

УДК 340.13

DOI <https://doi.org/10.32782/klj/2021.4.2>**Іванченко О. М.,**

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри загальної теорії права та держави

Національного університету «Одеська юридична академія»

ЛЕГІТИМНІСТЬ ПРАВА: ДЕСКРИПТИВНІ ТА ПРЕСКРИПТИВНІ ПІДХОДИ

Анотація. У статті досліджено дескриптивні та прескриптивні підходи до категорії легітимності права. Зазначено, що стосовно легітимності права проблема, що має центральне теоретичне і практичне значення, полягає в проведенні відмінності між дескриптивними і прескриптивними судженнями. Наголошено, що використання поняття «легітимність» для дискурсу про обов'язок підпорядкування публічної влади створюваному нею праву привносить в обговорення уявну позитивність у вигляді опори нормативних суджень на соціальні факти, а саме на факт (не)визнання, хоча насправді ідеальне й фактичне вимірювання легітимності один від одного не залежать. Обґрунтовано, що визнання може розглядатися як соціальний факт, який визначає соціально-психічний механізм правового впливу на поведінку людей, але нормативною умовою дії права не є. Зазначено, що з точки зору різних підходів до права прийняття (визнання) може виступати або як частина поняття «зобов'язуюча сила права», або як фактична умова такої сили й може означати абсолютно різні речі – від соціологічного факту визнання (довіру населення до права, згоду з правовим регулюванням, готовність і бажання використовувати офіційне право для вирішення проблем і спорів тощо) до ідеальної моделі обов'язку розумних осіб прийняти розумне право або нормативної моделі наділення права зобов'язуючою силою через його загальне використання населенням і владними інститутами як стандарту поведінки. Визначено, що ракурси проблематики прийняття права часто залишаються осторонь, коли право і його зобов'язуюча сила некритично виводяться з поняття «визнання», у яке автори відповідних дискурсів закладають різні й часто взаємовиключні значення. Доведено, що розгляд визнання як достатньої ознаки норми права означатиме повернення або до емотивістського розуміння зобов'язуючої сили права (якщо визнання розглядається як соціально-психологічний факт), або до чергового природно-правового аспекту «правильного права» (якщо визнання розуміти як раціональний дискурс, що подумки конструюється). Наголошено, що можлива і третя ситуація, при якій визнання розглядається лише як факультативна умова дії права (або, відповідно, факультативна ознака поняття права): право володіє юридичною силою за фактом його належного встановлення й за умови правильності (справедливості) його змісту, але визнання права покращує його якість і підвищує його ефективність у суспільстві, у цьому випадку визнання не буде ні нормативною умовою дії права, ні концептуальною умовою визначення права. Визначено, що в такому ракурсі легітимність права буде лише одним із численних пунктів у міркуваннях про правову політику.

Ключові слова: *легітимність права, визнання права, прескриптивний підхід, дескриптивний підхід, дія права, публічна влада, правовий вплив.*

Ivanchenko O. M. Legitimacy of law: descriptive and prescriptive approaches

Abstract. The article examines descriptive and prescriptive approaches to the category of legitimacy of law. It is noted that in relation to the legitimacy of law, the problem of central theoretical and practical significance is to distinguish between descriptive and prescriptive judgments. It is noted that the use of the concept of “legitimacy” for the discourse on the duty of subordination of public power to the right created by it brings to the discussion an imaginary positivity in the form of reliance of normative judgments on social facts, namely on the fact of (non-) recognition, although in fact the ideal and actual measurement of legitimacy do not depend on each other. It is proved that recognition can be considered as a social fact that determines the socio-mental mechanism of legal influence on people's behavior, but it is not a normative condition for the operation of law. It is noted that the points of view of different approaches to the right of acceptance (recognition) can act either as part of the concept of “binding force of law”, or as an actual condition for such force and can mean completely different things – from the sociological fact of recognition (public confidence in the law, agreement with legal regulation, willingness and desire to use official law to resolve problems and disputes, etc.) to the ideal model of the duty of reasonable persons to accept reasonable law or the normative model of giving law binding force through its general use by the population and power institutions as a standard of conduct. It is determined that the perspectives of the problem of law acceptance are often left out when law and its binding force are uncritically derived from the concept of

