

*Національна правнича дискусія за темою:
«Принципи права: актуальні питання»*

*I. Принципи права в загальнотеоретичному
і конституційному вимірах*

**ПРИНЦИПИ ПРАВА Й АВТОРИТЕТНІСТЬ:
МІРКУВАННЯ ЩОДО НОРМАТИВНОСТІ**



К. ГОРОБЕЦЬ
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри загальнотеоретичної
юриспруденції
Національного університету
«Одеська юридична академія»*

Теорія правової нормативності¹, безумовно, є фундаментом юриспруденції. Жодне інше вчення у межах філософії права чи теорії права не може претендувати на таке ж значення і вагомість. Водночас саме теорія нормативності сьогодні стикається із найсуттєвішими викликами, що стоять перед юриспруденцією. Ідеться насамперед про проблему розмивання кордонів між правом і не-правом, що є наслідком поширення різних форм м'якого права, а також про поступове руйнування критеріїв диференціації різних «поверхів» нормативності. Критерій чинності (*validity*), що, починаючи з Г. Кельзена, виконував функцію відмежування права від того, що правом не є, сьогодні набуває нових рис.

Чинність починає асоціюватися не так із тим, як з'являється право і що робить певну норму правовою, як із тим, який статус приписується цій нормі суб'єктами права (так звана динамічна концепція чинності). Поступово формується нове бачення нормативності, що більше не є цілковито зав'язаним на офіційній правотворчій функції держав і на об'єктивних критеріях відмежування права від інших регулятивних систем. На цьому тлі набуває нового звучання тема принципів права. Якщо чинність правил більше не асоціюється лише з тим, яким чином і ким вони створені, то як забезпечити авторитетність правового примусу? Якщо кордони між правом і не-правом стають усе більш «пунктирними», яким чином

¹ Під теорією правової нормативності ми розуміємо комплекс учень як позитивістського, так і юснатуралістичного походження, що пояснюють, чому люди *мають* підкорюватися праву й чому вони це *роблять*. Ця частина юриспруденції досліджує низку проблем, пов'язаних із чинністю, дієвістю й легітимністю права, його формальними й змістовними параметрами. Зрештою, теорія правової нормативності може мати багато форм, серед яких — теорія панування права, теорія конституціоналізму тощо.

суб'єкти мають орієнтуватися серед безлічі правил? Нарешті, якщо правова нормативність стає рухомою, то якою є роль принципів права в забезпеченні цілісності правової сфери?

Усі ці питання ставлять перед теорією правової нормативності доволі складні проблеми, задля вирішення яких варто вийти за межі концепту чинності й мислити право як авторитетну регулятивну систему, що визначається особливим способом артикуляції підстав для дій суб'єктів права. Це актуалізує визначення ролі принципів права у встановленні й зміцненні авторитетності права, розгляд їх функцій у зв'язку з осмисленням права як авторитетної системи, нарешті, розуміння особливостей формування нових принципів права.

Авторитетність і нормативність: норми як підстави для дій

Структура правової нормативності, як вона представлена юридичним позитивізмом, передбачає існування первинних і вторинних правил — розмежування, яке запроваджене Г. Хартом [1] і яке є однією з фундаментальних тез юриспруденції. Таке бачення права створює жорсткий рубіж нормативності: в хартівській версії правової реальності можна завжди визначити, чи є певна поведінка результатом дотримання правил, і якщо так, то чи є ці правила *правовими*. Правило визнання дозволяє провести однозначну межу між правом і не-правом — і в цьому, серед іншого, полягає безумовна цінність концепції Г. Харта, оскільки вона надає змогу пояснити природу правової нормативності без уведення суто дедуктивної кельзенівської конструкції

основної норми. Г. Харт зумів пояснити нормативність мовою, зрозумілою всім юристам, а не лише тим, хто знається на кантіанстві.

Утім, існують випадки, коли провести чітку межу між правом і не-правом, використовуючи інструментарій хартівської теорії, буває складно. Передусім це стосується, звісно, м'якого права, яке балансує на межі чинності, однак часто створює обов'язки для своїх суб'єктів, що можуть легко зрівнятися (а подекуди й перевершити) за своєю вагомістю обов'язки, які накладає тверде право¹. У такій ситуації формальна чинність втрачає своє фундаментальне значення для суб'єктів права, які керуються передовсім мотивом, як діяти у такий спосіб, щоб досягти максимально сприятливого результату без ризиків втрати автономії під час прийняття рішення. Таким чином, типовою стає ситуація, коли правила набувають вагомості в очах своїх адресатів незалежно від того, чи є вони формально чинними. Однак навіть якщо відкинути такі нечинні правила, відмовляючи їм у статусі правових, це проблеми не вирішує. Цінність і сила м'якого права полягають у тому, що ним керуються, а не в тому, що воно ухвалено відповідно до якоїсь процедури.

