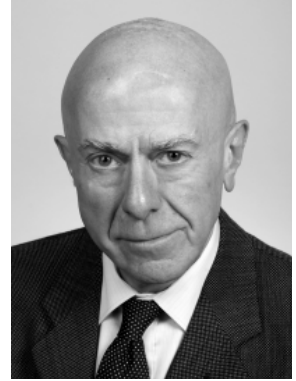


РЕФЛЕКСИВНІСТЬ ТА ІДЕЯ ПРАВА¹

Н. СІММОНДЗ
*доктор філософії,
викладач юриспруденції,
декан Корпус Крісті Коледжу
(Університет Кембриджу, Велика Британія)*



ДЕЯКІ ТВЕРДЖЕННЯ ДЖОЗЕФА РАЗА

Ті, хто відкидає ідею рефлексивності у праві, заперечують, що правова думка (зокрема судова правова думка) принципово орієнтована на ідею права таким чином, що судова думка про природу права забезпечує (явно або неявно) необхідну інтелектуальну базу для доктринальної аргументації. Джозеф Раз, наприклад, говорить, що «питання про природу права можуть виникнути в судах і можуть фігурувати при прийнятті судових рішень», проте лише таким же чином, як виникають питання астрофізики та біології. «Судове використання ідей юриспруденції²... є аналогічним судовому використанню біологічних ідей» [1, с. 81–82].

Дж. Раз пропонує два незалежні аргументи на підтримку тверджень про судове рішення. Одним із аргументів є те, що ми можемо визнати певний випадок як той, що підпадає під поняття, не маючи теоретичного детального описання цього поняття. Так можна дізнатися, що доктринальний аргумент правильно визначив поняття права навіть за відсутності загальної теорії про природу права [1, с. 84–85]. Це спостереження, одночасно будучи, безсумнівно, логічним, навіть не наближується до обґрунтування твердження Дж. Раза, що роль аргументації юриспруденції щодо судових рішень є аналогічною ролі біологічних

¹ *Simmonds N. E. Reflexivity and the Idea of Law // Jurisprudence. — 2010. — № 1. — P. 1–20.* Переклад з англійської мови С. Максимова і С. Погребняка. (Закінчення. Початок статті див.: *Філософія права і загальна теорія права. — 2012. — № 1. — С. 13–26.*)

² У цьому випадку і далі за текстом під терміном «юриспруденція» мається на увазі навчальна дисципліна, яка являє собою своєрідний синтез таких відомих українській юридичній освіті дисциплін, як теорія права, філософія права та історія політичних та правових учень. — *Прим. перекладача.*

аргументів. Все свідчить про те, що деякі справи будуть легкими, якщо правила, до яких звертаються шляхом доктринальної аргументації, є явно правом, і жодна ймовірна теорія юриспруденції не зможе поставити під сумнів цей статус. На відміну від цього, загальна відсутність судового посилання на біологічні теорії вказує не на те, що ці теорії пропонують конвергентну підтримку цьому судовому рішенню, а на те, що вони не мають жодного відношення до судового рішення.

Іншим аргументом Дж. Раза є те, що обов'язок суддів визначається за правилами системи, в якій ці судді діють: «Їх обов'язок... судити відповідно до правил цієї системи, і не має жодного значення взагалі, чи є ці правила правовими чи ні». Отже, виправдувальний аргумент, запропонований суддею щодо власного рішення, не передбачає нічого щодо статусу (у якості права чи неправа) правил, що застосовуються. Суддя, по суті, зобов'язаний застосовувати не право, а правила цієї системи, незважаючи на те, чи є ці правила правом чи ні.

Щоб оцінити цей аргумент, ми повинні спершу помітити, якою саме мірою наше поняття «суддя» саме по собі пов'язане із поняттям права. Хтось, призначений бандою головорізів, аби застосовувати і забезпечувати дотримання певних правил, не є, в будь-якому нормальному сенсі, «суддею». Описуючи когось як суддю, ми, як правило, припускаємо, що суддя має повноваження, надані правом, а також обов'язок застосовувати право. Однак це не узгоджується із головною особливістю приклада Дж. Раза, який говорить якраз про те, що зазначені посадовці зобов'язані застосовувати правила системи, в якій вони були призначені незалежно від того, чи є ці правила правом. Тому ми повинні остерігатися занадто легко приймати ідею про те, що обов'язком судді є «судити відповідно до правил своєї системи», оскільки таке прийняття може відобразити наше припущення, що той, хто є суддею, призначається для застосування права, і отже, що правила такої системи є насправді правом.

