ЧОМУ ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА Є НАДТО ВАЖЛИВИМ, ЩОБ ЛИШИТИ ЙОГО ЮРИСТАМ*[1]

М. КРІГЕР
професор кафедри права і соціальної теорії імені Гордона Самуельса, співдиректор Мережі міждисциплінарного дослідження права (Університет Нового Південного Уельсу, Сідней, Австралія)

1. Підвалини дослідження

Вже тривалий час у різних контекстах я пишу про верховенство права. Це починалося з невинних випадкових публікацій, часто зі спеціальної нагоди чи/або на запрошення. Проте ця тема почала жити своїм життям. Я опинився у полоні верховенства права.

Згодом вибудувалась лінія аргументації, яка знов і знов доповнювалась, розвивалась у різних напрямах та змінювалась. Нещодавно я вирішив, що вже більш ніж достатньо. Я повинен спробувати щось зробити з усіма цими есе, навіть якщо це призведе до необхідності їх полишити. З того моменту я думаю про книжку з робочою назвою «Ідеал верховенства права». Я не маю на меті просто зібрати усі написані роботи до купи так, як вони побачили світ уперше, але намагатимусь відібрати, розвинути та продовжити недостатньо висвітлені аспекти аргументації, з метою її зміцнити. Тому, хоча може здатися, що час для такого проекту вже згаяно, я перебуваю у точці роздумів. Це можна розглядати як свого роду прогрес.

* Перша публікація англійською: Prawo i Więź. — numer 2 (2) zima 2012. — P. 30–52. Переклад з англійської Д. Вовка.

[1] Рання версія цієї статті була презентована на семінарі з теорії права у Правничій школі Університету Мельбурну. Я завдячую дискусії, що відбулася, зокрема, коментарям Майкла Громеліна, Реймонда Гайта та Геррі Сімпсона.

© М. Крігер, 2014

Загальна аргументація, просто кажучи, зводиться до двох складових: філософської і соціологічної. Вони пов'язані між собою, хоча я певен, що перша необхідно спрямовує другу, але вони нездатні існувати (і можуть «посипатись»), існуючи порізно. Ця стаття є спробою уточнити і зміцнити соціологічний елемент. Однак для тих, хто не знає іншої складової моєї аргументації, з якої випливає соціологічний блок аргументів, я розпочну з її короткого повторення, а потім перейду на соціологічний щабель. Останній посідатиме основне місце у структурі статті, але необов'язково в аргументації у цілому.

На запитання, чим є верховенство права, юристи зазвичай пропонують переліки характеристик офіційних правових інститутів, норм і практик. Таких переліків доволі багато. Існує чимало проблем з багатьма з них, взятими окремо, але я у цій статті зачіпаю більш загальний аспект. Необхідність таких переліків викликає питання не менш, ніж те, у чому вони відрізняються. По суті, усі ці переліки — деякі коротші, інші довші, деякі обмежені, як дайсівський англійський перелік, інші такі, що легковажно вдають із себе різновид універсалістського юридичного есперанто — відтворюють два хибних припущення:

а) що питання: «чим є верховенство права?» — можна адресувати застарілому консенсусному юридично-інституційному мисленню задля отримання задовільної відповіді. Раніше я називав такий підхід анатомічним. Сьогодні, керуючись Вікіпедією, я схиляюсь до назви «морфологічний», що видається категорією, яка охоплює анатомію, як одну зі своїх складових;

б) що ми перебуваємо у стані досягнення консенсусу про умови, загальні за сферою дії і спеціальні за інституційними приписами, щодо того, які аспекти і елементи цих інститутів і правил наповнюють собою верховенство права.

Тут немає нічого дивного. Такі підходи відповідають добре відомій тенденції серед фахівців прикладного профілю бачити свій предмет центральним для усього світу. Бухгалтери бачать рядки балансу, дантисти — зуби, сантехніки — крани і стічні труби, чоловіки з молотками — нігті, а юристи бачать право. Цей «пунктик» сам по собі заслуговує на розуміння, і люди в основному толерують це та здебільшого не звертають уваги аж до того моменту, доки не опиняються у боргах, не відчувають біль, не потрапляють у в'язницю тощо. Тоді вони потрапляють у світ професіоналів, і ось тут починаються проблеми. Люди приймають їх розуміння світу за істину: якщо вони вважають свою проблему фінансовою, — то бухгалтерську істину, якщо у них болить зуб, — то істину дантистів, якщо засмітився туалет, — то істину сантехників. А якщо ви бажаєте верховенства права, то здається очевидним, що саме юристи, з їхнім внутрішнім знанням про право, є тими, хто найбільш придатний для того, щоб зрозуміти і надати вам верховенство права.

Це, напевно, очевидно для юристів і для тих, чиї погляди паразитують на юридичному тлі, у тому числі філософів права. Сьогодні існує величезний обсяг літератури про верховенство права і здійснюється колосальна, витратна практична діяльність із просування верховенства права в усьому світі. Названі література і діяльність пропонують нам велику кількість різноманітних, і суперечливих, поглядів на верховенство права. Моє ж твердження полягає у тому, що на більш глибокому рівні вони усі відтворюють єдиний невдалий підхід, точніше, два невдалих підходи. Говорячи коротко, вони починають із неправильного питання, тому їх відповіді, хоча і дуже глибокі, у буквальному сенсі цілковито не потрапляють у ціль. Правильною точкою відліку, я певен, є питання «чому»,

тобто навіщо особа може хотіти верховенства права, а не питання «що», тобто що утворює верховенство права. А це означає, що не можна дати жодної путящої відповіді на друге питання, не запропонувавши уявлення про питання перше. Більше того, навіть маючи путящу відповідь на перше питання, що деінде визнана за таку, в іншому місці ця відповідь може і не бути настільки путящою. Суспільства відмінні, так само відмінні їх інституційні традиції, практики та здібності, і так само відмінні моделі їхньої поведінки, очікувань і культури, які вони вміщують. Тому нам необхідно щось вивчити про ці речі, що необов'язково трапляється у роботах, де вони, здається, мають бути.

У цій статті я зосереджуюсь на другому питанні («що»), але оскільки воно не має сенсу без першого питання («чому»), то я коротко повторю свою аргументацію з цього приводу.

2. Телеологія

Моє невдоволення як філософа викликає те, що роботи з верховенства права зазвичай зосереджені на питаннях юридичної морфології, тоді як їм слід починати з телеології. Тут я буду доволі стипулятивним[1], лише зазначаючи те, що вже було раніше мною обґрунтовано у різних джерелах [1–3], але я був би радий дати ширше пояснення усьому цьому у процесі обговорення.

Де б не була істина у вічних суперечках щодо поняття права між позитивістами і природними юристами, верховенство права не можна адекватно виразити лише через набір характеристик юридичних інститутів, норм чи практик. Верховенство права існує там і тією мірою, де досягнуто певного рівня соціального прогресу, свій внесок у який робить і право. Якщо ми говоримо, наприклад, що за сталінських часів існувало чимало законів, але було досить мало верховенства права, то ми не кажемо щось суперечливе, і вам непотрібно знати багато про А. Дайсі чи Л. Фуллера, щоб з цим погодитись. Тому, принаймні на рівні філософської і юридичної спільнот, верховенство права повинно мати справу швидше з тим, що право робить, ніж із тим, чим право є.

Більше того, якщо право було залучено до реалізації завдань, які ми асоціюємо з верховенством права, і не впоралося з цим, ми можемо говорити, що мала місце спроба досягнути верховенства права, яка виявилась невдалою: закони мали характер тих, що асоціюються з верховенством права, усі старались та їх було відкинуто з тієї чи іншої причини. Сказати, що у суспільстві існує верховенство права, означає визнати досягнення, вагоме, серед його прихильників, досягнення. Ідеалу, пов'язаного з правом, досягнуто.

Верховенство права — це не природне явище, як дерево, що просто чекає на свій науковий опис, або навіть створена людиною річ, як правова норма у збірнику законодавства, яку можна ідентифікувати, вказуючи на неї. Говорити про нього означає характеризувати певний стан речей у світі, до якого, вважається, право робить свій внесок, хоча воно інколи не робить цього саме по собі. Прагнення ідеалу реалізоване лише тією мірою, наскільки виконано певні завдання чи досягнуто ціль права. Хоча згаданий соціальний прогрес у принципі можна розглядати ціннісно нейтрально чи навіть безціннісно, і це було зроб-

[1] Йдеться про те, що використовуваним Мартіном Крігером поняттям надано власний зміст, що необов'язково збігається із загальновживаним. — *Прим. перекладача.*

лено; верховенство права також має прихильників — сьогодні, можливо, навіть їх надто багато — які міркують про нього ціннісно, як про ідеал права. Якщо ми цінуємо цей ідеал, ми мусимо, звичайно, віднайти, що потрібно для його створення. Але це другий крок. Без низки принципів відбору, хай навіть мовчазних, ми не зможемо зібрати до купи юридичні шматочки і частки, що перебувають «ззовні» щодо сутності й визнаються як верховенство права.

В іншому контексті Дж. Поггі говорив про концепцію суспільства у Е. Дюркгайма (що відрізняє суспільство від просто певної кількості людей) як групу людей, об'єднаних певними характеристиками, «і у такий спосіб реальну», «реальну внаслідок того, що певні речі існують»: соціально зумовлена поведінка, поширювані й засвоювані норми і ін. [4, с. 85]. Я міркую про верховенство права саме у такий спосіб. Як певне суспільне досягнення, воно відносне і може варіюватися не за принципом «усе або нічого». Але можна сказати, що воно існує у добрій формі чи є діючим настільки, наскільки певний різновид суспільно важливого стану справ втілений у життя.

Я стверджую, що для того, щоб зрозуміти, чого вимагає верховенство права, нам слід розпочинати радше з його суті, ніж, що більш поширено, з перерахування нібито визначених юридично-інституційних рис, до яких відносять суди загального права (А. Дайсі), конкретні формальні якості правил поведінки, такі як пряма дія, ясність тощо (Л. Фуллер) чи навіть традиції та процедури, такі як захисники у судових процесах, *habeas corpus* і т. ін. (Дж. Волдрон), хоча останнє більшою мірою дотичне до специфічної цінності верховенства права.