У таких умовах набуває сенсу питання щодо авторитетності права². Автор найбільш фундаментальної та всеосяжної теорії авторитетності права на сьогодні Дж. Раз [2; 3] хоча й дотримується хартівської логіки опису правової нормативності, все ж суттєво змінює акценти в розумінні права. Він ґрунтується на простому і в чомусь навіть самоочевидному судженні про те, що

¹ З формально-юридичного погляду, м'яке право не є правом взагалі, а якщо й набуває певної легалізації, то посідає нижче місце в нормативній ієрархії порівняно з традиційним твердим правом. Однак при цьому часто правила, встановлені м'яким правом, сприймаються адресатами більш серйозно, а наслідки їх порушення є більш вагомими, ніж у випадку з твердим правом. Це стосується таких сфер, як торгівля, права людини, екологічні нормативи тощо.

² Поняття «авторитетність» тут і далі використовується у широкому значенні — як здатність чогось бути підставою для дій, що варта того, щоб її дотримувалися. Варто зауважити, що англійське слово «*authority*» означає не лише авторитетність як властивість чогось (судження, рішення, правила тощо), а й інституціолізовану практику або певну установу, здатну слугувати джерелом авторитетних суджень, рішень, правил тощо.

норми слугують своєрідними підставами¹ для дій. Останні бувають різноманітними: можуть існувати в нашій свідомості, бути зумовленими вихованням і культурою (коли людина вчиняє щось із почуття морального обов'язку або за покликом совісті) або ж мати суто фізичне походження (як, наприклад, шторм, який став підставою для скасування рейсу). Вони можуть бути як максимально абстрактними (наприклад, прагнення до щасливого життя або достатку), так і дуже конкретними (потреба сходити до лікаря-стоматолога через зубний біль). Однак норми виділяються з-поміж усіх підстав для дій тим, що вони завжди є вторинними, тобто їхнє призначення полягає у тому, щоб раціоналізувати й спростити дотримання первинних підстав для дій. Саме тому Дж. Раз називає нормативність місцем аргументації підстав (*the place of reasoning*) [4].

Для того щоб норма могла виконувати свою функцію — слугувати підставою для дій, вона має бути авторитетною. Авторитетність права загалом й окремих правил зокрема, які його становлять, виражається у трьох тезах-постулатах. Перша теза — це «теза про залежність»: усі авторитетні директиви мають базуватися на первинних підставах, які вже самостійно застосовуються суб'єктами, на яких ця директива спрямована і які є релевантними в умовах, що підпадають під цю директиву. Для Дж. Раза теза про залежність має безпосередній зв'язок з ідеєю автономії як фундаментальною передумовою політичної й правової свободи: право не має *створювати* підстави для дій, воно має слугувати інструментом, що *полегшує дотримання* вже існуючих підстав для дій.

Друга теза — це «теза нормального виправдання»: очевидний шлях для встановлення того, що одна особа є

авторитетом для іншої, передбачає, що особа, яка визнає такий авторитет, вірогідно буде краще послуговуватися підставами для дій, якщо вона прийматиме директиви авторитетної особи й намагатиметься дотримуватися їх, аніж якщо прагнутиме послуговуватися підставами самостійно. Інакше кажучи, авторитетність правила чи директиви визначається тим, що їхні суб'єкти надають перевагу дотриманню вимог таких правил чи директив, навіть якщо вони мають власні підстави для дій. Авторитетність права, таким чином, полягає у тому, що йому надають перевагу перед іншими можливими підставами для дій, які можуть виникнути під час реалізації того чи іншого життєвого плану.

Нарешті, третя теза — це «теза про заміщення»: факт, що авторитетна установа вимагає виконання певної дії, є підставою для дії, яка не додається до інших існуючих підстав, релевантних у певній ситуації, а має заміщувати й витіснити існуючі підстави. Теза про заміщення означає, що право підміняє собою існуючі підстави для дії, і це, власне, є ключовим показником його авторитетності. Понад те, заміщення підстав означає, що для суб'єктів більше неприпустимим або принаймні недоцільним є звернення до заміщених підстав. Право не просто стає підставою для дії, воно стає *єдиною* підставою для дії. Заміщення у розумінні Дж. Раза є логічною основою для того, щоб розвивати концепцію права в межах так званого виключного юридичного позитивізму. Право є самолегітимною системою, оскільки його авторитетність визначається тим, наскільки ефективно воно заміщує первинні підстави для дій [5]. Таким чином, джерелом авторитетності права є не те, наскільки тісно воно пов'язане з мораллю, а навпаки — наскільки самостійним воно є щодо

¹ Слово «підстава» не є максимально точним еквівалентом англійського слова «*reason*», яке використовує Дж. Раз. Слід мати на увазі, що це слово є вкрай багатозначним і може перекладатись як причина, підстава, смисл, передумова, мета тощо. У контексті цієї статті слово «підстава» інтерпретується як дещо, що зумовлює вибір суб'єкта на користь чи проти вчинення певної дії.

моралі. Тому навіть коли в праві звертаються до моральних категорій, таких як чесність, репутація, розумність тощо, їх інтерпретація здійснюється через уже існуючий досвід правової системи, яка виробила правові інструменти, що дозволяють витіснити первинні міркування щодо цих моральних категорій.

