

## Передмова

Під “юриспруденцією”, або ж “правознавством”, я маю на увазі найфундаментальнішу, найзагальнішу, суто теоретичну площину аналізу соціального явища, що його звать правом. Здебільшого вона має справу з проблемами та використовує кути зору, що є далекими від повсякденних інтересів людей, які практично працюють у сфері права; ці проблеми не можна розв’язати, пославшись на традиційні джерела юридичної інформації, а кути зору — звести до правових понять або умовиводів. Чимало проблем юриспруденції не обмежені понятійними, часовими або національними рамцями.

“Філософією” ми називаємо аналіз засадничих питань розгляданої галузі, а відтак, традиційна дефініція юриспруденції як філософії права, або ж як достосування філософії до права, на позір є слушною. Проблеми юриспруденції включають у себе й такі: чи є (і якщо так, то в якому сенсі) поняття “правосуддя” об’єктивним (детермінованим, безособовим) та самостійним, або ж воно є політичним й особистісним; якою має бути та якою насправді є роль судді; яке місце в праві посідають суспільні науки та філософія моралі (етика); якою є роль традиції у праві; чи можна зробити право наукою; чи прогресує право; в чому полягає проблематика тлумачення юридичних текстів.

Усе це — приклади того, що можна позначити “оптовими” проблемами юриспруденції, в такий спосіб відокремивши їх від проблем “роздрібних” — приміром, питань, чи слід заборонити аборти та скасувати вищу міру покарання або чи варто покласти цивільну відповідальність на особу, котра не врятувала незнайомця від нещастя. Роздрібні проблеми заслуговують на не меншу увагу, ніж оптові, їх навіть не можна назвати менш фундаментальними: річ лише в тому, що вони є вужчими. Межа між цими двома ґатунками проблем є нечіткою та й неважливою, і в цій книзі ми часто її перетинатимемо — наприклад, у п’ятому розділі розглядаючи, який умонастрій потрібен для того, щоб покласти на особу карну відповідальність, і різницю між добровільними та вимушеними зізнаннями; у шостому — проблему юридичного доказу; у дев’ятому — політичну програму, спрямовану проти наслідків расової дискримінації; в одинадцятому — аборти; у п’ятнадцятому — свободу слова. Однак я висловлю думку, що для вирішення роздрібних проблем юриспруденції філософія важить менше, ніж для розв’язання оптових (див. останній підрозділ розділу 11).

Чільні інструменти, які я використовую, розбираючи як оптові, так і роздрібні проблеми юриспруденції, — це інструменти аналітичної філософії, котра вивчає “нормативні проблеми, пов’язані з причинами та умовиводами” (L. Jonathan Cohen, «The Dialogue of Reason: An Analysis of Analytical Philosophy», стор. 11, 1986). Хоча в моєму аналізі фігурують також етика та політична філософія, я приділяю головну увагу аналітичному підходу й у такий спосіб підношу питання об’єктивності права до рангу центрального. Я хотів би від самого

початку дати читачу зрозуміти, що я — не творець, а споживач філософії. Я не прагну конкурувати з професійними філософами або ставати на чиюсь сторону у філософських дискусіях — замість цього я лише переорюю філософію в пошуках думок, корисних для права. Утім, іноді це вимагає від мене, щоб я дав зрозуміти, котру з альтернативних філософських позицій стосовно якогось питання вважаю переконливішою.

Єство мого підходу до проблем юриспруденції можна було б виразити за допомогою епітафії, що її ірландський поет Уільям Батлер Єтс просив вирізати на його могильній плиті:

“Оглядав холодним оком  
Життя та смерть.  
Вершнику, проїжджай!”

“Холодне око” Єтса означало не байдужість або ворожість, адже в «Диких лебедях у Кулі» ми можемо прочитати про лебедів, які “Пара за парою / Плескалися в холодних / Дружелюбних водах або забиралися вгору”. Йдеться про холод неупередженості — холодну голову, але палке серце, як у рядках з вірша «Рибалка»:

“До того, як зістарюся,  
Я напишу йому вірша,  
Може, холодного й палкого,  
Як схід сонця”.

Я намагатимуся розглянути проблеми правознавства з неупередженістю, про яку писав Єтс, тобто без непотрібних пієтету та лицемірства, котрі так часто характеризують дискусії щодо права. Я — прибічник такої юриспруденції, котра критично ставиться до формалізму, до букви закону, котра несе на собі відбиток правового реалізму, проте позбавлена лівого політичного ухилу, що характеризує цю та деякі інші юридичні течії. Потрібною я вважаю юриспруденцію, котра, подібно до правового реалізму, ґрунтована на філософії прагматизму (хоча не лише на ній), однак, на відміну від деяких різновидів правового реалізму, прагне розвіяти міфи про право і при цьому не очорнити його, не скласти враження, що закон — це щось лиховісне.

