

РЕФЛЕКСИВНІСТЬ ТА ІДЕЯ ПРАВА¹

Н. СІММОНДЗ²
доктор філософії,
викладач юриспруденції,
декан Корпус Крісті Коледжу
(Університет Кембридж, Велика Британія)



У багатьох випадках, говорячи про існування права чи правової системи, ми маємо на увазі дуже складну структуру практик, моделей поведінки, уявлень і очікувань. Історики й антропологи можуть запропонувати багаті та інформативні тлумачення таких соціальних реалій. Ті соціологи, що прагнуть до більшої узагальненості, можуть іноді розглядати більш абстрактні моделі, що мають на меті охопити широкі аспекти такого явища (аспекти, які, можливо, було обрано через їхню релевантність щодо певних емпіричних досліджень), а не багатогранний характер конкретних випадків. Однак було б помилкою припустити, що юриспруденцію можна найкраще зрозуміти, прирівнюючи її до будь-якого з вищезазначених завдань. Юриспруденція прагне зрозуміти саму природу встановленої форми людської асоціації. Проте це не означає, що вона може послужливо розглядатися як описова соціологія³ або культурна інтерпретація. Філософські проблеми права не виникають через окремі наукові потреби знайти загальний опис для поширених людських інститутів або культурно-специ-

¹ *Simmonds N. E. Reflexivity and the Idea of Law // Jurisprudence. — № 1. — 2010. — P. 1–20. Переклад з англійської С. Максимова і С. Погребняка.*

² Найджел Сіммондз – вивчав право у Кембриджському університеті (Велика Британія), з відзнакою отримавши ступені бакалавра та магістра права. Після отримання ступеня доктора філософії (у праві) і декілька років викладання у Манчестерському університеті він повертається у Кембридж, де зараз є викладачем юриспруденції на юридичному факультеті. Він є також директором вивчення права і деканом Корпус Крісті Коледжу. Найджел Сіммондз спеціалізується в юриспруденції (філософії права). Автор декількох книг і численних статей, опублікованих в юридичних і філософських журналах. Серед останніх книг «Дебати щодо прав» (Оксфорд, 2000), «Центральні проблеми в юриспруденції» (3-є вид., Лондон, 2008) і «Право як моральна ідея» (Кембридж, 2007, у м'якій обкладинці – 2008).

³ «Незважаючи на зосередженість на аналізі, ця книга може також вважатися есе з порівняльної соціології» [1]. Багато концепцій соціології є можливими. Не слід виключати можливість того, що соціологічна концепція асимілює соціологію права із юриспруденцією, яка впливає із цього твору. Однак є очевидним те, що Харт не це мав на увазі.

© Н. СІММОНДЗ, 2012

фічне тлумачення нашого власного досвіду. Вони виникають через рефлексивність права.

Правова думка та практика проявляють рефлексивність настільки, наскільки вони експліцитно або імпліцитно апелюють до ідеї права, оскільки ідея права не просто описує існуючу практику, а радше відіграє важливу роль у межах практик, що становлять існування правового порядку. Законодавці не видають наказів: вони мають на меті ввести в дію закони, а статус їхніх запроваджень як права розглядається як вирішальне для тієї вимоги, що громадяни повинні дотримуватися стандартів, встановлених таким чином. Так само судді не вирішують справ, посилаючись на приписи тих, хто має владу: вони приймають рішення по справі, посилаючись на те, що саме на їхню думку є правом. Практики, що охоплюються правопорядком, орієнтовані на ідею права в тому сенсі, що ця ідея передбачає керівний ідеал для практики і є основою будь-якого органу, що має цю практику, до якої звертаються її учасники.

Право — це не просто сукупність прийнятих правил, а інтелектуальна система, структурована загальними ідеями та доктринальними традиціями. Отже, правотворчий вплив будь-якого окремого законодавчого акта (або судового рішення — у випадку існування доктрини прецеденту) стає очевидним лише у тому разі, якщо ми пов'язуємо те, що було прийнято, із правовою системою в цілому. Це завжди є комплексом успадкованих категорій і принципів, а частково — ідеалом, що має обговорюватися та походити із успадкованого у світлі поточних проблем і цінностей. Якщо ми хочемо знайти інформативний опис законодавчої та інтерпретаційної практик, що створюють право, ми повинні описати такі практики які орієнтовані на ідею права. За своєю суттю вони є спробою реалізувати ідею права. Завдання юриспруденції полягає в розумінні цієї ідеї.

На думку Харта, правило визнання створює як чітку юридичну сферу, так і форми зовнішнього обмеження цієї сфери. Таким чином, пропозиції права слід розуміти як застосування правила визнання та інших правил, похідних від нього. Прийняття посадовими особами правила визнання породжує нове значення, у межах якого можна сказати, що правила існують: «юридична дійсність» (*legal validity*). Юридична дійсність не зводиться до більш звичних ідей, таких як прийняття правила, його ефективне застосування або його моральна обов'язковість. Концепція юридичної дійсності отримує своє значення з контексту правила визнання: за допомогою твердження, що правило є юридично дійсним, робиться висновок про застосовність правила визнання (або якогось іншого другорядного правила, яке у свою чергу впливає з такого правила). Поза контекстом правила визнання існують фактичні та моральні питання, але не існує жодних чітко юридичних питань.