Ми звичайно вважаємо, що суддя має владу над нами на підставі права, і що рішення судді має бути обґрунтоване завдяки посиланню на право. Припустимо, що ми відкладемо у бік ці припущення, щоб краще подумати над аргументами Дж. Раза. Що ж тепер становитиме його аргументація? Хто або що є цим суддею, про якого говорить Дж. Раз? За якої «системи» може діяти суддя, якщо вона не є правовою? За яким правом суддя заявляє про юрисдикцію? Що ми повинні думати про те, яким має бути обов'язок такого «судді»?

Може на перший погляд здатися правдоподібною думка, що судді мають обов'язок «судити відповідно до правил» системи, в якій вони діють, і що не має жодного значення, чи є ці правила правом чи ні. Але, визнаючи це твердження правдоподібним, ми припускаємо, що у нас є розуміння описаної ситуації. Припускається, що ми приблизно знаємо, хто є ці судді і звідки вони отримують свої повноваження. Якщо ми відчуваємо, що у нас є таке розуміння, то це може бути лише тому, що ми прирівнюємо цей приклад до знайомої ситуації, що стоїть за призначених правом суддів, і ми припускаємо, що «правила системи», за яких судді призначаються, є насправді правом.

Далеко не припускаючи, що статус цих правил як права не має значення, ми звичайно вважаємо, що статус цих правил як права має вирішальне значення. Судді не отримують свої повноваження від «системи, за якої вони призначаються»

ся» незалежно від того, якою та система може бути. Вони отримують свої повноваження від права. Судді повинні застосовувати «правила системи, за якої вони призначаються», лише розуміючи, що ці правила є правом.

ЮРИСПРУДЕНЦІЯ ТА ДОКТРИНАЛЬНИЙ АРГУМЕНТ

Стверджуючи, що правова думка є по суті рефлексивною, ми не схильні заперечувати відмінності між роздумами юриспруденції та доктринальним аргументом. Юриспруденція є загальним філософським дослідженням природи права, а не спробою з'ясувати зміст права в межах тої чи іншої юрисдикції. Однак доктринальні аргументи все ж таки залежать від загальнофілософських тверджень про природу права.

Р. Дворкіна іноді інтерпретують так, що він повністю руйнує відмінність між доктринальними і філософськими питаннями, а не показує залежність доктринальної аргументації від філософських понять. Таким чином, на думку Дж. Раза, згідно із аналізом Р. Дворкіна «американська філософія права є частиною американського права», і «філософія права, коли викладається в американському університеті, має відношення до філософії права, яку викладають в Італії так само, як майнове право викладається в американському університеті, має відношення до майнового права, що викладається в Італії» [1, с. 34–35]. Оскільки цей аналіз був би абсурдним, Дж. Раз спирається на наше почуття такої абсурдності, щоб змусити відмовитися від теорії Р. Дворкіна.

Однак при оцінці думки Дж. Раза важливо брати до уваги дві різні тези, запропоновані Р. Дворкіним. Одна з них (фундаментально коректна) стверджує, що доктринальні аргументи в кінцевому рахунку вимагають обґрунтування в теоріях юриспруденції. Ми можемо назвати це «тезою про залежність від теорії». Інша теза (на мою думку, некоректна) стверджує, що такі теорії юриспруденції є локальними за своєю спрямованістю та прагненням. Таким чином, Р. Дворкін говорить, що правові теорії, якщо правильно задумані, є «за своєю природою спрямованими на певну правову культуру; зазвичай культуру, до якої належать їх автори». Він продовжує, що «не існує жодних підстав очікувати», що навіть дуже абстрактні теорії права «відповідатимуть іноземним юридичним системам, що розроблені та зображують політичні ідеології надзвичайно різного характеру» [2, с. 102–103]¹. Ми можемо назвати це «локальною тезою».

Навіть якщо ми візьмемо обидві тези разом, думка Дж. Раза про позицію Р. Дворкіна перебільшена до карикатури. Очевидно, що у твердженні про те, що теорії юриспруденції обмежуються конкретними правовими культурами та ідеологічними контекстами, Р. Дворкін не припускає, що ці теорії мають юрисдикційні обмеження, які збігаються з межами між різними правовими системами. Однак, відкладаючи цю точку зору, важливо побачити, що позиція Р. Дворкіна залишається відкритою для такого роду карикатури лише тому, що вона поєднує тезу про залежність від теорії із локальною тезою. Теза про залежність від теорії сама по собі веде не до руйнування відмінностей між теорією юриспруденції та доктринальною аргументацією, а просто призводить до залежності

¹ Р. Дворкін сам відійшов від власного твердження у пізніших працях, проте незрозуміло, наскільки саме від відкинув цю позицію. Див. [3].

