

ДВА ВИПАДКИ ДВА ТЕМПЕРАМЕНТИ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ Й ПИТАННЯ КОМЕРЦІАЛІЗАЦІЇ**

Справді, є принаймні дві культури знання, які претендують на певний авторитет у розумінні того, що таке право. Кожна з них включає у себе особливу пару протилежностей. Одна з цих культур, можливо, є континентально-європейською, тоді як інша, безперечно, американською. У обох випадках *юридична наука (scholarship)**** існує у двох формах, які, власне, несумісні одна з одною. Тим не менше, вони можуть співіснувати.

Далі я би хотів описати обидві культури і потім пояснити, чи впливає і як впливає на них комерціалізація *юридичної науки (legal scholarship)*.

Концепт комерціалізації, як він використовується тут, призначений для того, щоб зафіксувати той факт, що вартість (цінність) юридичної експертизи або здатності здійснювати її, хоча й не виключно, визначається через ринкові обміни. Яке би значення ми не приписували юридичним знанням, вони можуть породжувати попит і можуть бути оцінені з точки зору якості. В певному сенсі, потрібно лише трохи розширити логіку популярного напрямку (mainstream) права та економіки (“право та економіка”) і застосувати її стосовно правового мислення. Як вартість (цінність) прав визначається на основі існуючої або гіпотетичної готовності платити за них¹, так і вартість (цінність) юридичної

* Александр Сомек, доктор права, професор філософії права юридичного факультету Віденського університету, Австрія

Alexander Somek, Dr. Hab., Professor of legal philosophy at the Faculty of Law, University of Vienna, Austria.
e-mail: alexander.somek@univie.ac.at

** Somek A. Two times two temperaments of legal scholarship and the question of commodification. *European Law Open*. Cambridge University Press (2022), 1, 627–634. Переклад з англійської С. Максимова.

*** Для позначення практично орієнтованого правового знання автор застосовує термін *legal scholarship*. Однак це поняття не має однозначного перекладу українською мовою. Близькими по значенню тут можуть бути терміни юридична доктрина або юридична догматика, але ці поняття все ж таки мають особливе смислове навантаження в українській правовій системі, а тому їх застосування в перекладі звузило б значення ключового концепту цієї статті. Тому ми у перекладі терміну *legal scholarship* будемо застосовувати поняття “*юридична наука*”, у лапках та з додаванням в дужках терміну *legal scholarship*, щоб відрізнити цей емпіричний, або практичний сенс поняття наука від теоретичного, або більш звичного сенсу, що відповідає терміну *legal science*. – примітка перекладача.

¹ Наприклад, AM Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* (Little Brown 1983).

експертизи підлягає оцінці в грошовому еквіваленті. Чому б і ні, може хтось запитати – з гумором – чи не розглядати як правильний такий юридичний аналіз (аналіз законодавства та судових рішень – прим. *перекладача*), на який клієнти готові витратити найбільше коштів?

1. Знання як навичка

Перший підхід до правового знання найочевидніше проявляється в тому, як навчання студентів здійснюється у контексті американської юридичної освіти з її настановою як бути юристом і як мислити як юрист. Курси юридичних досліджень та письма (legal research and writing)² навчають студентів складати різні юридичні тексти та застосовувати деякі більш технічні концепти, такі як “позиція” у справі³ до зразків (випадків), які вони зустрічають у своєму читальному матеріалі. Крім того, що студенти, отримують можливість навчитися всім інтелектуальним тонкощам, навчання продовжується широким спектром судових змагань, від імітаційних кримінальних судових процесів до апеляційного розгляду (appellate advocacy). Таке практичне навчання доповнюється, навіть якщо це не передбачено навчальним планом, всілякими стажуваннями та практиками, під час яких студенти можуть ознайомитися з тим, як працюють інституції правової системи.

Безсумнівно, цей орієнтований на навички спосіб навчання не тільки дуже цінний, оскільки знайомить студентів з тим типом роботи, який може дозволити їм заробляти у майбутньому, але також неявно висилає повідомлення щодо суті бізнесу із знання права. Хоча “заняття правом як навичка” може на перший погляд здатися повністю атеоретичним та вільним від спроб займатися рефлексією або “глибоко мислити”, воно все одно ненавмисно відображає певне розуміння того, на що спрямоване правове знання. Отже, це розуміння підтверджує певну концепцію самого себе.