Ідея авторитетності права дозволяє вийти за межі міркувань чинності в осмисленні правової нормативності. Це зумовлює й зміщення акцентів у сприйнятті ролі принципів права в структурі нормативності. Якщо традиційно вважається, що принципи права сприяють встановленню зв'язку між правом і зовнішнім світом цінностей, виконують роль своєрідного комунікаційного каналу між правовими та моральними (релігійними, культурними тощо) категоріями, то яким чином вони сприяють встановленню авторитетності права?

**М'яке й тверде заміщення:
принципи як джерела
й принципи як зміст**

Ролі принципів права в правовій системі загалом і в структурі правової нормативності зокрема приділено чимало уваги. Зазвичай їх мислять як джерело й зміст права одночасно [6]. При цьому наголошується, що принципи права мають перевагу над усіма іншими рівнями правової нормативності [7, 8], а в разі конкуренції принципів застосовується метод їх «зважування», який дозволяє встановити, який принцип у конкретній справі повинен мати перевагу [8, 61].

З погляду необхідності встановлення авторитетності права, роль принципів є подвійною. З одного боку, очевидно, що вони, будучи єдиною ланкою між правовою системою й світом цінностей, забезпечують право від замикання самого в собі, що призводить до легалізму, який несе з собою низку соціальних ризиків. З другого боку,

виникає запитання: яким чином така їхня роль вписується у концепт авторитетності, в межах якого первинні підстави мають бути замінені правовими механізмами?

Теза про заміщення як складова авторитетності права нечасто стає предметом уваги в теорії та філософії права. Набагато частіше дискусії ведуться довкола тези про залежність і тези нормального виправдання. У цьому є сенс, оскільки вони найбільшою мірою пов'язані з міркуваннями індивідуальної свободи й автономії, а також дозволяють пояснити природу легітимності без використання політичної аргументації. Однак теза про заміщення має фундаментальне значення, якщо авторитетність права мислиться у динаміці, тобто як дещо, що може слабшати або міцнішати, набуватися або втрачатися. І саме подвійна природа принципів права — як джерела й змісту права — дозволяє пояснити, яким чином відбувається заміщення підстав і що це означає для правової нормативності.

У формулі, запропонованій Дж. Разом, теза про заміщення передбачає, що право має змістовно-незалежну авторитетність (*content-independent authority*), тобто суб'єкти, яким воно адресовано, послуговуються ним як підставою для дій, не використовуючи при цьому жодних інших підстав. Так, в ідеальній ситуації право має максимальну авторитетність тоді, коли міркування суб'єкта мають приблизно такий вигляд: «Я так роблю, бо так передбачено правом». За такої ситуації немає значення, що саме передбачено правом (це питання вирішується у межах тези про нормальне виправдання), головне — це сам факт наявності авторитетної вказівки на дію, яка має бути виконана, або навпаки, від виконання якої слід утриматися. На рівні функціонування правової системи це можна спостерігати доволі часто. Водії зазвичай не задумуються,

над тим, якою була первинна підстава встановлення світлофора на якомусь перехресті, або над тим, чому взагалі слід на нього зважати: вони просто дотримуються його сигналів. Від держав не очікують, що вони будуть наводити первинні підстави історичного, економічного, гуманітарного характеру, пов'язані з заборною піратства: піратство заборонене просто тому, що міжнародне право так каже. Можна навести безліч прикладів ситуацій, коли витіснення відбулося і коли суб'єкти права не задумуються над тим, що саме було первинною підставою виникнення того чи іншого правила.

Утім, як видається, заміщення не відбувається одночасно. Можуть проходити десятиліття, а то й століття, для того, щоб сформувалися й закріпилися у правосвідомості правові інструменти й поняття, які є авторитетними настільки, що їх застосування не вимагає звернення до первинних підстав. У цьому контексті важливо розмежувати м'яке й тверде заміщення, які є одночасно двома стадіями й формами витіснення первинних підстав для дій. Під м'яким заміщенням ми розуміємо стадію встановлення правового регулювання в тій чи іншій царині, коли вироблення оптимальних правових механізмів лише починається. Право не здатне одразу витіснити первинні підстави для дій, а тому суб'єкти можуть продовжувати послуговуватися ними. Важливо наголосити, що дотримання первинних підстав для дій може відбуватись як безпосередньо, так і опосередковано через різні нормативні соціальні системи — мораль, політику, релігію і, звісно, право. Особливість права у цьому контексті полягає в тому, що воно, як правило, прагне витіснити інші нормативні системи в тій чи іншій сфері соціального регулювання, тобто досягти «верховенства права» в буквальному значенні цього вислову.

На етапі й у процесі м'якого заміщення право як система вторинних під-

став для дій конкурує з іншими нормативними системами, які також пропонують підстави для дій. У таких умовах ключовою метою є превалювання права над іншими соціальними системами. Саме тут особливої ваги набувають принципи права, оскільки через них відбувається вираження і систематизація тих переваг, які має право порівняно з іншими регулятивними системами. Перевагами права є ті його характеристики, які часто перелічуються у зв'язку з формальними теоріями панування права: загальність, рівна застосовність, доступність механізмів судового захисту, неретроспективність тощо. Усі ці властивості права конкретизуються у численних принципах права, і саме вони роблять дотримання права загалом більш передбачуваним і надійним, аніж дотримання інших регулятивних систем. Тобто навіть на рівні формальних характеристик права, які виражені через принципи права, право може запропонувати суб'єктам більш цілісну та надійну систему підстав для дій.

