

ДВА ДВОВИМІРНІ ТЕМПЕРАМЕНТИ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ ТА ПИТАННЯ КОМОДИФІКАЦІЇ**

Існують щонайменше дві культури правового знання, кожна з яких у певний спосіб претендує на авторитетне тлумачення того, що є право. Кожна із цих культур у своєму внутрішньому устрої містить своєрідну пару протилежностей. Одну з них, імовірно, можна ототожнити з континентально-європейською традицією, тоді як інша, безсумнівно, репрезентує правову культуру Сполучених Штатів Америки. В обох випадках *юридична наука* (legal scholarship)¹ постає у двох формах, що за своєю сутністю є взаємонесумісними. Втім, попри цю несумісність, їхнє співіснування є цілком можливим.

У подальшому викладі я маю на меті окреслити обидві зазначені культури, а також проаналізувати, як на них впливає процес комодифікації² *юридичної науки* (legal scholarship).

Під терміном комодифікація, вжитим у цьому контексті, слід розуміти той факт, що вартість юридичної експертизи або здатності її продукувати визначається, хоча й не виключ-

*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.

¹Для позначення практично орієнтованого правового знання автор застосовує термін legal scholarship. Однак це поняття не має однозначного перекладу українською мовою. Близькими за значенням 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 в перекладі терміну legal scholarship будемо застосовувати поняття “юридична наука” курсивом і з додаванням у 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.

²“Комодифікація” (від англ. commodification) – це філософський та соціокультурний термін, що описує процес перетворення чогось (наприклад, знання, відносин, часу) на товар, тобто на щось, що можна купити, продати або обміняти на ринку. Він ширший і глибший, ніж просто “комерціалізація,” яка є практичною реалізацією та використанням цього перетворення у бізнесі чи продажах. – Примітка перекладача.

но, через механізми ринкового обміну. Якими б не були критерії, за якими ми надаємо значущості правовому пізнанню, воно потенційно може породжувати попит і, відповідно, оцінюватися з огляду на його відповідність певним стандартам якості. У певному сенсі йдеться лише про послідовне проведення логіки основного напрямку економічного аналізу права (law and economics), застосованої не лише до права як сукупності норм, а й до самого правового мислення. Так само, як цінність суб'єктивного права в конкретній ситуації вимірюється на основі фактичної або уявної готовності платити за нього,³ цінність юридичної експертизи підлягає грошовій оцінці. Чому б, – як можна іронічно зауважити, – не вважати найбільш коректним саме той юридичний аналіз, за який клієнти готові заплатити найбільше?

1. Знання як навичка

Перший підхід до правового знання найочевидніше виявляється у способі, яким у контексті американської юридичної освіти студентам прищеплюється не лише роль юриста, а й спосіб юридичного мислення. Курси з юридичних досліджень та письма⁴ навчають студентів створювати різні типи правових текстів, а також застосовувати низку технічних понять: наприклад, поняття “*рішення по суті*” (англ. *holding*) – до конкретних прикладів,⁵ із якими вони ознайомлюються в навчальних матеріалах. Окрім того, що такі заняття дозволяють студентам опанувати базові інтелектуальні інструменти, навчання продовжується у формі численних практичних вправ – від імітованих кримінальних процесів до змодельованих апеляційних слухань. Цю практично орієнтовану підготовку, навіть якщо вона не є формально обов'язковою частиною навчальної програми, часто доповнюють стажуванням і практикою в різних установах, де студенти можуть на власному досвіді ознайомитися з функціонуванням інституцій правової системи.

Безсумнівно, цей спрямований на здобуття навичок підхід до навчання має велику цінність не лише тому, що він ознайомлює студентів із видами професійної діяльності, яка потенційно може забезпечити їм прибуток у майбутньому. Він також неявно транслює певне уявлення про те, в чому, по суті, полягає зміст правознавства як заняття. Хоча з першого погляду може здатися, що “*право як навичка*” є цілком позатеоретичним і позбавленим будь-якої рефлексії чи прагнення до глибокого осмислення, насправді воно мимоволі втілює певне розуміння сутності юридичного знання. Таким чином, цей підхід передбачає певне самосприйняття юридичної науки.