Теорія Харта про правило визнання зводиться до відмови від рефлексивності права. Оскільки Харт розглядає правову думку як принципово керовану основним правилом, прийнятим посадовцями, вона не керується (а також не вимагає цього) роздумами про природу права як такого. Замість того, щоб у деякому сенсі продовжувати правові доктринальні питання, власне питання, що стосуються природи права, виникають із окремої філософської точки зору, що істотно відрізняється від точки зору посадовців та громадян, які прагнуть

визначити зміст права та дотримуватися його вимог. Тому послідовники Харта схильні вважати, що приписування праву рефлексивного характеру сплутує філософські питання про природу права з доктринальними про зміст тієї чи іншої нормативно-правової системи.

Можна припустити, що коли існує певний ступінь збіжності (*convergence*) в судових точках зору щодо того, що саме вважається правом (і не може бути правової системи, де такої збіжності не існує), то можна буде описати суддів як таких, що приймають правило, зміст якого відповідає області збіжності. Щодо цього судді приймають загальне правило визнання навіть у тому випадку, коли кожен суддя ухвалює своє рішення, посилаючись на власні прийняті критерії та без урахування критеріїв, схвалених іншими суддями. Оскільки всі правові системи повинні за необхідності проявляти певний ступінь збіжності, усі правові системи матимуть правило визнання. Назвемо це точкою зору «чистої збіжності»¹. Проте точка зору чистої збіжності розширює поняття правила визнання за рамки будь-яких корисних обмежень. Це ефективно позбавляє таке правило його функції управління службовою поведінкою: кожен суддя буде дотримуватися власних прийнятих критеріїв, і жоден не буде дотримуватися загального «правила» як такого. Слушно, що правило, яке узагальнює область збіжності, може застосовуватися (зокрема, третіми особами) як епістемічне практичне правило, що вказує на ймовірні реакції посадовців у більшості випадків. Проте в системі, де кожен посадовець дотримується власних критеріїв дійсності абсолютно незалежно від того, що про це думають інші офіційні особи, немає жодної причини, чому будь-який посадовець буде використовувати правило, що узагальнює збіжність, як керівний припис.

Відкидаючи точку зору «чистої збіжності», ми відкидаємо можливість скоротити шлях до теорії Харта. Ми відкидаємо ідею про те, що існування правила визнання у певній соціальній групі є сумісним з усіма формами розбіжностей щодо критеріїв юридичної дійсності за умови, що члени групи сходяться певним чином у своїх висновках щодо обґрунтованості конкретних правил. Однак ми не повинні схилитися до протилежного висновку, вважаючи, що теорія Харта абсолютно несумісна із розбіжностями щодо критеріїв дійсності. Здається, що Дворкін приймає такий погляд (див., наприклад [5, розділ 3]), проте ця думка є хибною. Приблизно так, як ми можемо поділяти мову, маючи дещо відмінне знання граматики цієї мови, так ми можемо поділяти правило, водночас не погоджуючись щодо його конкретного змісту і належного формулювання. Правила не повинні ототожнюватися із певними словесними формулюваннями: іноді ми можемо говорити про групу, що поділяє правило, навіть якщо окремі члени цієї групи пропонуватимуть дещо інші формулювання відповідного правила, а їхні відмінні формулювання визнаватимуться як такі, що

¹ Точка зору чистої збіжності розглядає сферу збіжності між різними судовими критеріями як таку, що утворює правило визнання. Це слід відрізнити від твердження про те, що ступінь збіжності у судовій практиці, що є необхідним для існування правової системи, можна досягти лише шляхом спільного прийняття правила визнання. Останнє твердження належить М. Крамеру [2, с. 140–146], і воно є досить прийнятним, якщо обмежитися лише сучасним суспільством. Однак, якщо цю думку поширити на весь спектр можливостей, які надає право-ва історія, що тезу можна зберегти лише ціною значного викривлення (див. [3–4]).

мають відмінні приписи для певних обставин. Це пояснюється тим, що кожна людина вважає власне прийняте формулювання спробою точно описати стандарти, яких дотримується група в цілому, та положення цього стандарту у випадку коректного тлумачення. Однак у кожному випадку запропоновані формулювання повинні бути призначені для опису загального стандарту, а не просто стандарту, якого дотримується кожна людина окремо, незалежно від практики інших.

Стабільна практика часто підтримується певними формами дещо бездумної відповідності, що не розрізняє різноманіття альтернативних підстав, які можуть пропонуватися для цієї практики. Це сприяє стабільності, незважаючи на потенційні розбіжності, і так визнається той факт, що виникненню практичного розуміння сприяють ситуації, які вимагають саме цього, а не існування окремих наявних приписів [6, с. 315]. В цілому альтернативні обґрунтування практики будуть сформульовані і продумані лише тоді, коли це обумовлено необхідністю прийняти практичне рішення у новій проблемній ситуації. Отже, учасники добре налагоджених практик можуть за необхідності пропонувати різноманітні тлумачення обґрунтування загальної практики [7, с. 361]. Такі розбіжності можуть містити (в термінології Дворкіна) як «центральні» (*pivotal*), так і «напівтіньові» (*penumbral*) диспути [8, с. 41–43].