останньої від першої. Безглуздість повного знищення відмінностей між правознавчою та доктринальною аргументаціями таким чином не надасть жодного аргументу проти будь-якої тези про залежність від теорії.

Це, звичайно, правда, що місцеві конвенції допоможуть визначити, що саме вважається правом у локальній системі. Загальне уявлення про право може бути реалізоване в різних формах, а місцеві конвенції гратимуть певну роль у реалізації однієї форми, а не іншої. Філософські питання про природу права не є доктринальними щодо права в тій чи іншій юрисдикції. Але, однак, два види цього питання не можуть бути повністю розділені. Судова доктринальна аргументація допускає, що статус права як припису має вирішальне значення для виправдувальної сили цього припису. Таким чином, цей аргумент може задовольнити власні передбачені вимоги лише тою мірою, що ці настанови є частиною загального уявлення про право (це може бути на підставі того, що такі настанови є частиною системи, яка сама по собі реалізує цю ідею). Змінюючи увагу від встановлених конвенціями конкретних систем до філософського питання про природу права, таким чином, ми вирішуємо питання, що було неявно обґрунтованим припущенням юридичних аргументів.

Немає потреби заперечувати існування відмінностей між доктринальною аргументацією та роздумами юриспруденції. Юриспруденція порушує абсолютно загальне питання щодо природи права, в той час як доктринальні дослідження можуть порушувати питання конкретно щодо тієї чи іншої системи права відповідно до змісту права цієї системи. Ставлячи філософське запитання «що є право?», ми не цікавимося думкою про зміст права в тій чи іншій системі. Проте думка щодо права в конкретній системі допускає певну відповідь на запитання «що таке право?». Однак відмінності тут не становлять таку різницю поглядів, як у Дж. Раза і Г. Харта: доктринальна думка не може в кінцевому підсумку прийняти основне правило визнання як таке, що становить зовнішню межу юридичному, оскільки доктринальна аргументація прагне виявити і застосовувати верховенство права. А те, що походить із основного правила визнання, не може саме по собі гарантувати того, що похідні правила становитимуть норми права.

Місцеві практики доктринальної аргументації змінюватимуться у багатьох відносинах, у тому числі за прямою і частотою, з якою вони спонукають у доктринальному контексті до філософських міркувань про природу права. Деякі системи правової думки можуть бути повністю рефлексивними, оскільки вони керуються насамперед розмірковуваннями про загальний характер права. Інші системи правової думки можуть бути частково нереклексивними, оскільки вони орієнтуються на щось подібне до основного правила визнання. Але жодна система не може бути повністю нереклексивною або керуватися виключно правилом визнання, оскільки у цьому випадку не допускатиметься питання про те, чи правило саме по собі є правилом визнання системи права. Оскільки можна мати правило визнання, що не є частиною правової системи, похідність із правила визнання не гарантуватиме статус права правилам, отриманим таким чином. Однак, як передбачається самим судовим рішенням, саме статус права як керівного припису має вирішальне значення для обґрунтування рішення.

Часто буде зовсім не ясно, чи маємо ми справу з тезою юриспруденції про природу права в цілому, чи з доктринальною тезою щодо конвенцій та принци-

пів цієї конкретної системи. Візьмемо, приміром, ідею про те, що правова норма повинна тлумачитися у світлі загального розуміння своєї ролі та мети. Безумовно, можуть існувати теорії про природу права, які в результаті приведуть до такого висновку. Проте так само існують теорії, що не матимуть у результаті таких висновків, хоча вони могли розглядати це як істину в конкретних системах на підставі конвенцій, притаманних цим системам. Межа, яку ми прокладаємо між юриспруденцією та доктриною, місцевим та загальним, сама залежить від основних питань юриспруденції.

РЕФЛЕКСИВНІСТЬ ТА ПОТРЕБА У ЗАГАЛЬНИХ ПОНЯТТЯХ

Дж. Раз запропонував іще один аргумент проти думки, що юридична практика є рефлексивною. Ця аргументація полягає в наступному. Якщо правові практики є по суті рефлексивними, то лише ті практики, що орієнтовані на наше поняття права (тобто поняття права загальновідоме в межах нашої культури), становитимуть правові практики. Проте на думку Дж. Раза: «Соціальні поняття, в їх найбільш загальному значенні, не є і не можуть бути рефлексивними, оскільки нам необхідні загальні нереклексивні поняття, щоб мати можливість зрозуміти чужі культури та інститути». Отже, він доходить висновку, що «поняття права не є рефлексивним, тобто воно належить до соціальних практик, де саме поняття не використовується і не є відомим» [1, с. 99].

