

Т.В. ГОЛІКОВА, к.е.н., ст.н.с.,

В.П. МЕЛЬНИК, к.е.н., ст.н.с.,

ДУ «Інститут економіки і прогнозування НАН України»,

Київ, Україна,

golikova@volicable.com

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА У ВІДТВОРЕННІ ЕКОНОМІКИ ЯК ІНДИКАТОР ЯКОСТІ ЇЇ ІНСТИТУЦІОНАЛЬНОГО СЕРЕДОВИЩА

Розглянуто різні підходи до визначення принципу верховенства права. Питання про верховенство права проаналізовано у контексті координаційних і розподільних аспектів інститутів. Виявлено значення верховенства права для пояснення наслідків економічних обмінів за участю суб'єктів, які мають порівняльні переваги у застосуванні насилля. Зроблені висновки для політики, спрямованої на укорінення принципу верховенства права у суспільному житті і окреслені питання, які потребують подальших досліджень.

Ключові слова: верховенство права, формальні і неформальні правила, координаційний і розподільний аспект інститутів, «дилема ув'язнених», гарантування дотримання умов контракту.

Рассмотрены различные подходы к определению принципа верховенства права. Вопрос о реализации верховенства права проанализирован в контексте координационных и распределительных аспектов институтов. Выявлено значение верховенства права для объяснения последствий экономических обменов при участии субъектов, обладающих сравнительными преимуществами в применении насилия. Сделаны выводы для политики, направленной на укоренение принципа верховенства права в общественной жизни и очерчены вопросы, требующие дальнейших исследований.

Ключевые слова: верховенство права, формальные и неформальные правила, координационный и распределительный аспекты институтов, «дилемма заключённых», гарантирование соблюдения условий контракта.

T.V. Golikova,

V.P. Melnik

Implementation the rule of law in economy recovery as indicator of quality of its institutional environment

Reviewed various approaches to the definition of the rule of law principle.

The question of the implementation of the rule of law is analyzed in the context of coordination and distribution aspects of institutions. Revealed the importance of rule of law to explain the consequences of economic exchanges with agent participation,

with comparative advantage in the use of violence.

Drew conclusions for policies directed at rootage the rule of law principle in public life and outlined the issues require further investigation.

Keywords: rule of law, formal and informal rules, coordination and distribution aspects of institutions, «prisoners' dilemma», assurance of terms and conditions of a contract.

У порядку денному інституціональних перетворень в українському суспільстві, сформульованому масовим протестним рухом членів останнього, епіцентром якого став Євро-Майдан у столиці України, одним з питань, котре сформувало найбільш широке консолідоване поле суспільної підтримки, долаючи регіональні, мовні, етнокультурні, конфесійні й інші соціально-демографічні розбіжності серед населення країни, виявилось питання заміни реально діючого верховенства сили конституційно задекларованим, проте до цих пір формальним верховенством права. Адже згідно з останнім (за 2012-й рік) індексом верховенства права, який обчислюється у рамках міжнародної неурядової організації Проект світової юстиції й у колах дослідників-інституціоналістів вважається одним з індикаторів якості інституційного середовища у тій чи іншій країні, Україна посіла 87-е місце серед 97-и країн світу, котрі були охоплені відповідним дослідженням [1].

Принцип верховенства права є настільки широко відомим і настільки ж неоднозначно інтерпретується, як і, наприклад, принцип соціальної справедливості або максимізації суспільного добробуту. Проблематика верховенства права стала особливо популярною у 1990-х рр., коли у багатьох країнах розгорнулися процеси системної суспільної трансформації і активно обговорювалися питання формування ринкових інститутів. Не випадково серед економістів-аналітиків активно дискутувалося питання про попит на право в країнах з перехідною економікою взагалі і у зв'язку з обраною у

© Т.В. Голікова, В.П. Мельник, 2014

<http://www.elibrary.ru/issues.asp?id=37579>

<http://www.instud.net>, <http://www.nbu.gov.ua/>

тій чи іншій країні моделлю приватизації державного майна, зокрема [2, 3, 4]. При цьому обговорення проблеми реалізації верховенства права в нормативному ключі робило особливо актуальним вирішення трьох наступних взаємодоповнюючих питань:

- 1) зміст принципу «верховенство права»;
- 2) економічні наслідки наявності (відсутності) верховенства права;
- 3) шляхи і можливості укорінення принципу верховенства права.

Перше питання важливе не саме по собі, а тому, що відмінності в розумінні принципу верховенства права можуть служити підставою для різних висновків, включаючи відповіді на друге і третє питання. Те, що переважна більшість учасників дискусії про верховенство права вважають дотримання цього принципу найважливішою умовою для розвитку того або іншого суспільства, зовсім не означає, а що саме по собі розуміння змістовного наповнення поняття «верховенство права» є елементом широкої конвенції. Важлива складова другого питання пов'язана із згаданими вище взаємозв'язками між моделлю системної суспільної трансформації, насамперед приватизації, і перспективами укорінення верховенства права у контексті попиту на це з боку активних учасників приватизації державного майна і суб'єктів, контролюючих активи після приватизації. У той же час третє питання має не лише нормативний, але і важливий позитивний зміст, оскільки передбачає оцінку можливостей просування у напрямі укорінення принципу верховенства права, зокрема у національній економіці.

Чи можна вважати пріоритет будь-яких законів і їх дотримання реалізацією принципу верховенства закону, навіть якщо є серйозні підстави сумніватися в легітимності цих законів? Яке значення в цьому випадку мають стандарти встановлення факту порушення (дотримання) вимог чинного законодавства? Якщо мають, то яким чином визначаються самі ці стандарти? Чи можна говорити про реалізацію принципу верховенства права безвідносно до розподільних наслідків (очікуваних або фактичних), застосовуваних у структуризації економічних відносин правил?

Ці питання є особливо актуальними у світлі численних спроб сучасних дослідників операціоналізувати конструкт «верховенство права», зробивши його придатним у тому числі для побудови індексів, використовуваних в міжнародних зіставленнях. В зв'язку з цим не

можна ще раз не згадати про порівняно новий «Проект світової юстиції» (World Justice Project), у рамках якого розроблений і кількісно оцінений для майже сотні країн індекс верховенства права [5].