² Наприклад, BA Garner, *Legal Writing in Plain English* (2nd edn, Chicago University Press 2013).

³ Для ознайомлення, див., зокрема F Schauer, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning* (Harvard University Press 2009) 54–7.

Ця концепція, грубо кажучи, стверджує, що досить дивно підходити до здобуття та практики правових навичок з очікуванням розкриття того, чим насправді є право, або служити цінності справедливості. Встановлення зв'язку з тим, що право, як вважається, “насправді” є, не є метою юридичної підготовки (legal training). Мета вивчення юридичної практики – зробити тих, хто росте в цьому середовищі, успішними майстрами її рутин. Знання того, чим є право, є засобом стати і бути досвідченим та відомим юристом-практиком (legal practitioner). І так само, як було б дивно поставити спортсменів перед питанням про те, що є істиною або остаточною цінністю їх заняття, оскільки для них важливо перемогти в змаганні, так само некоректно питати адвокатів (юристів) (lawyers), чи сприяє те, що вони роблять, справі справедливості.⁴ Це не є суть їхньої роботи. Знання того, чим є право, – це те, що робить адвоката (юриста) успішним на практиці. Викладачі – це тренери, студенти – це учні, а робота з права – це бізнес.

Оскільки завданням вчених-юристів (legal academics) є, з цієї перспективи, навчати студентів, як стати успішними на практиці, це є ознакою відмінності (distinction), якщо вони випадково є висококваліфікованими практикаками, наприклад, кримінальними адвокатами, що обслуговують видатних клієнтів у гучних справах.⁵ Їм вдається втілити, в своїй особі та відносно їхньої кар'єри, успіх, який вони обіцяють своїм студентам, що ті зароблять (досягнуть) в майбутньому.

2. Міждисциплінарність

Протилежно цій концепції юридичного мислення, яка глибоко укорінилася не лише у свідомості юридичної освіти, але й в американській культурі загалом, є поширене очікування серед американських шкіл права вищого рівня, що високоякісна наука (scholarship) повинна бути “міждисциплінарною”.⁶ Додам

⁴ Див. S Fish, ‘Dennis Martinez and the Uses of Theory’ in *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies* (Clarendon Press 1989) 372–98.

⁵ Наприклад, A Dershowitz, *Taking the Stand: My Life in the Law* (Broadway Books 2013).

⁶ Наприклад, DW Vick, ‘Interdisciplinarity and the Discipline of Law’ 31 (2004) *Journal of Law and Society* 163–93. Див. також вже класичну роботу RA Posner, ‘The Death of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987’ 100 (1987) *Harvard Law Review* 761–80.

тут, що така наука мало коли відповідає стандарту знаходитися між різними дисциплінами – або бути комбінацією різних дисциплін.⁷ Замість цього вона вичерпує себе в застосуванні погляду та методологічних вимог (зобов'язань) іншої соціальної науки до правових питань. Основою такого прагнення є, звісно ж, переконання, що звичайна юридична доктрина – тип міркувань, який вправні адвокати (юристи) змушені демонструвати в судах – має низьку інтелектуальну цінність; це лише питання володіння певними риторичними прийомами. *Юридична наука* (legal scholarship), яка прагне виглядати інтелектуально респектабельною, натомість мала б відповідати стандартам іншої соціальної науки, такої як неокласична чи поведінкова економіка, соціальна психологія, емпіричні юридичні дослідження і подібні.

Цікаво, що в контексті американської юридичної освіти ці дві діаметрально протилежні форми знання того, чим є право, можуть легко співіснувати, головним чином тому, що прагматичний підхід, спрямований на навички, не приписує собі жодної інтелектуальної цінності. Він існує для тих, хто хоче заробляти на життя, працюючи в юридичних фірмах чи судах, тоді як прагнення до “міждисциплінарних” амбіцій є характерним для юристів-вчених (legal academics).

Отже, можливо було б точніше переосмислити відношення між цими двома формами як взаємодоповнюваність.

3. Юридична наука (Legal science)

Термін “юридична наука” (legal science) означає наш континентально-європейський підхід до вивчення права. Назва, яка використовується досі в німецькомовних юридичних колах, – це “Rechtsdogmatik”.⁸ Вона сигналізує про те, що юридичний аналіз не може відбуватися без прийняття певних припущень як даностей. У юридичному контексті, точніше, термін “догма” вказує на те, що певні позиції довели свою корисність для вирішення юридичних проблем. Це

⁷ Elisabeth Paag звернула мою увагу на те, що дослідження в галузі права та штучного інтелекту ґрунтуються на справжньому взаємопоеднанню дисциплін. Виняток позначено.