“recognition”, in which the authors of the relevant discourses lay different and often mutually exclusive meanings. It is proved that considering recognition as a sufficient feature of a rule of law will mean a return either to an emotivist understanding of the binding power of law (if recognition is considered as a socio-psychological fact), or to another natural-legal aspect of “right law” (if recognition is understood as a rational discourse that is mentally constructed). It is noted that a third situation is also possible, in which recognition is considered only as an optional condition for the operation of a right (or, accordingly, an optional feature of the concept of law) – a right has legal force upon its proper establishment and subject to the correctness (fairness) of its content, but recognition of a right improves its quality and increases its effectiveness in society, in this case recognition will be neither a normative condition for the operation of the right, nor a conceptual condition for determining the right. It is determined that from this perspective, the legitimacy of law will be only one of the many points in the discussion of legal policy.

Key words: *legitimacy of law, recognition of law, prescriptive approach, descriptive approach, action of law, public power, legal influence.*

Постановка проблеми. Легітимність є однією з найважливіших характеристик як політичної влади, так і позитивного права. Легітимність традиційно інтерпретується як суспільне визнання тих чи інших інститутів, що складається за рахунок сприйняття аудиторією соціальних і дискурсивних практик як законних, правильних, а також схвалення цих практик. Зазначена якість проявляється комплексно: у довірі до норм, у законодавчому підтвердженні прав, у правовій підзвітності влади, в ідеологічній прозорості й у виконанні взятих на себе зобов'язань. Таким чином, легітимність значною мірою пов'язана з можливостями формування певних ментальних станів (образів, оцінок, поведінкових установок) у суб'єктів. Такого роду стани цінні з прагматичної точки зору, адже досягнення певного рівня легітимності означає конституювання соціального порядку, фундаментом якого є відносини панування. Цілком можливо, що, якби цей порядок був усюди однаковим та уніфікованим, не мав ніяких конкурентів, породжуваних більш вдалим практиками, проблема його виправдання не виникла б у принципі. Однак реальна ситуація інша: соціум пронизаний безліччю конфліктів, колізій, суперечок про визнання. Ці суперечки існують на різних рівнях соціальної організації (від міжособистісного до міждержавного). Необхідність урегулювання цих конфліктів за допомогою звернення до правових засобів ставить проблему ефективності, дієвості останніх. Не всякий правовий засіб, так само як і не всяке прийняте політичне рішення, може чинити позитивний вплив на ту чи іншу проблемну ситуацію. Іноді способи дій або певні правила поведінки, що зарекомендували себе раніше як ефективні, втрачають цю властивість. Ця обставина, вима-

гаючи осмислення, викликає до життя дискусії про визнання й легітимність.

В останні десятиліття у вітчизняній дослідницькій літературі не раз мали місце спроби специфікувати поняття легітимності щодо правової сфери життя суспільства. Однак єдиного розуміння й задовільної концепції юридичної легітимності завдяки цим спробам поки не склалося. У більшості публікацій легітимна норма права за своїми сутнісними характеристиками не відрізняється від легітимного політичного рішення. У певному контексті це зрівнювання є цілком допустимим, наприклад, якщо потрібно створити модель оптимального вибору за наявності суб'єктів з протилежними інтересами. Однак такий підхід за своєю суттю є економічним, він належить скоріше менеджменту й для правової теорії не може бути продуктивним. Крім того, він передбачає дублювання теоретичних термінів, їх механічне перенесення в правовий дискурс ззовні, «з боку». Інша ж логіка міркування, коли легітимним автоматично вважається те право, яке створено легітимною владою (тобто має місце перенесення якості з акторів на один із результатів їхньої діяльності), що не виправдано звужує спектр можливих наукових проблем і просто помилково зрівнює правогенез із нормотворчою активністю органів державної влади, що в методологічному плані являє собою явний регрес до радянського дискурсу в його самих антидемократичних зразках.