Аргументація набуває такої форми, наче щось повинно бути так, тому що було б краще, якби це справді було так. Поняття права не є рефлексивним, оскільки, якби воно таки було рефлексивним, воно не могло б дати загальне соціальне поняття розуміння чужої культури, як нам можливо цього б хотілося. Хтось може відповісти, що, якщо право є рефлексивним, поняття права не відповідає вимогам загального соціального поняття. Такий висновок може знайти вагому підтримку з боку тих антропологів, хто чинить опір застосуванню поняття права по відношенню до тих форм соціального порядку та врегулювання спорів, які ми знаходимо в багатьох недиференційованих суспільствах [4]. Не існує жодних підстав припускати, що право є культурною універсалією (у тому сенсі, що всі або більшість минулих і теперішніх людських суспільств мають або мали право), і будь-яке таке припущення приховує характерну ознаку права як форми громадського порядку та морального об'єднання.

У будь-якому випадку аргумент Дж. Раза є дивним, оскільки він неначе конфліктує із власними твердженнями Дж. Раза про характер і роль філософських роздумів про природу права. Таким чином, на його думку, «поняття права як те, що вказує на тип соціального інституту, не є... поняттям, введеним вченими, щоб допомогти пояснити соціальні явища. Скоріше за все, *це* є поняттям, закріпленим у саморозумінні нашого суспільства». Він каже, що:

«Значною мірою те, що ми вивчаємо, коли вивчаємо природу права, є природою нашого власного саморозуміння. Ідентифікація певного соціального інституту як права не запроваджується соціологами, політологами або деякими іншими вченими як частина їх дослідження суспільства. Частиною самосвідомості нашого суспільства є здатність вважати деякі інститути правовими. І ця свідомість є частиною того, що ми вивчаємо, коли ми досліджуємо природу права» [1, с. 31].

Якщо, вивчаючи природу права, ми вивчаємо природу власного саморозуміння, наші висновки щодо рефлексивності або нерефлексивності поняття права повинні визначатися ретельним роз'ясненням того, що саме є саморозумінням. Можливо поняття права, що є розкритим та уточненим, буде таким чином застосовуватися до чужої культури, а можливо і ні. Проте ми звичайно не може вплинути на результати роздумів про власне саморозуміння для того, щоб переконатися, що ці результати дають взагалі застосовне соціальне поняття.

У будь-якому випадку здається, що Дж. Раз переоцінює той ступінь, в якому рефлексивність права суперечить ролі «права» як соціального поняття, що застосовується до інших культур. Оскільки орієнтація правової практики до ідеї права не вимагає (як було сказано вище) від учасників практики мати повністю розроблене філософське розуміння природи права. Все, що вимагається від них, це мати певний набір розумінь та очікувань, що найкраще сприймаються (постають в єдиному фокусі) за допомогою ідеї права, оскільки ця ідея визначена і уточнена в рамках юриспруденції.

У ПОШУКАХ ІДЕЇ

Щоб зрозуміти характерну відмінність інститутів права, необхідно зрозуміти саму ідею права. Розуміння природи права не є виключно питанням отримання детального опису соціальної практики, проте це питання має вхопити саму ідею, на яку ця практика повинна бути спрямована. Ідея права є тим центром, що дає нам змогу пов'язати та зрозуміти різноманітні особливості практики. А сама по собі ця ідея не є питанням досліджуваної практики. Це схоже на умовну крапку в просторі, що дозволяє нам зрозуміти взаємозв'язок між різними частинами складних зображень, хоча сама по собі вона не утворює частину малюнка.

Але як саме потрібно досліджувати таку ідею? Ми очікуємо, що чітке розуміння ідеї права пояснить нашу усталену домовленість про те, що буде і не буде вважатися прикладом правового порядку. Інакше кажучи, ми очікуємо, що це принаймні пояснить деякі мінімальні умови для застосування цієї ідеї. Проте, оскільки до ідеї права звертаються лише в межах правових практик, ми також очікуємо, що філософське розуміння такої ідеї прояснить свою роль у керівництві та орієнтації практики, а не просто в її описі. Таким чином, наша перша проблема зводиться до того, як концептуальне роз'яснення зможе пояснити мінімальні умови для застосовності цього поняття, а також пояснити роль, яку це поняття відіграє в якості керівного та мотивуючого елемента.