У зв'язку із зазначеною цінністю ми маємо усі ці корисні для нашого дослідження століття розрізнення монархів і тиранів (не забуваємо про арістотелівське правління законів *versus* правління людей). В англійському праві, як відмічає історик Дж. Ф. Рейд, ще з часів Г. Брактона[1] існує традиція говорити про верховенство права, хоча і необов'язково саме у такій термінології [5]. Істина полягає в тому, що усі ті століття не завжди були сповнені мантри, якою ми користуємося зараз, і так само не завжди були пов'язані із тими інституційними, формальними і процедурними приписами, засобами, які домінують сьогодні у дискусіях навколо верховенства права. І це складова мого підходу. Якщо існує якесь спільне бачення у прибічників верховенства права, то воно поширене і на багатьох, хто не знав і необов'язково підтримав би нещодавню нібито «консенсусну позицію» Венеціанської комісії[2] чи безліч інших версій, зараз розрекламованих як набір необхідних, але недостатніх елементів верховенства права. І досі найсучасніші розвідки з верховенства права не дають нам можливості стверджувати, що ідеологія верховенства права в Англії йде у віки (з чим погодилась би більшість істориків), чи що верховенство права можна краще проілюструвати прикладами з Англії сімнадцятого (чи будь-якого іншого) століття, ніж з Росії аналогічних (чи будь-яких інших) часів. Чи варто нам порахувати кількість законів зі зворотною дією, перевірити їх ясність, несуперечливість тощо, відповідно до звичного сучасному вуху формулювання? Добре, хтось міг би це зробити та був би здивований. Деякі з цих характеристик, сьогодні розглядувані як

[1] Генрі де Брактон (1210–1268) — видатний англійський юрист, автор авторитетного твору «Про закони і звичаї Англії». — *Прим. перекладача.*

[2] Йдеться про доповідь Венеціанської комісії про верховенство права 2011 р. — *Прим. перекладача.*

очевидні, були б відсутні[1]. Простіше і зрозуміліше буде сказати, що закон більше береться до уваги, у деяких найважливіших аспектах, в Англії, ніж у Росії. І, дійсно, так і є. Потім слід спитати, чому. Ви не знайдете чіткої відповіді у А. Дайсі. Навіть Л. Фуллер і Дж. Волдрон, швидше за все, приводять нас до симптомів, ніж до причин таких відмінностей.

Мій кандидат, підходящий для осягнення суті, іманентної цінності верховенства права, відображає постійно повторювальну і одночасно основну тему у традиціях верховенства права [див.: 5] — це контраст між верховенством права і свавільним здійсненням влади. Непередбачуване здійснення влади обумовлює, з одного боку, свавільний вибір її цілей; інший же бік — це її здійснення, передбачуване чи ні, яке не бере до уваги плани на майбутнє тих, на кого вона впливатиме. Об'єднує обидві форми свавілля той факт, що владний акт «віднесено до сфери сваволі, рішення чи судження наділеного владою агента; агент перебуває у стані, коли у нього є можливість обрати будь-яке рішення на свій смак» [8, с. 55]. І навпаки, ті, хто знаходяться під дією такої влади, по-перше, не можуть заздалегідь взяти її уваги, обираючи, як чинити, а по-друге, нездатні виявити своє бачення та плани на майбутнє.

Протидія свавіллю у здійсненні влади стимулює привернення уваги до верховенства права і асоціюється зі спробами інституціоналізувати шляхи обмеження можливості такого здійснення. Верховенство права полягає у тому, що за відносно доброго порядку певні моделі поведінки (передусім здійснення політичної, соціальної і економічної влади) ефективно обмежуються і корегуються, так що несвавільне здійснення згаданих видів влади є відносно передбачуваним, тоді як позазаконне, мінливе, свавільне здійснення влади зазвичай менш передбачуване. Роль права у верховенстві права полягає у сприянні встановленню такого стану речей.

Я був би радий обговорити цей підхід до розглядуваної цінності верховенства права, моя ширша аргументація не залежить від того, чи правий я тут. Але я певен, що стримування можливості свавільної влади — це найбільш значуща

[1] Згадайте дайсівське хизування (напевно, виправдане) тим, як усі ті континентальні європейці, що подорожують Англією, дивувались, наскільки наочним там є верховенство права. Його сучасник Ф. Мейтланд пише про право Англії XVIII ст.: «Я взяв перелік статутів 1786 року. Там 160 так званих "публічних актів" і 60 так званих "приватних актів". Проте послухайте назви низки публічних актів: акт про заснування робітного дому в Гаверінгу, акт про надання королю права утворити гральний будинок у Маргейті, акт про спорудження виправного будинку у Мідлесексі, акт про заснування товариства Клайд Марін, акт про брукування вулиць містечка Челтенгам, акт про розширення доріг в районі Бодміна. Не менш ніж половина цих публічних актів стосується вирішення цих дрібних локальних питань. Приватні ж акти стосуються конкретних осіб: акт про натуралізацію Андреса Емеріха, акт про надання Корнеліусу Салвіджу можливості взяти прізвище Таттон, акт про виправлення помилок у запису про шлюб Лорда і Леді Камелфорд, акт про надання права опікунам Вільяма Фрая давати згоду на оренду майна, акт про розірвання шлюбу між Джонатаном Твіссом і Френсіс Доррілл. І потім майже незліченні акти про огородження цих, тих та інших общинних земель. Дехто схильний називати попереднє століття століттям привілеїв. Воно ніби боїться дорости до становища загальних тверджень; воно не каже "усі общинні землі огороджуються за таких умов", "усі чужоземці можуть бути натуралізовані за таких загальних умов", "усі райони мають відповідні повноваження для розширення доріг", "усі шлюби розриваються, якщо доведено зраду дружини". Ні, воно має справу з цією общинною землею і цим шлюбом» [6, с. 383].
Англія вісімнадцятого століття значною мірою керувалася верховенством права чи ні? Я думаю, що А. Дайсі та Дж. Рейд, не кажучи вже про Е. Томпсона [7], праві, коли вважають, що справді керувалась. Я також думаю, що джерела цього благословенного дару слід шукати деінде, а не там, де юристів привчили його шукати.

цінність верховенства права, що б там хтось не хотів додати до неї, або ж що б там не випливало, на думку когось, із неї.

Антисвавільність — не лише найбільш значуща цінність верховенства права, вона ще й іманентна цінність, внутрішня щодо верховенства права як такого. Сьогодні стало загальним місцем виводити усі різновиди благ з верховенства права: економічний розвиток, права людини, демократію тощо. Ці твердження є джерелом життєвої сили для індустрії з міжнародної промоції верховенства права. Проте я не кажу про ті зовнішні благословенні дари, нібито даровані верховенством права. Напевно, це добре для усіх цих речей, хоча згадані твердження, такі популярні у міжнародних колах, є спірними [див., напр.: 9]. Але якщо так і є, то так є тому, що верховенство право щось робить іманентно, як концепт, так би мовити. І моє твердження полягає у тому, що те, що робить верховенство права, — зменшення можливості свавільного володарювання. Якщо так трапляється, то можна слідом за М. Вебером припустити, що «здоровий буржуазний капіталізм» матиме більші шанси на успішний розвиток, але це становить соціологічний аргумент щодо того, чому може сприяти обмеження свавілля, яке випливає з досягнення верховенства права. Це нехарактерна риса верховенства права як такого. Так само як і демократії, прав людини чи інших речей, які зараз модно пов'язувати з верховенством права. Існує низка інтуїтивно правдоподібних, і декілька очевидних, міркувань на користь думки, що зменшення можливості свавільного володарювання може сприяти наведеним вище благам. Проте навіть якщо було б показано, що там, де відбулося повноцінне встановлення верховенства права в окресленому нами сенсі, економіка зазнала б краху, це саме по собі не було б підставою для висновку про відсутність там верховенства права. Так само, як і для висновку про те, що послаблення можливості свавільного здійснення влади тим самим було поганим.

Один зі шляхів пояснення розрізнення, яке я намагаюсь обґрунтувати, було запропоновано мені Р. Гайта. Право втілює цінності, основною з яких є верховенство права, проте цінності не є цілями права. Право не має цінностей, хоча воно цілком здатне бути цінним. Якщо ми подивимось на характерні риси, приміром, англійського права різних історичних періодів, то матимемо спокусу сказати, що у порівнянні з багатьма іншими правовими порядками воно має високу оцінку з опанування верховенства права. Але це не є чиєюсь ціллю, так само як і ціллю самого права. Однак, якщо ми прагнемо просувати верховенство права як проект, оскільки вважаємо його корисним, припустимо, для економічного розвитку, прав людини чи відновлення миру після конфлікту, то це є нашими цілями, яким, ми припускаємо, служить верховенство права.

Свавілля — це особливий і огидний порок, коли він додається до влади. Безумовно, ця комбінація є смертельною. Якщо мої дії потенційно не здатні завдати шкоди, то я можу чинити настільки свавільно, наскільки бажаю; мої дивацтва можуть бути частиною мого шарму. І це не влада як така, що викликає огиду. До того ж, ми потребуємо влади у багатьох формах. Нам не слід вихолощувати потужність влади, щоб підтримувати мир, захищати населення, виконувати судові вироки, урівноважувати інші види влади тощо. Крім того, слід розмежовувати здійснення свавільної влади, що має публічне значення і що його не має. Закохані можуть діяти свавільно щодо один одного, і це здатне завдавати шкоди кожному з них, але більшість із нас, як я уявляю, думали б, що якщо не

досягнуто певного порогу ушкоджень, вони самі мусять дати собі з цим раду. Не кожна шкода є або має бути предметом публічної уваги.

Чого нам не хотілося б, так це жити в обставинах, коли значна влада може здійснюватися щодо нас у свавільний спосіб. Є чимало інших пороків, пов'язаних зі змістом закону, але свавільна влада достатньо порочна навіть без них і, більше того, може бути порочна, навіть коли зі змістом закону усе добре. Свавільна влада — це, так би мовити, порок, що живе самостійним життям.

Там, де свавілля доєднується до значної влади, це неминуче призводить до: загрози свободі індивідів через неї; поширення обґрунтованого і стійкого страху серед них; позбавлення громадян розумних підстав для очікувань один від одного і від держави (та координування з цими суб'єктами). І, як підкреслювали Л. Фуллер [10] і Дж. Волдрон [11], загрожує гідності тих, хто бачить себе лише об'єктом реалізації влади у зв'язку із дивацтвом чи забаганкою інших осіб. Багато чого ще можна сказати про це [див.: 2, с. 78–81], але не у цій роботі.

Отже, маємо чотири добрі причини цінувати обмеження можливості свавільного здійснення влади. Тією мірою, якою верховенство права може допомогти нам отримати такі обмеження, нам слід його цінувати. Ця цінність, безумовно, не вичерпується негативними фактом усунення зла, вона може бути виражена і позитивно. Суспільство, в якому право робить свій внесок у захист свободи, довіри, координації і гідності, вельми позитивно вирізняється серед багатьох можливих альтернатив. Існують й інші речі, яких ми бажаємо від права, і ще більше речей ми можемо хотіти в умовах доброго суспільства. Однак ці цінності втілюються у життя через блага, досягнення яких є незмірно складнішим без інституціоналізації обмежень свавілля у здійсненні влади.

Звичайно, існує суперечка щодо того, як слід характеризувати викладений стан речей, яким має бути внесок права до нього, і чого право потребує, щоб робити це успішно. Суперечки також точаться навколо фундаментальних цінностей верховенства права (так само і його вартості). Антисвавільність не є дивним вибором, але для багатьох він буде здаватися недостатнім. Я погоджуюсь, цього недостатньо для доброго суспільства чи навіть доброго права, але існують інші блага. Та цього достатньо для такого вишуканого, хоч і обмеженого, блага, як верховенство права. Якщо ж ви не згодні, це не кінець світу. Подібні суперечки неминучі і не стосуються лише верховенства права. Згадайте демократію, справедливість, рівність. Поняття, навколо яких відбувається спір чи навіть «сутнісний спір», не стають від цього безглуздими чи некорисними. Навпаки, деякі з них є найважливішим з усього, що ми маємо. І, звичайно, ця важливість є основною причиною для суперечок навколо них.