Це самосприйняття, загалом кажучи, ґрунтується на тому, що було б доволі химерно наближатися до опанування та застосування юридичних навичок із наміром розкрити, що таке право насправді, або поставити їх на службу ідеї справедливості. Установлення зв'язку з тим, чим право нібито є насправді, не є метою юридичної підготовки. Метою на-

³ Наприклад, А. М. Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* (Little Brown, 1983).

⁴ Наприклад, В. А. Garner, *Legal Writing in Plain English* (2nd edn, Chicago University Press, 2013).

⁵ Для ознайомлення див., зокрема F Schauer, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning* (Harvard University Press 2009): 54–7.

вчання правовій практиці є те, щоби ті, хто входить у цю професію, опанували її рутинні дії та процедури. Знати, що таке право, означає вміти стати досвідченим і ефективним практикуючим юристом. Як було би дивно запитувати у спортсменів про істинну суть або найвищу цінність їхньої діяльності, – адже для них головне – виграти змагання, – так само недоречно ставити юристам питання про те, чи сприяє їхня робота справедливості.⁶ Це не є метою їхньої діяльності. Знати, що є правом, – означає мати інструмент для досягнення успіху в юридичній практиці. Викладачі в цьому контексті виступають тренерами, студенти – учнями, а займатися правом – це професійний бізнес.

Оскільки завданням правознавців як викладачів є навчити студентів бути успішними у практичній діяльності, ознакою їхнього професійного авторитету стає той факт, що вони самі досягли успіху в юридичній практиці, скажімо, як адвокати в резонансних кримінальних процесах.⁷ У цьому сенсі вони мають втілювати в особистому прикладі і професійному шляху саме той успіх, який обіцяють своїм студентам у майбутньому.

2. Міждисциплінарність

Протиставленим цій концепції юридичного мислення, що глибоко вкорінена не лише в системі юридичної освіти, а й у культурі США загалом, є очікування, поширене серед провідних американських юридичних шкіл, згідно з яким високоякісні наукові дослідження мають бути “міждисциплінарними.”⁸ Водночас варто одразу зауважити, що така “міждисциплінарність” рідко відповідає критеріям поєднання або інтеграції кількох академічних дисциплін.⁹ Насправді вона зазвичай зводиться до застосування перспективи й методологічних підходів іншої суспільної науки до юридичних питань.

Передумовою такої інтелектуальної орієнтації є переконання, що традиційна юридична доктрина (той тип міркувань, який кваліфіковані юристи змушені демонструвати у своїй повсякденній взаємодії із судовою системою) має низьку інтелектуальну вартість і є лише набором риторичних прийомів. Натомість *правова наука* (legal scholarship), що прагне здобути репутацію інтелектуально поважної дисципліни, має відповідати стандартам інших суспільних наук – таких як неокласична або поведінкова економіка, соціальна психологія, емпіричні юридичні дослідження тощо.

Цікаво, що в межах американської системи юридичної освіти ці дві діаметрально протилежні форми правового знання можуть без особливих труднощів співіснувати. Значною мірою це пояснюється тим, що практична, орієнтована на навички парадигма не претендує на інтелектуальну цінність як таку. Вона адресована тим, хто прагне заробляти на життя,

⁶ 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.

⁷ Наприклад, A. Dershowitz, *Taking the Stand: My Life in the Law* (Broadway Books, 2013).

⁸ Наприклад, D. W. Vick, “Interdisciplinarity and the Discipline of Law,” *Journal of Law and Society* 31 (2004): 163–93. Див. також вже класичну роботу R. A. Posner, “The Death of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987,” *Harvard Law Review* 100 (1987): 761–80.

⁹ Elisabeth Paag звернула мою увагу на те, що дослідження в галузі права та штучного інтелекту ґрунтуються на справжньому взаємопоєднанні дисциплін. Виняток позначено.