Існує ще одна складність. Хоча правові практики орієнтовані на ідею права, таку ідею не можна чітко та явно простежити на поверхні цих практик. Оскільки такі практики, хоча і систематично звертаються до ідеї права, діють здебільшого на основі цієї бездумної відповідності, що допомагає стабільному функціонуванню більшості людських інститутів, коли обставини змушують учасників краще замислитися, їх роздуми набувають форми дослідження юриспруденції, що, як відомо, є сферою «готових доктрин», які «розфарбовують усе, чого торкнуться» [5, с. 2]. Саме тому, що практика орієнтована на абстрактну ідею, а ідея вже давно знаходиться в центрі уваги диспуту юриспруденції, може і не існувати теоретично нешкідливих форм практики, ретельний опис або аналіз яких зможе вирішити наші проблеми.

З урахуванням цих проблем, у нас може виникнути спокуса розглянути дослідження природи права як практичну нормативну дискусію, спрямовану на вибір поняття права, яке ми вважаємо політично найбільш бажаним [6; 7]. Така реакція була б помилковою та непотрібною. Це було б помилковим настільки, наскільки нерозсудливою є можливість того, що амбівалентність і двозначність, які довгий час переслідували наші філософські роздуми про право, можуть вказувати на існування морально істотних ознак права, які ми не помітили або неправильно зрозуміли [8, с. 87]. Така реакція була б непотрібною оскільки, незважаючи на наявність радикальних розбіжностей, існує достатньо беззаперечне підґрунтя (щодо поняття закону) для підтримки переконливим аргументом, якщо ми йтимемо у правильному напрямку.

У своєму «Нарисі про філософський метод» (*Essay on Philosophical Method*) Р. Коллінгвуд пропонує такий опис «методу, що неодноразово використовувався протягом всієї історії філософії»:

Щоб визначити філософське поняття... необхідно насамперед думати про це поняття як таке, що саме по собі визначається у настільки елементарній формі, що будь-що менше за нього не зможе втілити це поняття взагалі. Це і буде мінімальною характеристикою цього поняття, нижньою шкалою; а перша стадія визначення полягатиме у констатації цього. Подальші стадії змінюватимуть це мінімальне визначення, додаючи нові, кожне з яких матиметься на увазі в попередньому, проте вноситиме якісні зміни, а також доповнення та ускладнення [9, с. 100–101].

Спостереження Р. Коллінгвуда є частиною його спроби визначити характерну природу філософського дослідження, спроби, що має на меті врятувати філософію свого часу від «панування методологічних ідей, успадкованих із дев'ятнадцятого століття, коли філософія була по-іншому пристосована до моделі емпіричної науки» [9, с. 7]. Проте він не вважав це спостереження простим описом історичних фактів. Філософські роздуми є діяльністю, яку ми завжди «намагаємося привести у відповідність з ідеєю про те, чим це має бути» [9, с. 4]. Отже, пропонуючи погляд про філософський метод, ми повинні уникати утопізму, що втрачає контакт із методами, які були фактично використані філософами, але ми повинні також уникати заміни філософського питання суто історичним [9, с. 4].

Щось подібне стосується і права, оскільки правова думка, як і філософські роздуми, теж завжди «намагається привести себе у відповідність з ідеєю про те, чим вона повинна бути». Проте філософія права не повинна бути продуктом утопічної фантазії. Вона повинна бути реконструкцією ідей і концепцій, що структурують форму об'єднання, що, на нашу думку, є правовим порядком. Проблема, звичайно, полягає в тому, що підґрунтям цього є і було спірним протягом існування чогось, що визнавалося як правова думка. Право існує лише поки велика кількість людей має певні домовленості та очікування. Але які домовленості мають важливе значення для існування права, а які є другорядними? Які саме домовленості є обґрунтованими, а які помилковими продуктами інтелектуальної плутанини або прийняттям бажаного за дійсне?

У прагматиків може виникнути спокуса заявити, що такі тривалі суперечки, як ті, що ми знаходимо в юриспруденції, краще відкласти в сторону. Багато

юристів поділяють цю думку і не бачать жодної цінності в роздумах юриспруденції. Але таке ставлення важко узгодити із зобов'язаннями, що знаходяться майже в центрі верховенства права, оскільки право має на меті (в контексті судових рішень та ін.) обґрунтовувати застосування санкцій проти окремих осіб. А практика такого застосування права залежить від того, що безумовне прийняття потреби використання сили державою має бути виправдане не у довільний спосіб. Як може таке обґрунтування сприйматися серйозно, якщо ті, хто його пропонує, просто не в змозі сказати, що саме є правом, або як це може слугувати виправданням для використання державою примусової сили, бо вони фактично позбавлені інтересу до цього питання?