У будь-якому випадку навряд чи є хоч якісь підстави вважати, що запозичення формальних правил (яке на початкових етапах суспільної трансформації частенько було представлено як імпорт інститутів) забезпечить реалізацію верховенства права, навіть якщо вказані норми кваліфікуються фахівцями в термінах кращої практики і відповідають суспільним системам, які отримали найвищі оцінки з точки зору міри відповідності критеріям верховенства права. В зв'язку з цим не можна не звернути увагу на те, що принцип верховенства права має пряме відношення до характеристик інститутів, існуючих в тому або іншому суспільстві.

Мета цієї статті полягає в тому, щоб запропонувати економічну інтерпретацію верховенства права, представити відповідну проблематику крізь призму інструментарію нової інституціональної економічної теорії з урахуванням накопичених у науковій літературі уявлень про зміст верховенства права і його значення з точки зору функціонування економіки і її розвитку.

У вітчизняній економічній літературі епохи пострадянської системної суспільної трансформації питання про верховенство права якщо і згадувалося, то побіжно, оскільки про це не можна було не згадувати, зважаючи на світову моду на це поняття. З цієї точки зору говорити про якийсь консенсус з цього питання, навіть в найпершому наближенні, у співтоваристві вітчизняних дослідників явно передчасно. Ось чому у рамках дискусій з проблематики верховенства права актуальним є вирішення подвійного завдання: переклад українською мовою і на мову нового інституціоналізму як науково-дослідницької традиції і формування у рамках співтовариства експертів і дослідників власного (що зовсім не обов'язково означає унікального і особливого щодо майбутніх конвенцій з цього питання в міжнародному вимірі) розуміння як змісту, так і значення (економічних наслідків) реалізації верховенства права.

У статті С. Вогта, присвяченій інвентаризації підходів до вивчення принципу верховенства права з метою вирішення завдання формування кількісних оцінок його наслідків, представлені характеристики трьох традицій у

визначенні характеристик принципу верховенства права – англійської, американської і германської [6, р. 4-5].

У англійській традиції принцип верховенства права може бути описаний за допомогою шести основних характеристик:

1. Відсутність практики створення спеціальних судів, або *ad hoc* судів (що не слід плутати із існуючою практикою використання спеціалізованих судів), для винесення ухвали і застосування санкцій до окремих осіб.

2. Незалежність судів як від законодавчої, так і від виконавчої гілок влади.

3. Поділ влади, пов'язаний з наділенням кожної із її гілок специфічними владними повноваженнями, що фактично означає винятковість повноважень.

4. Не можуть бути оголошені протизаконними і відповідно караними діяння у разі, якщо під час їх вчинення не діяв закон, який забороняє вказані діяння.

5. Адміністративний розсуд (дискреційні дії посадовців) має бути обмежений законом.

6. Закони повинні застосовуватися на постійній основі, що особливо важливо для забезпечення більш високого рівня визначеності (передбачуваності) для учасників економічних взаємовідносин.

У свою чергу американська версія верховенства права робить наголос на чотирьох важливих аспектах:

1. Конституціоналізм, що означає насамперед обмеження можливостей довільного формування законодавства за допомогою встановлення критеріїв, дотримання яких дає підстави визнавати закон таким, що є чинним. Найважливішою властивістю конституціоналізму є жорсткіші вимоги до зміни конституційних норм порівняно з іншими формальними нормами.

2. Визначення основних прав, які забезпечують захищеність окремої людини від втручання в її життєдіяльність з боку держави, включаючи такі аспекти, як зворотна сила закону, подвійне покарання за одне і те ж порушення.

3. Судова оцінка конституційності законів: якщо законодавець допускає ухвалення закону, який не відповідає конституції, суд може декларувати вказану невідповідність і оголосити закон нечинним.

4. Законодавство зв'язане загальними правилами, які, у свою чергу, відбивають засадничі переконання людей (іншими словами, домінуючу ідеологію як систему цінностей і

світогляду).

Нарешті, в германській традиції у визначенні змісту принципу верховенства права важливою є можливість оскарження законності адміністративних дій, а також пов'язані з нею принципи захисту довіри і найменшого з можливих варіантів втручання у життя громадян з боку держави.

Безумовний інтерес викликають вимоги до характеристик правил, сформульовані філософом права Л. Фуллером, які можуть розглядатися як складові принципу верховенства права [7]. Тому далі наведемо перелік цих вимог з короткими поясненнями щодо того, якими закони повинні бути:

1. Загальними, тобто поширюватися на безліч ситуацій.

2. Публічними в сенсі доступності для ознайомлення будь-якій особі.

3. Проспективними, тобто такими, що не мають зворотної сили.

4. Ясними, тобто такими, що проходять щонайменше два фільтри – синтаксичний і семантичний, так щоб адресати були здатні прочитати встановлені вимоги і зрозуміти закладений у них смисл.

5. Узгодженими, тобто внутрішньо несуперечливими, такими, що виключають колізії (як прямі, так і опосередковані).

6. Здійсненими, тобто повинні містити такі приписи щодо заборонених або дозволених дій, які можуть бути виконані адресатами з прийнятними витратами.

7. Стійкими у часі, тобто такими, що поширюються на безліч послідовно виникаючих ситуацій зіткнення інтересів.

8. Конгруентними з діями представників влади, що означає відповідність дій представників влади (посадовців) встановленим нормам.

Представлений перелік дає підстави стверджувати, що існують відмінності в юридичному і економічному трактуванні одного і того ж набору принципів, що, зокрема, може знайти вираження у різних заходах дотримання встановлених вимог, відповідає певному (що не означає відомому і конвенціональному) набору кількісно оцінюваних значень показників.

Ці відмінності пов'язані з тим, що хоча принцип верховенства права і протиставляється принципу верховенства особи (по суті принципу «право сильного»), у той же час економічний підхід, у тому числі у рамках нової інституціональної традиції, розглядає це пи-

тання крізь призму індивідуального вибору і колективних дій учасників економічних взаємовідносин у рамках і з приводу правил з відповідними механізмами, які забезпечують їх дотримання.