Однак на практиці часто трапляється так, що м'яке заміщення відбувається не завдяки формальним елементам авторитетності права, а субстантивним, тобто на ціннісному рівні. Для прикладу, ухвалення у 1992 р. Рамкової Конвенції ООН про зміну клімату можна вважати ініціативою процесу м'якого заміщення: до цього моменту тематика зміни клімату зокрема і стало розв'язку загалом перебувала цілковито у площині моральної та політичної логіки. Суспільства та держави, які їх представляють, могли запроваджувати механізми, націлені на стримування кліматичних змін, на основі міркувань, пов'язаних з етичними парадигмами (такими як екоцентризм), або ж на основі економічних чи географічних аргументів. Ухвалення Конвенції перевело тематику зміни клімату в правову площину, і як юридичний інструмент ця Конвенція покликана витіснити

ти неуніверсальну і не завжди ефективну в контексті глобальних проблем політичну й моральну логіку, замінюючи її правовою логікою, логікою юридичних механізмів і зобов'язань. Нещодавній вступ у силу Паризької угоди, яка була ухвалена на основі Рамкової Конвенції, дозволяє продемонструвати цю тезу ще яскравіше, особливо з урахуванням тієї швидкості, з якою її ратифікувала необхідна кількість держав. Паризька угода не відрізняється ефективністю закладених у неї механізмів, і хоча формально вона є інструментом твердого права, її зміст, за винятком окремих положень, є м'яким [9]. Однак авторитетність цього інструменту, принаймні до моменту подання перших звітів національними урядами щодо виконання зобов'язань за Угодою, базується не на тому, що він встановлює надійний та ефективний *юридичний* механізм протидії кліматичним змінам (формальні елементи авторитетності), а на тому, що він став підтвердженням відданості суспільств та урядів ідеям сталого розвитку (субстантивні елементи авторитетності).

Таким чином, м'яке заміщення часто базується на здатності правового інструменту акумулювати ціннісні настрої суспільства (чи суспільств), і тим самим набути субстантивної авторитетності. У цьому сенсі принципи права часто виконують роль джерела права: вони дозволяють перевести логіку моральної чи політичної аргументації на рівень юридичних механізмів, вдихнути ціннісний смисл в ініційовані правові інструменти. Так, якщо повернутися до проблеми зміни клімату, то сьогодні все частіше ідея сталості (*sustainability*) сприймається саме як принцип права [10; 11], що виконує функцію правової раціоналізації морального зобов'язання зі збереження планети [12]. Що більше принцип сталості інтегруватиметься у національні правові системи, то слабшим ставатиме зв'язок між моральним зобов'язанням

зі збереження планети і відповідними правовими інструментами. Тож метою м'якого заміщення є раціоналізація моральної аргументації з одночасним її переведенням у формат правової аргументації, наслідком чого має стати сприйняття правового інституту як вторинної підстави: «Суспільства зобов'язані боротися зі зміною клімату не тому, що це правильно з погляду певної етичної парадигми, а тому що цього вимагає право». М'яке заміщення, таким чином, значною мірою залежить від того, наскільки ефективно нові принципи права зможуть акумулювати ціннісну аргументацію й надати їй юридичного значення.

Інший приклад, де м'яке заміщення можна спостерігати у призмі формування принципів права, — це тематика толерантності в праві. Сьогодні толерантність поступово набуває статусу принципу, тобто її оригінальне моральне й релігійне смислове навантаження починають витіснятися юридичною логікою й аргументацією. Думається, втім, що на сьогодні в праві немає таких юридичних механізмів, які були б здатні здійснити навіть м'яке заміщення у цій царині (існує думка, що це й не потрібно). Тобто толерантність сама собою не є вторинною підставою: не можна прийти до суду зі скаргою, що хтось є нетолерантним щодо тебе, оскільки суд схильний керуватися насамперед вторинними підставами, такими, наприклад, як дискримінація — найчастіша вторинна підстава, яка виникає у зв'язку з нетолерантністю [13]. Попри це, цілком можна очікувати на трансформацію ідеї толерантності в повноцінний принцип права як результат розвитку правового впливу в цій царині. Тобто наразі у більшості правових систем толерантність перебуває у процесі м'якого заміщення: ми можемо спостерігати за тим, як поступово довкола неї формуються інструменти й механізми правового характеру, і як усе частіше моральна

логіка толерантності набуває юридичного забарвлення.