Отже, теорія держави і права вельми активно використовує такі терміни, як «легітимність», «легітимність», «суспільне визнання», при дослідженні різних правових проблем, але виразна й систематична концептуалізація легітимності права як наукової категорії, незважаючи на її нагальність, нині відсутня. Вузьке

розуміння легітимності, погляд на неї крізь призму правової політики видається недостатнім. Усе вищезазначене й зумовило актуальність дослідження.

Метою статті є теоретико-філософське дослідження сучасних підходів до розуміння легітимності права.

Аналіз наукових публікацій. До дослідження теоретико-методологічних аспектів поняття легітимності у сфері науки держави і права зверталися такі вчені, як Т. Алексеєва, Л. Байрачна, Є. Бистрицький, С. Бобровська, А. Бочаров, М. Вебер, О. Висоцький, В. Волинець, К. Вороніна, С. Гладій, К. Гольцман, В. Дудченко, І. Жаровська, Н. Жуковська, К. Завершинський, А. Заєць, Ю. Калюжна, О. Коваль, В. Кокорський, О. Кокорська, В. Корнієнко, Т. Кузьменко, П. Манжола, С. Матвеев, І. Музика, В. Невідомий, М. Неліп, Ю. Оборотов, А. Рябов, В. Резнік, І. Толстов, Н. Юськів, Є. Юрійчук, О. Шульга, В. Чіркін, Є. Цокур, Х. Хвойницька, В. Шинкарук та інші.

Виклад основного матеріалу. Науковість правового дискурсу може вимірюватися суворістю й послідовністю метамови правової доктрини, якщо разом із постмодерністами не брати до уваги, що розпливчастість і неясність метамови гарантує її адекватність досліджуваним об'єктам (мові й реальним явищам, які в цій мові знаходять свій опис і пояснення). Особливої значущості питання коректного використання метамови набуває в таких чутливих темах, як дія права й підстави його зобов'язуючої сили. Історія правової думки свідчить, що найчастіше робилися спроби обмежити дію позитивного права за допомогою туманних виразів і визначень (природа речей, народний дух, класовий інтерес тощо), які вводили суб'єктивні надпозитивні критерії дії права, що видаються за об'єктивні. У наші дні одним із таких виразів є «легітимність». У буденному й у політичному дискурсі можна часто почути, що нелегітимні режими можна змінювати за допомогою революції; нелегітимні норми можна обходити й порушувати; законні, але ймовірно нелегітимні права та інтереси (наприклад, релігійних та інших меншин) можна позбавляти правового захисту тощо.

Взаємозв'язок дії права й легітимності на перший погляд здається очевидним: щоб право

могло діяти, тобто підпорядкувати своєму регулюючому впливу відносини людей, воно має бути в тій чи іншій формі прийнято людьми. У повсякденній мові таке прийняття нерідко позначається як легітимність права. З точки зору метамови правової доктрини, яка використовується для опису буденного й професійного юридичного дискурсів, використання терміна «легітимність» стосовно права викликає деякі методологічні питання [8, с. 130]. Метою дослідження є аналіз цих питань і встановлення теоретичної цінності введення такого виміру права, як його легітимність, для оцінки наявності в права зобов'язуючої сили. Оскільки практична цінність може вимірюватися в термінах ідеологічного ефекту, зовнішньополітичних або внутрішньополітичних вигод тощо, розгляд цієї проблематики в предмет дослідження не входить.

Стосовно легітимності права проблема, що має центральне теоретичне і практичне значення, полягає в проведенні відмінності між дескриптивними й прескриптивними судженнями. Нерідко, наприклад, із судження, що певний уряд є нелегітимним (не має суспільної підтримки), робиться висновок про юридичну допустимість його зміни або порушення встановлених ним норм. Ця проблематика «тираноматії» і «надзаконного права» має довгу історію в правовій думці; зазвичай вона обговорювалася в контексті природно-правових або, в сучасній термінології, непозитивістських доктрин.