⁸Для більш пізнього дослідження див. С Bumke, *Rechtsdogmatik: Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise* (Mohr 2017).

показує, що юридична наука (legal science) не є випадково історичною. Вона росте (розвивається) з часом та передається від одного покоління до іншого.⁹

Найважливіший пункт полягає в тому, що ті, хто підтримує цю концепцію, вважають юридичну науку (legal science) правильним способом знання права. Вони стверджують, що як спосіб викладання права вона є внутрішньою, а не зовнішньою, для її предмета.

Наприклад, психологічна перспектива на право є зовнішньою, оскільки вона надає науковцям додаткові підказки щодо поведінки людини чи сприйняття людської поведінки. Однак вона не надає їм значення юридичних норм, значень, які припускаються кінцевими для прийняття юридичних рішень. Можна заперечити, що нормативна правова економіка (law and economics), яка, можливо, є найбільш домінуючим так званим міждисциплінарним підходом до юридичного мислення, в кінцевому рахунку надає нам принцип вибору правил, а саме вимогу, що розподіл повноважень максимізує загальний добробут.¹⁰ Водночас право та економіка базується на універсальному принципі, який, в будь-якому випадку, в своїй універсальній формі, є зовнішнім для права, оскільки його важливість відображається лише частково – і часто тільки неясно – у правових матеріалах та зазвичай урівноважується іншими обставинами.¹¹ Якщо знання того, чим є право, повністю базувалося б на праві та економіці, то аналіз права був би асимільований, і можливо, поглинутий перспективою іншої соціальної науки.

Справжня юридична наука (legal science), натомість, намагається відновити різноманітні принципи, які є невід’ємними (inherent) у правових матеріалах. Ці принципи мають передбачувано інформувати інтерпретативну конструкцію та визначення відповідного субстанційного обсягу застосовних правил. Найбільш складні версії юридичної науки говорять про джерела, як джерела можуть бути

⁹Див. M Herberger, *Dogmatik: Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz* (Klostermann 1981).

¹⁰Див. Polinsky (№ 1).

¹¹Див. R Dworkin, *A Matter of Principle* (Harvard University Press 1985) 267–91.

використані за допомогою юридичної інтерпретації та як різноманітні правила можуть бути впорядковані в систему.

Справжня юридична наука (legal science), натомість, намагається відновити різноманітні принципи, які є невід’ємними (inherent) у правових матеріалах.¹² Ці принципи повинні інформувати інтерпретативну конструкцію та детермінацію відповідної субстантивної сфери застосування правил. Найбільш складні версії юридичної науки говорять про джерела, як джерела можуть бути використані за допомогою юридичної інтерпретації та як різноманітні правила можуть бути впорядковані в систему.

Побудова системної узгодженості не випадково є важливою для завдання юридичної науки, оскільки лише якщо значення правил відповідає конкретним типам ситуацій, право може виконувати свою обіцянку розглядати подібні ситуації подібним чином.¹³

Юридична наука, отже, має досягти двох цілей: по-перше, вона повинна розробити словник (“юридичні поняття”), який дозволяє зв’язати відповідні елементи фактів з нормативними стандартами. По-друге, вона повинна детально розглянути відмінності фактів, які пояснюють необхідну сферу застосування правил.

Юридична наука в такому розумінні – це засіб транспонувати значення права в практику. Прихильність юридичній науці відображає віру в те, що цей спосіб пізнання права є внутрішнім для самого права. Якби право могло говорити, воно б сказало юридичній науці “Так, я хотіло б, щоб мене пізнали ви, оскільки ви гарантуєте відповідне застосування правових норм”. З цієї причини наука про право є невід’ємною для здійснення та збереження верховенства права. Вона гарантує передбачуваність, загальність та рівність застосування.

Юридична наука в такому розумінні – це засіб транспонувати значення права в практику. Прихильність юридичній науці відображає віру в те, що цей спосіб

¹²Про один з рідкісних підходів до правової науки, який підтримує цю ідею в англо-американському контексті, див. E. Weinrib, *The Idea of Private Law* (2nd edn, Oxford University Press 2012).