Мій власний опис проблеми нездатний покласти край названим суперечкам. Різні аспекти і кінцеві результати типові для цієї ситуації, а незгода є загальною по обидва боки барикад. Я тільки хочу ствердити, що для досягнення верховенства права передусім слід поставити питання про його *telos*. Ви не зможете з користю для справи описати чи дослідити верховенство права до прояснення, для чого воно, на вашу думку, потрібно.

Підбиваючи підсумок, ще раз зазначу, що хтось може заперечити мій аналіз іманентної цінності верховенства права, і ми можемо дискутувати з цього приводу. Більш важливим пунктом моєї загальної аргументації є те, що для з'ясування того, що ми шукаємо, щоб отримати певний результат, слід спочатку прояснити, яким ми бачимо цей результат. Інша аргументація, викладена у цій

статті, зводиться до такого: якщо ми цінуємо іманентний кінцевий результат (результати) верховенства права (як би її (їх) не уявляли), ми не можемо уявити без її (їх) подальшого дослідження, який саме конкретний набір юридичних інститутів і практик може створити цей результат (результати). Або, навпаки, ці результати ніде не можуть бути отримані у дещо інший спосіб (про який ми міркували раніше), який просто перебуває за межами нашого кругозору. Нам потрібно поглянути на ці речі, і не лише з використанням професійного підходу, крізь який юристи і філософи права бачать світ. А це зумовлює, неминуче я б сказав, потребу знати щось про суспільство, крім того, що ми можемо вихопити просто живучи у ньому.

3. Суспільство

На жаль, я не можу вказати на велику кількість соціологічних робіт, в яких прямо мовиться про розглядувані нами питання. Соціологія верховенства права — не дуже популярна сфера. Декілька десятиліть тому Ф. Селзнік доводив, що, отримавши центральний статус серед юридичних цінностей, верховенство права «повинно зарезервувати за собою головне місце у юридичній соціології» [12, с. 52], і вказував на значний обсяг досліджень, що звертаються до цієї теми. Хоча вони (дослідження), можливо, до неї звертались, однак, хіба що у сенсі «мали стосунок», більшість же соціологічних досліджень не говорять саме про верховенство права або не аналізують його як окрему проблему[1].

Причини такого стану речей незрозумілі, оскільки якщо верховенство права, яке розуміють, принаймні, як найважливішу складову перешкоджання свавільному здійсненню влади, є справою політичною і юридичною, то воно, безперечно, є і справою соціальною. Свавільне володарювання є загальною причиною для суспільної дезорієнтації, а у найгірших випадках — катастрофи; і в аспекті соціальних досліджень є слушним питанням, як попередити чи зменшити таке володарювання, оскільки це необхідно для розуміння його соціальних передумов. Навпаки, і у цьому суть моєї статті, юридичні інститути безсилі без суспільної підтримки. Звідки може надійти ця підтримка і що вона може включати — доречні запитання для соціологічних розвідок. Не викликає також сумнівів, що якщо результат, якого ми прагнемо (обмеження свавілля влади) є важливим, то нам потрібно дослідити й інші аспекти (крім права), які допомагають його досягнути. Я повернуся до цього у заключній частині статті.

Однак є чимало речей, що працюють проти суто соціологічного вивчення верховенства права. Основна серед них — побоювання дисциплінарного «забруднення». Верховенство права настільки асоціюється з правом, політикою і державою, що соціологи воліють тримати дистанцію від цього благоговійного юридичного ідеалу — надто нормативного, надто правового, надто політичного, надто формального, надто відірваного від життя; бо як його слід вимірювати[2]? Ця неувага поєднується із «чистими» концепціями правових і політичних теоретиків, вільними від соціальної теорії й емпіричних соціальних досліджень. Це

[1] Хоча Ф. Слезнік, звичайно, аналізує [див.: 13]. Крім того, це питання висвітлюється у Ф. Ноймана [14] і в інших роботах членів Франкфуртської школи, зокрема О. Кірхгаймера. Також варто звернути увагу на працю В. Оберта [15].

[2] Щодо найбільш нерозважливого і обеззброюючого відтворення подібного упередження див.: [16, с. 709–714; 17, с. 1086–1100].

взаємне ігнорування є прикрим, оскільки низка важливих питань верховенства права є соціологічними [1, с. 45–69].

Отже, те, що я намагатимусь окреслити далі, — не належить до провідної сфери соціологічних досліджень. Воно радше уявляється як внесок до того, що один вчений, посилаючись якось на Ф. Слезвіка, а іншого разу — на Л. Фуллера, назвав частиною «соціальної науки, якої не існує» [18, с. 357], хоча деякі її елементи наразі дійсно існують, якщо і зазвичай не розглядаються у тісному зв'язку один з одним.

3.1. Право у суспільстві

У 2005–2006 рр. я провів академічний рік у міждисциплінарному центрі провідних досліджень у Стенфорді. Серед тем, про які я писав, був досвід просування верховенства права у посткомуністичних суспільствах [19, с. 299–340]. Одним із моїх колег був Дж. Гаус, соціолог із Мічигану, з яким, наскільки я знав, у мене не було нічого спільного, окрім того, що ми полюбляли щодня разом грати у пінг-понг. Він писав на тему здоров'я у Сполучених Штатах. Однією з проблем, що з нею стикнулися США, було те, що хоча вони витрачали на охорону здоров'я значно більше, ніж будь-яка інша країна (і в абсолютних цифрах, і на особу), їх результати у цій царині були гіршими, ніж у схожих за відповідними показниками країнах. Вони дійсно програвали. Дж. Гаус доводив, що цю проблему не можна виправити, зосереджуючись на звичайних аспектах — шпиталях, охороні здоров'я, медичних технологіях, ліках — і намагаючись покращити останні. Америка вже була попереду світу у цій сфері, та результати усіх цих грошей, технологій і фахових знань розчаровували. Одужання слід було шукати деінде: в освітній політиці, добробуті, доланні злиденних соціально-економічних умов тощо. Результати названого дослідження були згодом надруковані у колективній монографії «Роблячи американців здоровішими: соціальна і економічна політика як політика охорони здоров'я», у якій вивчається зростаючий парадокс між зниженням показників здоров'я населення порівняно з іншими заможними народами (і навіть із деякими з тих, що розвиваються) і зростаючими витратами на медичне страхування і допомогу [20, с. 3].

У цей час я був вражений паралелями між аргументацією Дж. Гауса і засадничими припущеннями відповідної традиції соціоюридичних досліджень, що їх я намагався впровадити у розмисли щодо верховенства права. Основну думку цієї традиції добре виражає зауваження М. Галантера, одного із найглибших її сучасних представників: «так само як здоров'я не знаходиться передусім у шпиталях чи знання у школах, так і правосуддя не має знаходитися передусім в установах, що правосуддя забезпечують. Людський досвід правосудного (і неправосудного) формується не лише (чи не зазвичай) на майданчиках, підтримуваних державою, але передусім у первинних місцях їх життєвої активності — у домі, сусідстві, на робочому місці, бізнес-діяльності тощо» [21, с. 17].

Люди можуть визнавати це щодо правосуддя, однак усе ще відмовляються переносити цей висновок на право. Зрештою, звичайним є спостереження, що право і правосуддя часто відокремлені одне від одного, так само і верховенство права. Згадайте сум із приводу цього у 1990-ті колишнього східнонімецького дисидента Б. Болея: «Ми хотіли правосуддя, та отримали верховенство права». Можливо правосуддя слід шукати у суспільстві, однак право, з цієї точки зору, добре це чи погано, надходить до нас від держави та її агентів.

У будь-якому випадку висновок можна сформулювати таким чином. Є звичним вказувати на стосунки права/суспільства з використанням фрази «право і суспільство». Йдеться про парасольковий рух у Сполучених Штатах, що об'єднує тих, хто вивчає ці питання, з назвою «Асоціація права і суспільства», численні «центри права і суспільства» в Америці, провідний журнал «Вісник права і суспільства», а також «Журнал права і суспільства» у Британії чи, принаймні, в Уельсі. Незважаючи на це, гарвардський юрист Л. Фуллер не сприймає такого виразу, не радикально, але твердо і у принципі. Він наполягає, що право є частиною соціального життя, а не тільки його партнером. Тому «право у суспільстві», але не «право і...». Ф. Селзнік (сам голова Центру права і суспільства) був до певної міри змушений визнати, Л. Фуллерові «не подобається вираз "право і суспільство". Він заперечує проти сполучника "і" як надто уявного; через нього складається враження про протиставність тих речей, які слід сприймати як цілковито перемішані. Нам може не подобатись такого роду пуризм, та наведене твердження є доволі влучним» [22, с. 216][1].

Це дуже загальне твердження і насправді Л. Фуллер прикрасив його невеличкою деталлю. Воно продовжується більш наочним, що не випадково, вивченням низки соціоюридичних робіт, що з'явилися у східноєвропейських багатонаціональних імперіях до Першої світової війни. Ключовими іменами є Л. Петражицький (інтуїтивне право), Б. Маліновський (право без центральної влади, кодексів, судів і поліцейських) і Є. Ерліх («живе право»). Я не буду тут вивчати їх творчість, та думаю, що з них можна багато чого запозичити, принаймні у двох напрямах.

Перший напрям стосується імпліцитного впливу характеру суспільних відносин на верховенство права. Суспільства пронизані різними патернами. Багато з цих патернів існують тривалий час і мають стосунок до більшості явищ, серед яких призначення і форма юридичних інститутів, характерні риси суспільства та їх прояви. Суспільства відтворюють внутрішні повторюваності і відмінності одне від одного (а так само і відмінності всередині суспільства, на рівні регіонів чи субсуспільств) у характері й будові відносин, що вони їх продукують, підтримують чи струмують. Ступінь, відповідно до якого певні суспільні конфігурації схильні підтримувати специфічні соціальні механізми, також варіюється.

Принаймні з того моменту, як Е. Банфілд написав про «аморальний фамілізм»[2] у «Моральних засадах відсталого суспільства» [24], представники соціальних наук обговорюють, чи є поширені соціальні механізми більш сприятливими для життя у відносно неперсоніфікованих соціальних відносинах, які можна побачити у сучасних суспільствах, і для неперсоніфікованих правил, які М. Вебер вважає особливістю модерності, і автори, які пишуть про верховенство

[1] Для порівняння згадаймо Л. Фуллера, який писав: «Зростаючий інтерес до соціології права, який розвинувся останніми роками, набув масштабів чогось на кшталт інтелектуального руху. У Сполучених Штатах цей рух взяв собі на озброєння свого роду жаргонізм "право і суспільство" як назву... Було б надто прискіпливим влаштовувати серйозну суперечку навколо цього невинного перейменування давно відомого явища. У той же час, я певен, існує низка небезпек у зв'язку з цією назвою та розподілом інтелектуальних зусиль, про які начебто йдеться. Говорячи про право "і" суспільство, ми можемо забути, що право саме по собі є частиною суспільства, що його основні процеси — це процеси соціальні, що його внутрішні практики мають соціальний вимір, вартий прискіпливої уваги соціолога» [23, с. 57].