До цього обговорення ми звертатися не будемо й у статті проаналізуємо тільки те, що дає використання поняття «легітимність» для дискурсу про обов'язок підпорядкування публічної влади створюваному нею праву. Як буде продемонстровано, таке використання привносить в обговорення уявну позитивність у вигляді опори нормативних суджень на соціальні факти – у нашому випадку на факт (не) визнання, хоча насправді ідеальне й фактичне вимірювання легітимності один від одного не залежать.

Так, із судження про соціальний факт відсутності підтримки населення може виводитися нормативне судження про необхідність непокорі або опору чи, навпаки, з факту визнання права населенням виводитися судження про

обов'язок підкорятися праву. Логіка таких тверджень у їх різноманітних модифікаціях зводиться до висловлювання: «Оскільки ми (наші предки) прийняли цей правовий порядок, ми зобов'язані йому підкорятися». З урахуванням принципу Д. Г'юма [1] (невиводимість нормативних суджень із суджень про факти) такі висловлювання, як мінімум, вимагають додаткового обґрунтування.

Іншим, більш частим варіантом установлення залежності дії права від його легітимності є розуміння критерію визнання водночас і як соціального факту, і як регулятивного ідеалу. Висновки такого типу виникають на основі підміни різних значень понять «легітимність» і «визнання» в ході міркувань: з припущення певної ідеальної ситуації «дискурсивної гри» з приводу розумних умов визнання права виводиться посилення про те, що адресати зобов'язані визнати встановлені в рамках такого дискурсу норми права [2]. Таким чином, стосовно демократичних правопорядків, де ймовірно (тією чи іншою мірою) були дотримані умови цього дискурсу, робиться висновок про легітимність їх норм, які, відповідно, є джерелом обов'язковості цих правопорядків.

Приймаючи ці посилення й розмірковуючи від супротивного, можна з легкістю зробити висновок, що ті правопорядки, які з тих чи інших причин вважаються недемократичними, не є легітимними, оскільки їх нормативна сила заснована не на визнанні в рамках правильного дискурсу, а на примусі. Звідси можуть виникати подальші політичні міркування про правомірність революційної зміни режимів, про відсутність зобов'язуючої сили в «неправильних» правопорядків і (або) правових норм тощо. Такого роду висновки також характеризуються певним змішанням фактичного й нормативного, по суті, являють собою сучасні варіанти старої ідеї загального договору, що особливо помітно в концепції Д. Роулза [7].

Вихідним посиленням, яке використовується для обґрунтування залежності дії права від його легітимності, є теза, що визнання (прийняття) права його адресатами є умовою його дії [3]. Якщо норми не приймаються адресатами (або є неприйнятними для них), то, за логікою деяких учених, вони не можуть мати зобов'язуючої сили щодо цих адресатів.

У буквальному формулюванні ця теза виглядає контрінтуїтивною, оскільки гетерономний (а не автономний) характер правового регулювання зазвичай не ставиться під сумнів юристами. Якщо дійсність або зобов'язуюча сила права означає саме обов'язок прийняти право й підкорятися його нормам, то цей обов'язок логічно передуює прийняттю права його адресатами, а не слідує за ним. Єдиним концептуальним виходом у цьому випадку є припущення певного колективного розуму (суспільної правосвідомості тощо), яке являє собою гетерономну засаду щодо індивідуальної свідомості й диктує їй вибір ціннісних установок і поведінкових стратегій. Але «концептуальні ігри» з колективною свідомістю зазвичай ні до чого доброго не призводили, неминуче припускаючи утвердження пріоритету масової свідомості щодо індивідуальної свободи й особистої думки.