¹³Див. A. Somek, *Knowing What the Law Is: Legal Theory in a New Key* (Hart Publishing 2021) 36–7.

пізнання права є конгеніальним для самого права.¹⁴ Якби право могло говорити, воно б сказало юридичній науці “Так, я хотіло б, щоб мене пізнали ви, оскільки ви гарантуєте відповідне застосування правових норм”. З цієї причини наука про право є невід’ємною для здійснення та збереження верховенства права. Вона гарантує передбачуваність, загальність та рівність застосування.

З незначним перебільшенням можна сказати, що юридична наука полягає в тому, щоб дозволити праву говорити за себе. Однак, оскільки для виконання цієї задачі потрібно багато часу поглибленого занурення в юридичний матеріал та володіння аналітичними та логічними навичками, не є випадковим той факт, що у цій традиції авторитет юридичних знань надається не практикуючому спеціалісту, який має розглянути одне питання за іншим, а професорові права. Саме професори, завдяки свободі від вимог щодо щоденної юридичної діяльності, користуються можливістю займатися більш всебічними дослідженнями права.

4. Послідовництво

Тип *науки* (scholarship), який виник у контексті Європейського союзу (ЄС), протягом тривалого часу відзначався настроєм поклоніння “героїчному” Суду Справедливості (Суду Європейського Союзу), який просунув проект інтеграції вперед у довгому ряді інноваційних рішень.¹⁵ Це пояснює, чому право ЄС, з будь-якого ракурсу, оточене харизматичним підприємницьким кільцем. Новий iPhone, нове судове рішення – обидва вони сповнені гламуру, кожен у свій спосіб.

Те, що цей тип *науки* (scholarship) особливий, часто приховується тим, що він має формат, відомий із загального права. Увага зосереджується на недавно вирішених судових справах, які вводять нову ідею. Вони вивчаються з метою висвітлення цієї ідеї та пояснення того, як вона впливає на вже існуючі прецеденти.

¹⁴Див. A Somek, *Wissen des Rechts* (Mohr 2018).

¹⁵Див. P Pescatore, *The Law of Integration: Emergence of a New Phenomenon in International Relations, Based on the Experience of the European Communities* (Sijthoff 1974).

І все ж, в контексті права ЄС ставлення до *науки* (scholarship) відрізняється від звичайного викладу прецедентів. У випадку права ЄС судові рішення є еквівалентом пророцтв права, *Rechtswestümer*, як би сказав Макс Вебер, оскільки вони дивовижно тематичні (thetic).¹⁶ Більше, ніж будь-яке звичайне судове рішення, вони просто стверджують, чим є право ЄС. *Наука* (scholarship) тоді бере на себе завдання раціоналізувати практично ірраціональні висновки, додавши їм додатковий оберт. Цей оберт іноді формулюється в баченнях щодо основних свобод або певних сфер права ЄС. Таким чином, *наука* (scholarship) доповнює судові рішення більш широкими уявленнями про те, що право Союзу або його частини припустимо означає.

Німецький політолог Мартін Хьопнер (Martin Höpner)¹⁷ колись відзначив правильно, що ставлення до права, яке виявляється у судовій практиці Суду Справедливості (Суду Європейського Союзу) та його наукових послідовників, відповідає ставленню, яке поширене серед прогресивних юристів-міжнародників. Незалежно від того, чи стосується зміст відповідної частини міжнародного права повного пакету прав людини чи неоліберального поправки до нього (“права ксенос”, такі як права власності інвесторів),¹⁸ право в цілому розглядається з позиції моральної ідентифікації з вищою ціллю, якій, вважається, служить право. Право вважається панацеєю від всіх соціальних негараздів. Водночас розуміється, що те, чим має бути право, знаходиться під владою консервативних сил. В результаті право, яким воно має бути, на рівні офіційних джерел ще не втілюється в повноцінному праві, яким воно є. Натомість воно залишається пов’язаним із старими шляхами та утримується від розширення кордонів до нового та кращого світу.¹⁹

¹⁶ Див. M Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, ed. J Winckelmann (5th edn, Mohr & Siebeck 1976) 446.

¹⁷ Див. M Höpner, ‘Von der Lückenfüllung zur Vertragsumdeutung: Ein Vorschlag zur Unterscheidung von Stufen der Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof’ (2010) *der moderne staat* 165–85.

¹⁸ Див. Q Slobodian, *Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism* (Harvard University Press 2018) 140–9, 256, 259, 261.