[2] Аморальним фамілізмом називають прагнення отримати негайний зиск для своєї сім'ї, незалежно від суспільних витрат, яких завдало у зв'язку з такою поведінкою. — *Прим. перекладача.*

права, сприймають важливість цього моменту. Е. Банфілд вважав, що суспільства, які він назвав «відсталими» (хоча зараз ми б ніколи не вжили такого слова), несприятливі для неперсоніфікованих зв'язків й інститутів, і лише можуть бути з труднощами до них адаптовані. Отже, як доводить Е. Банфілд, у суспільствах чи субсуспільствах, що характеризуються «аморальним фамілізмом», таких як досліджуване ним Монтегренезі на півдні Італії, основним правилом соціальної поведінки є: «максимізуй негайну матеріальну вигоду своєї сім'ї; вважай, що усі інші роблять так само» [24, с. 85]. Ніщо не розглядається як публічне у цілепокладанні, навіть тоді, коли таке призначення дійсно малося на увазі, і «закон буде відкинутий, коли немає підстав побоюватися покарання» [24, с. 92]. Більш точно аналогічне твердження виражене у протиставленні Е. Гелнером сучасних «громадянських суспільств» історично більш раннім суспільствам, очолюваним королями чи родичами, чи поєднанням першого і другого [25].

Пізніше Р. Патнам додав нових деталей до порушених Е. Банфілдом питань, також спираючись на італійські дані. Порівнявши італійські регіони через 20 років після того, як вони отримали однаковий набір реформ публічних інститутів, вчений послідовно довів, що і у цей період, і, що більше лякає, протягом століть, ефективні інституційні зміни впритул корелюють із характеристиками соціальної структури, і зокрема, з кількістю громадянських асоціацій, здатних створювати міжособистісну довіру серед людей, які не є близькими чи родичами[1]. Регіони з великою кількістю таких асоціацій (футбольних клубів, співочих груп тощо) зазвичай мали кращі урядові інституції, ніж регіони, де таких асоціацій було обмаль. Хоча він не говорить про верховенство права, деякі з його спостережень дуже промовисті: «Люди у регіонах з меншою громадською активністю, яким бракує певної самодисципліни регіонів, де така активність є високою, були вимушені покладатися на те, що італійці називають "силами порядку", тобто на поліцію. ...Громадяни в таких регіонах не мають іншого способу вирішення фундаментальної гобсіанської дилеми, оскільки їм бракує горизонтальних зв'язків колективної взаємодії, яка працює більш ефективно у регіонах з активною громадськістю. ...[Однак] у регіонах з меншою громадською активністю навіть більш жорсткий уряд — агент правоохоронної діяльності ослабляється контекстом громадянської пасивності. Сам характер общини, який схиляє громадян до думки про сильніший уряд, робить в її очах будь-який уряд менш сильним, ніж потрібно, принаймні, якщо уряд залишається демократичним... У регіонах з високою громадянською активністю, навпаки, уряд "легкого дотику" стає без зусиль сильнішим, оскільки може покластися на більшу готовність громадян до кооперації і самостійної підтримки правопорядку» [28, с. 112–113].

Потужніша аргументація щодо розглядуваних питань, звернута безпосередньо до верховенства права, була розроблена інституціональним теоретиком і фахівцем із політекономії Б. Вайнгастом. Він розрізняє два соціальних типи, які принципово по-різному ставляться до проблеми насилля. З одного боку, більшість країн протягом більшості історичних періодів, включаючи сучасний, є «порядками обмеженого доступу», які вирішують проблему насилля через

[1] Мені довелося обговорювати особливості такої довіри та її зв'язки з громадянським суспільством і верховенством права [26, с. 221–256; 27, с. 163–176].

диференційований розподіл благ саме серед тих, хто здатний застосовувати насилля: «За цього соціального порядку політична система маніпулює економічною системою для створення ренти і таким чином встановлення контролю над насильством і підтримки порядку» [29, с. 30]. Порядок відкритого доступу, як випливає з його назви, навпаки, відкриває «вхід для політичних і економічних організацій. Як результат, вони створюють політичну і економічну конкуренцію, і ця конкуренція становить основу політичного порядку і попередження насилля. На противагу [порядку обмеженого доступу] усі громадяни в порядку відкритого доступу мають можливість використовувати державі суди для примусового виконання контрактів, що укладаються між організаціями. Отже, відкритий порядок створює і підтримує розгалужене громадянське суспільство. Конкуренція і відкритий доступ в економічній системі посилює конкуренцію і доступ у політичній системі, і навпаки» [29, с. 33]. Чого вимагає верховенство права і чого нездатні забезпечити порядки з найбільш обмеженим доступом, то це загальновизнані норми, які незалежні від осіб і статусів. Тільки таким чином можуть виникати «гідні довіри зобов'язання, які інституціоналізують політичні і соціальні механізми, що заохочують і посадових осіб, і громадян поважати правила, так щоб не лише сьогоднішні посадовці поважали правила, але щоб так робили і ті, які прийдуть завтра» [29, с. 45]. Відмінності між цими системами не є питаннями вільного, доброго чи злостивого вибору або ж доброго чи поганого характеру. Ці системи, доводить Б. Вайнгаст[1], становлять різні інституціоналізовані шляхи убезпечення від гобсіанського нічного кошмару[2]. Складність полягає у переході від однієї системи до іншої. Просте перенесення інститутів бажаного результату не принесе.

Я не зацікавлений у розгортанні тут наведених вище аргументів. Я свідомий того, що вони вміщують ідеалізовані розмежування і не охоплюють усі моделі поведінки, і я б заперечив той інтелектуально витончений космічний песимізм, який випромінюють деякі зі згаданих авторів [див.: 31, с. 77–105; 32, с. 1–34]. Та стрижневий елемент, спільний для обох систем, звичайно, правильний: соціально інституціоналізовані моделі поведінки, очікування і джерела легітимації не є безкінечно гнучкими чи незначними за своїми наслідками. Якщо є сподівання, що «верховенство права» здатне змінити стан суспільних відносин таким чином, що можливості для сильнішого свавільно панувати над слабшим буде зменшено, то слід ретельніше подумати на тим, що це за стан відносин і що слід зробити для його зміни. Хоча вони дійсно змінюються, багато з того, що ми прагнемо їм прищепити, помре; і навіть якщо народжена суміш виживе, швидше за все, вона працюватиме у спосіб, що нас здивує, а подекуди приголомшить. Використовуючи розмежування С. Голмса, політичні і юридичні порядки є радше «технологіями взаємодії», ніж «технологіями виробництва», якщо взагалі існує сенс (у чому я не певен) говорити про них, як про «технології». Технології взаємодії залежать від суб'єктів взаємодії, їх навичок, шляхів взаємодії, існуючих норм та очікувань від взаємодії так само чи навіть більше, ніж вони залежать від технологій. І якщо це не береться до уваги, то технології, впроваджені з великими фанфарами, грошами, потом і кров'ю, зазвичай завершуються нічим.

[1] Щодо теорії, на якій це ґрунтується, див.: [30].

[2] Йдеться про стан війни усіх проти всіх, який Т. Гоббс описує у «Левіафані». Сам вираз «нічний кошмар» англійський філософ не вживає. — *Прим. перекладача.*

Друга особливість «права-у-суспільстві» стосується як сучасних, добре зорганізованих, не персоніфікованих державних правопорядків, так і тих правопорядків, які борці за просування верховенства права намагаються змінити. Чи достатньо зосередитись на характеристиках юридичних інститутів, правил і практик у цих правопорядках? Звичайно, там, де право береться до уваги, його природа також враховується. Але ж право проявляється у суспільстві не лише у цьому. Передусім згадаймо загальний трюїзм, що величезний обсяг дій, до яких може бути дотичне державне право, ніколи не знайде свій шлях до державних інституцій, але матиме з ними справу (якщо буде) в інших ситуаціях. Це справедливо для будь-яких соціумів, включаючи суспільства розвинутого Заходу з потужною державною організацією і правовою системою. Американські соціоюридичні дослідники говорять, наприклад, про «піраміду суперечок» [33, с. 631]. В її основі шкода будь-якого виду. Її, мовою торгівлі, слід заявити. Потім пред'явити винуватцю, який лише за такої умови вважається звинуваченим. Тільки після цього можна сформулювати основу позову, який часто ніколи не буде поданий. Сторона, що зазнала шкоди, у багатьох випадках вирішує просто «перетерпіти». Деякі вимоги вплутуватимуть у справу третіх осіб, і лише деякі з них юристи. І тільки з цієї дуже маленької частки розпочинаються шари офіційної ієрархії (і ще менша частка буде по цій ієрархії підніматися). Зрештою тільки маленька кількість потенційно юридично значущих дій кінець кінцем втілюється у ті рідкісні справи вищих судів, які юристи і філософи права часто розглядають як основну юридичну матерію. Ці справи, звичайно, мають значення для непоказової вибірки учасників, які беруть у них участь, а їх юридична значущість може бути непропорційна їх кількості, та із суспільної точки зору ситуація складніша. Крім остаточного вирішення відносно незначної кількості суперечок, що потрапляють до судів, існують й інші джерела подібної соціальної важливості, що вони її мають.

Що з цього випливає? Дозвольте мені розпочати з ключового застереження, яке я не зробив у попередніх зверненнях до цього моменту. У своїх ранішніх роботах я прагнув показати, що урегулювання суперечки офіційними інститутами менш важливе, ніж прийнято вважати, а також як це урегулювання впливає на те, що відбувається ззовні. Зараз мені здається, що я сплутав кількість з якістю. Ви можете побачити мою помилку, звернувшись до розмислів Дж. Гауса і М. Галантера про здоров'я і шпиталі. Той факт, що «здоров'я не знаходиться передусім у шпиталях», не є доводом на користь неважливості того, що там відбувається. Навіть якщо у мене буде один серцевий напад протягом життя, цього буде достатньо. Так само і з судами. Термінове лікування з урахуванням специфіки того, що вони роблять для тих, хто до них звертається, охоплюватиме багатьох, кому більше немає куди йти, для кого немає жодного іншого інституту, здатного справедливо відреагувати на їхні скарги. Існує не виражена у кількісних показниках різниця між суспільствами, де ця можливість доступна для громадян, і суспільствами, де її немає, або вона доступна тільки по окремих категоріях, або вона реалізується настільки погано, що втрачається сенс в її використанні.

Більше того, це справедливо незалежно від того, мала чи ні особа нагоду використати зазначені вище інститути. У попередньому розділі я говорив тільки про індивідів із суперечками чи невдоволеннями, які насправді прокладають їм шлях до офіційних інститутів. Але тут шпиталі відрізняються від судів.

Серцевий напад — сумна, але індивідуальна подія, яка, звичайно, здатна вплинути на багатьох, крім хворого. Однак малоймовірно, що це налаштує їх таким чином, що вони почнуть жалітися одне одному, що це трапиться і з ними, оскільки немає ефективного інституту, здатного їх вилікувати. Відсутність реальної можливості втручання незалежної і впливової третьої сторони може мати трагічні соціальні наслідки. За таких обставин люди позбавляться можливості спочатку захищати себе самостійно, як ми часто робимо, але будуть схильні це робити без жодних стримувань чи обмежень, якщо не матимуть навіть найменшого сподівання стосовно можливості звернутися до офіційних агенств, коли усе інше виявиться марним. Отже, що б не випливало з моїх більш ранніх міркувань з цього приводу, я не маю нічого на увазі такого, що можна було б інтерпретувати як применшення стратегічного, засадничого значення встановлення державою інститутів, що вислуховують і забезпечують правосуддя для сторін, які прийшли до них, коли обставини такі, що вони можуть це ефективно робити. Звичайно, це не новина для більшості людей, і юристів зокрема, але, зайшовши надто далеко по цій соціологічній траєкторії моєї аргументації, на чому я не наполягав, але і не заперечував, я останнім часом надто мало вказував на зазначений вище момент[1].

