правила. Інший спосіб реалізації поставленої мети — використання стимулів, таких як субсидії і нагороди. Ці стимули не використовуються для того, щоб спонукати людей дотримуватися правил. У цьому сенсі вони не є простим зворотним відображенням каральних санкцій. Їх метою є спонукати людей вчиняти добре, тобто реалізувати цілі відповідних інституцій. Безліч усіх цих механізмів може бути пояснена тим, що поставлена мета розглядається як щось більш важливе, ніж самі правила. Продуктивність є більш важливою, аніж просте дотримання. Результати важливіші за правила.

Очевидно, що вибір між різними способами реалізації мети багато в чому зумовлений міркуваннями ефективності та результативності. Ефективність і результативність розглядаються як першочергові чесноти регулювання. Правдою є і те, що легітимність і прозорість також є тими чеснотами, які часто згадуються і якими часто захоплюються, але уважний читач побачить, що ці чесноти здебільшого виконують роль попередніх умов, які має бути виконано для того, щоб забезпечити співпрацю людей і спонукати їх зробити свій внесок у досягнення поставленої цілі. Легітимність розуміється не як якість, завдяки якій певна юридична угода відповідає таким правовим принципам, як правова визначеність або рівність, а як можливість забезпечення добровільного дотримання людьми правила і сприяння його реалізації [11]. Це, звичайно, виступає причиною того, чому регуляторні норми вивчаються в основному економістами і соціологами. Бо якщо справа доходить до оцінки ефективності й результативності засобів для досягнення певної заданої мети, ми потребуємо деяких емпіричних навичок, а також теоретичних моделей, розроблених цими дисциплінами. Але, як мені здається, є причини віддавати перевагу більш широкому набору стандартів, ніж тільки ефективність і результативність. Ми могли б, наприклад, оцінити регуляторні норми у світлі ідеалів верховенства права. Використання камер для того, щоб сприяти вирішенню завдання із забезпечення безпеки, може бути досить ефективним, але у той же час може конфліктувати з іншими цінностями, такими як недоторканність приватного життя і свобода від державного втручання.

В. Орієнтація на досягнення мети, що лежить в основі регуляторного режиму, вимагає здійснення безперервної оцінки його ефективності. Цілі формулюються в термінах бажаності. Хороша освіта або якісне медичне обслуговування є цілями, досягнення яких може бути прискорено, але ніколи не досягнуто. Тому результати мають постійно покращуватися. Більше того, має бути продемонстровано зовнішньому світу, що результати постійно покращуються. Це є функцією багатьох систем якості, які розробляються. Інституції, які не можуть вказати на системи якості, розроблені для постійного моніторингу та оцінки успішності розвитку, більше не сприймаються всерйоз. Існування таких систем якості, а також протоколів і кодувань служить саме по собі доказом того, що досягнуто суттєвого прогресу в реалізації поставлених цілей¹.

Той факт, що цілі часто є бажаними, створює проблему щодо реалізації вимог правової визначеності і стабільності правового регулювання. Регуляторні норми переслідують динамічні цілі. Те, що вважається належною продуктивністю сьогодні, може розглядатися як недостатньо ефективно завтра. Критерії та показники-індикатори часто є результатом бенчмаркінгу². Саме на основі оцін-

¹ Слід розуміти, що такий постійний моніторинг здійснюється також і самими регуляторами. Вони не тільки постійно відстежують, яких результатів досягли школи, компанії або музеї, а й перевіряють інструменти, які використовуються, щоб досягнути цих результатів. Лунає багато закликів про проведення емпіричних досліджень, предметом яких була б ефективність регуляторних інструментів (так звані критерії регулятивного впливу). Правила, стимули, завдання та кодування постійно вивчаються і оцінюються з огляду на ступінь їх ефективності в реалізації поставлених цілей.

² Бенчмаркінг — безупинний систематичний пошук і впровадження найкращих практик, що приведуть організацію до досконалішої форми. Дієвий інструмент для визначення становища компанії порівняно з іншими, подібними за розмірами та/або сферою діяльності, організаціями (*прим. перекладача*).

ки всіх показників вимірюється середній рівень продуктивності. Критерії належної продуктивності займають дещо вище місце, ніж критерії середньої продуктивності. Це означає, що як тільки середня продуктивність підвищується, критерії також піднімаються. У результаті інститути і компанії, діяльність яких піддається регулюванню, ніколи не можуть бути впевнені, що те, що вони роблять зараз, буде визнаватися достатньо хорошим і завтра. Стабільність і сталість правил, що має життєво важливе значення для будь-якого розуміння верховенства права, у зв'язку із цим опиняється під загрозою.