¹⁹ Про майбутню спробу реконструкції див. мою статтю ‘Pragmatism, Innovation, and Prophecy: Conjectures Concerning the Grounds of Belief in an Inventive Court’ forthcoming in T Capeta, I Goldner-Lang and T Perisin (eds), *The Changing European Union: A Critical View of the Role of Law and the Courts* (Hart Publishing 2022).

Дійсно, цей тип *науки* (scholarship) сповідує варіацію міфу про кордон. Як тільки вчені визначають юридичну інституцію, зокрема суд, який, схоже, “розштовхує межі” і рухає міжнародний проект у напрямку, який їм подобається, вони неодмінно вскочать у “вагон з оркестром” (отримують перемогу – *примітка перекладача*) і зроблять свій внесок у просування цієї справи.

У випадку публічного міжнародного права цілком доцільно прийняти цю позицію, оскільки вчені дійсно мають можливість “писати” міжнародне право, не тільки в контексті додаткових джерел “авторитетних публіцистів”, а також, калібруючи зароджувану (шляхом вивірки нових) *opinio iuris*. У системі, де найфундаментальніші правові норми коріняться у звичаєвому праві, досить спокусливо і, можливо, навіть доречно для вчених взяти на себе роль джерела права. Бо хто, як не вчені-юристи, повинен надати більш докладний опис нових юридичних поглядів, які виникають з правових режимів, які до цього давали їм лише недосконалу (неповну) артикуляцію?

Схожий процес відбувався у праві ЄС під час піку процесу інтеграції наприкінці тисячоліття, і наука, здавалося, була сильно вражена нововведеннями, що походили або з прецедентного права, як, наприклад, судова практика з питань громадянства, або з реформування договорів, таких як багатозвездісна Європа та змінна геометрія. Була тенденція вважати їх заміною для провідної ідеї, яку процес інтеграції, як відомо, здебільшого не має.

У будь-якому випадку, вчені-юристи іноді співвідносять себе з процесом інновацій та підтримують його. В деякому сенсі те, що вони роблять, дещо нагадує те, як американські правові реалісти та більш скромні теоретики права соціологічного напрямку, такі як Роско Паунд, уявляли собі *юридичну науку* (legal scholarship), а саме як різновид соціальної інженерії.²⁰ Основна перспектива спрямована у майбутнє. Кожне нове рішення надає можливість відкрити принцип, який, за ствердженням, нібито дрімив у існуючому юридичному матеріалі. Це відповідає типу міркування у праві, яке Дворкін

²⁰ Див. R Pound, ‘The Theory of Judicial Decision, Part III: A Theory of Judicial Decision for Today’ 36 (1923) Harvard Law Review 940–59 at 953–4.

назвав би “прагматичним”.²¹ Існуючі юридичні обмеження мають значення тільки настільки, наскільки вони служать цінності передбачуваності. Ця цінність ставиться на один бік шкали балансування та зіставляється з іншими бажаними соціальними цілями. Чим частіше бажані цілі виходять на перший план перед передбачуваністю, тим більше стає легітимним правило непередбачуваності, оскільки практика суду вже не породжує очікування бути прорахованою. І якщо громадськість має зрозуміти, що вона не може приписати надто велику цінність юридичній визначеності, процес соціальної інженерії може позбутися всіх залишкових пут.

5. Комерціалізація

Як міждисциплінарна *наука (scholarship)*, так і віддане послідовництво може залишитися досить академічними справами. Зазвичай візіонери не мають ринку. Їх скоріш можна зустріти на агорі конференційних заходів. Звісно, справи йдуть інакше у випадку міждисциплінарності, коли інша дисципліна стає релевантною для самого юридичного аналізу. Безсумнівно, право та економіка здійснило багато виходів у різні галузі права. Однак також відомо, що *наука (scholarship)*, яка перебуває на межі філософії, не виробляє тих знань, які, як вважається, є затребуваними в юридичній практиці. Отже, віддане послідовництво та міждисциплінарна наука, поза тиском, властивим збиранню коштів для наукових досліджень, мають відносний імунітет до спокус і примх комерціалізації.