У межах твердого заміщення — тобто того, що Дж. Раз називає заміщенням як таким, — роль принципів змінюється. Тверде заміщення відбувається тоді, коли авторитетність права стає змістовно незалежною, тобто коли суб'єкти права не звертаються до первинних причин під час прийняття рішення щодо своїх дій. У результаті твердого заміщення право «відривається» від первинних причин, насамперед завдяки своїм формальним якостям. Це впливає і на застосування принципів права, оскільки вони частіше починають сприйматись як зміст, а не як джерело права. Звісно, це не означає, що суди не можуть використовувати принципи для «добудови» правової нормативності у тій самій ролі, яку вони виконують у межах м'якого заміщення — джерел ціннісного змісту правил. Однак таке застосування принципів права може бути ефективним переважно на тлі інституціолізованої формальної авторитетності права, коли сам правовий характер принципів і їхній зміст не ставляться під питання з позиції первинних підстав. Так, наприклад, коли принцип рівності використовується для обґрунтування неправомірності дискримінації на підставі статі, кольору шкіри, сексуальної орієнтації тощо, це можна розглядати в призмі «добудови», коли право розвивається завдяки вже інкорпорованій та інституціолізованій логіці. У цьому сенсі слід розглядати жваво обговорювану в Україні та за її межами проблему дискримінації за ознакою сексуальної орієнтації. Дискримінація за ознакою статі з юридичного погляду нічим не відрізняється від дискримінації за ознакою сексуальної орієнтації, а тому «добудо-

ва» тут не передбачає створення нового юридичного інструменту, а є радше підведенням певної соціальної практики під вже існуючий інструмент. Використання принципів права в межах твердого заміщення, таким чином, передбачає їх розуміння здебільшого зі змістовного, а не джерельного погляду. Коли виникає нова форма вже існуючих соціальних проблем, принципи виконують роль «калібратора», адаптуючи вже існуючі механізми регулювання. Саме ця їх властивість надає гнучкості в межах динамічного тлумачення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод чи, наприклад, Конституції США. Однак така гнучкість можлива здебільшого тоді, коли право здійснило тверде заміщення й стало самодостатнім і незалежним від первинних підстав¹.

Варто зазначити, що розмежування м'якого й твердого заміщення і відповідна зміна акцентів у сприйнятті принципів права можуть відрізнитися залежно від типу й характеру функціонування правової системи. У національних правових системах м'яке й тверде заміщення часто збігаються у часі, коли встановлене правове регулювання одразу набуває змістовно незалежної авторитетності. Однак у міжнародному праві, наприклад, між м'яким і твердим заміщенням може проходити чимало часу, що пов'язано з подвійним статусом держав, які є одночасно основними правотворцями й суб'єктами права, а тому первинні підстави не можуть бути замінені одномоментно. Утім, навіть за умов відсутності авторитетності в інституційному сенсі у вигляді уряду чи парламенту, правова система все одно прагне до того, щоб її авторитетність була змістовно незалежною. Прин-

¹ Не слід вважати, що тверде заміщення «відриває» суб'єктів від первинних підстав раз і назавжди. Процес заміщення можна метафорично уявити як закриття гардин на вікнах: якщо світло ззовні стає достатньо яскравим, воно все одно знайде свій шлях у приміщення. Так само й первинні підстави, пробиваючись крізь різні дірки-прогални у правовій матерії, постійно присутні в праві. Принципи права якраз для того й існують, щоб у випадку, коли такі лакуни виникають, або ж коли право стає занадто «тонким», дати світлу дорогу у приміщення правової сфери й належним чином його упорядкувати.

ципи права у зв'язку з цим є своєрідними нормативними точками гравітації, які формують довкола себе правила й аргументативні практики, що набувають самостійного статусу вторинних підстав для дій.

Принципи права як правила-індикатори

Поки що розгляд принципів права в контексті авторитетності права відбувався через призму їхньої ролі в м'якому та/або твердому заміщенні. Однак у цього процесу є й інший бік, пов'язаний із тим, що авторитетність завжди є суб'єктно-спрямованою конструкцією. Інакше кажучи, авторитетність передбачає *визнання* — коли ми визнаємо чи то авторитетність суджень лікаря, чи то авторитетність висновків того чи іншого вченого, або ж авторитетність вказівок правової системи. У цьому аспекті постають питання щодо того, завдяки чому таке визнання авторитетності формується і яку роль у цьому відіграють принципи права.

Питання щодо того, яким чином відбувається приписування праву авторитетності, звісно, не є новим. Однак традиційно його вирішують у межах теорії легітимності. Утім, вимір авторитетності дещо відрізняється від виміру легітимності¹. Авторитетність є більш базовою річчю, оскільки властивість легітимності зазвичай приписується вже встановленому авторитету (такому як держава, наприклад). Тобто авторитет як правової системи, так і окремого правила може логічно й історично передувати їх легітимності. Якщо легітимність сприймати у традиційному руслі як моральний обов'язок підкорю-

ватися правилам, то, наприклад, стандарти в м'якому праві можуть і не породжувати такого морального обов'язку, і його дотримання може бути спричинене винятково репутаційними чи економічними міркуваннями, і на цьому базується їхня авторитетність. Понад те, якщо легітимність розуміти як дещо пов'язане з належним механізмом створення правил (модель демократичної легітимності), то, наприклад, звичаї можуть набувати авторитетності ще до їхньої легітимації, тобто визнання такими, що породжують юридичні зобов'язання². Усе це, втім, жодним чином не спростовує тієї тези, що авторитетність має бути легітимною, однак слід мати на увазі відмінності між цими категоріями.