Істинну значущість ідеї Харта про правило визнання не слід шукати у твердженні, що для існування права важливе значення мають загальні вторинні правила ідентифікації правових правил (первинних та інших вторинних), оскільки можна було б у принципі прийняти це твердження, не заперечуючи рефлексивності права. Найімовірніше, цю значущість можна знайти у тому, що Харт зображує правило визнання як зовнішнє обмеження юридичної сфери, що відділяє право від сфери моралі та практичної політики, і відокремлює юридичний доктринальний аргумент від філософських роздумів про природу права. Наполягаючи на тому, що основа юридичної дійсності полягає в правилі визнання, Харт має можливість повною мірою використовувати скептичний потенціал того факту, що правила, можна сказати, мають «відтінок невизначеності». Ці особливості правової думки, що пропонують ідеальний підхід до права (наприклад, той факт, що судді та юристи наче вважають, що зміст права виходить за межі чітко встановлених правил), можна розглядати як продукти ілюзії. Ілюзія виникає, якщо ми ігноруємо існування цього відтінку і припускаємо, що право містить ясну відповідь на кожне питання. Усі примари, яких позбувся Харт, повернулися, аби переслідувати нас, щойно ми визнаємо, що правило визнання може надати юридичну силу лише тією мірою, якою система в цілому реалізує саму ідею права.

Ідея про рефлексивність права не є цілком несумісною з ідеєю про те, що деякі усталені правила або конвенції для визначення правових стандартів можуть відігравати важливу (а також, можливо, обов'язкову) роль у реалізації права. У цьому сенсі теорія рефлексивності права не повинна заперечувати існування основного правила визнання у кожній правовій системі, оскільки той факт, що стандарт відповідає критеріям, викладеним у деяких таких правилах, не буде сам по собі встановлювати, що такий стандарт є правом. «Правило визнання» системи надає правовий характер підлеглим правилам лише за

умови, що воно є правилом визнання системи права. Цього ж бути не може, оскільки ми можемо уявити системи, які володіють основним прийнятим правилом визнання, хоча не становлять системи права. Наприклад, уявіть систему, в якій правила просто надають посадовим особам різні дискреційні повноваження, аби вживати примусових санкцій, проте не створюють залежності застосування таких санкцій проти громадян від порушення таким громадянином якого-небудь істотного правила поведінки. Така система не становитиме системи права, а правила цієї системи (незважаючи на те що вони визначені правилом визнання цієї системи) не будуть вважатися правовими правилами. Незалежно від того, чи існує основне «правило визнання», статус кожного правила як права врешті-решт залежатиме від того, наскільки система в цілому наближається до абстрактної ідеї права.

Однак, на думку Харта, первинною основою правопорядку є правило визнання, за межами якого перебувають сфери моралі та політики. У певних випадках, коли не можна отримати чіткої відповіді з таких правил, просто не вистачає юридичних відповідей, а тоді слід приймати відповідні рішення, базуючись на неюридичних підставах моральності чи політичної доцільності. Більшість таких рішень набуває юридичної сили із законів, що дозволяють суддям вирішувати такі напівтіньові справи, ґрунтуючись на позаправових підставах. Проте деякі випадки можуть бути пов'язані із конституційними питаннями, що мають основоположне значення для повноважень самих суддів: прийняті рішення в результаті не мають правового обґрунтування. У такому випадку (на думку Харта) суди заздалегідь не мають жодних повноважень приймати рішення у такій справі, проте вони повинні отримати свої повноваження після прийняття відповідного рішення [1, с. 153].

Здається, наші форми правової аргументації допускають, що рішення та постанови можуть створити право лише за умови, що їм надано правотворчого ефекту самим правом. Якщо ми також припустимо, що всі закони створюються діями людей, ми начебто зіткнемося із нескінченим регресом. Ми можемо відчувати, що повинні погодитися із Кантом у тому, що навіть система виключно встановлених законів повинна містити принаймні одне природне право (тобто право не створюється діями людей), що надає повноваження найвищому законодавцеві [9, с. 224]. Спочатку теорія Харта неначе пропонує простий і прийнятний спосіб відійти від такої головоломки. На його думку, основне правило визнання дає нам змогу бачити, що закони можуть створюватися людськими діями шляхом їхнього застосування, навіть не будучи офіційно введеними в дію, і таким чином не потребують вищого санкціонуючого закону. Однак, обдумавши це питання, ми бачимо, що теорія Харта має свою ціну.

Ми могли б вважати наші форми правової аргументації обґрунтованим прагненням повністю підпорядкувати диктат владі права: одним із відображень такого прагнення є те, що ми вважаємо природним шукати законне обґрунтування для кожного правотворчого акту. Проте теорія Харта, будучи далекою від стабілізації таких форм аргументації, позбавляючи їх загрозливого нескінченного регресу, по суті, відмовляється від того прагнення, яке якраз і розглядається. Бо, як зазначає Л. Вінкс, Харт (у своєму аналізі напівтіньових випадків) «підтверджує думку про те, що правовий порядок не лише зале-

жить, але й неминуче підлягає впливу метаправової чисто політичної влади» [10, с. 38]¹.