працюючи в юридичних фірмах або в судовій сфері. Тим часом реалізація “міждисциплінарних” наукових амбіцій належить до сфери академічного правознавства.

Отже, буде точніше розглядати взаємовідносини між цими підходами не як суперечність, а як певну форму взаємодоповнюваності.

3. Юридична наука

Назва “юридична наука” (legal science) позначає наш континентально-європейський підхід до вивчення права. У німецькомовних юридичних колах до сьогодні вживається термін *Rechtsdogmatik*.¹⁰ Він свідчить про те, що юридичний аналіз не може відбуватися без прийняття певних вихідних припущень. У правовому контексті, точніше кажучи, термін “догма” означає позиції, які довели свою корисність у процесі розв’язання правових проблем. Це свідчить про те, що юридична наука не випадково має історичний характер: вона розвивається з часом і передається від одного покоління до іншого.¹¹

Найважливіше, однак, те, що прихильники юридичної науки (legal science) вважають її належним способом пізнання права. Вони стверджують, що як спосіб тлумачення права вона є внутрішньою, а не зовнішньою до предмета свого дослідження.

Зовнішньою до права, наприклад, є психологічна перспектива, оскільки вона надає дослідникам допоміжні підказки щодо людської поведінки чи сприйняття поведінки. Водночас вона не пояснює значення правових норм – значень, які зрештою бути релевантними для юридичного прийняття правових рішень. Можна зауважити, що нормативний економічний аналіз права (law and economics), який є, можливо, найпоширенішим так званим міждисциплінарним підходом до правового мислення, насправді пропонує принцип, що регулює вибір правил, а саме вимогу максимізації загального добробуту при розподілі прав;¹² однак економічний аналіз права базується на універсальному принципі, який у своїй універсальній формі є зовнішнім по відношенню до права, оскільки його значення лише частково і часто нечітко відображається у правових матеріалах і зазвичай компенсується іншими міркуваннями.¹³ Якщо пізнання права ґрунтувалося б виключно на економічному аналізі права, то аналіз права був би асимільований і, можливо, поглинутий перспективою іншої суспільної науки.

Юридична наука (legal science) у власному сенсі, натомість, прагне реконструювати низку принципів, притаманних самим правовим матеріалам.¹⁴ Ці принципи покликані спрямовувати тлумачення та визначення відповідного змісту застосовних норм. Найрозвиненіші версії юридичної науки торкаються джерел права, способів їхнього залучення

¹⁰ Для подальшого дослідження див. C. Bumke, *Rechtsdogmatik: Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise* (Mohr, 2017).

¹¹ Див. M. Herberger, *Dogmatik: Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz* (Klostermann, 1981).

¹² Див. Polinsky (№ 1).

¹³ Див. R. Dworkin, *A Matter of Principle* (Harvard University Press, 1985), 267–91.

¹⁴ Про один із 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).

через юридичне тлумачення та способів систематизації різноманітних норм у єдину систему.

Побудова системної узгодженості є не випадковою суттєвою складовою завдання юридичної науки, адже лише за умови зіставлення значення норм із конкретними видами ситуацій право може виконувати свою обіцянку однакового ставлення до однакових випадків.¹⁵ Юридична наука, таким чином, має виконувати дві основні функції. По-перше, вона повинна розробити словник (“юридичні поняття”), який дозволить пов’язати релевантні фактичні елементи з нормативними стандартами. По-друге, вона повинна з’ясувати суттєві відмінності фактів, які визначають необхідні межі застосування норм.

Юридична наука в цьому розумінні є засобом трансформації значення права у практику. Відданість юридичній науці відображає переконання, що саме цей спосіб пізнання права відповідає природі самого права.¹⁶ Якби право могло говорити, воно би сказало юридичній науці: “Так, я хочу бути пізнаним тобою, адже ти забезпечуєш належне застосування правових норм.” Саме тому наука про право є незамінною для реалізації та підтримання верховенства права. Вона гарантує передбачуваність, загальність і рівність застосування.