Одну з найбільш поширених моделей пояснення процесу формування авторитетності запропонував Д. Реган у своїй статті-рефлексії на працю Дж. Раза «Моральність свободи» [16]. На його думку, авторитетність тієї чи іншої нормативної системи залежить від наявності правила-індикатора, яке є єдиною ланкою між індивідуальною свідомістю й цією нормативною системою. Найпростіший приклад правила-індикатора — це правило «Я маю дотримуватися правових норм, що походять від держави». Таке правило може бути як явно артикульованим, так і латентним. Д. Реган вважає, що ми формуємо правило-індикатор на основі власного життєвого досвіду, який підказує нам найбільш ефективну й раціональну модель поведінки, наприклад, орієнтуватися на офіційну правову систему. При цьому важливо мати на увазі, що правило-індикатор саме собою може й не бути частиною цієї

¹ Навіть у своєму буденному значенні поняття «авторитетність» й «авторитет» можуть не асоціюватися з легітимністю. Якщо ми маємо друга, який краще вмєє лічити про себе, то швидше за все ми визнаємо авторитетність його судження, коли він, закінчивши додавання й віднімання, скаже результат. Очевидно, про жодну легітимність тут не йдеться, однак визнання авторитетності присутнє. Схожим чином може формуватися й авторитетність щодо нормативних висловлювань, таких як правові норми.

² Це особливо помітно в міжнародному праві, де звичай традиційно пов'язують зі згодою держав. Однак розвиток концепції *jus cogens* та її нормативне закріплення у Віденській конвенції про право міжнародних договорів створили таку реальність, в якій гіпотетично будь-який звичай може набути статусу імперативної норми міжнародного права, яка створює зобов'язання для держави навіть без її на те згоди. Деякі автори вважають, що це делегітимізує міжнародне звичаєве право, оскільки нівелює роль згоди як фундаментальної основи міжнародно-правової нормативності [14; 15].

правової системи, воно є радше особистим вказівником: за певного кола обставин і ситуацій — орієнтуйся на приписи правових норм [16, 1003–1008]. Залежно від особистого досвіду й того, що підказує здоровий глузд, правило-індикатор може бути й іншим, наприклад, «Роби так, як роблять усі» або «Дій так, як підказує совість, навіть якщо право вимагає іншого». Таке правило може допомогти в ситуації, коли інших орієнтирів просто немає, і воно використовується доти, доки суб'єкт не сформує нове, більш надійне або релевантне правило-індикатор.

Як видається, принципи права якраз і виконують роль правил-індикаторів, хоча й більш комплексно. З одного боку, вони дійсно покликані орієнтувати суб'єктів права на певні правові ідеї й інструменти, що їх втілюють. При цьому фундаментально важливим є те, що принципи дозволяють пов'язати доволі відмінні концепти: так, принцип свободи є основою цілої низки правових інструментів й інститутів, що належать до різних правових режимів і по-різному діють (так, наприклад, свобода договору і свобода совісті базуються на зовсім різних юридичних механізмах). Однак їх зв'язаність із принципом свободи перетворює його на певну семантичну «точку доступу», яка дозволяє суб'єкту права орієнтуватися у складному світі сучасної нормативності. З другого боку, принципи виконують роль правил-індикаторів і для суддів та інших суб'єктів правозастосування, оскільки є своєрідними модифікаторами ефекту правових норм й інструментом їх інтерпретації та реалізації (на додаток до того, звісно, що принципи права мають безпосередню регулятивну функцію). Так, О. Уварова виокремлює такі напрями дії принципів права у правозастосуванні при реалізації ними своєї інструментальної функції: оцінка позитивного права на відповідність ідеалам, що їх утілюють принципи права; оцінка процесу право-

закріплення; оцінка процесу правозастосування [17, 142–144]. Тобто в процесі правозастосування принципи права є орієнтирами, що дозволяють оцінити ситуацію й правила, які до неї застосовуються, таким чином, щоб надати змогу ухвалити рішення, яке найбільшою мірою сприятиме досягненню чи збереженню цілісності (*integrity*, за Р. Дворкіним [18]) права.

Таким чином, з позицій розгляду принципів права у структурі правової нормативності їхня роль як правил-індикаторів є подвійною: спрямованою назовні й всередину правової структури. Вони виконують функцію правил-індикаторів для суб'єктів права завдяки своїй здатності концентрувати низку правових смислів й цінностей і таким чином сприяти формуванню орієнтації на право як на авторитетну регулятивну систему. З урахуванням того, що правила-індикатори формуються на основі особистого досвіду щодо функціонування певної регулятивної системи, принципи права можуть, по-перше, акумулювати цей досвід і, по-друге, підказувати поведінку в ситуаціях, коли релевантний досвід відсутній. Водночас для суб'єктів правозастосування принципи права є правилами-індикаторами в тому сенсі, що вони скеровують суддю на певну модель аргументації та логіки рішення. І в першому, і в другому випадках принципи сприяють встановленню й зміцненню авторитетності права загалом або окремого правового режиму зокрема, оскільки через них встановлюється зв'язок між індивідуальною свідомістю і регулятивними правовими практиками.