Ми не повинні настільки швидко відмовлятися від прагнень, які посідають центральне місце серед наших політичних цінностей, надаючи значення нашим формам аргументації. Думка Харта про напівтіньові випадки йде в розріз із нашим звичайним розумінням доктринальної аргументації, тобто тим розумінням, що поширюється навіть на найпроблемніші справи. У таких справах рішення пропонують те, що здається юридичним аргументом, а не відкритим моральним чи політичним міркуванням. Ми вважаємо, що судді пропонують правову основу для рішення, а не прикриття для практичної політики. Хіба ми не повинні, за інших рівних умов, шукати таку ідею про природу права, яка зможе пояснити наше звичайне розуміння? Звичайно, якщо ми виявимо, наприклад, що будь-яка така думка містить вигадливу та неприйнятну метафізику або конфлікти з нашими численними розуміннями, ми можемо відчувати потребу прийняти аналіз Харта як більш досконалу альтернативу. Проте Харт пропонує свій аналіз без жодного ретельного вивчення інших можливих підходів, а його власні аргументи на користь цього аналізу, можливо, більше базуються на його моральному скептицизмі², аніж на будь-яких інших аргументах, які він фактично пропонує.

Навіть у простих та не напівтіньових справах поняття правила визнання не може повністю охопити той спосіб, у який до законів звертаються як до виправдання судового рішення. Судді обґрунтовують власні рішення, не звертаючись до того факту, що вони приймають основне правило, або ті моральні і політичні причини, які вони можуть мати для того, щоб прийняти таке правило³. Вони не стверджують, що проти відповідача слід застосувати якусь санкцію лише тому, що він порушив правило, яке судді не без підстав приймають, або тому, що відповідач порушив справедливе або політично бажане правило. Вони виправдовують застосування санкції, апелюючи до статусу відповідних правил як права. Однак те, що походить із основного правила визнання, встановить правовий статус правил, отриманих таким чином, лише якщо правило визнання є основним правилом правового порядку. Тому правило визнання не може забезпечити фундаментальної основи для юридичного обґрунтування, що завжди повинно залежати від попереднього і глибшого питання: якою мірою розглянута система може вважатися системою права?

Найкращою альтернативою для підходу Харта є ідея про те, що правова думка орієнтується на ідею права. У зв'язку з цим обов'язком судді є не принципове зобов'язання слідувати правилу визнання, а дотримуватися права, що розуміється як вірність ідеї права. Ця ідея уособлює прагнення, відповідно до якого всі правові системи не є певною мірою невідповідними (саме так вона зможе забезпечити керівні принципи), проте це прагнення передбачає те, що

¹ Див. також [11, с. 4 та ін.].

² Фінніс (*Finnis*) та Раз (*Raz*) припустили, що позитивізм Харта значною мірою спирається на реальний, проте не висловлений скептицизм Харта щодо об'єктивності моралі (див. [12, с. 25; 13, с. 52]).

³ Це було помилкою Н. Мак-Корміка (*Neil MacCormick*). Див. моє обговорення [14, с. 131–133].

той чи інший приклад соціального порядку є дійсно прикладом права. Таким чином, цей підхід дотримується традиційного припущення, що правознавче дослідження природи права проливає світло на загальний характер поширених людських інститутів, тоді як цей підхід також має можливість запропонувати рекомендації суддям і пролити світло на основу виправдувальної сили права. Багатий підтекст ідеї права не вичерпується, коли мова йде про найбільш проблемні справи: він продовжує структурувати й упорядковувати ретельний розгляд таких випадків¹.

На відміну від правила визнання, ідея права пропонує керівні настанови не лише суддям, але й законодавцям, що дає нам змогу зрозуміти суддів і законодавців, оскільки їхня легітимність впливає з їхньої участі у реалізації влади відповідно до права², оскільки законодавці мають не погрожувати або наказувати, а приймати закони. Вони завжди ведуть власну діяльність під егідою поняття права, імпліцитно апелюючи до цього поняття для авторитету та критикуючи з посиланням на таку ідею: ми критикуємо законодавців за недотримання верховенства права, коли, наприклад, вони вводять у дію як закон дуже неоднозначні стандарти як закон або покладають на чиновників надто широкі дискреційні повноваження.

Це не означає, що дієві особи в межах практик правопорядку сформулюють та зорієнтують власну поведінку щодо філософського погляду на природу права. Найімовірніше, це означає, що практики у які вони включені, будуть складатися із очікувань та домовленостей, що найкраще розуміються в плані такої ідеї. Інститути права, як і більшість інших людських інститутів, діють здебільшого на основі бездумної відповідності, що не ставить питання, як різні структурні припущення можуть скластися разом в єдине зображення. Питання, що стосуються ідеї права (певна послідовність таких припущень), починають цікавити нас якомога більше, коли практика стикається з незнайомими проблемами або коли ми розмірковуємо про значення таких практик у межах нашого більш загального розуміння моралі та політичної спільноти.

Хоча, можливо, лише випадкова інтелектуальна криза спонукає суддів та доктринальних вчених до юриспруденції, їхня щоденна практика допускає можливість певної правознавчої основи у вигляді розуміння природи права. Проект роздумів про ідею права є в цьому сенсі притаманним правовим практикам. Закон слугує виправданням для застосування примусових санкцій, а таке виправдання є непрозорим і неповним тією мірою, що ми не можемо пояснити істотного характеру права і що цей характер надає виправдувальну силу праву. У пошуках філософського розуміння природи права ми серйозно сприймаємо і розширюємо таке виправдовування, що починається із судового рішення, оскільки прагнемо пояснити, як саме право за своєю природою обґрунтовує те, що може застосовуватися суддею³.