Трохи перебільшуючи, можна сказати, що юридична наука полягає в тому, щоб дати праву можливість говорити самим за себе. Оскільки виконання цього завдання вимагає тривалого занурення у правові матеріали та опанування аналітичних і логічних навичок, не випадково в цій традиції авторитет юридичного знання належить не практикам, які щодня вирішують окремі справи, а професорам права. Саме вони, завдяки свободі від нагальних справ щоденної юридичної практики, мають можливість займатися більш ґрунтовними дослідженнями правових оракулів.

4. Послідовництво

Тип науки (scholarship), що сформувався в контексті Європейського Союзу, протягом тривалого часу вирізнявся ставленням шанобливого захоплення до “героїчного” Суду Справедливості (Суду ЄС), який своїми інноваційними рішеннями¹⁷ послідовно просував проєкт європейської інтеграції. Саме це пояснює, чому право Європейського Союзу, принаймні з певної перспективи, оточене харизматичним, підприємницьким ореолом. Новий iPhone, нове судове рішення – обидва захоплюють увагу, кожне по-своєму.

Особливість цього типу наукової діяльності (scholarship) часто маскується тим, що він подається у форматі, знайомому з традиції загального (англосаксонського) права. Увага зосереджується на нещодавно ухвалених рішеннях, які впроваджують нову ідею. Ці справи вивчаються з метою розкриття суті цієї ідеї та пояснення її новизни порівняно з уже наявними прецедентами.

Однак у контексті права ЄС підхід до наукового аналізу відрізняється від типового тлумачення змісту судових прецедентів. У випадку права ЄС судові рішення є своєрідними

¹⁵ Див. А. Somek, *Knowing What the Law Is: Legal Theory in a New Key* (Hart Publishing, 2021), 36–7.

¹⁶ Див. А. Somek, *Wissen des Rechts* (Mohr, 2018).

¹⁷ Див. Р. Pescatore, *The Law of Integration: Emergence of a New Phenomenon in International Relations, Based on the Experience of the European Communities* (Sijthoff, 1974).

юридичними віщуваннями (*Rechtsweistümer*), як сказав би Макс Вебер, адже вони вражають своєю “тезовістю”¹⁸: вони просто проголошують, чим є право Європейського Союзу. Науковці ж беруть на себе завдання раціоналізувати ці, по суті, ірраціональні положення, надаючи їм додаткового сенсу. Цей сенс іноді розгортається у вигляді візій щодо основоположних свобод або окремих галузей права ЄС. Наукова думка таким чином доповнює судові справи ширшими концепціями того, чим начебто є Союз або певна частина його правової системи.

Німецький політолог Мартін Хьопнер¹⁹ слушно зауважив, що ставлення до права, яке проявляється в практиці Суду ЄС і його академічних прибічників, перегукується з позицією, поширеною серед прогресивних міжнародних юристів. Незалежно від того, чи йдеться про повний набір прав людини, чи про його неоліберальну модифікацію (так звані *xenos*-права, як-от права власності інвесторів),²⁰ право розглядається крізь призму моральної ідентифікації з вищою метою, якій воно нібито покликане служити. Право сприймається як панацея від усіх соціальних недуг. Водночас усвідомлюється, що те, яким має бути право, стримується силами минулого. Отже, належний стан права ще не втілений у чинних офіційних джерелах, а залишається прив’язаним до застарілих форм і не здатен самостійно прокласти шлях у новий, кращий світ.²¹

Цей тип *науки* (scholarship) дійсно ґрунтується на варіації міфу про фронтір. Щойно науковці виявляють правову інституцію (особливо суд), яка “розширює межі можливого” і просуває в бажаному напрямку міжнародний проєкт, вони одразу долучаються до цього процесу і сприяють його розвитку.