Хоча ця поступка є важливою, однак залишаються два інших трюїзми, які я і досі відстоюю. По-перше, визначальна частина соціальної важливості права простягається за межі того, що воно дає конкретним учасникам у юридичному процесі. По-друге, ця визначна роль може бути оцінена лише у світлі інших джерел соціального впливу, відмінних від права, які можуть підтримувати, заломлювати, перенаправляти, трансформувати чи повністю блокувати цей вплив.

Законодавство, звичайно, завжди спрямовується назовні, і судові процедури також мають величезний ефект, що виходить за межі кола їх безпосередніх учасників. Окрім використання громадянами офіційних каналів (що зазвичай трапляється рідко, якщо вищевикладені доводи мають рацію), існує також ступінь здатності й готовності використати і покластися на такі юридичні джерела, як вказівки, стандарти, моделі, «поступки заради власної вигоди», «передача регуляторних повноважень», санкціонування, імунітети у стосунках між особами і з державою. У цьому сенсі, як підкреслював М. Галантер, суди не діють як магніти, що затягують суперечки усередину, щоб їх офіційно розв'язати [21][2]. Якщо б це була їх первинна функція, то можна було б стверджувати про їх повний провал у цьому напрямі, оскільки тільки дуже мала частка суперечок

[1] Цей мій оновлений підхід був до певного часу прихованим, а тому, що він вирвався назовні у цій роботі, я завдячую слуханню і читанню робіт Г. Гленн [34; 35]. Пані Г. Гленн обґрунтовано доводить важливість високої якості офіційних установ для розв'язування суперечок. Я усвідомлюю, що потрапляю у не дуже зручну позицію, погоджуючись із нею, коли вона може бути не згодна зі мною. Але мої підходи змінилися. Це нагадує мені хартівську згадку про дискусію з Г. Кельзеном. Г. Харт тоді розпочав з фрази, що «їх суперечка була цілковито нового штибу, оскільки, хоча він погодився зі мною, я не погодився з ним» [36, с. 287].

[2] М. Галантер відмічає, що «основний напрям юридичних досліджень схилився визирання назовні зсередини офіційного юридичного порядку, сприяючи претензіям офіційного права на ієрархічний характер відносин з іншими нормативними порядками у суспільстві. Соціальні пошуки у сфері права характеризувалися як повторне перевідкриття іншої півкулі юридичного світу. Це потягнуло за собою повторне відкриття того, що право у сучасному світі радше плюралістичне, ніж монополістичне, що воно приватне так само, як і публічне, і що національна (публічна, офіційна) правова система є часто вторинною до первинних локусів регулювання» [21, с. 20].

дістається до судів. Радше, маючи справу з цими суперечками, вони крім того і одночасно з цим діють як маяки, що посилають громаді сигнали про право, права, судові витрати, відстрочки, вигоди, шкоду й інші подібні речі. Усе це давно відомо, як, використовуючи знамениту фразу, «вирішення справ під покривом права» *«bargaining in the shadow of the law»* [37][1].

Звичайно, краще коли маяк яскравий, а не тьмяний, сфокусований і добре скерований, а сигнал, який він посилає, — чіткий і обнадійливий (чи бентежний, як у випадку кримінального права). Якщо ж повідомлення має кафкіанський характер (тобто у суді може трапитись що завгодно, але не правосуддя), то це погане повідомлення. Чи повідомлення, яке громадяни отримують від офіційних установ, може містити підтвердження, що суди застосовують «телефонне право», чи «прихватизовані» олігархами, чи, щоб вони не сказали, це не буде виконано (усе це часто використовується як виправдання у Росії), або ж якщо чисті суди менш впливові, ніж місцеві князьки (так само у Росії чи будь-де), або ж, що б людина не отримала у суді, це не компенсує їй витрати, складнощі, тяганину і виснаження від процесу (згадайте про сімейне право). Старовинне болгарське прислів'я каже, що «право як двері по середині відкритого поля. Звичайно ви можете пройти крізь двері, та лише дурень буде обтяжуватися цим». Це прислів'я — не найкраща реклама того повідомлення, що надсилає болгарська правова система.

Таким чином, те, як юридичні інститути вирішують суперечки, стосується двох груп зацікавлених осіб (крім, власне, юристів, які цим заробляють на життя). Менша і часто нетипова група — це самі сторони процесу, для яких час, проведений у суді, зазвичай має надважливе значення і через це є значимим сам по собі, і які (сторони) одночасно є складовою другої, значно більшої, групи, опосередкованої правом: усіх тих, хто, часто підсвідомо, у своїх стосунках з іншими громадянами чи державою діє і реагує на дії, базуючись на власній інтерпретації сигналів, що випромінюють згадані інститути, чи їх ставленні до цих сигналів і їх джерел. Однак, навіть коли сигнали чіткі й відчутні, вони необов'язково сприймаються так, як хотілось би сигнальникам. Не все залежить від повідомлення чи того, хто його надсилає.

Це знову може здатися досить розпливчастим. Давайте надамо цим міркуванням дещо більшої форми за допомогою ще декількох трюїзмів. Юристи часто говорять про суспільство в одному з двох значень (і помиляються у кожному з них). У першому значенні цей термін використовується як скорочена форма виразу «усі ми» і розуміється як маса індивідів. Казати про суспільство у такий спосіб означає виражати в одному слові усіх індивідуальних осіб, що живуть у певному обмеженому просторі. Коли М. Тетчер заперечувала існування такого явища, як «суспільство», вона насправді стверджувала, що немає нічого, окрім індивідів (та їх сімей). Менш полемічні індивідуалісти можуть користуватись цим словом із меншою огидою, однак, зазначаючи, що воно не дає нічого, крім економії мовлення. У другому значенні суспільство, навпаки, розуміється цілісно, як різновид колективної сутності. Згідно з низкою інтерпретацій саме так його розумів Е. Дюркгайм. І саме так це слово часто використовується під час

[1] Вираз *«bargaining in the Shadow of the Law»* стосується того, що сторони у процесі вирішення суперечок укладають угоди (зокрема, і угоди про визнання вини), маючи на увазі, що трапиться у суді, якщо справа туди потрапить. — *Прим. перекладача.*

післяобіднього базікання в Асоціації адвокатів, коли промовці кажуть про необхідність для права «йти у ногу із соціальними змінами», «служити потребам суспільства» тощо.

Але жити у суспільстві, з одного боку, означає не лише мати сусідів, а з другого боку, суспільство не становить щось на кшталт великої невиразної каші, хоча такі уявлення і поширюються (і навіть часто втілюються у життя) завдяки війнам і тоталітарному правлінню. Передусім індивіди знаходяться під суттєвим впливом тих суспільних відносин, в які вони вбудовані; як нагадує нам Ф. Селзнік, «людські істоти є продуктом взаємодії; вони вбудовані у соціальні контексти. Це трюїзм, але його слід сприймати серйозно. Це спосіб дізнатися, наскільки ми залежимо від спільного досвіду, включаючи навчання, комунікацію, стимулювання і підтримку» [38, с. 29].

Утім суспільство — це не «річ», і, звичайно, не неподільна одиниця. Навпаки, воно створене з людей, які займають те, що один юридичний антрополог назвав «напівавтономними суспільними ділянками» [39], зазвичай, по декілька таких ділянок одночасно. Ці ділянки, чи сучасною мовою, напевно, мережі, включають організації, в яких ми працюємо, наші родини, сусідів, можливо, етнічні і релігійні громади, людей, яким ми довіряємо. Це породжує зв'язки: іноді ближчі, іноді віддаленіші, іноді рівноправні, іноді клієнтарні, іноді щирі, іноді непутні.

На рівні того, що відбувається усередині, ці поля мають значення для тих, хто там знаходиться, напівавтономні поля, ймовірно, генерують характерні способи бачення і поводження зі справами, включаючи внутрішні суперечки і суперечки з людьми з інших полів. Навіть у найбільш законослухняній країні ці неформальні норми мають своїм джерелом недержавне право, і вони серйозно впливатимуть на те, що трапляється на цих полях, іноді без більш зовнішніх норм (включаючи офіційні), іноді у взаємодії з ними, іноді перенаправляючи ці норми у неочікуваних напрямах, іноді у напрямах, що блокують чи зводять нанівець працю законодавця або іншого суб'єкта нормотворчості, чи призвело б до цього, якщо б вони про це знали (а часто вони просто не знають). Багато з того, до чого ці закони у теорії можуть мати стосунок і що ніколи не потрапить до сфери дії державних інституцій, буде вирішено «на землі», часто без посилань на державні закони взагалі, іноді «під покривом права» [37], а часто під покривом чогось іншого. Такий хід справ може бути часом несумісним із державним правом чи віддзеркалювати ідіосинкразичні тлумачення останнього, чи ігнорувати його, але він чи то свідомо, послідовно, чи ще якось, матиме ефект, що опосередковує, переломлює і часто перенаправляє і оновлює значення й наслідки державного права, чого б там не прагнули досягти суб'єкти правотворчості.

Це, слід наголосити, загальні закономірності, які не відображають того, що трапляється у країнах, де замало чи взагалі немає верховенства права. Мережі, звичайно, можуть бути більш автономними і потужними у цих країнах і призводити до суттєвіших і більш драматичних відхилень від офіційних установлень. Однак є загальною помилкою порівнювати суспільство, що як вважається, занурене у «неформальні практики» (так часто визначають юридичні патології у відсталих країнах) з певною ідеалізованою моделлю неперсоналістського суверенного західного юридичного порядку, в якому ніщо не стоїть між державними законами та їх індивідуальними суб'єктами [див., напр.: 40]. З точки зору соціології, такого порядку не існує. Характер, вплив і важливість неформальних

практик стосовно офіційного права майже нескінченно варіативні (і ці відмінності здатні набувати великого значення), але їх існування універсальне.

Підсумовуючи викладене, повторимось, що якщо впровадження положень державного права не має брутального характеру (рідкісна подія, навіть у тоталітарних країнах, до того ж важко забезпечувана), то їх ефективність буде суттєво залежати від їхньої узгодженості з «місцевими» порядками, народженими соціальними порядками. Звичайно, у тоталітарних чи авторитарних політіях саме відсутність узгодженості між здійсненням державної влади і соціальними реаліями і можливостями часто породжує суспільні неформальні практики, які одночасно підривають офіційний порядок і прагнуть усунути його неадекватність [41; 42]. В обох цих ситуаціях (і коли існує хронічний брак узгодження, і коли гармонії більше) можна вести мову як про «право під покривом місцевих порядків» [21, с. 17], так і про «вирішення справ під покривом права».