¹ Наприклад, обов'язок судді бути вірним праву вимагає якомога старанніше намагатися тлумачити окремі правила так, наче вони базуються на історично стабільних принципах та втілюють задовільне поняття справедливості. Див. [14, с. 195–198; 15, с. 270–274].

² Див. роботу [16].

³ Теорії скептиків заперечуватимуть виправдувальну силу права, проте повинні поясни-

ЗАПЕРЕЧЕННЯ РЕФЛЕКСИВНОСТІ

Поняття фундаментальної рефлексивності в правовій думці може спантеличувати, і зрозуміло, чому багато теоретиків вже відкинуло цю ідею. Вони запропонували ідеї про природу права, що не містять жодного із елементів рефлексивності.

Як ми вже бачили, відповідно до ідей Харта правова думка ґрунтується не на міркуваннях про природу права, а на основному правилі визнання, що є специфічним для кожної системи. Розробка такого правила, на його думку, є важливим кроком від доюрідичного до юридичного світу, що рятує нас від невідомості, що характеризуватиме режим, за якого існували лише первинні правила поведінки: право тим самим дає нам можливість мати загальну сукупність правил навіть в умовах моральної незгоди. У межах теорії Харта правило визнання створює, проте також і обмежує сферу правової думки. Питання, що не можуть бути вирішені під керівництвом правила визнання або правил, що впливають із нього, не можна взагалі вирішити юридично: вони піднімають моральні, політичні або стратегічні питання, які можуть бути вирішені лише шляхом застосування правотворчої влади. Доктринальна правова думка в будь-якому сенсі не керується роздумами про ідею права. Вона керується правилом визнання, що доповнюється (у «напівтіньових» випадках) моральними і політичними роздумами.

Інші теоретики, такі як Дворкін, по-іншому заперечують рефлексивність права. Дворкін бере основну залежність доктринальної аргументації від правознавчої теорії, а також розглядає юриспруденцію як вибір «абстрактної концепції права» [8, с. 90–101]. Проте він відкидає думку про те, що юриспруденція є спробою зрозуміти загальний характер широкомасштабних людських інститутів. Ця відмова набула двох різних форм у межах досліджень Дворкіна. В «Імперії права» (*Law's Empire*) він стверджує, що «інтерпретативні теорії за своєю природою адресовані певній правовій культурі, як правило, тій культурі, до якої належать автори цих теорій». З цієї причини ми не повинні очікувати, що філософське «абстрактна концепція права» відповідатиме всім прикладам правових систем. Як зазначає Дворкін, «немає жодних підстав очікувати, що навіть дуже абстрактна концепція відповідатиме іноземним правовим системам, що були розроблені та відображають політичні ідеології надзвичайно різного характеру» [8, с. 102–103]¹.

У своїй пізнішій книзі «Правосуддя в мантиях» (*Justice in Robes*) Дворкін, здається, більш схильний розглядати юриспруденцію як ідеально узагальнене дослідження, що перевершує будь-яку спробу зосередитися на конкретних правових традиціях чи політичній культурі. Проте він стверджує, що ми повинні розрізняти «соціологічні» та «доктринальні» концепти права. Соціологічні кон-

ти, як саме ми припустилися такої помилки, що приписали праву виправдовувальну силу.

¹ Теорія Дворкіна описує ідеальне прагнення (ідею цілісності), що керує та має керувати процесом прийняття судового рішення; проте індивідуальні правові системи не вважаються такими через їхнє наближення до такої ідеї. Саме ця особливість позиції Дворкіна робить більш достовірним (не рідкісне) припущення про те, що він пропонує теорію винесення судового рішення, а не теорію про природу права.

цепти права визначають характерний тип організаційної структури, тоді як доктринальні концепти права стосуються критеріїв, які можуть застосовуватися суддями під час вирішення спорів. Юриспруденція, на думку Дворкіна, досліджує доктринальні, а не соціологічні концепти права [17, с. 1–5]. Ключовим питанням юриспруденції є те, «чи моральні критерії... займають своє місце серед тих критеріїв, що повинні використовуватися суддями та іншими особами» під час прийняття рішення про істинність або хибність доктринальних тверджень. Питання про загальну природу права як типу організаційної структури, навпаки, стосуються «соціологічного» концепту права. Такі питання (на думку Дворкіна) набувають значення лише в особливих ситуаціях, коли, наприклад, соціолог має удосконалити певне емпіричне дослідження. Поза таким контекстом спроби уточнити наше розуміння права як типу соціального інституту є «марними» [17, с. 3].

Я вже критикував позицію Дворкіна в інших роботах [14, с. 25–34] і не буду повторюватися тут. Моя теперішня точка зору полягає ось у чому: якщо ми повною мірою маємо зрозуміти рефлексивність правової думки, ми повинні зрозуміти не лише залежність доктринальної аргументації від правознавчої (залежність, яку Дворкін визнає), але й те, яким саме чином правознавча аргументація є дійсно (всупереч заявам Дворкіна) дослідженням загального характеру певної форми людської асоціації, про яку ми думаємо як про управління відповідно до права. Дворкін не розуміє рефлексивності права, оскільки заперечує можливість змістовного дослідження загальної природи права як форми людського об'єднання. Правові позитивісти приймають можливість такого дослідження, проте розглядають його як щось цілком відмінне від доктринальної аргументації¹.