Тим не менше, *юридичні науки (scholarship)* завжди піддаються її впливу. Люди, які роблять з юридичної експертизи свій бізнес, хочуть на ній заробити. Те, що вони роблять, повинно бути в попиті. Те, що в попиті, підлягає загальноприйнятим очікуванням щодо того, як це робиться. Дійсно, навіть на найелементарнішому рівні оцінки з школи права використовуються як показники для оцінки здатностей кандидатів.

Якщо попит – це те, що має значення, то готовність платити за експертизу стає остаточним показником юридичних знань. З такого кута зору *наукові*

²¹Див. R Dworkin, *Law's Empire*(Harvard University Press 1986) 151–76; A Somek: ‘The Emancipation of Legal Dissonance’ in H Koch, et al. (eds) *Europe: The New Legal Realism* (DJØF Publishing 2011) 679–713.

дослідження (legal scholarship) відображають не їхню цінність в теоретичних, а в грошових термінах. Гроші – це остаточне підґрунтя юридичної експертизи.

Безсумнівно, комерціалізація внутрішньо притаманна (inherent) адвокатській діяльності як навичка. Власне, в цьому і полягає вся її суть. Добре те, що працює. І якщо щось працює, воно згенерує більше попиту та буде достатньо винагороджено.

Комерціалізація також впливає на юридичну науку. За моїм спостереженням, це не має місця всюди, але досить очевидно, що в країнах, де вчені-юристи вважають свої зарплати низькими і де відсутні сильні традиції академічної досконалості, це може служити привабливим фактором для *наукової роботи* (scholarship). Вчені тоді відчують сильний стимул покращити свій дохід, продавши свої знання тим, хто готовий заплатити за них.

Відповідна клієнтура варіюється від юридичних фірм до публічної бюрократії. Оскільки, очевидно, грошова цінність експертизи залежить від престижу професора, кар’єрна траєкторія вченого перетворюється на засіб забезпечити майбутній дохід. Експертиза професора не обов’язково надається тільки в письмовій формі. Її також можна надати, наприклад, служачи у складі арбітражних панелей. Результатом цієї структури економічних стимулів є часті відсутності, досить спокійне ставлення до навчання і ситуації, коли вчені-юристи вважають наукові обміни як небажані альтернативні витрати для свого бізнесу. Молодший колега з моєї факультету, який тільки що був найнятий, визначалася мені, що він розповсюдив рукопис своєї роботи серед членів свого відділу з очікуванням, що його роботу обговорять там. Він був здивований дізнатися, що не тільки обговорення робіт не було частиною інституційної культури, але його колеги відреагували з повітрям обурення на його запит. Він не був в курсі того, що він просить їх пожертвувати “оплачувані години” на неоплачувану наукову діяльність?

І все ж, коли мова йде про експертизу професора, слід звернути увагу на значний контраст до погляду, який розглядає адвокатську діяльність як навичку. За останнім, чи вчені юристи краще надають послуги, ніж адвокати, залежить від

їх практичних навичок. Оскільки вчені юристи, які більше не пишуть регулярні правові висновки і перестали з'являтися у суді, менше схильні надавати клієнтам послуги, ніж юридичні фірми, які використовують цілі команди адвокатів (які часто легко експлуатуються та є свіжими людськими ресурсами), не існує додаткової вартості, яка б виникала від залучення до допомоги професора. Отже, попит на експертизу професорів ймовірно відносно низький там, де право розглядається як навичка, і де досконалість науковця не створює додаткової вартості для юридичної експертизи.

6. Збіднення юридичної науки

У культурному контексті, де юридична наука (legal science) щонайменше офіційно користується великою повагою, престиж професора, як парадигматичного постачальника юридичних знань, є сприятливим для того, щоб зібрати серйозну підтримку для юридичних вимог. Тому попит на експертизу професорів відносно високий з боку бюрократичних органів та корпорацій. Судовий процес може бути сповнений, отже, еквівалентом *amicus curiae* (консультативними висновками), за авторством професорів та команд академічних асистентів.

У системному контексті юридичної експертизи попит, який стимулює її виробництво, передбачає певні очікування щодо її належного стилю. Іншими словами, надання юридичних знань повинно відповідати стандарту, який клієнти очікують від нього. Експертні аналізи мають виглядати як твори мистецтва. В результаті зворотного зв'язку той тип аналізу, який вважається втіленням мистецтва, проходить ще одне підтвердження – схвалюється як відповідний “практиці” – через грошовий зв'язок. Професори, які успішно продають свої експертні аналізи клієнтам, встановлюють нормативний стандарт, якому повинна відповідати експертиза інших, оскільки саме ті, хто має вміння консультивати клієнтів, довели, що вони знають, що таке право. Обсяг бізнесу стає ознакою академічної відмінності.