Саме настільки право стосується обґрунтування використання сили колективом, наскільки його природа завжди була в центрі уваги філософських суперечок. Однак, незважаючи на палкі суперечки щодо обґрунтування, здавалося не існує неспірних точок зору, з яких може впливати аргументація. Принаймні, якщо ця аргументація прагне вийти за межі суто банальних та марних тверджень. Спостереження Р. Коллінгвуда пропонує нам певну можливість для вирішення цієї проблеми. Чи можемо ми розпочати із визначення «мінімальних вимог» до поняття права у вигляді набору умов, без яких ніщо не може вважатися правом взагалі? Від таких мінімальних вимог ми можемо приступити у певний упорядкований та інтелектуально-виправданий спосіб до «подальших сторін» поняття з їх «якісними змінами, а також доповненнями та ускладненнями»? Таку можливість варто дослідити, незважаючи на те, наскільки немодною буде філософська точка зору, що з'явиться в результаті.

ВІД МІНІМАЛЬНИХ УМОВ ДО КЕРІВНИХ ІДЕАЛІВ

Філософської траєкторії, описаної Р. Коллінгвудом, можна триматися, починаючи від відправної точки Л. Фуллера. Відома історія Л. Фуллера про Рекса та його невдалі спроби прийняти закон, звертається до першого етапу методу Р. Коллінгвуда шляхом визначення мінімальних умов, яких необхідно дотримуватися, щоб вважатися проявом права. Під час викладення фактів Л. Фуллер представляє серію дивних казкових прикладів та пропонує зробити чіткі висновки про них. По суті він говорить: «Якщо ви зіткнулися із системою управління, яка взагалі не має жодних правил, ви не вважатимете її правовою системою, чи не так? Аналогічно, якщо ви зіткнулися із системою, де всі правила є ретроспективними? Або в якій вони тримаються в секреті?» тощо.

Дуже важливим є те, що треба помічати повністю неспірний характер тлумачень, які Л. Фуллер тут прагне ізолювати та ідентифікувати. Саме тому його історія має характер казки. У реальному світі нам не зустрічаються системи, в яких буквально *всі* правила тримаються в секреті, або в яких *розподіл* правил є суто ретроспективним, або в яких посадовці *ніколи* не діють відповідно до правил. Проте схоже, що ми все-таки маємо чітку семантичну інтуїцію щодо таких казкових уявлень: ми безсумнівно не будемо розглядати їх як прояви права. Таким чином, Л. Фуллер прагне піднятися над хмарою вимог і зустрічних тверджень щодо правомірності віднесення різних шкідливих або недосконалих режимів до права.

Однак стабільність відправної точки може спершу здатися досяжною ціною безрезультатності. Оскільки, яка користь встановлювати це, бо у нас немає стабільної семантичної інтуїції щодо таких нереальних прикладів? Теорія Л. Фуллера стає цікавішою, коли він демонструє, що вісім бажаних речей (визначених, як мінімальні умови), коли приймаються колегіально, слід розглядати як керівні ідеали для правової думки: ідеал, який ми зазвичай вважаємо «верховенством права»¹. Більша частина книги Л. Фуллера показує, як юридичні практики, на думку автора, уособлюють цілеспрямовану діяльність, і як розкривається загальна узгодженість цієї діяльності через розуміння того, як саме ця діяльність слугує ідеї дотримання восьми бажаних речей.

Л. Фуллер стверджує, що ці вісім вимог є «внутрішньою мораллю права». Ця думка широко обговорювалася та не підтримувалася. Г. Харт, критикуючи Л. Фуллера, припустив², що моральна цінність дотримання цих восьми вимог повністю залежить від змісту права, і що ці вісім вимог більше схожі на настанови щодо ефективності діяльності, ніж на моральні норми. Ця критика була широко сприйнята як правильна.