І нарешті, хоча викладені вище моменти є загалом правильними, вони також можуть суттєво варіюватися з точки зору їх значимості і присутності у суспільній практиці. Щоразу, коли право визначає межі певного правила, результат багатьох потенційних джерел нормативного, структурного, культурного і інституційного перекривання, взаємодії і конкуренції помітно відрізнятиметься від суспільства до суспільства і часто усередині одного і того ж суспільства. Як люди тлумачитимуть державний закон і реагуватимуть на нього, як багато він для них значитиме у зіставленні з іншими джерелами впливу — ці моменти лише частково залежать від того, що він каже, як він каже і на що його намагаються спрямувати суб'єкти нормотворчості. Людські реакції на державне право у різній спосіб залежать від того, як, в якій формі та з якими особливостями і силою це право здатне пронизувати увесь цей проміжний простір, як налаштовані щодо нього його гадані реципієнти і наскільки щільними, конкурентними, ворожими чи такими, що чинять опір, його повідомленням вони можуть виявитися. Отже, багато робіт про «державу» і «право» ігнорують різноманіття феноменів і відношень, що проступають крізь ці прості і відокремлені поняття [див., напр.: 43].

Знову я маю наголосити, що з наведеного не випливає неважливість державного права. Так само ми не маємо просто викинути юридичний централізм і поставити на його місце якесь розпливчасте «суспільство». У сучасних умовах (а фактично увесь розвинений і нерозвинений світ перебуває під впливом цих умов) держава — засадничий інституційний підмурок усього суспільства, а його закони часто мають надзвичайно важливе значення. Але наскільки важливе, і навіть чи важливе, у який спосіб їх вплив проявляється у світі, значною мірою залежить від складних соціальних, економічних і політичних контекстів, в які вони втручаються. Це універсальна істина, а отже, ті, хто цікавляться верховенством права, мають це враховувати.

3.2. Верховенство права

Так багато про право. Та що про верховенство права? Наскільки воно «суспільне»? Звичайно, воно має соціальні наслідки, але більшість людей прагнуть відшукати їх у властивостях і діяльності юридичних інститутів держави (передусім торкаючись обмеження діяльності політичних інститутів). Зрозуміло, «суспільне», «юридичне», «політичне» є аналітичними розрізненнями, що погано передають повторюваності і закономірності реального світу. Однак з точки

зору того, куди ми дивимось і що чекаємо там знайти, що уявляємо собі і на чому ґрунтуємося, вони привертають увагу до помітних відмінностей, хоча б на рівні фокусу уваги і акцентів.

Немає нічого оригінального чи навіть особливого у пропонуванні основоположним підходом до верховенства права протиставлення свавіллю. Однак, розгляд цього моменту серйозний і відштовхування від нього, а не від переліку юридичного інструментарію, має низку наслідків, які не завжди помічають. Ба більше, ці наслідки матимуть місце незалежно від того, чи погоджуєтеся ви з моїм баченням змісту верховенства права, якщо тільки ви вважаєте доречним розпочати міркування про верховенство права з розгляду цього моменту.

Він полягає у тому, що специфічні особливості юридичних інститутів, формальні і процедурні характеристики, що зазвичай визначають як конститутивні для верховенства права, залежать від того, наскільки успішно вони підтримують надбання цієї цінності у суспільстві у цілому. Тією мірою, якою вони це роблять, вони допомогли нам визначити, чим має бути право, щоб служити завершальною частиною верховенства права (принаймні там, де воно є). Однак тією мірою, якою вони цього не роблять, взагалі незрозуміло, чому ми обираємо саме їх у марній спробі поширити їх на ситуації, в яких їх роль може бути суто пародійною. Первинним викликом, з яким стикається кожен, хто шукає верховенства права будь-де, є не наслідування чи пародіювання практик, які нібито десь спрацювали, а відшукання тут способів зменшення можливості свавільного здійснення влади, чого б це не вимагало.

Другим наслідком є те, що якщо свавільний характер здійснення влади є ціллю і небезпекою, якої хтось побоюється, то не існує підстав для апріорного обмеження уваги лише державною владою. Якщо недержавна влада здійснюється свавільно олігархами, мафіозі, військовими керівниками, старійшинами племені, Аль-Каїдою, капітанами бізнесу чи університетськими адміністраторами, то вона також потенційно може мати пороки свавільності, про які йшлося вище. Таким чином, верховенство права протиставляється свавільності здійснення істотної влади, хто б її не здійснював.

І нарешті останній наслідок, що випливає з другого у поєднанні з попередніми моїми зауваженнями. Серйозне ставлення до верховенства права може вимагати не лише різноманітних правил і практик від тих, кого ми знаємо у ситуаціях, яких ми не знаємо, але також і визнання, що багато найбільш суттєвих джерел верховенства права, сформованих під впливом різних благ, і небезпек для нього слід відшукувати у самому суспільстві, не лише у зрозумілих інституційних центрах офіційного права чи біля них [див. більше: 2]. Існує чимало суспільств, в яких свавілля такою самою чи навіть більшою мірою походить із додаткових до державної влади джерел, іноді з допомогою офіційних агентств, іноді в опозиції до них. Джерел влади багато. Більше того, їх обмеження можуть надходити (успішно чи ні) з багатьох ділянок суспільного життя і від багатьох агентств, які необов'язково є правовими. Це не лише може мати місце, але, як підкреслив на нещодавній конференції Дж. Брейтвейт, вже у дуже багатьох випадках має місце. Він наводить лише один приклад, зазначаючи, що «інститути ЗМІ є важливими засобами контролю і стримування судової гілки державного (і міжнародного) уряду і також засобом захисту відносної автономії судочинства від домінування виконавчої влади. Отже, коли Прем'єр-міністр критикує Високий суд за минулотижневе [вересень 2011] важливе рішення (справа про

“Азійське вирішення”), медіа-коментатори виступають (і мали так робити) як засіб контролю і стримування Прем’єра, щоб вона не зайшла надто далеко у своїй нищівній критиці голови Високого суду. Мій висновок полягає у тому, що ЗМІ, як окрема влада, створюються законом не більше, ніж верховенство права створюється незалежними ЗМІ... Умови сучасності вимагають від нас сприймати приватні концентрації влади (наприклад, рейтингові агентства чи приватні армії, як в Афганістані чи Іраку) як одночасно і загрозу, і складову продуктивного урівноважування влади. Навіть могутня виконавча влада, така як у Сполучених Штатах, може потрапляти у полон цих приватних влад. Так само і ООН. Отже, для динамічного, плюралізованого поділу влади, який допомагає стримувати свавільне здійснення влади (М. Крігер), глобальні медіа можуть ставати настільки ж критично значущими, як і право»[1].

3.3. Контексти і варіації

Існують великі і добре помітні відмінності між суспільствами, де верховенство права добре утверджено, і суспільствами, де цього не відбулось. Існує також безліч відмінностей усередині кожної з цих об’ємних категорій. Правові порядки суттєво відмінні один від одного залежно від того, наскільки сильно цінності і практики верховенства права у них вбудовані. Не в кожному правовому порядку суспільством зафіксовані інститути, умови, культура, соціальна структура та первинний досвід права, а способи підтримання цих речей будуть суттєво відрізнятися від суспільства до суспільства і серед специфічних соціальних груп усередині будь-якого суспільства. Правові порядки можуть бути носіями цінності, смислу і традиції, що проносяться і передаються крізь століття; деякі з них є такими, інші ні. Серед правопорядків, що мають таку властивість, деякі насичені цінностями верховенства права, деякі ні. Серед тих правопорядків, що такої властивості позбавлені, верховенство права стикається зі специфічними складнощами, часто давніми за походженням і складними у виправленні. Юристи завжди свідомі щодо цієї проблеми та часто не наділені необхідними навичками поводження з нею.

Члени порядку, міцно заснованого на верховенстві права, можуть не мати необхідності у настільки значних і близьких стосунках із наявними у цьому порядку позаюридичними установами, просто тому, що з ними вже мали справу хоча б побічно багато представників поколінь, що змогли отримати користь із цього в аспекті утвердження несвавільної влади. Вони, звичайно, можуть хотіти покращити те, що вже мають, і якщо основні умови ефективності права перебувають на належному рівні, то вони праві, концентруючись на юридичних інститутах. Це не тому, що вони живуть в іншому світі, а тому, що декілька універсальних проблем вже вирішені в їх частині світу і ставлення до закону є таким, як ніде більше. Інші проблеми чи можливості отримують перевагу. Тому, можливо, розмови про верховенство права, що випромінюють ці місця, так мало уваги приділяють позаюридичним умовам ефективності права.

Утім незрозуміло, як далеко можуть зайти ці розмови. Те, що С. Голмс відмічає стосовно Росії, може бути поширено й на інші країни, де бракує верховен-

[1] Йдеться про виступ Дж. Брейтвейт «Чи є поділ влади питанням верховенства права? Випадок ЗМІ» на конференції «ЗМІ, демократія і верховенство права» (Університет Нового Південного Уельсу, вересень 2011 р.).

ства права: «Юристів готують для вирішення звичайних проблем відповідно до звичайних процедур. Їх не готують для творчого обмірковування появи і зміцнення складних інститутів, існування яких юридична діяльність припускає за умовчанням. Ординарна юридична підготовка, таким чином, не відповідає екстраординарним проблемам, з якими стикається керівник з розвитку юридичних проектів у Росії. Проблема не в унікальності чи винятковості Росії, усе навпаки. У Росії, як і деінде, правова реформа не може бути успішною без приділення уваги соціальному контексту, місцевій інфраструктурі, професійним навичкам, логістичним можливостям і політичній підтримці... Отже, розуміння виключно юридичної сфери ніколи не виявляється достатнім» [44, с. 71].

Наслідком цього є те, що уся ця абревіатурна мішанина з міжнародних організацій, присвячених «розбудові» верховенства права у відсталих частинах світу, — Американська асоціація юристів (ABA), Європейський Союз (EU), Гаазький інститут міжнародного права (HiiL), Міжнародний валютний фонд (IMF), Організація з безпеки і співробітництва в Європі (OSCE), Програма розвитку ООН (UNDP), Агентство США з міжнародного розвитку (USAID), Інститут миру США (USIP), Світова організація торгівлі (WTO) тощо — продукує доповіді, написані юристами для юристів і більш підходящі для суспільств, що їх не потребують, але непридатні для використання суспільствами, яким вони справді необхідні. Проте так у цю гру не грають. Хибність викладеного підходу можна побачити, узагальнивши ремарку в одній з програм розвитку, що стосувалася адміністрування програми: «донорська активність часто зводиться до направлення “експертів”, які розробляють інститути у “Данії”, для того, щоб вони сконструювали інститути у “Джибуті”. У найкращому випадку це буде так само, як направити таксиста конструювати автомобіль. Але це помилка, оскільки інститути приходять з обґрунтовуючими їх міфами, які свідомо приховують соціальний конфлікт, заради вирішення якого відбулося перенесення інституту на новий ґрунт» [45].

Л. Фуллер говорить про юриста як про соціального архітектора. Здається, він має на увазі і конструювання юристами, скажімо, контрактів для клієнтів, і також конструювання публічних правових інститутів. Стосовно останнього вказаний термін не виглядає перебільшенням, принаймні щодо двох ініціатив у цій царині. Фахівці, що займаються просуванням верховенства права у транзитивних і постконфліктних суспільствах, надто часто думають про верховенство права так, неначе його установлення там, де його немає чи воно зруйноване, є, іноді у буквальному сенсі, такою самою роботою (хіба що складнішою і небезпечнішою), як культивування його там, де воно має довгу історію вирощування і глибоке коріння і де його наявність часто є нерефлектовним інгредієнтом повсякденного життя. Утім вони дійсно залучені до соціального архітектурування, яке часто відбувається на вороже налаштованому, невдячному ґрунті[1]. Ті щасливчики, які мешкають там, де є потужне верховенство права, мають багато чого робити для його захисту, охорони, підтримки, впровадження і поширення, але у порівнянні зі згаданими ініціативами це, швидше, нагадує ремонт, що триває. Це може бути досить значний ремонт, і там можуть виникати помітні, іноді нові, загрози. Війни — це не дуже добре для верховенства права, зокрема і війни проти терору. Але там існує щось (і у великий кількості) у структурі, а також

[1] Я обговорюю деякі зі складнощів такого завдання в одній зі своїх робіт: [46, с. 46].