Підсумовуючи викладене, варто зазначити.

Ідея авторитетності права дозволяє по-іншому поглянути на традиційні проблеми правової нормативності, а також відреагувати на нові виклики, які створює для юриспруденції сучасне правове життя. Це, безумовно, поширюється і на теорію принципів права й

розуміння їхньої ролі в структурі правової нормативності. Принципи права тісно вплетені у процес встановлення авторитетності права, оскільки виконують роль його джерела у процесі м'якого заміщення та є невичерпним резервом змісту права під час твердого заміщення. Це дозволяє праву зберігати свою нормативну авторитетність навіть тоді, коли підірвана його інституційна авторитетність (внаслідок корупції або ж загалом через малоефективну правову

систему). Концепт авторитетності права, таким чином, лишає надію на краще у розвитку правових систем, які потерпають від низької легітимності й ефективності, оскільки принципи права, відіграючи роль правил-індикаторів, здатні перезапустити процес зміцнення авторитетності правил, що дозволить, як вважав Р. Дворкін, вибудувати конструктивний процес накладення принципів на політичну та юридичну практику, що вказує шлях до кращого майбутнього.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Hart H. L. A. *The Concept of Law* / H. L. A. Hart. — 2nd ed. — Oxford : Clarendon Press, 1994. — 315 p.
2. Raz J. *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action* / J. Raz. — Oxford : Oxford University Press, 2002. — 344 p.
3. Raz J. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality* / J. Raz. — New York : Oxford University Press, 1979. — 292 p.
4. Raz J. Normativity: The Place of Reasoning / J. Raz // SSRN Electronic Journal [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.ssrn.com/abstract=2543834>
5. Касаткин С. Н. Философия права Джозефа Раза: моральная (само)легитимация института права и методологический проект универсальной теории права / С. Н. Касаткин // Российский ежегодник теории права. — 2009. — Вып. 2. — С. 152–159.
6. Погребняк С. П. Основоположні принципи права: змістовна характеристика / С. П. Погребняк. — Харків : Право, 2008. — 240 с.
7. Скурко Е. В. Принципы права / Е. В. Скурко. — М. : Ось-89, 2008. — 192 с.
8. Дворкін Р. Серйозний погляд на права / Р. Дворкін. — Київ : Основи, 2000. — 520 с.
9. Jacquet J. Soft But Significant Power in the Paris Agreement / J. Jacquet, D. Jamieson // Nature Climate Change. — 2016. — Vol. 6. — № 7. — P. 643–646.
10. Bosselmann K. The Principle of Sustainability. Transforming Law and Governance / K. Bosselmann. — Aldershot : Ashgate, 2008. — 242 p.
11. Kim R. E. Operationalizing Sustainable Development: Ecological Integrity as a Grundnorm of International Law / R. E. Kim, K. Bosselmann // Review of European, Comparative & International Environmental Law. — 2015. — Vol. 24. — № 2. — P. 194–208.
12. Sands P. Climate Change and the Rule of Law: Adjudicating the Future in International Law / P. Sands // Journal of Environmental Law. — 2016. — Vol. 28. — № 1. — P. 19–35.
13. Горобець К. В. Чи є толерантність правовою цінністю? / К. В. Горобець // Толерантність у транзитивних суспільствах: філософський, правовий, політичний, соціологічний виміри / за ред. О. Петришина, Д. Вовка, О. Уварової. — Харків : Юрайт, 2016. — С. 99–110.
14. Weil P. Towards Relative Normativity in International Law? / P. Weil // American Journal of International Law. — 1983. — Vol. 77. — № 3. — P. 413–442.
15. Fastenrath U. Relative Normativity in International Law / U. Fastenrath // European Journal of International Law. — 1993. — Vol. 4. — № 1. — P. 305–340.
16. Regan D. H. Authority and Value: Reflections on Raz's Morality of Freedom / D. H. Regan // Southern California Law Review. — 1988. — Vol. 62. — P. 995–1096.
17. Уварова О. Принципи права у правозастосуванні: загальнотеоретична характеристика / О. Уварова. — Харків : Друкарня Мадрид, 2012. — 196 с.
18. Dworkin R. *Law's Empire* / R. Dworkin. — Cambridge : Belknap Press, 1986. — 488 p.

REFERENCES

1. Hart H. L. A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994, 315 p.
2. Raz J. *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*, Oxford: Oxford University Press, 2002, 344 p.
3. Raz J. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, New York: Oxford University Press, 1979, 292 p.
4. Raz J. Normativity: The Place of Reasoning, *SSRN Electronic Journal*. Available at: <http://www.ssrn.com/abstract=2543834>
5. Kasatkin S. N. *Filosofiya prava Dzhozefa Raza: moralnaya (samo)legitimatsiya instituta prava i metodologicheskiiy proekt universalnoy teorii prava* [Legal philosophy of Joseph Raz: moral legitimation of institute of law and methodological draft of the universal theory of law], *Rossiyskiy ezhegodnik teorii prava*, 2009, Issue 2, pp. 152–159.
6. Pohrebniak S. P. *Osnovopolozhni pryntsyipy prava: zmistovna kharakterystyka* [Fundamental principles of law: substantial characteristic], Kharkiv: Pravo, 2008, 240 p.