Не випадково саморефлексія вартості (цінності) юридичної експертизи в грошовому еквіваленті має вплив на її інтелектуальну форму. Клієнти найбільше

довіряють юридичній експертизі, якщо вона походить із твердого центру дисципліни. Від експерта не очікують інтелектуальних ризиків чи інновацій. Насправді, для клієнтів було б згубним, якби експерт пропонував щось незвичне. Це пояснює, чому грошове відображення вартості (цінності) юридичної експертизи сприяє зміцненню давно спостережуваних інтелектуальних рутин і встановленню різних бар'єрів для критичного самоаналізу. Це лише підтверджує "солідний" стиль аналізу, який всі намагаються демонструвати. Отже, робота вчених-юристів не більш вишукана або складна, ніж робота звичайних юристів. Те, що вони роблять, не робить більше для розвитку юридичної науки, ніж робота звичайних адвокатів. На них не тиснуть, щоб вони розширювали інтелектуальні межі. Це очевидний недолік відчутності необхідності залучатися до рефлексії, який впливає на дисципліну юридичної науки в цілому.

Юридична наука застоюється і віддаляється від великих питань. Вона навіть стає нудною. Конференції проводяться, якщо і проводяться, то з нагоди певних подій, таких як прийняття конституції або річниця вступу країни до ЄС.

7. Висновок

Комерціалізація, безумовно, несумісна з етосом юридичної науки (legal science). Адже якщо *юридична наука* (scholarship) переносить перспективу рефлексії від теорії ("істина") до практики ("гроші"), вона пропускає те, що має гарантувати її цінність, а саме: теоретичну саморефлексію. Хоча аргументи в контексті експертизи є методологічною формою, що сигналізує про академічну досконалість, тим не менш, письмова експертиза, представлена клієнтам, не є місцем для теоретичної полеміки. Це не тільки вважатиметься недоречним, але й також досить відкрито виявить невизначеність, притаманну розумінню того, що таке право. Отже, краще тримати це питання закритим і діяти так, ніби правове знання дотримується, здавалося б, вічних інтелектуальних шляхів. Це і є той хвильовий ефект, який здійснює комерціалізація на *юридичну науку* (legal scholarship) загалом. Залучення до теорії або методології, здається, стає надлишковим.

Цікаво, однак, що з появою цієї позиції те, що юридичні експерти виробляють, вже не є наукою. Замість цього воно перетворюється на вправу юридичних навичок. І якщо юридична експертиза – це лише навичка, то можна запитати, чому професор, який базується в високому академічному просторі, повинен бути краще в здатності займатися правом, ніж команда адвокатів, які співпрацюють.

У європейському контексті ми живемо з цією непослідовністю протягом довгого часу. Так, самопідривний ефект комерціалізації на юридичну науку стає ще більш очевидним, якщо стандарти науковості визначаються тим, що можна продати на ринку.

Клієнти, безсумнівно, опиняються в ситуації в'язня. Хто б зміг заплатити за це, мобілізує дорогоцінну юридичну експертизу, оскільки вона обіцяє надати перевагу. Проте ніяка юридична експертиза, якщо вона робиться добре, не є більш переконливою, ніж інша. Як наслідок, усім гірше, ніж без неї. Всім було б краще, якби вони співпрацювали і утримувалися від купівлі професорської експертизи.

Відсутність теоретичних рефлексій ставить нас перед обставинами стилів та авторитету. У контексті політичних дебатів для громадськості стає цілком очевидним, що за будь-якою правовою вимогою знайдеться якийсь правовий експерт, який підтримає або спростує її. Це призводить до недовіри до цінності правової експертизи, що також перетікає в недовіру до судів.

Мало сумнівів, що, зважаючи на її загальний ефект, комерціалізована *юридична наука* (legal scholarship) супроводжується сильною схильністю до саморуйнування. Чи як це вплине і наскільки це станеться на практиці, залишається побачити в довгостроковій перспективі. Питання в тому, звісно, як довго це триватиме.

© A. Somek

Подяки. Я хотів би подякувати Елізабет Паар (Elisabeth Paar) за її корисні коментарі до попереднього проекту цієї статті. Поспішаю додати, що вона жодним чином не несе відповідальності за будь-які висловлювання, зроблені в ньому.