У сфері міжнародного публічного права така позиція є цілком виправданою, адже науковці дійсно опиняються в позиції тих, хто “пише” міжнародне право не лише як “визнані публіцисти” – допоміжне джерело права, – а й впливаючи на формування *opinio iuris*. У системі, де фундаментальні правові норми ґрунтуються на звичаєвому праві, спокуса (і навіть доречність) взяти на себе роль джерела права для науковця є цілком зрозумілою. Бо хто, як не правознавці, мають формулювати нові правові підходи, які поки що лише нечітко окреслені в існуючих правових режимах?

У будь-якому разі правознавці ототожнюють себе з процесом інновацій і підтримують його. У певному сенсі те, чим вони займаються, нагадує розуміння *юридичної науки* (legal

¹⁸ Див. М. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, ed. J. Winckelmann (5th edn, Mohr & Siebeck, 1976), 446.

¹⁹ Див. М. Höpner, “Von der Lückenfüllung zur Vertragsumdeutung: Ein Vorschlag zur Unterscheidung von Stufen der Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof” (2010) *der moderne staat* 165–85.

²⁰ Див. Q. Slobodian, *Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism* (Harvard University Press, 2018), 140–9, 256, 259, 261.

²¹ Про майбутню спробу реконструкції див. мою статтю “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).

scholarship) американськими правовими реалістами й поміркованішими соціологічними теоретиками права, як-от Роско Паундом, як різновиду соціальної інженерії.²² Основна настанова – орієнтація на майбутнє. Кожне нове рішення відкриває можливість виявити принцип, який нібито дрімав у правових матеріалах. Це відповідає тому типу юридичного мислення, який Рональд Дворкін назвав би “прагматичним.”²³ Існуючі правові обмеження мають значення лише тією мірою, якою вони забезпечують передбачуваність. Ця цінність зважується на терезах разом з іншими соціально бажаними цілями. Що частіше соціальні цілі переважають передбачуваність, то легітимнішою стає практика ухвалення непередбачуваних рішень, адже судова практика більше не формує очікування бути прорахованою. А щойно громадськість усвідомить, що не варто надто покладатися на правову визначеність, процес соціальної інженерії може остаточно звільнитися від залишків старих обмежень.

5. Комодифікація

І міждисциплінарна наука (*scholarship*), і віддане слідування певним судовим чи нормативним ідеям нерідко залишаються переважно академічними практиками. Зазвичай такі візійники не знаходять широкого попиту на ринку, а радше зосереджуються в академічному середовищі, зокрема у форматі наукових конференцій. Інакше виглядає ситуація, коли міждисциплінарність виникає у відповідь на те, що певна інша наукова галузь стає релевантною для аналізу права як такого. Беззаперечно, економічний аналіз права (*law and economics*) здійснив значний вплив на різні сфери правозастосування. Водночас дослідження, наближені до філософії, зазвичай не продукують знання, яке було би прямо затребуваним у юридичній практиці. Отже, якщо не враховувати структурний тиск, пов’язаний із потребою фінансування наукових проєктів, можна стверджувати, що міждисциплінарна юриспруденція та інтелектуальне наслідування правових інновацій залишаються відносно незалежними від впливу комодифікації.

Проте юридична наука в цілому не може уникнути впливу процесів комодифікації. Особи, які надають юридичну експертизу, зазвичай прагнуть перетворити цю діяльність на джерело прибутку. Це означає, що надання правової експертизи має відповідати попиту, а сам попит формується відповідно до усталених очікувань щодо форми та змісту юридичної роботи. Зокрема, на базовому рівні шкільні оцінки з права часто слугують індикатором професійної компетентності кандидата.

У разі якщо попит є ключовим чинником, то готовність споживача сплатити за експертизу стає фінальним мірилом її вартості. У такому підході вартість юридичних знань оцінюється не теоретично, а виключно в грошовому еквіваленті. Інакше кажучи, саме гроші становлять остаточний фундамент правової експертизи.

²² 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.

²³ Див. 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.

Комодифікація тісно пов'язана з уявленням про юридичну діяльність як про навичку. Згідно з такою логікою “добрим” вважається те, що ефективно працює на практиці, а ефективність породжує попит і, відповідно, фінансову винагороду.