7. Skurko E. V. *Printsipy prava* [Principles of law], Moskva: Os-89, 2008, 192 p.
8. Dvorkin R. *Seriozniy pohliad na prava* [Serious view on the rights], Kyiv: Osnovy, 2000, 520 p.
9. Jacquet J., Jamieson D. Soft But Significant Power in the Paris Agreement, *Nature Climate Change*, 2016, vol. 6, no. 7, pp. 643–646.
10. Bosselmann K. The Principle of Sustainability. *Transforming Law and Governance*, Aldershot: Ashgate, 2008, 242 p.
11. Kim R. E., Bosselmann K. Operationalizing Sustainable Development: Ecological Integrity as a Grundnorm of International Law, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2015, vol. 24, no. 2, pp. 194–208.
12. Sands P. Climate Change and the Rule of Law: Adjudicating the Future in International Law, *Journal of Environmental Law*, 2016, vol. 28, no. 1, pp. 19–35.
13. Horobets K. V. Chy ie tolerantnist pravovoiu tsinnistiu? [Whether a tolerance is the legal value?], *Tolerantnist u tranzytivnykh suspilstvakh filosofskyi: pravovyi, politychnyi, sotsiologichnyi vymiry*, Kharkiv: Iurait, 2016, pp. 99–110.
14. Weil P. Towards Relative Normativity in International Law? *American Journal of International Law*, 1983, vol. 77, no. 3, pp. 413–442.
15. Fastenrath U. Relative Normativity in International Law, *European Journal of International Law*, 1993, vol. 4, no. 1, pp. 305–340.
16. Regan D. H. Authority and Value: Reflections on Raz's Morality of Freedom, *Southern California Law Review*, 1988, vol. 62, pp. 995–1096.
17. Uvarova O. *Pryntsypy prava u pravozastosuvanni: zahalnoteoretychna kharakterystyka* [The principles of law in law enforcement: general-theoretical characteristic], Kharkiv: Drukarnia Madryd, 2012, 196 p.
18. Dworkin R. *Law's Empire*, Cambridge: Belknap Press, 1986, 488 p.

Горобець К. Принципи права й авторитетність: міркування щодо нормативності

Анотація. Трансформації у природі й розумінні правової нормативності вимагають вироблення нових підходів до розкриття її ролі і призначення у суспільстві. Усе більш вагомими стають питання авторитетності права як соціального регулятора й того, як його авторитетність може бути зміцнена. На цьому тлі трансформується і роль принципів права, які слугують факторами реалізації правом м'якого заміщення у процесі становлення правового регулювання, та твердого заміщення — під час модифікації правового впливу на суспільні процеси й практики. Тому принципи права слід розглядати як особливі правила-індикатори, що діють всередині і ззовні правової сфери, орієнтуючи індивідів на дотримання права через вираження його ключових переваг, а також будучи маркерами цілісності правової сфери, яких мають дотримуватися судді при ухваленні рішень.

Ключові слова: принципи права, авторитетність права, правила-індикатори, м'яке і тверде заміщення.

Горобець К. Принципы права и авторитетность: размышления о нормативности

Аннотация. Трансформации в природе и понимании правовой нормативности требуют выработки новых подходов к раскрытию ее роли и назначения в обществе. Все большее значение приобретают вопросы авторитетности права как социального регулятора и того, как его авторитетность может быть укреплена. На этом фоне трансформируется и роль принципов права, которые служат факторами реализации правом мягкого замещения в процессе становления правового регулирования, и твердого замещения — при модификации правового воздействия на общественные процессы и практики. Поэтому принципы права следует рассматривать как особые правила-индикаторы, действующие внутри и снаружи правовой сферы, ориентируя индивидов на следование праву через выражение его ключевых преимуществ, а также выступая маркерами целостности правовой сферы, которым должны следовать судьи при вынесении решений.

Ключевые слова: принципы права, авторитетность права, правила-индикаторы, мягкое и твердое замещение.

Horobets K. Principles of Law and Authority: Reflections on Normativity

Annotation. Transformations in nature and meaning of legal normativity require elaboration of the new approaches to its role and goal in society. This is why today there is a quest for strengthening the authority of law and determining the structure of this authority. In this context, there are transformations in role of principles of law. They start serving the factors of the weak replacement within the process of establishing of legal regulation, as well as the instruments of the strong replacement modifying the legal impact on social practices. For this reason, principles of law should be considered as special indicator-rules, which act both within and beyond legal area. They orient individuals on complying with law by accumulating its main advantages and values, but also, they act as markers of integrity of legal sphere, which must be followed by judges in making judgments and decisions.

Key words: principles of law, authority of law, indicator-rules, weak and strong replacement.