Г. Множинність засобів, що використовуються для досягнення поставленої цілі, змушує враховувати той факт, що в регуляторному режимі немає реального відокремлення процедур створення правил, контролю за їх дотриманням і забезпечення виконання [11]. У більшості випадків ці заходи здійснюються тим самим суб'єктом. Інспекція початкової освіти в Нідерландах, приміром, збирає дані, дає рекомендації щодо того, як досягати певних поставлених цілей, видає безліч доповідей, контролює ступінь успішності реалізації цілей, веде переговори з директорами шкіл щодо отриманих результатів, і в остаточному підсумку застосовує санкції, такі як публікація результатів моніторингу в Інтернеті або позбавлення додаткової субсидії чи застосування до школи більш інтенсивної форми перевірки до тих пір, поки показники результативності не покращаться.

Той факт, що завдання нормотворчості, контролю, введення в дію і застосування відповідних правил найчастіше виконується тими самими руками, говорить про неможливість ведення мови про поділ влади, а отже, вказує на необхідність розробки альтернативних механізмів, які можуть компенсувати втрату балансу і контролю над занадто потужними дійовими особами. Це не означає, що ми повинні просто повернутися до ідеалу Ш. Л. Монтеск'є. Але це вказує на бажаність того, щоб юристи і філософи права винаходили нові механізми, здатні виконувати ту саму функцію¹.

Д. Хоча регуляторний режим сконцентровано навколо однієї мети, було б помилково вважати, що він походить тільки від одного регулятора. Як було зазначено вище, ті, хто виступають регуляторами, одночасно поширюють регулювання і на самих себе. За всіх видів поєднання саморегулювання (різних типів) і спільного регулювання (всіх можливих його різновидів) кожен виявляється задіяним у тривалому процесі, що включає в себе дискусію про належні засоби досягнення мети, навколо якої вони об'єднані. Університет є гарним прикладом; ми всі залучені до дискусії про відповідні стандарти, які будуть використовуватися, про показники ефективності (що вважати дослідженням належного рівня, який журнал за своїм рейтингом вище), як залучити фінансування та субсидії, хто має отримати винагороду за свою наукову діяльність, як організувати навчальний план, які види освітніх цілей мають бути сформульовані і як збільшити кількість випускників. Це означає, що ми більше не можемо осмислювати сучасне суспільство в традиційних дихотомічних термінах, коли «окремий громадянин» протиставляється «уряду». Скоріше, громадянин бере участь в одному або декількох регуляторних режимах, кожен з яких зосереджений на досягненні певної мети. І от виникає питання, яким чином ми повинні зважувати і збалансовувати ці різні цілі. Більшість дискусій із питань регуляторних

¹ Прикладом такого альтернативного механізму є трипартизм, концепція якого розроблена Яном Айресом і Джоном Брейзвейтом [12].

правил точаться навколо регуляторного режиму, але це, як видається, залишає мало простору для дискусії про відносну вагу різних цілей щодо одна одної. Саме в цей момент, на мій погляд, у дискусію мають вступити юристи і філософи права. У чому полягає робота юристів? У зважуванні й збалансуванні різних і суперечливих інтересів, різних і суперечливих цінностей, різних і суперечливих цілей. Якщо ми не хочемо залишатися обмеженими певним регуляторним режимом і якщо ми націлені на проведення дискусії щодо цінності іншої цілі, яку поставлено на карту, ми маємо обговорити кінцевий результат.

На підставі аналізу цих п'яти характерних особливостей я можу дійти висновку, що юристи – а також філософи права – мають звернути увагу на регуляторні норми як на (нову) форму права, яку має бути обмежено принципами визначеності й рівності. Довіряючи вивчення регуляторних норм тільки економістам і політологам, можна поставити під загрозу верховенство права.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Levi-Faur D.* Regulation & Regulatory Governance / D. Levi-Faur // Jerusalem Papers in Regulation & Governance, Working Paper. – 2010. – № 1. – 47 p.
2. *Kelsen H.* General Theory of Law and State / H. Kelsen // Cambridge Mass. Harvard U.P., 1945. – 516 p.
3. *Hart H. L. A.* The Concept of Law / H. L. A. Hart // Oxford U. P., 1961. – 263 p.
4. *Ehrlich E.* Grundlegung der Soziologie des Rechts / E. Ehrlich // Berlin, Verlag von Duncker & Humblot, 1913. – 439 s.
5. *Timmer W.* Het doel wel gesteld: Een praktijkonderzoek naar de toepassing van doelregelgeving / W. Timmer // Centre for Law and Innovation, Boom Juridisch Uitgevers, 2011. – 359 p.
6. *Difference Between Act and Regulation* / Answer by John Burnett, Richard Insley, Ken Gollhofer and Mary Beth Guard [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.bankersonline.com/compliance/guru2004/gurus_cmp040504e.html.
7. *Senn M.* Non-state Regulatory Regimes: Understanding Institutional Transformation / M. Senn // Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 2011. – 300 p.
8. *Westerman P. C.* Governing by Goals: Governance as a Legal Style / P. C. Westerman // Legisprudence: International Journal for the Study of Legislation. – Hart Publishing, 2007. – P. 51–72.
9. *Westerman P. C.* The Emergence of New Types of Norms / P. C. Westerman // Luc J. Wintgens (ed.) Legislation in Context: Essays in Legisprudence. – Ashgate, Aldershot, 2007. – P. 117–133.
10. *Brownsword R.* Code, Control and Choice: Why East is East and West is West / R. Brownsword // Legal Studies. – 2005. – № 25. – P. 1–21.
11. *Rubin E. L.* Beyond Camelot: Rethinking Politics and Law for the Modern State / E. L. Rubin // Princeton U.P., New Jersey, 2005. – 480 p.
12. *Ayres I.* Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate (Oxford Socio-Legal Studies) / I. Ayres, J. Braithwaite // Oxford University Press, 1995. – 216 p.