У більш обережних виразах визнання може розглядатися як соціальний факт, який визначає соціально-психічний механізм правового впливу на поведінку людей, але нормативною умовою дії права не є. Зрозуміло, твердження, що визнання не є умовою дії права, не стосується двох крайніх ступенів визнання. З одного боку, повного й безумовного прийняття права адресатами, що робить непотрібною саму техніку правового регулювання як установлення правил поведінки під загрозою примусу за їх порушення. Це та ідеальна ситуація, коли право як примусовий нормативний порядок «вивітрюється» й замінюється автономним етичним регулюванням (комунальною мораллю тощо) або «взаємним визнанням» незалежних товаровласників на ранніх стадіях розвитку обміну [6]. З іншого боку, категоричне неприйняття правопорядку його адресатами призводить до повної втрати правом дієвості, потім до припинення дії цього правонаступника (його революційної зміни іншим правопорядком) або його окремих норм (як у випадку дерогації норм звичаєвого права).

Має значення спосіб визнання права – вільне визнання права населення відкритого суспільства відрізняється від вимушеного визнання права в закритому суспільстві, у якому знання є результатом не вільного індивідуального вибору, а індоктринації, ідеологічного впливу

[4]. У цьому останньому випадку говорити про «легітимність» можна тільки із застереженнями. Що вважати критерієм «відкритості» суспільства та за яким набором ознак проходить поділ між «відкритими» й «закритими» суспільствами – вельми спірні питання, тим більше що навіть у парадигмальних зразках західних демократій аж ніяк не виключений ідеологічний вплив. У кінцевому підсумку свободу в сенсі відсутності впливу на самовизначення колективної та (або) індивідуальної волі практично в усіх ситуаціях можна поставити під сумнів, так само як і відповідність процедур такого самовизначення ідеальним канонам демократії, так що ситуація «вільного визнання» буде швидше ідеальною конструкцією, а не реальним соціальним фактом.

З точки зору різних підходів до права прийняття (визнання) може виступати або як частина поняття «зобов'язуюча сила права», або як фактична умова такої сили й може означати абсолютно різні речі – від соціологічного факту визнання (довіру населення до права, згоду з правовим регулюванням, готовність і бажання використовувати офіційне право для вирішення проблем і спорів тощо) до ідеальної моделі обов'язку розумних осіб прийняти розумне право або нормативної моделі наділення права зобов'язуючою силою через його загальне використання населенням і владними інститутами як стандарту поведінки (зразок «правила визнання» в Г. Харта [10]). Відповідно, неоднозначною буде й форма прийняття: здійснюється воно в рамках ідеальної ситуації раціонального дискурсу в стилі Ю. Хабермаса [9] чи Д. Роулза [7] (тоді це просто сконструйована ситуація, що не має місце в реальності) або в рамках реальної стратегічної гри між особами з різноспрямованими інтересами (скажімо, створення правового вирішення спору в змагальному судовому процесі або вироблення прийнятного тексту законопроекту в результаті політичних угод і компромісів). Очевидно, що із цих двох різних точок зору легітимність якогось певного правового становища може отримати протилежні оцінки.

По-різному може оцінюватися й логічна роль визнання: чи є воно достатньою умовою нормативної значущості права (і тоді всі норми, підтримувані населенням, матимуть зобов'язуючу

силу) або необхідною умовою (і тоді норми, які не мають суспільної підтримки, не будуть юридично діяти).

Обидва ці варіанти приводять юристів до сумнівних висновків [5]. Розгляд визнання як достатньої ознаки норми права означатиме повернення або до емотивістського розуміння зобов'язуючої сили права (якщо визнання розглядається як соціально-психологічний факт), або до чергового природно-правового аспекту «правильного права» (якщо визнання розуміти як раціональний дискурс, що подумки конструюється). При розгляді визнання як необхідної ознаки нормативності права юристам, які стикаються з правильними за формою і змістом нормами, установленими в рамках чинного правопорядку згідно з належною процедурою, але такими, що не мають суспільної підтримки (або не знаходять свого обґрунтування в перспективі раціонального дискурсу), доведеться вважати ці норми недієвими.