Припущення, що практика може за своєю сутністю бути орієнтована на саму ідею, може на перший погляд здатися читачеві незрозумілою дурницею. Тому не дивно, що багато хто піддався спокусі теоретичних ідей про природу права, що заперечують елемент рефлексивності. Харт і Дворкін роблять це по-різному. Проте, незважаючи на те, до чієї ідеї ми більш схилиємося, зовсім не важко бути прихильником їхньої основної мети. Якщо філософія спрямована сприяти чіткому розумінню в ситуації плутанини і неясності, бажання розвіяти будь-які прояви рефлексивності в правовій думці здаються природними або навіть неминучим прагненням до філософії права. Однак у наступному розділі я сподіваюся висловити думку про те, що поняття рефлексивності права взагалі не є незрозумілим, оскільки воно має щонайменше один знайомий (хоча лише приблизно) аналог у наших звичайних етичних поняттях.

ПРАКТИКА І ЦІННІСТЬ

Сучасна юриспруденція сформувалася багато в чому завдяки роботам Бентама й Остіна. Для цих авторів єдиною цінністю було задоволення, а єдиним нормативним принципом був принцип корисності. Усі людські практики і

¹ Здається, що обидві позиції виходять із припущення, що цінність можна зрозуміти у відриві від історичних практик та інститутів, що їх втілюють (і навпаки). Див. [14, розділ 1 та с. 145–156].

форми об'єднання мали оцінюватися з точки зору їхньої здатності приносити задоволення і мінімізувати біль. Такі практики (без винятку) були внутрішньо морально нейтральними, хоча в деяких випадках — інструментально цінними. Позитивістська характеристика права як така, якій бракувало необхідних або властивих моральних цінностей, була одним із проявів цієї тези.

Наслідком утилітарної точки зору було вилучення будь-якого виду справжніх цінностей із наших практик і форм об'єднання. Любов, спільнота, дружба, верховенство права — усе це відсутнє як справжні цінності для утилітаристів. Лише задоволення має цінність, і кожен аспект життя потрібно оцінювати за його здатністю приносити задоволення. Отримана картина соціального світу невдало перегукується із зовсім різними тенденціями, що лежать набагато глибше у західній філософії, досягаючи свого апогею в деяких загальних прочитаннях Канта. У межах цього способу мислення цінності цілком залежать від фактів людської практики, забезпечуючи окрему інтелектуальну точку зору, з позиції якої можна оцінювати такі практики. Фактичні форми людської асоціації розглядаються як інертні об'єкти моральної критики, а не як потенційні джерела морального розуміння чи вмістилище моральних цінностей. Так само як утилітаристи повинні підкорити всі аспекти людського життя стандарту корисності, так прибічники Канта прагнуть оцінювати всі людські практики відповідно до категоричних імперативів¹.

Ця точка зору робить незрозумілим той факт, що багато наших цінностей не можна зрозуміти окремо від відносин, в яких вони реалізуються. Таким чином, зовсім не судячи про цінність дружби, а посилаючись на задоволення, яке вона приносить, ми могли б судити про цінність деяких із наших задоволень залежно від їхньої сумісності із дружбаю. Так само ми не можемо (якщо бути мудрими) судити про цінність дружби, застосовуючи категоричний імператив. Імовірно, що останню рекомендацію як моральний припис ми вважатимемо недосконалою, якщо вона явно не в змозі розглядати дружбу як цінність. Нерідко ми оцінюємо наші дії, посилаючись на думку про дружбу, а уявлення про дружбу — посилаючись на спільний досвід дружби². «Це саме те, що зробив би гарний друг?» — запитуємо ми себе. Або думаємо: «Я йому це винен як другу».

¹ Власна позиція Канта може мати дещо більше нюансів, аніж ідеї багатьох сучасних йому послідовників. Наприклад, Кант підкреслює той факт, що наше звичайне моральне розуміння є більш надійним за аргументи філософів, які «не можуть мати жодного принципу, окрім загального розуміння», проте можуть легко заплутатися і зійти «з прямого курсу» (див. [18, с. 59]).

² Це не означає, що ідеал дружби, що керує нашими діями, повинен мати власне відображення у реальному світі. Ми можемо уявити дружбу, що розширює та вдосконалює особливості та функції фактичних дружніх відносин. Роздуми про зміст такого ідеалу перебувають під впливом наших суджень про відповідність ідеалу після його реалізації з іншими нашими цінностями та з обставинами, що стримують життєздатні форми людської спільноти. У праці *Groundwork of the Metaphysics of Morals* Кант пише: «Навіть Святого із Євангелія потрібно спершу порівняти із нашими ідеалами моральної досконалості, перш ніж визнати його святим; він навіть говорить про себе: чому ти звеш мене (кого ти бачиш) благом? Жоден не є благом (архетипом блага), лише Господь (кого ти не бачиш). Проте чому ми сприймаємо Бога як найвище благо? Виключно через ідею моральної досконалості апіорі... Імітації взагалі не місце в моральності, а приклади слугують лише для заохочення, тобто

Саме цей аспект дружби може привести нас до визначення дружби як явища, орієнтованого на уявлення про його власну природу. Оскільки верховенство права є не єдиною формою людської асоціації, що демонструє рефлексивність, слід визнати, що рефлексивний характер дружби певною мірою прихований (хоча і не викреслюється) параметрами, притаманними самій природі дружби (функції, що будуть описані нижче). Але цей рефлексивний характер стає видимим, щойно ми уникнемо спотворень, спричинених інтелектуальним контекстом (як описано вище), в межах якого з'явилися сучасні правознавчі дискусії.