Конфлікт інтересів. Автор не має жодних конфліктів інтересів, про які слід було б заявити.

Заява про фінансування. Ця стаття була написана як внесок у проект IMAGINE: Європейські конституційні образи - утопії, ідеології та інше, який отримав фінансування від Європейської дослідницької ради (ERC) в рамках програми Європейського Союзу з досліджень та інновацій "Горизонт 2020" (грантова угода № 803163).

Bibliography

- Bumke, C. *Rechtsdogmatik: Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise*. Mohr, 2017.
- Dershowitz, A. *Taking the Stand: My Life in the Law*. Broadway Books, 2013.
- Dworkin, R. *A Matter of Principle*. Harvard University Press, 1985.
- Dworkin, R. *Law's Empire*. Harvard University Press, 1986.
- Fish, S. "Dennis Martinez and the Uses of Theory" in *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Clarendon Press, 1989.
- Garner, BA. *Legal Writing in Plain English*. 2nd edn, Chicago University Press, 2013.
- Herberger, M. *Dogmatik: Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*. Klostermann, 1981.
- Höpner, M. "Von der Lückenfüllung zur Vertragsumdeutung: Ein Vorschlag zur Unterscheidung von Stufen der Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof" (2010): 165–85.
- Pescatore, P. *The Law of Integration: Emergence of a New Phenomenon in International Relations, Based on the Experience of the European Communities*. Sijthoff, 1974.
- Polinsky, AM. *An Introduction to Law and Economics*. Little Brown, 1983.
- Posner, RA. "The Death of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987". *Harvard Law Review* 100 (1987): 761–80.
- Pound, R. "The Theory of Judicial Decision, Part III: A Theory of Judicial Decision for Today". *Harvard Law Review* 36 (1923) 940–59 at 953–4.
- Schauer, F. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press, 2009.
- Slobodian, Q. *Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*. Harvard University Press, 2018.
- Somek, A. "The Emancipation of Legal Dissonance" in H Koch, et al. (eds) *Europe: The New Legal Realism*. DJØF Publishing, 2011.
- Somek, A. *Wissen des Rechts*. Mohr, 2018.
- Somek, A. *Knowing What the Law Is: Legal Theory in a New Key*. Hart Publishing, 2021.
- Somek, A. "Pragmatism, Innovation, and Prophecy: Conjectures Concerning the Grounds of Belief in an Inventive Court" In T Capeta, I Goldner-Lang and T Perisin (eds), *The Changing European Union: A Critical View of the Role of Law and the Courts*. Hart Publishing 2022.
- Vick, DW. "Interdisciplinarity and the Discipline of Law" *Journal of Law and Society* 31 (2004): 163–93.
- Weber, M. *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, ed. J Winckelmann. 5th edn, Mohr & Siebeck, 1976.
- Weinrib, E. *The Idea of Private Law*. 2nd edn, Oxford University Press, 2012.

Александр Сомек. Два випадки два темпераменти юридичної науки (legal scholarship) й питання комерціалізації

Анотація. Стаття пропонує короткий огляд континентального європейського (зокрема, німецького) та американського підходів до юридичної освіти і юридичної науки (legal scholarship). Потім досліджується, наскільки вчені-юристи, що працюють у цих культурах, є вразливими до спокуси комерціалізації, тобто зацікавлені в консультуванні клієнтів. Автор дійшов висновку, що ці стимули превалюють в країнах, де вчені-юристи вважають свою

роботу низькооплачуваною й там, де наукові традиції є слабкими, у статті досліджується негативний вплив комерціалізації на культуру “юридичної науки” в цілому і навіть її праця на шкоду клієнтам.

Ключові слова: США; правова освіта; юридична наука; юридична освіта; комерціалізація.

Alexander Somek. Two times two temperaments of legal scholarship and the question of commodification

Abstract. The article offers a brief account of the continental European (viz., German) and the US American approach to legal education and scholarship. It then explores in which respect legal academics active in these cultures are vulnerable to the lure of commodification, that is, incentives to produce legal expertise for clients. After concluding that these incentives may well be stronger in countries where legal academics consider themselves badly paid and where scholarly traditions are weak, the article explores how commodification can adversely affect the culture of ‘legal science’ as a whole and even work to the detriment of clients.

Keywords: USA; legal science; legal scholarship; commodification.