сприятливий матеріал для праці, а так само часто наявна сприятлива інституційна і соціальна еластичність. Кінцеві цілі таких дій та їх спільне прагнення — ослаблення потенційно можливого владного свавілля — не є непов'язаними з цими різноманітними обставинами, але засоби, придатні для їх досягнення, розрізняються надзвичайно.

І це відсилає нас до ще однієї відмінності. У суспільствах, де верховенство права давно у безпеці, той факт, що верховенство права неправильно розуміється, може не мати особливого значення, оскільки воно значною мірою самостійно, без зовнішнього втручання підтримує свою дію. Однак у конфліктних, постконфліктних і транзитивних суспільствах, де докладені зусилля спрямовані радше на створення, ніж каталізування верховенства права, подібні проблеми з розумінням можуть мати катастрофічний характер. Йдеться про ті з названих суспільств, що прагнуть якомога швидкого встановлення верховенства права не у сенсі набору юридико-технічних прийомів, а у сенсі результату — такого благотворного стану речей, за якого право розглядається як надійний стримувач можливості свавільного здійснення влади.

Хоча, можливо, мені слід закінчити цей розділ статті добрими новинами. У Звіті Світового банку про світовий розвиток 2011 р. міститься заклик до вироблення стратегії правосуддя, що: «1) ґрунтується на розумінні соціально-політичного контексту (тим самим просуваються не абстрактно найкращі, а найбільш придатні рішення, що засновані на місцевих потребах, експерименті й адаптації); 2) зосереджує увагу на соціальних і економічних чинниках правосуддя, а не лише на судівництві...». Ці нещодавні зміни декларацій (на рівні риторики) відбулися після витрачання мільярдів доларів на пошук абстрактно найкращих стратегій, на кшталт тих, що пропонувала Венеціанська комісія. Це крок уперед у доланні давно існуючих і вельми поширених припущень у напрямі усвідомлення суті питання. Більше того, усередині Світового банку й інших агентств, таких як Інститут світу в США, останніми роками відбувається важлива робота, спрямована на дослідження саме цих питань, а також на пошук шляхів для створення програм, які враховують вказане зростаюче розуміння. Але цю діяльність не можна назвати такою, що превалює; вона відбувається усупереч низці укорінених бюрократичних й ідеологічних установ, тенденцій і зацікавлених кіл, її вплив усе ще потребує оцінки, і названі цілі простіше заявити, ніж досягнути з причин знову ж таки виходу за межі юридичного знання[1].

4. Висновки: поза межами верховенства права (або поблизу від нього)?

Це приблизно те, чого я наразі досягнув у сфері верховенства права. Я не певен, що цього досить і закінчу мій звіт про просування на цьому шляху одним питанням, що мене спантеличує. Довгі роки я доводив хибність згаданих на початку статті конвенційних концепцій верховенства права, що помилково зосереджують основну увагу на правилах, практиках і діяльності основних юридичних інститутів. Я припустив, що це помилково з двох причин. По-перше, вони починають з інституційних рис, які видаються необхідними для верховенства права, замість того, щоб вивчати мету, видимого telos, під кутом якого можна

[1] Див., зокрема, публікації групи «Правосуддя для бідних» (наприклад, Д. Іззер, М. Вулкок та їх помічники), а також їхній блог на сайті Світового банку.

оцінити значущість і корисність тих чи інших інститутів. По-друге, значущість і корисність є головними питаннями, тоді незрозуміло, чому бачення цих речей має обмежуватися виключно правничо-інституційними аспектами. Слід підходити до проблеми ширше і передусім із більш соціологічних позицій.

Іноді я почуваюся так, ніби мочусь проти вітру (це начебто австралійський вираз). Що я справді можу зробити, щоб зіштовхнути з цих рейок потяг верховенства права, який несеться по них на всіх парах? Можливо не слід намагатися, зокрема і тому, що я прихильник верховенства права. Хай вони мають свої інститути і набори обов'язкових елементів верховенства права. Я робитиму щось інше. Однак нещодавно мене спровокували на продовження моєї лінії аргументації до її логічного (або нелогічного, як хтось може думати) завершення. Провокація (ненавмисна, думаю) мала місце на організованій мною минулого року конференції про ЗМІ, демократію і верховенство права.

На цій конференції, Дж. Брейтвейт презентував потужну статтю з нібито невинною назвою «Чи є поділ влади питанням верховенства права? Випадок ЗМІ». Він зазначив, що хоча багато людей говорять про верховенство права, як про «добру річ саму по собі», це не так. Радше, як він стверджує, «його краще сприймати як складову поділу влади, ніж навпаки». Чому саме такий порядок речей повинен мати значення? Відповідно до Дж. Брейтвейта, який є класичним завзятим республіканцем (не в американському сенсі цього слова, жодних асоціацій з рухом чаювання): «Розгляд поділу влади як питання верховенства права обмежує республіканську уяву у тому, як боротися за більш багатогранний поділ влади. Він зводить політичну думку до нудної конституційної юриспруденції тричленного поділу влади. І це тоді, коли умови сучасності вимагають від нас побачити приватні концентрації влади, такі як рейтингові агентства чи приватні армії... як одночасно і небезпеку, і чинник сприяння для плідного балансу влади». Пізніше Дж. Брейтвейт зазначив: «Мережі інститутів потрібні для посилення урядування шляхом забезпечення його підзвітності щодо ефективності й чесності. Мережі державних і недержавних інститутів, які контролюють владу і роблять можливими інновації, ініціативність і навчання, можуть уможливлювати і перевіряти помилки одне одного у належних їм сферах відповідальності... Більшість завдань урядування мережі виконують краще, ніж ієрархії. Але мережі мають координуватися і іноді, але тільки іноді, держава є найкращим кандидатом для координування. Для більшості проблем посилення державної ієрархії для вирішення проблем не є настільки ефективним, як посилення стримувань і противаг усередині ієрархії (наприклад, зміцнення державно-приватного партнерства, збільшення професіоналів-технократів, обізнаних у цій проблемі, залученість і пильність громадянського суспільства й інших мереж урядування, а також одночасне зміцнення координації мережевого урядування)».

Я не цілком поділяю наведені думки. Я не певен, наприклад, що поділ влади має розглядатися як кінцева мета, і я наполягаю на тому, що цією метою є стримування свавільного володарювання як таке. Поділ видається мені технічним прийомом для досягнення цієї мети, що не має самостійної цінності, у певних формах і, виконуючи певні завдання, він здатний допомогти. Ми потребуємо влади для досягнення і уможливлення багатьох добрих, іноді незамінних, цілей, але вона має стримуватися і каналізуватися. Поділи певного штибу становлять важливе джерело стримування і каналізування, але не лише вони; саме по собі

досягнення поділу влади є замалою підставою для радіння. Якщо поділ послаблює корисну владу (наприклад, що застосовується для підтримки миру, забезпечення виконання домовленостей тощо), то ми не можемо радіти. Я не думаю, що Дж. Брейтвейт щось із цього заперечуватиме, і він, звичайно, підтримає мою ворожість щодо свавільної влади, але я боюсь, що висування поділу уперед може завести нас не туди.

Однак я дійсно переконаний, що ми можемо отримати користь, слідуючи його твердженню, що верховенство права слід розглядати не як завжди необхідний наріжний камінь політики приборкання влади, стосовно якої усі інші заходи є похідними або додатковими, а як одне з різноманітних знарядь, у деяких обставинах і відношеннях (як наголошує Г. Глен) надзвичайно важливе, але з точки зору успішності залежне від багатьох речей, і, можливо, не більш важливе для досягнення названої вище цілі, ніж інші.

Це не робить верховенство права неважливим, проте дає змогу побачити його важливість у перспективі, віддаючи належне іншим феноменам, які можна залучити задля досягнення відповідних цілей, і утримує нас від повторення модної всюдисущої мантри, що загрожує затиранням тих справді цінних завдань, заради яких колись розпочалась боротьба за верховенство права, а також перетворенням верховенства права на зброю у досягненні фактично будь-яких цілей.

Наразі я усе ще не знаю, які мають бути змістовні результати усього цього, можливо не буде жодних. Тому, про всяк випадок, я залишу відкритою можливість повернення до моєї попередньої іпостасі і розлогого описання істинної природи верховенства права, осмисленого у межах мого «соціологічного, телеологічного» бачення. Комусь може здатися невиразним чи незрозумілим подібне моє ставлення до проблеми, та у мене на такі випадки є лише мудрість Граучо Маркса: «Це мої принципи, і якщо вам вони не подобаються... То я маю інші».

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Kriger M.* The Rule of Law: Teleology, Sociology, and Legality / M. Kriger // Relocating the Rule of Law / ed. by G. Palombella and N. Walker. — Oxford, 2009. — P. 45–69.
2. *Kriger M.* Four Puzzles about the Rule of Law: Why, What, Where? And Who Cares? / M. Kriger // Getting to the Rule of Law / ed. by James E. Fleming. — Nomos. № 50. — New York : NUP, 2011. — P. 64–104.
3. *Kriger M.* The Rule of Law / M. Kriger // Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law / Michel Rosenfeld and András Sajó, eds. — Oxford, 2012, 233-49 (forthcoming).
4. *Poggi G.* Durkheim / G. Poggi. — Oxford : Oxford University Press, 2000.
5. *Reid J. P.* Rule of Law / J. P. Reid. — DeKalb, IL, 2004.
6. *Maitland F. W.* The Constitutional History of England / F. W. Maitland. — Cambridge, 1965.
7. *Thompson E. P.* Whigs and Hunters. The Origins of the BlackAct / E. P. Thompson. — Harmondsworth, 1977.
8. *Pettit P.* Reepublicanism: A Theory of Freedom and Government / P. Pettit. — Cambridge, 1997.
9. *Haggard S.* The Rule of Law and Economic Growth: Where are We? / S. Haggard, L. Tiede // World Development. — 2010 — Vol. 5 (39). — P. 673–685.
10. *Fuller L. L.* The Morality of Law / L. L. Fuller. — 2nd ed. — New Haven, 1969.