Неважко помітити, що вище згадані традиції і підходи до визначення змісту верховенства права отримали відображення в конструкції індексу верховенства права, детальне обговорення якого є предметом окремої розмови. Зупинимося лише на короткому викладі його структури. Індекс складається з чотирьох принципів, 16-ти чинників, які розкривають зміст цих принципів, і 68-и чинників другого рівня [5, р. 6-7]. Перелік зазначених принципів включає: підзвітність уряду; оприлюднені і стабільні закони, які захищають основні права; доступний, справедливий і ефективний процес; доступ до правосуддя. При цьому підзвітність уряду означає (1) обмеження його влади конституцією, (2) наявність урядових і неурядових стримувань, (3) підзвітність посадових і офіційних осіб, (4) підзвітність посадовців військового, поліцейського відомств, а також відомств (організацій), які відповідають за виконання покарання, (5) дотримання міжнародних норм права. Оприлюднення і стабільність законів, які захищають основні права, означає те, що (1) закони є чіткими, опублікованими і стабільними, (2) закони захищають фундаментальні права, (3) закони захищають особисту безпеку, (4) закони захищають безпеку об'єктів власності. У структурі принципу «доступний, справедливий і ефективний процес» виокремлюють два компоненти: 1) доступний процес; 2) справедливе і ефективне адміністрування. Нарешті, принцип доступу до правосуддя розшифровується в термінах: 1) неупередженість і підзвітність судової системи; 2) ефективність, доступність і дієвість судової системи; 3) компетентність і незалежність адвокатів і присяжних; 4) справедливе і ефективне розв'язання суперечок у позасудовому (досудовому) порядку; 5) справедливе і ефективне звичайне (традиційне) судочинство.

Завершуючи власне розгляд питання про зміст поняття «верховенство права», важливо підкреслити, що дослідники бачать два варіанти дослідження цього принципу: у рамках вузької і відповідно формальної версії визначення і у рамках широкої і змістовної, субстантивної [6, р. 6]. У зв'язку з такою постановкою питання слід звернути увагу на те, що в економічній літературі верховенство права часто розглядається як один з трьох засадничих інсти-

тутів разом з відсутністю корупції і демократією [8, р. 660].

Указані відмінності у підходах і відповідно вибір між підходами означають і вибір міри віддаленості від консенсусу щодо змісту цього поняття і відповідно забезпечення задовільного рівня його операціоналізації у рамках внутрішньодисциплінарного дискурсу (у рамках теоретико-економічного аналізу), не кажучи вже про міждисциплінарний (включаючи право, політичні науки, соціологію). Як справедливо відмічає С. Вогт, існують підстави розглядати в термінах верховенства права такі аспекти, як право і порядок, міра поваги населення до законів (легітимність формальних норм), демократія, ринкова економіка, права людини [6, р. 7]. Проте платою за розширювальне трактування верховенства права може стати низька міра операціональності цієї конструкції, на що звертають увагу багато фахівців, які займаються відповідною проблематикою в прикладному ключі.

Неминучість зіткнення інтересів у світі обмежених ресурсів і діючих відповідно до власних (неальтруїстичних) інтересів людей є однією із засадничих тез дослідницького підходу, в якому одиницею аналізу виступає не ізольований індивідуальний вибір, а суспільно визначена дія, коли загальною передумовою аналізу індивідуальних дій є контекст взаємодії між економічними суб'єктами (учасниками економічних відносин) з урахуванням трьох типів стосунків, які формують будь-яку трансакцію за Дж. Коммонсом, – конфлікту, взаємозалежності і порядку [9, р. 656].

Принципове значення мають способи врегулювання конфліктів між людьми з приводу обмежених ресурсів, а також з приводу прав, що виникають у зв'язку з використанням цих ресурсів, котре може відбуватися у режимі добровільного або вимушеного обміну, кожен з яких у плані результатів може різною мірою відповідати критерію Парето-оптимальності.

Ухвалення рішення у рамках врегулювання зіткнень конфлікуючих інтересів і узгодження воль може здійснюватися в різних формах – у «дискреційній» (від випадку до випадку) на відміну від принципу «на основі правил, що регламентують способи узгодження і врегулювання конфліктів» і у різних її комбінаціях у разі складних конфліктів. Верховенство правил – пріоритет першого способу перед другим (особливо у разі застосовуваних до конкретних обставин місця і часу імперативних норм) у відповідності як мінімум з пер-

шою, шостою і сьомою властивостями з переліку Л. Фуллера. Аналогічну позицію сформулювали А. Лихт, Х. Гольдшмідт і С. Шварц, трактуючи верховенство права крізь призму обмежень щодо дійових осіб приймати на власний розсуд рішення про застосування сили за допомогою встановлення формальних (легальних) правил, на відміну від корупції як механізму трансформації влади в приватні вигоди і демократії як механізму з обов'язковою підзвітністю, розкриттям інформації і консультаціями [10, р. 663].

Слід зазначити, що визначене таким чином верховенство права залежно від характеру пріоритету може бути (а) абсолютним, (б) презумпцією, (в) системним, (г) вибірковим тощо. Такі характеристики відбивають співвідношення дискреційних (довільних) рішень і рішень за правилами, що відповідають переліку Л. Фуллера, стосовно як до множини однотипних ситуацій, так і до усіх ситуацій з конфліктуючими інтересами. Разом з тим уявлення про верховенство права у статичному і динамічному зрізах суспільних відносин можуть досить сильно розрізнятися, так що, наприклад, вибірковість верховенства права полягатиме у тому, коли заздалегідь визначається, в якій частині юрисдикції або на якій множині відносин діє вказаний принцип.

Перш ніж розглядати далі питання про верховенство правил в контексті економічного аналізу інститутів, важливо підкреслити: верховенство права є окремим випадком верховенства правил, що дозволяє більшою мірою спиратися на позитивний, а не на ідеологічно орієнтований підхід, який абсолютизує значення альтернативи. З цієї точки зору суть верховенства права полягає в тому, що пріоритет мають формальні правила. Проте тепер уже не лише по відношенню до окремих довільних (дискреційних) дій, які відбивають переваги в потенціалі здійснення насильства, але і по відношенню до неформальних правил.

Останній аспект потребує уточнення з огляду на те, що реальне співвідношення між формальними і неформальними правилами є різноманітним і допускає, зокрема, не лише заміщення формальних правил неформальними (що загалом може інтерпретуватися як ознака порушення верховенства права), але і їх доповнюваність, коли неповнота формальних правил компенсується доповнюючими неформальними правилами, що не суперечать першим.