Цей підхід торкається і сфери юридичної науки (legal science). На мою думку, така ситуація спостерігається не повсюдно, але очевидно вона є в тих країнах, де правознавці вважають рівень своєї заробітної плати недостатнім, а традиції академічної досконалості є слабкими. У таких умовах науковці мають потужну мотивацію компенсувати дохід шляхом комодифікації своєї експертизи – через консультації для юридичних фірм або державних установ. Професорський статус тут слугує не лише індикатором наукового авторитету, а й інструментом монетизації експертного впливу. Така експертиза надається не лише в письмовій формі (публікаціях), а і шляхом участі в арбітражах або консультативній діяльності. Результатом подібної економічної структури стає зменшення академічної присутності, недбале ставлення до викладацької роботи і сприйняття наукових дискусій як небажаного альтернативного витратного чинника. Один молодший колега, щойно прийнятий на роботу до нашого факультету, розповів мені, що надіслав чернетку своєї статті колегам, сподіваючись на наукове обговорення. На його подив, не лише семінари не були частиною академічної культури, а й сам запит викликав у колег відверте роздратування: невже він не розумів, що просить їх пожертвувати “оплачуваними годинами” заради неоплачуваної академічної роботи?

Водночас, коли йдеться про експертизу професора права, важливо окреслити одну відмінність від уявлення про адвокатську діяльність як суто технічну навичку. Якщо оцінювати адвокатів виключно за практичними компетенціями, то вчені-юристи, які більше не готують юридичні документи й не виступають у суді, навряд чи здатні надавати більш ефективні послуги, ніж юридичні фірми з командами досвідчених (а часто – надмірно експлуатованих) молодих юристів. За таких умов академічна репутація не створює доданої вартості, а отже, попит на професорську експертизу буде низьким у тих системах, де юриспруденція сприймається винятково як набір прикладних навичок.

6. Збіднення юридичної науки

У культурному контексті, де юридична наука офіційно вважається високошанованою сферою, престиж професора як взірцевого носія юридичних знань стає вагомим чинником, що дозволяє мобілізувати серйозну підтримку правових позицій. У результаті експертиза професорів користується порівняно високим попитом з боку державних установ і корпоративних структур. Судові процеси нерідко супроводжуються поданням документів, що за функціоналом нагадують *amicus curiae*, підготовлених професорами у співпраці з командами наукових асистентів.

У системному контексті правової експертизи попит, що зумовлює її продукування, включає певні очікування щодо належного стилю її подання. Інакше кажучи, надання юридичних знань має відповідати тим стандартам, які встановлюються замовниками. Аналітичні продукти повинні відповідати актуальному рівню розвитку науки. Внаслідок дії

зворотного зв'язку те, що вважається “сучасним станом науки,” дедалі більше закріплюється (легітимізується як релевантне “практиці”) через фінансовий механізм. Професори, яким вдається успішно продавати свої правові аналізи клієнтам, фактично встановлюють нормативний стандарт, якому має відповідати експертиза інших, оскільки саме вони довели на практиці, що “знають, що таке право.” Обсяг замовлень перетворюється на маркер академічного авторитету.

Не випадково саморефлексія щодо вартості юридичної експертизи у грошовому еквіваленті впливає і на її інтелектуальну форму. Для клієнтів найбільш переконливою є та експертиза, що походить із “твердого ядра” дисципліни. Від експерта не очікують інтелектуальної ризикованості чи новаторства – навпаки, це може зашкодити. Нові або несподівані інтерпретації права можуть бути небажаними для клієнта. Саме тому прагматична оцінка експертизи за фінансовими показниками лише посилює існуючі інтелектуальні шаблони і створює численні бар'єри для критичного самопереосмислення. Таким чином лише відтворюється “стандартний” стиль правового аналізу, який усі намагаються наслідувати. Відповідно, робота академічних юристів не є ані більш глибокою, ані більш інтелектуально витонченою, ніж діяльність звичайних практиків. Вона не сприяє розвитку юридичної науки більше, ніж щоденна робота адвокатів. Відсутній будь-який тиск, який би стимулював інтелектуальну амбіцію чи пошук нових підходів.