Розглянемо таке твердження: справжні друзі намагаються діяти у такий спосіб, що втілює в собі цінність дружби. Будь-який сумнів, який ми можемо відчувати щодо такого твердження, пов'язаний із відчуттям, що поведінка друга повинна бути більш спонтанною і менш рефлексивною, як припускається у тому твердженні, і має керуватися турботою про друга, а не турботою щодо прояву абстрактної ідеї. Ми схильні відчувати, що справжній друг просто знатиме (без рефлексії), що саме є правильним, і захоче це зробити без жодної потреби враховувати характер дружби в цілому. Крім того, справжній друг буде діяти в інтересах друга, незважаючи на його втілення або реалізацію тієї або іншої цінності. Крім того, кожна дружба є певною мірою унікальною. Отже, ми не радіємо з думки, що друзі повинні діяти на основі загального уявлення про дружбу, а не спираючись на фактори, що є характерними для цих конкретних друзів.

Дружба є відносинами, заснованими на взаємній прив'язаності або прихильності, і саме з цієї причини ми очікуємо, що її основні прояви будуть спонтанними і нерелаксивними, а не плодом ретельних роздумів про природу відносин. Однак складні моральні проблеми та нестандартні ситуації можуть змусити нас задуматися про таке: ми запитуємо себе, що справжній друг буде робити в тих чи інших обставинах. Верховенство права, на відміну від дружби, це відносини між особами, що зосереджуються на потребі повністю і чітко сформулювати обґрунтування: ось чому рефлексивність посідає чільне місце в правовій думці і чому судова практика є складовою верховенства права і філософських роздумів про природу права.

Рефлексивність є сумісною із позитивною оцінкою спонтанності і природної прихильності, так само як із вимогою про повне чітке формулювання і структуроване міркування. Так само рефлексивність допускає моральну актуальність певних особливостей тих чи інших конкретних відносин. Дружба може бути орієнтована на ідею дружби, водночас містити і відзначати важливість певних особливостей моєї дружби із вами. Правова думка може керуватися ідеєю права, навіть коли визнається, що ідея права може бути реалізована в різних формах, особливості яких можуть мати власну значущість.

Таким чином, альтернативою для теорії, що ставить право вище правила визнання, є не теорія, що розглядає всі правові системи як орієнтовані на інва-

вони ставлять поза всяким сумнівом доцільність того, чим керує право, і роблять інтуїтивним те, що практичні правила виражають у цілому» [18, с. 63]. Здається, Кант помилково вважає, що варто вибрати чіткий пріоритет архетипу за приклад, чи навпаки. Проте це не так. Можливо, архетип не можна зрозуміти, лише посилаючись на його приклад у людській практиці, тоді він надає нам ідеал, посилаючись на який можна судити про певні практики.

ріантне визначення права, не залишаючи місця для юрисдикційних особливостей. Оскільки ідея права отримує різноманітні втілення, особливості кожної системи можуть розглядатися як сформульовані в основному правилі визнання або низці конвенцій. Проте такі правила або конвенції приводять до появи права лише настільки, наскільки існує усвідомлення того, що загальна ідея і сфера їхньої компетенції залежать від ступеня такого усвідомлення. Поняття рефлексивності в праві повністю сумісне із багатьма тими особливостями правової думки, які Харт описує в ідеї основного правила визнання. Різниця полягає в тому, що Харт розглядає правило визнання як зовнішнє обмеження юридичного, за межами якого перебуває лише відкрита сфера моральних і політичних міркувань. Існує думка (що вміщує поняття рефлексивності) про те, що можна вважати правило визнання лише конкретною формою, в якій може реалізуватися ідея права і яка набуває власного юридичного значення виключно залежно від ступеня, в якому дійсно реалізується ідея права. Таким чином, правило визнання не є граничною межею юридичного дослідження. Завжди можна поставити питання про те, чи є правило визнання саме основним у системі права.

Історія Харта про виникнення правила визнання із режиму первинних норм спричиняє певну критику, оскільки часто буває, що ми можемо найкраще зрозуміти природу чогось, розглядаючи обставини його становлення. А правдоподібна, проте оманлива картина цього може значно спотворити наше бачення. Ми могли б відмовитися від думки, що право походить із доюрідичного світу із розвитком правила визнання. Натомість ключовий крок (якщо такий взагалі існує) у світ права можна зрозуміти по-іншому. Відповідною відправною точкою для нашої розповіді повинен бути не світ, у якому існують різні «первинні правила», що можуть бути виокремлені із загального контексту людської практики, а світ, в якому існує стала практика, громадська довіра та взаємна впевненість. У такому світі звичайна практика формує стабільну точку зору, навколо якої будується взаємна довіра. Практика може іноді бути підсумована у вигляді звичайних максим та вказівок, але їх завжди розуміють як наближення та мнемонічні засоби, що скорочують сталі розуміння та вказують на них, а не є заміною для таких сталих домовленостей і розумінь. Коли сусіди не мають згоди, старійшини громади не прагнуть забезпечити дотримання «первинних правил». Вони прагнуть відновити втрачену довіру. Це може бути зроблено шляхом домовленостей, характерних для сторін спору, що змінюють звичайні практики відповідно до конкретної ситуації.