Насправді, така критика не є правильною. Вісім вимог не є принципами ефективності, проте (в сукупності) є моральним ідеалом для правових систем. Міркування про ефективність, у кращому випадку, надають одну гарну причину, щоб дотримуватися восьми вимог в обмеженому обсязі. Якщо відволіктися від змісту цілей державної влади, варто сказати, що, окрім певного моменту, дотримання таких настанов істотно обмежує здатність влади переслідувати власні цілі, аніж покращувати цю здатність. Не дивно, що певний ступінь дотримання моральних настанов (таких, як принципи справедливості) зможе слугувати для різноманітних морально-нейтральних або позитивно-аморальних цілей, хоча це не свідчить про те, що такі моральні настанови є насправді лише морально-нейтральними принципами ефективності [12, с. 179; 13, с. 381]. Також сумісність восьми вимог зі злом [14, с. 207] не демонструє, що вони мають морально-нейтральний характер: для правових систем, як для людей, можуть існувати різні моральні чесноти, а чеснота в одному відношенні може бути сумісною з відсутністю чесноти в іншому відношенні. Однак слід визнати, що Л. Фуллеру так і не вдалося дати чітке пояснення того, що є моральним статусом цих восьми вимог. Саме тут я відчуваю, що моє дослідження роз'яснює проблемні питання і робить позитивний внесок у дискусію.

СВОБОДА ЯК НЕЗАЛЕЖНІСТЬ

У своїй книзі «Право як моральна ідея» я стверджую, що вісім бажаних вимог Л. Фуллера втілюють суто моральний ідеал, який ми можемо назвати «свобода як незалежність від влади інших». Це є аспектом свободи, що відрізняє раба від вільної людини.

¹ Це спірне питання: див. [10, с. 108–109]. Однак, на мою думку, М. Крамер неправильно зрозумів застосування висновків Л. Фуллера, що ідеал досконалої реалізації восьми бажаних умов «фактично не є корисним для того, щоб направити імпульс до законності». Див. [11, с. 145].

² Обговорення див. [11, с. 69–76].

Деякі читачі, які хоч і добре налаштовані до загального курсу моєї аргументації, вважають значення, на якому я роблю основний акцент, невтішно непереконливим та бідним. Оскільки, звичайно, на перший погляд здається, що «свобода як незалежність» (принаймні, як я пояснюю її значення) досить віддалено пояснює ряд характерних моральних проблем, які ми вважаємо відповідними для оцінки права. Свобода як незалежність реалізується щоразу як (і в тій мірі) мною керують відповідно до восьми правил Л. Фуллера. Тобто я користуюся певним ступенем відповідного виду свободи щоразу, коли мною керують за правилами, що є опублікованими, перспективними, досить стабільними протягом певного часу, яких можна дотримуватися, які є досить зрозумілими та вільними від суперечностей, і у випадку яких посадовці застосовують силу проти осіб лише у відповідь на порушення таких правил.

Ліберальна політична думка закликає нас думати про свободу з точки зору кількості або цінності варіантів, що у діяча є нормативно або фактично доступними. Це можна назвати «свободою як доступним варіантом». Але, якщо хтось розглядає такий підхід як пропозицію повної та адекватної оцінки природи свободи, той змушений зробити висновок, що зв'язок між рабством і відсутністю свободи є випадковим. Оскільки в той час, як раб може мати багато наявних варіантів, вільна людина має їх дуже мало. Якщо ми шукаємо такий аспект свободи, що є нерозривно пов'язаним із відмінностями між рабом і вільною людиною, ми знаходимо його в ідеї свободи як незалежності. Оскільки те, що робить раба рабом, не є обмеженням сфери або цінності варіантів, які у нього є в наявності, справа полягає у тому, чи цих варіантів мало або багато, чи вони є слабкими або цінними, чи вони залежать від волі власника. Вільна людина також може мати багато цінних або дуже мало жалюгідних варіантів; проте ці варіанти не залежать від волі власника. У міру того, що вільною людиною керують відповідно до восьми бажаних вимог Л. Фуллера щодо верховенства права, її варіанти не залежатимуть від чиеїсь волі: вони залежатимуть виключно від права.

Моя теорія прагне встановити існування дуже тісного та необхідного зв'язку між правом і мораллю. Аргументація не має на меті розкрити повний спектр цінностей, які, на нашу думку, можуть мати своєрідне відношення до права. Ця аргументація також не мусить встановити необхідний зв'язок між правом і мораллю, викликавши декілька дуже спірних і конфліктних, або вузько обмежених, думок щодо природи права. Таким чином, аргументація не вимагає у якості передумови твердження, що лише суто справедливі системи норм та правил можуть вважатися правом, або лише системи, що принаймні претендують на те, щоб бути справедливими, створюють право [15]. Також аргументація виходить з методологічної тези, що поняття права повинне тлумачитися, посиляючись на фокусні випадки, коли право слугує загальному благу [16]. Також ця теорія не обмежує свої твердження щодо систем, які широко підтримують певну політичну точку зору [17, с. 103].