Ця відсутність необхідності до рефлексії поступово уражає юридичну науку як дисципліну загалом. Вона стає інертною і уникає великих, складних питань. Ба більше, вона стає нудною. Академічні конференції, якщо й проводяться, то здебільшого з нагоди символічних подій, наприклад річниці прийняття конституції або вступу держави до Європейського Союзу.

7. Висновок

Комодифікація, безумовно, є несумісною з етикою юридичної науки. Це пояснюється так. Якщо юридична наука зсуває фокус рефлексії з теорії (“істини”) на практику (“гроші”), вона втрачає те, що мало би гарантувати її цінність, – теоретичне самопереосмислення. Хоча аргументація у сфері експертизи й постає як методологічна форма демонстрації академічної добротної, однак письмова експертиза, яку представляють клієнтам, не є простором для теоретичних суперечок. Такі дискусії були б не лише недоречними – вони б відкрито продемонстрували ту невизначеність, яка закладена в самому знанні про те, чим є право. Тому краще тримати це в тіні й поводитись так, ніби юридичне знання ґрунтується на начебто вічних інтелектуальних канонах. Це хвильовий ефект, який комодифікація справляє на *юридичну науку* (legal scholarship) загалом. За таких умов зацікавлення теорією чи методологією втрачає актуальність.

Утім, парадокс полягає в тому, що з утвердженням такого підходу результат праці правових експертів перестає бути наукою. Натомість він дедалі більше набуває форми застоювання юридичних навичок. А якщо правова експертиза – це просто вміння, тоді виникає цілком логічне запитання: чому професор, який працює в умовах академічної автономії, має бути кращим у цій справі, ніж команда юристів-практиків?

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

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

Клієнти, без сумніву, опиняються у своєрідній дилемі в'язня. Ті, хто має змогу заплатити, мобілізують дорогу юридичну експертизу, сподіваючись отримати козир у суперечці. Проте жодна юридична експертиза, якщо вона виконана добре, не є переконливішою за іншу. У результаті всі опиняються в гіршому становищі, ніж без неї. Кожному було б краще, якби всі погодилися утриматися від залучення професорської експертизи.

Відсутність теоретичного осмислення підводить нас до усвідомлення контингентності стилів і авторитетів. У контексті політичних дебатів стає особливо очевидно: на кожне правове твердження завжди знайдеться експерт, готовий його або підтвердити, або спростувати. Це формує недовіру до цінності правової експертизи, яка, своєю чергою, трансформується в недовіру до судової влади загалом.

Безсумнівно, комерціалізована юридична наука в довгостроковій перспективі має сильну схильність до самозаперечення. Питання лише в тому, якими будуть практичні наслідки цього процесу і скільки часу залишилося до того моменту, коли ми досягнемо межі.

Клієнти, безсумнівно, опиняються в ситуації в'язня. Хто зможе 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. Усім було би краще, якби вони співпрацювали й утримувалися від купівлі професорської експертизи.

Відсутність теоретичних рефлексій ставить нас перед обставинами стилів і 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 станеться це на практиці і який вплив матиме, побачимо в довгостроковій перспективі. Питання в тому, звисно, як довго це триватиме.

© A. Somek, 2022

Подяки. Я хотів би подякувати Елізабет Паар (Elisabeth Paar) за її корисні коментарі до попереднього проєкту 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 проєкт “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, B. A. *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, A. M. *An Introduction to Law and Economics*. Little Brown, 1983.
- Posner, R. A. “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 двовимірні темпераменти юридичної науки та питання комодифікації

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 у країнах, де вчені-юристи вважають свою роботу низькооплачуваною, і там, де наукові традиції є слабкими. У статті досліджується негативний вплив комерціалізації на культуру “юридичної науки” загалом і навіть її робота на шкоду клієнтам.

Ключові слова: США; юридична наука; юридична освіта; комодифікація.

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.

Одержано / Received 20.12.22