Інший аспект – це можливість розширю-

вального тлумачення сфери права з урахуванням деякого набору неформальних правил, які можуть бути закодовані в термінах типу «звичай ділового обороту». Під такими звичаями розуміються правила поведінки, що склалися і широко використовуються в якійсь сфері підприємницької діяльності, але не прописані у чинному законодавстві.

У будь-якому випадку для забезпечення принципу верховенства права повинна існувати найважливіша для будь-якого інституту компонента – механізм, що забезпечує дотримання правил. Причому у даному випадку вказаний механізм навіть є важливішим, ніж саме правило. Саме у цьому пункті видно труднощі, пов'язані з імпортом (запозиченням із зарубіжної практики) цього принципу в країни, які перебувають у процесі системної суспільної трансформації. Крім того, важливо звернути увагу, що сам механізм, який забезпечує дотримання правил, складається з двох взаємозв'язаних компонентів – примусу (створення витрат для порушників) і адаптації до непередбачуваних обставин [11, с. 189-190].

Інститути у світі обмежених ресурсів, виконуючи функцію обмеження у ситуації вибору для учасників економічних відносин, мають два аспекти – координаційний і розподільний. Розподільний аспект пов'язаний з інтересами підмножини груп інтересів або підмножини осіб, чий інтерес так чи інакше представлений у даній ситуації.

Якщо застосовані правила є наслідком зняття розподільного конфлікту з певними координаційними властивостями як побічним наслідком, то результати їх застосування швидше за все будуть пов'язані із співвідношенням переговорної сили (потенціалу насильства), яке визначить розподіл по групах вигод, витрат і ризиків [12]. Такими є інститути з передбачуваними розподільними наслідками і нерівномірно розподіленим потенціалом насильства (примусу) між групами, залученими у створення і застосування відповідних правил. В зв'язку з цим слід зазначити, що далеко не усі концепції верховенства права враховують «координаційно-розподільну зв'язку» в поясненні інститутів. Зокрема, Т. Цивицькі трактує право безвідносно до якихось цілей лише як ресурс для ухвалення індивідуальних рішень, що відбиває не лише принцип конституціоналізму і заснованого на правилах ухвалення рішень, але і прихильність до набору нейтральних принципів, серед яких федералізм, поділ влади і текстуалізм [13, р. 6]. Такий контекст розуміння

верховенства права, сформульований у рамках неоавстрійського підходу, означає (з позиції нової інституціональної дослідницької традиції) наголос на координаційні характеристики інститутів [13, р.4].

У зв'язку з цим важливо звернути увагу на те, що дослідники вказують на підвищення передбачуваності як на один з ключових економічних ефектів верховенства права [6, р. 20-21]. Проте, як показав Д. Норт, зниження невизначеності, яке фактично рівнозначне збільшенню передбачуваності, зовсім не означає автоматичного підвищення (досягнення) ефективності [14]. Розуміння цієї обставини є важливим тому, що нормативні висновки, засновані на змішанні цих понять, можуть призвести до дій, які ще більше погіршать координаційні і відповідно ефективні характеристики інститутів. У зв'язку з цим можна також відмітити, що в умовах, коли трансакційні витрати дорівнюють нулю, вимушений обмін так само може призвести до Парето-оптимального результату, як і добровільний. Єдина відмінність полягає в тому, що для частини учасників такого обміну результуючий рівень корисності буде нижчим за первинний.

Чистим випадком відсутності ознак верховенства права є ситуація «війни усіх проти усіх», яка може моделюватися за допомогою гри «дилема ув'язнених». Окремим прикладом війни усіх проти усіх є модель блукаючого (кочівного) бандита, яка пов'язана з відтворенням вимушених обмінів не лише між суб'єктами з різним потенціалом насильства, але і між

суб'єктами з приблизно однаковим відповідним потенціалом («блукаючий бандит – блукаючий бандит», «виробнича одиниця – виробнича одиниця») [11, с. 665-666].

У зв'язку з цим важливо враховувати два аспекти: а) розподіл потенціалу насильства між учасниками економічного обміну; б) інформованість учасників економічного обміну про розподіл потенціалу насильства. Роль другого аспекту не має принципового значення, якщо взаємодія між одними і тими ж учасниками повторюється багаторазово. Проте у разі одноразового епізоду вимушеного обміну інформаційна асиметрія в розподілі потенціалу насильства може призвести до результатів, які істотно відхиляються від результатів обміну інформованих учасників.

Існує багато публікацій, де йдеться про моделі «дилема ув'язнених». За деякими відомостями, кількість різновидів цієї гри доходить до двох тисяч. У простій версії моделі передбачається, що (а) діють два суб'єкти, які максимізують свої корисності, (б) кожен з них знає свій розмір виграшу, котрий він може отримати при будь-якій комбінації стратегій гравців, а також розмір виграшу іншого гравця; (в) у кожного з гравців є два варіанти вибору: красти або не красти (хоча зрозуміло, що кваліфікація дії як крадіжка передбачає наявність права і відповідних йому правил), а у більш загальному вигляді – не брати участь або брати участь у вимушених обмінах.

Відповідно до вибору кожним з них певної стратегії формується платіжна матриця:

		В	
		не красти	красти
А	не красти	A_1, B_1	A_2, B_2
	красти	A_3, B_3	A_4, B_4

Причому співвідношення між виграшами для учасників гри залежно від комбінації стратегій має властивість єдиності з точністю до монотонного перетворення:

$$A_3 > A_1 > A_4 > A_2$$

$$B_2 > B_1 > B_4 > B_3$$

Крім того, використовуються чотири додаткові передумови, які визначають контекст гри.

1. Гра складається з однієї партії, що означає: в майбутньому у цих двох гравців не буде можливості ані покарати, ані винагородити контрагента за попередні дії у рамках однієї і тієї ж гри.

2. Жоден з гравців не має інформації про дії у минулому свого контрагента в аналогічних ситуаціях, так що формування очікувань на основі накопиченого досвіду неможливе. Відповідно репутація гравця (враховуючи також першу умову) не має значення, що не дозволяє говорити про достовірність зобов'язань (у рамках цього контексту), беручи також до уваги четверту передумову (див. далі).