Справедливість, чесність, рівність і загальне благо можуть здаватися розкішними та цікавими цінностями порівняно із моєю оцінкою свободи як незалежності. Але всі вони не в змозі встановити жодний необхідний зв'язок між правом і мораллю такого типу, що становить проблему для правових позитивіс-

тів¹. Оскільки позитивісти можуть просто відповісти тим, що право не обов'язково є справедливим і не обов'язково претендує на справедливість (одне твердження у цьому випадку є не гіршим за інше), не обов'язково слугує загальному благу, а також не обов'язково втілює ідеологію рівності та цілісності. Ті ж позитивісти вважатимуть набагато складнішим (неможливим, як б сказав) заперечувати, що управління на основі права містить певною мірою дотримання восьми вимог Л. Фуллера, і що таке дотримання обов'язково містить реалізацію певної міри свободи як незалежності. Якщо вони схильні заперечувати, що свобода як незалежність є певним аспектом свободи, вони повинні також стверджувати, що зв'язок між рабством і відсутністю свободи є випадковим. Якщо вони визнають, що відсутність свободи як незалежності є саме тим, що робить раба рабом, проте заперечують, що свобода як незалежність є моральною цінністю, вони повинні стверджувати, що немає нічого внутрішньо аморального у рабстві. У такому випадку моральну хибність рабства доведеться розглядати як похідну випадкової особливості становища раба. Цінність свободи як незалежності може бути зовсім малою, проте вона реальна, дійсно цінна, і тісно пов'язана із існуванням права².

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Raz J.* Between Authority and Interpretation. — Oxford University Press, 2009.
2. *Dworkin R.* Taking Rights Seriously. — Duckworth, 1977.
3. *Dworkin R.* Justice in Robes. — Harvard University Press, 2006.
4. *Roberts S.* Order and Dispute. — Penguin, 1979.
5. *Bradley F. H.* Ethical Studies. — 2nd ed. — Oxford University Press, 1927.
6. *Campbell T.* The Legal Theory of Ethical Positivism. — Dartmouth, 1996.
7. *Murphy L.* The Political Question of the Concept of Law / Coleman J. (ed.) // Hart's Postscript. — Oxford University Press, 2001.
8. *Simmonds N. E.* The Ethics of Legal Positivism // Legal Ethics. — 1999. — № 2.
9. *Collingwood R. G.* An Essay on Philosophical Method. — Clarendon Press, 1933.
10. *Kramer M. H.* Objectivity and the Rule of Law. — Cambridge University Press, 2007.
11. *Simmonds N. E.* Law as a Moral Idea. — Oxford University Press, 2007.
12. *Simmonds N. E.* Evil Contingencies and the Rule of Law // American Journal of Jurisprudence. — 2006. — № 51.
13. *Simmonds N. E.* Freedom, Law and Naked Violence // University of Toronto Law Journal. — 2009. — № 59.
14. *Hart H. L. A.* The Concept of Law. — 2nd ed. — Oxford University Press, 1994 [1961].
15. *Alexy R.* The Argument from Injustice. — Clarendon Press, 2002.
16. *Finnis J.* Natural Law and Natural Rights. — Clarendon Press, 1980.

¹ Термін «правовий позитивізм» сповнений двозначності. Тут я маю на увазі (сподіваюся, це зрозуміло із контексту) тих, хто заперечує існування необхідних зв'язків між правом і мораллю. У супереч твердженням деяких недавніх теоретиків права, я вважаю, що це саме є позицією Г. Харта, хоча він бачить попереду певні труднощі та маневрує, щоб їх уникнути. Див. [11, с. 173–176]. Цю позицію також захищає М. Крамер, який готовий до більшого ризику в її обстоюванні. Див. [18, с. 81–82].

² Тут я хочу підкреслити важливість свободи як незалежності, навіть якщо її розглядають як аналітично цілком віддільну від інших цінностей, таких як справедливість. Див. спостереження у виносці 1 на с. 19 минулого номера (1/2012).

17. *Dworkin R.* Law's Empire. — Fontana, 1986.
18. *Kramer M.* In Defense of Legal Positivism. — Oxford University Press, 1999.

Сіммондз Н. Е. Рефлексивність та ідея права

Анотація. У статті говориться про те, що центральна проблема природи права походить із рефлексивності права: практики, що становлять правову систему, самі по собі посилаються на ідею «права». У статті критикуються теорії (такі, як теорія Дж. 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, Дж. Раз, правило визнання.

Симмондз Н. Е. 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 по себе ссылаются на идею «права». В статье критикуются теории (такие, как теория Дж. 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, Дж. Раз, правило признание.

Simmonds N. E. 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 criticises theories, such as the theory of J. 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, J. Raz, Rule of Recognition.