Я намагався зробити вступну частину якомога простішою, використати мінімальну кількість юридичної та філософської термінології. Не існує причин, через які чудова наука юриспруденція має бути власністю виключно купки юристів-теоретиків, котрі в ній спеціалізуються. Нею мають цікавитися всі правники та студенти, що вивчають право, а також дедалі більша кількість філософів, економістів, політологів, соціологів, психологів та істориків, не байдужих до права та правосуддя. Оскільки ця книга присвячена не науці юриспруденції, а проблемам, з якими вона зіштовхується, то читачеві не варто шукати в ній викладу всіх принципів класичної юриспруденції. Я також не стверджую, що торкнувся всіх проблем правознавства — хоча їх кількість є достатньою для того, щоб дати мені право

назвати книгу саме так. Утім, іноді я торкаюся певних питань лише мимохідь, і, либонь, неявною назвою книги слід уважати таку: “Мій особистий погляд на проблеми юриспруденції”.

Мій інтерес до правознавства виник уже доволі давно. У 1970-х роках я почав писати про “напади” Бентама на Блекстоуна, про нормативні засади економічного аналізу права, про те, що закон ґрунтований на помсті, та про коригувальне правосуддя. Ставши суддею в 1981 році, я, природно, почав цікавитися питанням об’єктивності судового рішення, а тому в цій книзі воно займає центральне місце. Свій підхід до цього питання я окреслив у статті «The Jurisprudence of Skepticism» в *Michigan Law Review*, 86, стор. 827 (1988). У цій книзі я навів уривки з тієї, а також деяких інших статей, зокібна: «The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law» в *Journal of Legal Studies*, 10, стор. 187 (1981), © 1981 University of Chicago; «Lawyers and Philosophers: Ackerman and Others» в *American Bar Foundation Research Journal*, стор. 231 (1981), © 1981 American Bar Foundation; «Wealth Maximization Revisited» в *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 2, стор. 85 (1985), © 1985 Thomas J. White Center on Law & Government, University of Notre Dame; «The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987» в *Harvard Law Review*, 100, стор. 761 (1987), © 1987 The Harvard Law Review Association; «Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution» в *Case Western Reserve Law Review*, 37, стор. 179 (1987), © 1987 Case Western Reserve University; «The Law and Economics Movement» в *American Economics Review Papers and Proceedings*, 77, стор. 1 (May 1987), © American Economics Association 1987; «Conventionalism: The Key to Law as an Autonomous Discipline?» в *University of Toronto Law Journal*, 38, стор. 333 (1988), © University of Toronto Press 1988; «Conservative Feminism» в *University of Chicago Legal Form*, стор. 191 (1989), © 1989 The University of Chicago. Утім, ця книга здебільшого є оригінальною, й ті її уривки, що вже виходили з друку, я значною мірою переробив.

Уривки з поезій «Оболонка», «Рибалка» та «Під Беном Балбеном» передруковані зі згоди «Макмілан Паблішинг Кампані», видавця «Вибраних творів В. Б. Етса» (© 1916, 1919, 1940).

Я особливо вдячний за допомогу у наданні книзі її нинішньої форми — ця допомога була більшою, ніж звичайно. Рікардо Барера, Джеймс Тагарт, Кетрін Ван Горн, Дерен Фортунато, Лора Ніблінг, Адам Причард, Барбара Сміт, Стівен Гетчер та Філіп Кларк посутньо допомогли мені у виконанні досліджень. Рональд Ален, Деніс Блек, Стів Бартон, Френк Істербрук, Уільям Ескридж, Роберт Фергюсон, Девід Фрідман, Роберт Фалінвайдер, Лінда Гершман, Стівен Голмс, Девід Любан, Стівен Макалістер, Ерік Познер, Маргарет Редін, Єва Сакс, Джордж Стиглер, Стівен Стиглер, Девід Штраус, Лорд Вайнреб, Робін Вест, а також деякі анонімні читачі забезпечили мене цінними порадами щодо рукопису; корисними були також поради учасників семінару з сучасної суспільної та політичної теорії, що відбувся

в Чиказькому університеті, й симпозіуму з юридичної теорії, який мав місце в університеті штату Меріленд. Мушу окремо відзначити зауваження Лоуренса Лесига, Френка Мічелмана та Марти Мінов, а також зусилля Альберта Ашулера, метою яких було врятувати мене від помилок. Варто також згадати завваги, підтримку та мудрі поради Майкла Аронсона, головного редактора видавництва Гарвардського університету, а також ретельну редакторську працю Елізабет Греє. Філософи Деніел Бранді, Джонатан Коєн, Джулз Коулман, Майкл Корадо та Рассел Гардін були настільки люб'язні, що погодилися прочитати весь рукопис або його частину та вказати мені на помилки; зокрема, зауваження Бранді сприяли значній переробці декількох розділів. Рональду Алену та Стівену Бартону я вдячний за корисні бесіди щодо теми книги, а Кесу Санштайну — за численні зауваження, котрі спричинили вагомні зміни у книзі.

Нарешті, мушу подякувати покійному Полу Батору, котрий у рецензії до однієї з моїх попередніх книжок назвав мене “бранцем непереконливої, незадовільної епістемології” («The Judicial Universe of Judge Richard Posner», 52 *University of Chicago Law Review* 1146, 1161 (1985)). Я вважаю, що це звинувачення було дуже вдалим і корисним — воно заохотило мене занурюватися в юриспруденцію на глибину, більшу, ніж я збирався доти. Крім того, бесіди з професором Батором стосовно предмета цієї книги допомогли мені чіткіше сформулювати її теми та уникнути багатьох підводних каменів.