3. Гравці не мають можливості обмінюватися інформацією до здійснення вибору (або це технічно неможливо, або занадто високі витрати комунікації), що, у свою чергу, є умовою формування достовірних зобов'язань щодо до-

тримання певної стратегії. Ця передумова набуває форму припущення про одночасний вибір альтернативи учасниками гри.

4. Не існує можливості виплати компенсації одним гравцем іншому (з огляду на особливу структуру платіжної матриці або властивість платежу). Іншими словами, транзакційні витрати, пов'язані із здійсненням компенсаційної угоди, є занадто високими.

У результаті рівноважним, за Нешем, набором стратегій буде «красти», «не красти», що відповідає стратегії максимуму (так само як і мінімуму). Така ситуація відповідає ситуації «війни усіх проти усіх», за Гоббсом. Люди, не відчуваючи себе у безпеці, прагнуть напасти першими, оскільки кращий захист – це напад. Щодо взаємовідносин між країнами Р. Аксельрод – один з найбільш відомих дослідників проблем стратегічної взаємодії між людьми з використанням інструментарію теорії ігор – формулював цю проблему як дилему безпеки: країни прагнуть гарантувати свою безпеку, погрожуючи безпеці інших [15, р. 4].

«Дилема ув'язнених» є способом вираження стану речей, коли не існують ані зовнішня сила, що забезпечує захист прав контрагентів в економічних обмінах, дотримання досягнутих угод, ані внутрішні обмеження, які створюються самими учасниками гри, чим відбивається соціальна дилема, в якій індивідуальна максимізуюча поведінка призводить до субоптимальних суспільних результатів. Економічні агенти (тобто такі, що максимізують корисність), які раціонально поведуться, потрапляють у пастку саме внаслідок своєї раціональності.

Виходом з цієї пастки є створення інституту, який забезпечує, по-перше, зміну структури платіжної матриці за рахунок формування

механізму вибіркового і адресного застосування санкцій, по-друге, зміну стимулів і очікувань гравців (відповідно до їх стратегій). Таким чином, з'являється можливість зняти дилему між індивідуальною раціональністю і ефективністю розміщення ресурсів.

Однією з найважливіших умов формування інституту є очікування повторюваності гри з одними і тими ж учасниками. У зв'язку з цим експериментальний аналіз показав, що у переліку еволюційно стабільних є стратегія копіювання (tit – for – tat), заснована на принципах «живи сам і давай жити іншим», «зуб за зуб». Ця стратегія як специфічне правило ухвалення індивідуальних рішень в умовах усвідомленої суб'єктами залежності один від одного має наступні властивості.

1. Початок гри, або перший хід для суб'єкта А, який обрав цю стратегію, завжди є кооперативним, тобто щодо даної гри – «не красти» (Н).

2. Усі наступні ходи залежать від попереднього ходу контрагента (звідси назва стратегії).

3. Застосування цієї стратегії передбачає адекватне покарання, тобто у разі вибору контрагентів некооперативного варіанту поведінки – «красти» (В) санкція у вигляді дії у відповідь застосовується негайно (на наступному ж ході). У той же час ця санкція не застосовується без належної на те підстави.

4. Стратегія копіювання також є «вибагаючою», оскільки передбачає застосування позитивних, заохочувальних санкцій щодо контрагентів.

Прикладом застосування цієї стратегії суб'єктом А може служити наступна ілюстрація:

Гравець / Хід	1	2	3	4	5	6	7	8	9	1	...
А	Н	Н	В	В	Н	Н	Н	В	В	Н	...
В	Н	В	В	Н	Н	Н	В	В	Н	Н	...

Проте принциповою особливістю цього процесу є відсутність обов'язкової формалізації як необхідної умови отримання такого поєднання стратегій, яке забезпечило б наближення до Парето-оптимального результату, що загалом є більш характерним для формальних правил, які виступають побічним (і далеко не завжди передбачуваним ex ante для його учасників) результатом економічних обмінів. Іншими словами, правило з відповідним механізмом,

що забезпечує його (правила) виконання, начебто є видимим, тоді як про право як особливу систему структуризації економічних обмінів між людьми у світі обмежених ресурсів не йдеться. Насамперед тому, що гарантими дотримання встановлених правил і відповідних їм прав виявляються безпосередньо самі учасники обмінів (власники благ).

Якщо припустити, що гра не має певного моменту закінчення, а гравці діють відповідно

до оцінок очікуваних вигод і витрат, то в якості іншого прикладу можна показати ситуацію, коли, наприклад, стратегія «руки, що тремтять на курці» може зробити привабливішим дотримання правил (прав власності).

Зокрема:

$$NPV_A^O = \frac{A_1}{1 - \delta}$$

де δ – норма дисконтування (поточної цінності майбутніх вигащів), а NPV_A^O – поточна цінність вигащів гравця А у разі дотримання обома гравцями принципу непорушення прав один одного.

У свою чергу

$$NPV_A^V = \frac{A_4}{1 - \delta} + (A_3 - A_4)$$

Відповідно для того, щоб домінуючою була стратегія «не красти», повинна дотримуватися умова:

$$A_1 - A_4 > (1 - \delta)(A_3 - A_4)$$

Аналогічні міркування застосовні і до В.

Отже, ще раз відмітимо, що забезпечення Парето-оптимальності набору стратегій зовсім не обов'язково має бути засноване на застосуванні формальних правил і, відповідно, на принципі верховенства права. У свою чергу, і сама одноходовою гра «дилема ув'язнених» не повинна інтерпретуватися виключно як ілюстрація наслідків відсутності верховенства права. Велике значення має контекст гри. Зокрема, застосовувана у деяких країнах програма звільнення від покарання за порушення антимонопольного законодавства у формі участі в змові фактично відтворює характеристики цієї гри, але з точки зору ширшої множини, ніж учасники змови, дійових осіб результат цієї гри цілком може відповідати і критеріям ефективного використання ресурсів, і принципу верховенства права.

Окремі ознаки верховенства права (у вузькому смислі) можна виявити в ситуації із стаціонарним бандитом, оскільки в його інтересах забезпечити добровільний обмін між виробничими одиницями з метою збільшення розмірів власної ренти і відповідно забезпечити лояльність правилам (у тому числі зі свого боку), передбачуваність їх застосування, їх включеність в системи діючої влади, хоча і з обмеженням на принцип екзогенності по відношенню до ухвалення індивідуальних влад-

них рішень.