Крок до правового світу робиться не тоді, коли «первинні правила» підкріплюються винаходом «вторинних правил», а набагато раніше: із виникненням почуття правил як окремих об'єктів інтелектуального дослідження, відокремлених від мережі сталих практик, суспільної довіри та взаємної впевненості, що підтримували суспільство в минулому. З таким сприйняттям правил як відмінних також приходить розуміння того, що дотримання цих правил має дійсне моральне значення. І в підсумку ці правила повинні бути прийняті як такі, що встановлюють межі того, що можна вимагати від громадянина так, аби примусова сила в цілому не могла бути застосована без юридичних підстав (див. [14, с. 182–189]). Може знадобитися довга інтелектуальна подорож,

поки загальне почуття моральної важливості перетвориться на чітку філософську концепцію. Саме у цій подорожі правовий позитивізм Харта є неправильним поворотом.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Hart H. L. A.* The Concept of Law. — 2nd ed. — Oxford University Press, 1994 [1961].
2. *Kramer M.* In Defense of Legal Positivism. — Oxford University Press, 1999.
3. *Simpson A. W. B.* The Common Law and Legal Theory — Legal Theory and Legal History : Essays on the Common Law. — Hambledon Press, 1987.
4. *Postema G. J.* Philosophy of the Common Law // Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law / J. Coleman, S. Shapiro (eds). — Oxford University Press, 2002.
5. *Dworkin R.* Taking Rights Seriously. — Duckworth, 1977.
6. *Gadamer H.-G.* Truth and Method. — 2nd ed. — Continuum, 2004 [1960].
7. *Simmonds N. E.* Practice and Validity. — Cambridge Law Journal, 1979.
8. *Dworkin R.* Law's Empire. — Fontana, 1986.
9. *Kant I.* The Metaphysics of Morals. — 1797.
10. *Vinx L.* Hans Kelsen's Pure Theory of Law. — Oxford University Press, 2007.
11. *Dyzenhaus D.* Law and Politics : Carl Schmitt's Critique of Liberalism. — Duke University Press, 1998.
12. *Finnis J.* On Hart's Ways : Law as Reason and as Fact // The Legacy of HLA Hart / M. H. Kramer, C. Grant, B. Colburn and A. Hatzistavrou (eds). — Oxford University Press, 2008.
13. *Raz J.* Between Authority and Interpretation. — Oxford University Press, 2008.
14. *Simmonds N. E.* Law as a Moral Idea. — Oxford University Press, 2007.
15. *Simmonds N. E.* Central Issues in Jurisprudence. — 3d ed. — Sweet&Maxwell, 2008.
16. *Dyzenhaus D.* The Constitution of Law : Legality in a Time of Emergency. — Cambridge University Press, 2006.
17. *Dworkin R.* Justice in Robes. — Harvard University Press, 2006.
18. *Kant I.* Groundwork of the Metaphysics of Morals // Kant I. Practical Philosophy. — Cambridge University Press, 1996.

Симмондз Н. Рефлексивність та ідея права

Анотація. У статті йдеться про те, що центральна проблема природи права походить від рефлексивності права: практики, що складають правову систему, самі посилаються на ідею «права». У цій роботі критикуються теорії (такі як теорія Раза), що розглядають ідею права як таку, що ідентифікує конкретний тип соціального інституту, проте не відіграє жодної ролі в судовій правовій думці.

Ключові слова: право, рефлексивність, Раз, правило визнання.

Симмондз Н. Рефлексивность и идея права

Аннотация. В статье говорится о том, что центральная проблема природы права происходит из рефлексивности права: практики, которые составляют правовую систему, сами ссылаются на идею «права». В этой работе критикуются теории (такие как теория Раза), которые рассматривают идею права как такую, которая идентифицирует конкретный тип социального института, однако не играет никакой роли в судебной правовой мысли.

Ключевые слова: право, рефлексивность, Раз, правило признания.

Simmonds N. Reflexivity and the Idea of Law

Summary. The article suggests that the central problem of the nature of law arises from the reflexivity of law: the practices composing a legal system themselves make essential reference to the idea of «law». The paper criticizes theories, such as the theory of Raz, that view the idea of law as one that identifies a particular type of social institution but has no role within adjudicative legal thought.

Key words: law, reflexivity, Raz, rule of recognition.

Закінчення статті буде в наступному номері журналу.

Будуть розглянуті такі питання:

- *Деякі твердження Раза*
- *Юриспруденція та доктринальна аргументація*
- *Рефлексивність та потреба у загальних поняттях*
- *У пошуках ідеї*
- *Від мінімальних умов до керівних ідеалів*
- *Свобода як незалежність*