11. *Waldron J.* The Rule of Law and the Importance of Procedure / J. Waldron // Getting to the Rule of Law / J. Fleming, ed. — New York, 2012.
12. *Selznick P.* The Sociology of Law / P. Selznick // The International Encyclopedia of the Social Sciences. — Vol. 9. — New York, 1968.
13. *Selznick P.* Ideals in the World / P. Selznick. — Stanford, 2012.
14. *Neumann F. L.* The Rule of Law / F. L. Neumann. — Leamington Spa, 1986.
15. *Aubert V.* In Search of Law / V. Aubert. — Totowa, NJ, 1984.
16. *Black D. J.* Review of Philip Selznick, Law, Society, and Industrial Justice / D. J. Black // American Journal of Sociology. — 1972. — Vol. 78. — P. 709–714.
17. *Black D. J.* The Boundaries of Legal Sociology / D. J. Black // Yale Law Journal. — 1971–1972. — Vol. 81. — P. 1086–1100.
18. *Soltan K. E.* Selznick and Civics / K. E. Soltan // Legalty and Community. On the Intellectual Legacy of Philip Selznick // Robert A. Kagan, Martin Krygier, and Kenneth Winston (eds.). — Maryland, 2002.
19. *Krygier M.* After Postcommunism. The Next Phase / M. Krygier, A. Czarnota // 2 Annual Review of Law and Social Science. — 2006. — P. 299–340.
20. *Making* Americans Healthier: Social and Economic Policy as Health Policy / Robert F. Schoeni, James S. House, Goerge A. Kaplan, and Harold Pollack, eds. — New York, 2008.
21. *Galanter M.* Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law / M. Galanter // Journal of Legal Pluralism. — 1981. — Vol. 19. — P. 1–47.
22. *Selznick P.* Jurisprudence and Social Policy: Aspirations and Perspectives / P. Selznick // California Law Review. — 1980. — Vol. 68. — P. 206–220.
23. *Fuller L. L.* Some Unexplored Social Dimensions of the Law / L. L. Fuller // Sutherland A. E. Path of the Law from 1967. — Cambridge Mass., 1968.
24. *Banfield E.* The Moral Basis of a Backward Society / E. Banfield. — Glencoe Illinois, 1953.
25. *Gellner E.* Conditions of Liberty. Civil Society and its Rivals / E. Gellner. — Harmondsworth, 1994.
26. *Kriger M.* The Quality of Civility: Post-Anti-Communist Thoughts on Civil Society and the Rule of Law / M. Kriger // Out of and Into Authoritarian Law / András Sajó, ed. — Amsterdam, 2002. — P. 221–256.
27. *Kriger M.* Civil Passions, Black Inc / M. Kriger. — Melbourne, 2005.
28. *Putnam R. D.* Making Democracy Work. Civic Traditions in Modern Italy / R. D. Putnam. — Princeton, 1993.
29. *Weingast B. R.* Why developing countries prove so resistant to the rule of law / B. R. Weingast // Global Perspectiveson the Rule of Law / James J. Heckman, Robert L. Nelson, and Lee Cabatingan, eds. — Routledge, 2010.
30. *North D. C.* Violence and Social Orders: A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History / D. C. North, J. J. Wallis, B. R. Weingast. — Cambridge, 2009.
31. *Kriger M.* Institutional Optimism, Cultural Pessimism and the Rule of Law / M. Kriger // The Rule of Law after Communism / M. Krygier, A. Czarnota, eds. — Ashgate, 1999. — P. 77–105.
32. *Kriger M.* Transitional Questions about the Rule of Law: Why, What, and How? / M. Kriger // 1 East Central Europe-L'Europe du Centre Est. Eine wissenschaftliche Zeitschrift. — 2001. — Vol. 1 (28). — P. 1–34.
33. *The Emergence* and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming... / W. L. Felstiner et al // Law and Society Review. — 1981. — Vol. 15. — P. 631–654.

34. *Genn H.* Paths to Justice. What People Do and Think about Going to Law / H. Genn. — Oxford, 1999.
35. *Genn H.* Judging Civil Justice, The Hamlyn Lectures 2008 / H. Genn. — Cambridge, 2010.
36. *Hart H. L. A.* Kelsen Visited / H. L. Hart // Essays in Jurisprudence and Philosophy. — Oxford, 1983.
37. *Mnookin R. H.* Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce / R. H. Mnookin, L. Kornhauser // Yale Law Journal. — 1979. — Vol. 88. — P. 950–997.
38. *Selznick P.* The Moral Commonwealth / P. Selznick. — Berkeley, 1992.
39. *Moore S. F.* Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study / S. F. Moore // Law as Process. — London, 1978. — P. 54–81.
40. *Gel'man V.* The Unrule of Law in the Making: the Politics of Informal Institution Building in Russia / V. Gel'man // Europe-Asia Studies. — 2004. — Vol. 56. — P. 1021–1040.
41. *Ledeneva A. V.* Russia's Economy of Favours / A. V. Ledeneva. — Cambridge, 1998.
42. *Ledeneva A. V.* How Russia Really Works. The Informal Practices that Shaped Post-Soviet Politics and Business / A. V. Ledeneva. — Ithaca, 2006.
43. *Nonet P.* Law and Society / P. Nonet, P. Selznick // Transition. Towards Responsive Law. — New Brunswick, 2001.
44. *Holmes S.* Can Foreign Aid Promote the Rule of Law? / S. Holmes // East European Constitutional Review. — 1999. — Vol. 8. — No. 4. — P. 68–74.
45. *Pritchett L.* Solutions when the Solution is the Problem: Arraying the Disarray in Development / L. Pritchett, M. Woolcock // Centre for Global Development Working Paper. — № 10б September 2002 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1106236.
46. *Kriger M.* Hart, Fuller and Law in Transitional Societies / M. Kriger // The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century / Peter Cane, ed. — Oxford, 2010.

Крігер М. Чому верховенство права є надто важливим, щоб лишити його юристам

Анотація. Стаття стосується дещо залишеного на узбіччі соціологічного аспекту верховенства права. Вивчення верховенства права передбачає отримання відповідей на два взаємопов'язаних питання щодо нього. І тільки після цього з'явиться можливість визначити, якою має бути правова система відповідно до верховенства права. Перше питання становить мету верховенства права, або цінність, покладену в його основу, тобто те, чого воно прагне досягнути (це філософська складова). Друге питання — це те, що у світлі цієї цінності ми повинні мати у суспільстві і правовому порядку задля досягнення цієї цінності. Останнє обумовлює приділення уваги соціологічним, політичним (і економічним) передумовам. Хоча обидва названі питання є важливими, автор зосереджується саме на другому з них. Він досліджує соціальний фундамент права і верховенства права, вказуючи на складний характер останніх та їх змінюваність у різні часи та у різних контекстах. Юристи ж зазвичай, навпаки, обговорюють верховенство права як ніби воно є явищем, що його можна визначити з використанням специфічних юридичних інституціональних атрибутів, які мають бути там, де є верховенство права. Однак, якщо мета верховенства права та його соціальні і політичні передумови не беруться до уваги, інституційні рішення, що їх зазвичай пропонують ті, хто просуває верховенство права, здебільшого «зависають у повітрі». Навіть якщо вони і працюють деінде, в інших місцях вони зазнають поразки, що демонструють багато програм зі зміцнення верховенства права. Інституційні рішення мають ґрунтуватися на розумінні цінності, що лежить в основі верховенства права, а також на конкретних соці-

альних і політичних умовах того середовища, де ми намагаємось його відшукати. У світлі тієї цінності і тих умов можна поставити питання, які юридичні інституційні заходи — у цьому суспільстві і у цей час — є найбільш придатними для досягнення верховенства права у конкретному суспільстві з конкретною соціальною і юридичною історією, традиціями і юридичною практикою. Утім зазвичай юристи ігнорують ці питання і розпочинають з певного, часто недоречного у конкретній ситуації універсального бачення того, що верховенство права вимагає від правової системи. Це утворює системну прогалину в нашому розумінні. Стаття має на меті заповнити цю прогалину.

Ключові слова: право, верховенство права, правові цінності, суспільство, свавільне здійснення влади.

Кригер М. Почему верховенство права является слишком важным, чтобы оставить его юристам

Аннотация. Статья касается оставленного в определенной мере в стороне социологического аспекта верховенства права. Изучение верховенства права предусматривает получение ответов на два взаимосвязанных вопроса относительного него. И только после этого появится возможность определить, какой должна быть правовая система, чтоб соответствовать верховенству права. Первый вопрос включает цель верховенства права, или ценность, положенную в его основу, то есть то, чего оно стремится достичь (философская составляющая). Второй вопрос — это то, что в свете этой ценности мы должны иметь в обществе и правовом порядке для достижения этой ценности. Последнее обуславливает внимание к социологическим, политическим (включая экономику) предпосылкам. Хотя оба названных вопроса имеют важность, автор сосредотачивается именно на втором из них. Он исследует социальный фундамент права и верховенства права, указывая на их сложный характер и изменяемость в разное время и в разных контекстах. Юристы ж обычно, наоборот, обсуждают верховенство права, как вроде бы оно выступает явлением, определяемым с помощью специфических юридических институциональных атрибутов, которые должны присутствовать там, где есть верховенство права. Однако если цель верховенства права и его социальные и политические предпосылки не принимаются во внимание, институциональные решения, которые обычно предлагаются теми, кто продвигает верховенство права, в основном «повисают в воздухе». Даже если где-то они и работают, в других местах обречены на неудачу, что демонстрируют многие программы по укреплению верховенства права. Институциональные решения должны основываться на понимании ценности, положенной в основу верховенства права, а также на конкретных социальных и политических условиях той среды, где мы пытаемся его найти. В свете упомянутых этой ценности и этих условий может быть поставлен вопрос о том, какие юридические институциональные меры — в данном обществе и в данное время — являются наиболее приемлемыми для достижения верховенства права в конкретном обществе с конкретной социальной и юридической историей, традициями и юридической практикой. Тем не менее, чаще всего юристы игнорируют эти вопросы и отталкиваются от определенного, часто неуместного в конкретной ситуации универсального видения того, что верховенство права требует от правовой системы. Это образует системный пробел в нашем понимании. Статья имеет целью восполнить данный пробел.

Ключевые слова: право, верховенство права, правовые ценности, общество, произвольное осуществление власти.

Krygier M. Why the Rule of Law is Too Important to Be Left to Lawyers

Summary. The text deals with a somewhat neglected aspect of the rule of law, its sociological dimensions. Studying the rule of law involves getting answers to two related questions, about the rule of law, before one can say what the law should be like to

achieve it. First, : what is the point, the value, of the rule of law, what is it supposed to achieve; this is the philosophical element. Second, what, in light of that value, do you need to have in a society and legal order, in order to achieve that value? This will involve considering sociological, political (and economic) conditions. Though both questions are important, the author focuses in this text primarily on the second question. He examines the social bases of law and the rule of law, pointing out their complexity and variety in different times and contexts. Typically, by contrast, lawyers discuss the rule of law as though it was a thing to be defined by specific legal institutional attributes, which one should expect to find wherever the rule of law can be found. Unless the point of the rule of law and its social and political conditions are taken into account, however, the institutional recipies typically offered by rule of law promoters are merely floating in the air. Even if they might work somewhere, they might fail elsewhere, as many rule of law promotion programs have shown. Institutional prescriptions need to be grounded in an understanding of the value of the rule of law, and in the particular social and political conditions where one seeks it. In light of that value and those conditions, one can then ask what legal institutional measures — in this society at this time — are most likely to help one achieve the rule of law, in a particular society, with particular social and legal histories, traditions, and practices. Typically, however, lawyers ignore these issues, and start with some confident, but often misplaced, universal institutional conception of what the rule of law requires from law. That leaves a systematic gap in our understanding. This article aims to fill this gap.

Key words: law, rule of law, legal values, society, arbitrariness in the exercise of power.