Відносини між виробляючими одиницями і стаціонарним бандитом можуть мати певні ознаки верховенства закону – наявність формальних правил, забезпечення їх дотримання, зважаючи на існування певних стимулів на стороні стаціонарного бандита. Проте у даному випадку одразу ж слід враховувати декілька обмежень: держава є дискримінуючим монополістом, за Норттом, не випадково, оскільки самі виробляючі одиниці (особливо об'єднані в групи) можуть мати різну переговорну силу, яка дозволяє понизити для деяких груп ціну «обміну» із стаціонарним бандитом. З цієї точки зору питання про недискримінаційність норм і механізмів їх застосування має два аспекти – бажаність і здійснимість.

Інші обмеження, що вказують на складності реалізації принципу верховенства права як загального і стійкого явища, можна почерпнути з нової інституціональної теорії держави, зокрема з підходу, запропонованого Д. Норттом [14].

Верховенство права як загальний (хай і не абсолютний) принцип можна реалізувати лише у разі, якщо дотримується принцип рівності як перед законом, так і в самому механізмі формування закону, а значення розподільних аспектів ефективно обмежене механізмами, орієнтованими на координаційні аспекти інститутів, у чому не можна не погодитися з представниками неоавстрійського підходу до дослідження інститутів. У моделі політичного устрою, де діє беззастережно принцип ієрархії, в якій немає дієвих механізмів підзвітності вищих ланок перед нижчими і тим більше ендогенної змінюваності вищих ланок нижчими за встановленими правилами (а не насильно), єдиним серйозним обмежувачем може виступати лише зовнішнє по відношенню до такої ієрархії середовище, яке верховенство особи компенсує верховенством права в частині достовірних зобов'язань із забезпечення (збереження) делегованості певного набору прав.

Загроза «війни усіх проти усіх» може використовуватися як аргумент проти переходу від часткового, фрагментарного і несистематичного застосування принципу верховенства права до загальної презумпції верховенства права, а саме до по-справжньому незалежної і професійної судової влади, підконтрольності урядових посадовців закону, ставлення до усіх громадян у дусі доктрини рівних можливостей, повазі політичних і громадянських прав. Дієвість цього аргументу полягає в тому, що у

ньому є доля правди, оскільки «війна усіх проти усіх» – варіант, який дійсно, як правило, є гіршим за фрагментарне застосування принципу верховенства права в ієрархічно організованих суспільствах.

Наскільки цей аргумент спрацьовує, якими є межі його валідності, можна показати на прикладі ситуацій із забезпеченням дотримання прав власності (відносних і абсолютних) за допомогою залучення третьої сторони – держави як організації з порівняльними перевагами в застосуванні насилля.

Особливість гарантування дотримання угод третьою стороною полягає в тому, що вона виступає як агент (виконавець) по відношенню до сторін, що уклали контракт (поручителями). Назвемо цей контракт первинним. У такому випадку контракт (угода) між учасниками обміну і гарантом є вторинним. Повто-

рюваність трансакцій з використанням третьої сторони в якості гаранта робить не таким принциповим джерело цієї форми.

Характеристики третьої сторони визначають дві форми гарантування контрактів: приватну і публічну. Проте і у тому, і у іншому випадках виникає декілька характерних для захисту за допомогою третьої сторони аспектів і проблем.

Присутність третьої сторони, яка здійснює контроль і застосовує санкції, є засобом коригування платіжної матриці для господарюючих суб'єктів, які беруть участь у контракті.

Це твердження можна проілюструвати на прикладі з теорії ігор, в основі якої – платіжна матриця, що відповідає грі «дилема ув'язнених».

		Суб'єкт В	
		Дотримуватися	Порушувати
Суб'єкт А	Дотримуватися	$A_1 - X;$ $B_1 - X$	$A_2 - X + Z;$ $B_2 - X - Y$
	Порушувати	$A_3 - X - Y;$ $B_3 - X + Z$	$A_4 - X - Y + Z;$ $B_4 - X - Y + Z$

Нагадаємо, що елементи структури платіжної матриці відповідають наступним умовам: для суб'єкта А: $A_3 > A_1 > A_4 > A_2$; для суб'єкта В: $B_2 > B_1 > B_4 > B_3$. Це відповідає умовам гри «дилема ув'язнених».

Якщо припустити, що третя сторона відсутня, то рівновага за Нешем не відповідатиме критерію Парето-оптимальності, оскільки $X, Y, Z = 0$, де $2X$ – вартість послуг третьої сторони із гарантування дотримання умов контракту; Y – абсолютна величина санкцій, які застосовуються до порушника; Z – сума відшкодування (компенсації) постраждалій стороні. Іншими словами, це результат описаної раніше одноходової гри «дилема ув'язнених».

Перш ніж розглядати питання верховенства права в контексті стратегічної взаємодії між економічними агентами, важливо відмітити, що вартість послуг (у даному випадку $2X$) зовсім необов'язково співпадає з розміром витрат на підтримку порядку, так що $R = 2X - G$, де G – витрати на підтримку порядку, а R – рента, або частина вартості послуг для дійових осіб, використовувана на непродуктивне споживання, у тому числі в результаті використання окремими особами або групами в прива-

тних цілях свого статусу в ієрархії влади.

Для того, щоб кожна із сторін розглядала в якості домінуючої стратегію «не красти» (чи, що рівнозначно, «дотримуватися умов контракту»), мають бути зроблені зміни в структурі платіжної матриці, що, у свою чергу, відповідає іншому набору правил, наявності механізму, який забезпечує дотримання відносних прав власності. Зокрема, повинне виконуватися співвідношення:

$$Y > A_3 - A_1 = B_2 - B_1$$

Ця передумова рівності різниць виграшів двох гравців використовувалася в цілях спрощення аналізу.