Вестерман П. Регуляторні правила і верховенство права

Анотація. Стаття присвячена регуляторним правилам як новій формі права, що не походить від двох традиційних джерел права — законодавчої чи судової влади.

Автор відзначає п'ять особливостей регуляторних правил і розкриває функції кожної з них у правовій системі, демонструючи тим самим, що дана форма права не повинна ігноруватися. Особливості є такими: а) регуляторні правила здебільшого спрямовані на досягнення конкретної, заздалегідь визначеної єдиної мети; б) такі правила розглядаються не тільки як інструмент досягнення поставленої мети, а й як найбільш простий інструмент; в) орієнтація на досягнення мети, що лежить в основі регуляторного режиму, вимагає здійснення безперервної оцінки його ефективності; г) у регуляторному режимі немає реального відокремлення створення правил, контролю за їх дотриманням і забезпеченням виконання; д) суб'єкти, які створюють регуляторні правила, виступають одночасно і їх адресатами. Усі п'ять особливостей зачіпають принципи рівності і правової визначеності, а тому мають безпосереднє значення для верховенства права, що приводить до неможливості їх подальшого ігнорування при аналізі правового регулювання.

Ключові слова: форма права, регуляторні правила, регуляторний режим, створення правил, правозастосування, саморегулювання, спільне регулювання.

Вестерман П. Регуляторные правила и верховенство права

Аннотация. Статья посвящена регуляторным правилам как новой форме права, не проистекающей от двух традиционных источников права — законодательной или судебной власти.

Автор отмечает пять особенностей регуляторных правил и раскрывает функции каждой из них в правовой системе, демонстрируя тем самым, что данная форма права не должна игнорироваться. Особенности такие: а) регуляторные правила преимущественно направлены на достижение конкретной, заранее определенной единственной цели; б) такие правила рассматриваются не только как инструмент достижения поставленной цели, но и как наиболее простой инструмент; в) ориентация на достижение цели, лежащей в основе регуляторного режима, требует осуществления непрерывной оценки его эффективности; г) в регуляторном режиме нет реального разделения между созданием правил, контролем за их соблюдением и обеспечением выполнения; д) субъекты, которые создают регуляторные правила, выступают одновременно и их адресатами. Все пять особенностей затрагивают принципы равенства и правовой определенности, а потому имеют непосредственное значение для верховенства права, что приводит к невозможности их дальнейшего игнорирования при анализе правового регулирования.

Ключевые слова: форма права, регуляторные правила, регуляторный режим, создание правил, правоприменение, саморегулирование, совместное регулирование.

Westerman P. Regulation and the Rule of Law

Summary. The article is devoted to regulation as a new form of law which do not spring from the two major traditional sources of law — the legislator and the judiciary.

Author mentions 5 features of regulation and indicates for each one of these features how they affect the legal system implying that regulation cannot be ignored. There are: a) regulatory rules are usually designed in order to fulfill a specific, predetermined and single purpose; b) the rules are not only considered as instrumental to achieve a certain purpose, but as a 'mere' instrument; c) the orientation towards furthering the purpose around which a regulatory regime is organized, had led to a practice of continuous assessment; d) in a regulatory regime there is no real separation between rulemaking, monitoring compliance, and enforcement; e) those who are regulated act also as regulators themselves. All five features have consequences for the principles of equality and legal certainty and threaten to affect the rule of law in such a way that regulation can no longer be discarded from the analysis of law.

Key words: form of law, regulatory rules, regulatory regime, rulemaking, enforcement, self-regulation, co-regulation.