Можлива й третя ситуація, за якої визнання розглядається лише як факультативна умова дії права (або, відповідно, факультативна ознака поняття права): право володіє юридичною силою за фактом його належного встановлення й за умови правильності (справедливості) його змісту, але визнання права покращує його якість і підвищує його ефективність у суспільстві. У цій третій ситуації визнання не буде ні нормативною умовою дії права, ні концептуальною умовою визначення права. У такому ракурсі легітимність права буде лише одним із численних пунктів у міркуваннях про правову політику. Усі ці та багато інших ракурсів проблематики прийняття права часто залишаються осторонь, коли право та його зобов'язуюча сила некритично виводяться з поняття «визнання», у яке автори відповідних дискурсів закладають різні й часто взаємовиключні значення.

Висновки. Стосовно до легітимності права проблема, що має центральне теоретичне і практичне значення, полягає в проведенні відмінності між дескриптивними й прескриптивними судженнями. Розповсюдженим варіантом установлення залежності дії права від його легітимності є розуміння критерію визнання водночас і як соціального факту, і як регулятивного ідеалу. Висновки такого типу виникають на основі підміни різних значень понять «легі-

тимність» і «визнання» в ході міркувань. Використання поняття «легітимність» для дискурсу про обов'язок підпорядкування публічної влади створюваному нею праву привноситься в обговорення уявну позитивність у вигляді опори нормативних суджень на соціальні факти, а саме на факт (не)визнання, хоча насправді ідеальне й фактичне вимірювання легітимності один від одного не залежать. Визнання може розглядатися як соціальний факт, який визначає соціально-психічний механізм правового впливу на поведінку людей, але нормативною умовою дії права не є. З точки зору різних підходів до права прийняття (визнання) може виступати або як частина поняття «зобов'язуюча сила права», або як фактична умова такої сили

й може означати абсолютно різні речі – від соціологічного факту визнання (довіру населення до права, згоду з правовим регулюванням, готовність і бажання використовувати офіційне право для вирішення проблем і спорів тощо) до ідеальної моделі обов'язку розумних осіб прийняти розумне право або нормативної моделі наділення права зобов'язуючою силою через його загальне використання населенням і владними інститутами як стандарту поведінки. Ракурси проблематики прийняття права часто залишаються осторонь, коли право та його зобов'язуюча сила некритично виводяться з поняття «визнання», у яке автори відповідних дискурсів закладають різні й часто взаємовиключні значення.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Г'юм Д. Суспільний договір, зобов'язання і права людини. *Консерватизм* : антологія / упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. Київ : Смолоскип, 2008. С. 214–221.
2. Жуковська Н.Ю. Легітимність. *Юридична енциклопедія* / ред. кол. : Ю.С. Шемшученко (відп. ред.). Київ : Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 2001. Т. 3. 467 с.
3. Корнієнко В. Легітимність. *Політична енциклопедія* / ред. кол. : Ю. Левенець (голова), Ю. Шаповал (заст. голови) та ін. Київ : Парламентське видавництво, 2011. 394 с.
4. Кокорський В.Ф., Кокорська О.І. Легітимність влади в Україні: чинник бюрократії. *Історичні і політологічні дослідження*. 2014. № 1–2. С. 204–213.
5. Музика І.В. Легітимність як політико-правове поняття. *Енциклопедія історії України* : у 10 т. / редкол. : В.А. Смолій (голова) та ін. ; Інститут історії України НАН України. Київ : Наукова думка, 2009. Т. 6. 784 с.
6. Резнік В.С. Легітимність. *Енциклопедія сучасної України* : у 30 т. / ред. І.М. Дзюба ; НАН України, НТШ. Київ : Інститут енциклопедичних досліджень НАН України, 2020. 502 с.
7. Ролз Дж. Теорія справедливості / пер. з англ. О. Мокровольський. Київ : Видавництво Соломії Павличко «Основи», 2001. 822 с.
8. Розанвалон П. Демократична легітимність: безсторонність, рефлексивність, наближеність / пер. з фр. Євгена Марічева. Київ : ВД «Києво-Могилянська академія», 2009. 285 с.
9. Хабермас Ю. Демократія. Разум. Нравственность: Лекции и интервью. Москва, 1989. Москва : Наука, 1992. 176 с.
10. Харт Г.Л.А. Позитивизм и разграничение права и морали. *Правоведение*. 2005. № 5. 230 с.