Відмітимо, що вартість послуг третьої сторони при встановлених допущеннях (до певного моменту) не впливає на ефективність результату, хоча якщо

$$X > A_1 - A_4 = B_1 - B_4,$$

то рівновага за Нешем, яка відповідає одноходовій грі «дилема ув'язнених», буде кращою, ніж Парето-оптимальна рівновага за участю держави, з однією обмовкою – незале-

жністю функцій корисності від представлених структурних альтернатив і (чи) застосовністю інструментарію кардиналістської версії функцій суспільного добробуту. Таким чином, в цьому прикладі в простій формі визначені межі держави як більш ефективного засобу гарантування угоди, ніж його (гарантування) відсутності. В зв'язку з цим слід зазначити методологічно важливу тезу: одна інституціональна альтернатива, включена у множину слабкої форми добору, за О. Уильямсоном, не може бути за визначенням ефективнішою за іншу, що є наслідком тези про порівняльні переваги і вади інституціональних альтернатив в умовах позитивних трансакційних витрат [16].

Теоретично цілком можливою є ситуація, коли відсутність держави може бути ефективнішою за її присутність, навіть якщо права власності не специфіковані і не захищені.

У наведеному вище прикладі є одне важливе обмеження на можливість застосування в позитивних дослідженнях – утруднення, пов'язані з оцінкою гіпотетичних вигод і витрат учасників обміну в ситуації, коли гарант відсутній. Два допоміжні варіанти – ретроспективний пошук зіставної ситуації, а також виявлення зіставних ситуацій, які територіально відмінні від порівнюваної.

Для більш реалістичного аналізу слід враховувати усі відмічені вище компоненти:

1. Вартість послуг з гарантування дотримання умов контракту (відповідно і розподіл тягаря витрат між зацікавленими сторонами).

2. Система санкцій, у тому числі їх абсолютні розміри, а також вірогідність їх (санкцій) застосування.

3. Розміри компенсацій постраждалим

сторони (включаючи ставлення до розмірів заданого збитку, процедури повернення).

4. Первинний розподіл ресурсів між учасниками економічних обмінів.

Порівняно самостійним є питання про адресність санкцій. Тут необхідно враховувати два моменти: 1) можливість цілеспрямованої політики залякування за допомогою тотального застосування насильства з метою мінімізації опортуністичної поведінки; 2) неадекватність застосування санкцій: коли у деяких випадках санкції не застосовуються, у той час як вони необхідні, і навпаки, санкції застосовуються, але не до тих, по відношенню до кого їх застосування необхідне.

Негативний вплив може спричинити не лише дорожнеча послуг держави із забезпечення гарантій дотримання встановлених правил, але і ненульова вірогідність допущення помилок першого і другого роду як у правостановленні, так і у правозастосуванні, у тому числі унаслідок слабких стандартів доказу і (чи) недотримання встановлених стандартів.

Пояснимо суть проблеми на прикладі правозастосування в контексті теоретико-ігрової моделі, представленої в стандартній формі платіжної матриці з тією ж структурою виграшів без урахування впливу третьої сторони (держави). Якщо один з суб'єктів порушує встановлені правила, то існує вірогідність, що його не покарають (помилка першого роду), ρ_2 , так само як вірогідним є покарання дійової особи, що дотримується правила, ρ_1 (у тому числі на основі неправосудних рішень). Передбачається, що ця вірогідність однакова для усіх учасників гри.

		Суб'єкт В	
		Дотримуватися	Порушувати
Суб'єкт А	Дотримуватися	$A_1 - X - \rho_1(Y - Z)$ $D_1 - X - \rho_1(Y - Z)$	$A_2 - X + (1 - \rho_2) Z - \rho_1 Y$ $B_2 - X - (1 - \rho_2) Y + \rho_1 Z$
	Порушувати	$A_3 - X - (1 - \rho_2) Y + \rho_1 Z$ $B_3 - X + (1 - \rho_2) Z - \rho_1 Y$	$A_4 - X - (Y - Z)$ $B_4 - X - (Y - Z)$

Причому $\rho_1(Y - Z) > 0$, що відповідає прийнятій вище передумові про те, що розміри отримуваної постраждалою стороною компенсації є меншими, ніж загальна величина вилучених ресурсів у сторони, визнаної винною. Аналогічно $(Y - Z) > 0$. Неважко помітити, що чим вищою є вірогідність помилок першого і другого роду, тим більше підстав стверджува-

ти, що домінуючою для кожного з гравців може знову стати стратегія «порушувати», навіть якщо прямі витрати, пов'язані з наданням державою послуг із захисту прав, є не надто великими.

Порогове значення різниці у виграшах дійових осіб, якщо вірогідність помилок першого і другого роду дорівнює нулю:

$$(A_1+B_1) - (A_4+B_4)=2X.$$

Інакше:

$$(A_1+B_1) - (A_4+B_4)=2[X+\rho_1(Y - Z)],$$

що є більш жорсткою умовою для вибору кожним з гравців стратегії «дотримуватися» встановлених правил і відповідно абсолютних і відносних прав власності.

Зниження вірогідності помилок першого і другого роду у сфері застосування різних норм законодавства тісно пов'язане зі встановленням і застосуванням стандартів доказів, на основі яких приймаються рішення як про встановлення факту порушення, так і про суб'єктів порушення, його масштаби і тривалість, а також наслідки.

Вище викладене, звичайно, не претендує на усебічне охоплення проблематики верховенства права з огляду на те, що вона має яскраво виражений міждисциплінарний характер і зачіпає безліч аспектів організації і розвитку суспільства, аби, враховуючи рівень конвенції (а точніше – масштаби розбіжностей, які зберігаються), що склався, в компактній формі викласти даний предмет. Обмежимося лише деякими попередніми висновками і низкою запитань, які можуть обговорюватися надалі.

1. Існує декілька традицій, що частково пересікаються, які є основою для визначення принципу «верховенство права» і які дозволяють дати вузький і широкий варіанти робочого визначення відповідного конструкту, використовуюваного і в прикладних економічних дослідженнях. Ось чому обговорення принципу верховенства права в нормативному ключі вимагає позначення набору характеристик, які можуть виконувати функцію обмежень з точки зору охоплення нормативних висновків і оцінок.

2. Верховенство правил необхідно відрізняти від верховенства права унаслідок існування чинних формальних правил і різних варіантів співвідношення формальних і неформальних правил з відповідними механізмами, які забезпечують їх дотримання. В той же час, мабуть, перспективи укорінення верховенства права не є нейтральними до варіантів співвідношень, які складаються, між формальними і неформальними правилами і відповідно інститутами. Це питання, безумовно, вимагає спеціальних досліджень.

3. Принцип верховенства права тісно пов'язаний з характеристиками інститутів як з точки зору їх визначення, прийнятого у рамках

нової інституціональної економічної теорії як робочого, так і з точки зору двох ключових аспектів інститутів – розподільного і координаційного. Верховенство права передбачає наявність певного набору інститутів, тоді як сама по собі наявність тих або інших інститутів ще не передбачає верховенства права відповідно до прийнятих робочих характеристик цього принципу. Чи завжди верховенство права означає наявність інститутів з більш високими характеристиками координаційних аспектів – питання, яке тісно пов'язане з такою проблемою, як можливість компенсації у рамках інституціональних змін групам, які втрачають частину розподільних переваг, котрі реалізуються за відсутності верховенства права.

У будь-якому випадку реформи, спрямовані на затвердження принципу верховенства права, повинні враховувати як розподільні, так і координаційні аспекти інститутів *ex ante* і *ex post*. Звідси важливий принцип проектування формальних інститутів – оцінка очікуваних наслідків їх змін з точки зору інтересів впливових груп.

4. Верховенство права – інструмент забезпечення більш високого рівня визначеності в системі економічних обмінів (як добровільних, так і із застосуванням (загрозою застосування) насильства), який в той же час доповнюється характеристиками, котрі можуть розглядатися як самостійні відносно до верховенства права – обмеження корупції і демократія.

5. Більш висока міра визначеності (передбачуваності) не гарантує більш високої ефективності результатів економічних обмінів. У той же час це не означає, що стійкість принципу «верховенство права», забезпечуючи передбачуваність способу застосування норм права, лише випадково може забезпечити більш високу ефективність і стійкість економічного розвитку. Більш висока міра визначеності у застосуванні норм є необхідною, але не достатньою умовою реалізації принципу верховенства права.

6. Верховенство права – це не лише наявність дієвих формальних правил і гаранта, але і економічний спосіб забезпечення дотримання встановлених правил. Оскільки існують менш або більш економічні способи забезпечення дотримання встановлених правил (але аж ніяк не з нульовими витратами), немає підстав говорити про ідеальний стан речей в термінах верховенства права як категорії для позитивних економічних досліджень і тим більше – нормативних висновків.

7. Загальність принципу верховенства права в нормативному вимірі може увійти у протиріччя з принципом економічної ефективності за умови, якщо припустити, що сам принцип верховенства права не впливає на вартість послуг з підтримання порядку. Проте ця невідповідність швидше за все є лише видимою.

8. Немає достатніх підстав говорити і про зумовленість більш високої ефективності економічних обмінів не лише з точки зору забезпечення гарантій прав власності з використанням третьої сторони, але і з точки зору (а) економії на прямих витратах надання послуг з такого роду гарантій, (б) мінімізації непрямих витрат, пов'язаних з помилками першого і другого роду.

9. Одне з важливих питань: чи є легітимність (на відміну від легальності) розподільних аспектів функціонування основних формальних інститутів властивістю верховенства права? Якщо це так, то яким чином це отримує відображення у співвідношенні формальних і неформальних правил?

10. Особливо небезпечними з точки зору погіршення характеристик підсумкової рівноваги є помилки першого роду, рівнозначні з точки зору ефекту підвищенню вартості послуг гаранта дотримання встановлених правил.

11. Помилки першого роду пов'язані з наявністю або відсутністю, а також з мірою дотримання у разі наявності стандартів доказу дотримання / порушення правил, які є компромісом між жорсткістю вимог до доказової бази і виконуванистю цих вимог.

Література

1. The World Justice Project. Rule of Law Index © 2012 – 2013 [Електронний ресурс] / The World Justice Project, 2013. — Режим доступу: <http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/wjproli2012-web.pdf>.

2. Hoff K., Stiglitz J. After the Big Bang? Obstacles to the Emergence of the Rule of Law in Post - Communist Societies // The World Bank, Policy Research Working paper. 2002. N 2934.

3. Hoff K., Stiglitz J. The Transition from Communism : A Diagrammatic Exposition of

Obstacles to the Demand for the Rule of Law // Working Paper Series. 2004. N 3352

4. Hoff K., Stiglitz J. The Creation of the Rule of Law and the Legitimacy of Property Rights. The Political and Economic Consequences of Corrupt Privatization // World Bank Policy Research Working Paper. 2005. N 3779.

5. Agrast M. D., Botero J .C., Ponce A. The Rule of Law Index. Measuring Adherence to the Rule of Law around the World. World Justice Project. Washington, 2009.

6. Voigt S. How to Measure the Rule of Law // MAGKS – Joint Discussion Paper Series in Economics. 2009. N 38.

7. Fuller L. The Morality of Law. Yale (New Haven), 1969.

8. Licht A. N., Goldschmidt Ch., Schwartz S.H. Culture Rules : The Foundations of the Rule of Law and other Norms of Governance // Journal of Comparative Economics. 2007. Vol. 35.

9. Commons J .R. Institutional Economics // American Economic Review. 1931. Vol. 21.

10. Licht A .N., Goldschmidt Ch., Schwartz S .H. Culture Rules : The Foundations of the Rule of Law and other Norms of Governance // Journal of Comparative Economics. 2007. Vol. 35.

11. Шаститко А.Е. Новая институциональная экономическая теория : [монография] / Шаститко А.Е. – 4-е изд. – М. : Изд-во «Геис», 2010. – 828 с.

12. Knight J. Institutions and Social Conflict. Cambridge : Cambridge University Press. 1992.

13. Zywicki T. The Rule of Law, Freedom, and Prosperity // Supreme Court Economic Review. 2003. Vol. 10.

14. Норт Д. Институты, институциональные изменения и функционирование экономики : [монография] / Норт Д. ; сокр. пер. с англ. – М. : Фонд экономической книги «Начала», 1997. – 112 с.

15. Axelrod R. The Evolution of Cooperation. N.Y. : Basic Books, 1984.

16. Уильямсон О. Экономические институты капитализма : [монография] / Уильямсон О. – СПб. : Лениздат SEV Press, 1996. – 702 с.

Статья поступила в редакцию 10.01.2014