

НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
«КИЄВО-МОГИЛЯНСЬКА АКАДЕМІЯ»
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Кваліфікаційна наукова
праця на правах рукопису

МЕЛЬНИК МАРІЯ ОЛЕКСАНДРІВНА

УДК 340.143: 321.01 -029:94(477)(043.03)

ДИСЕРТАЦІЯ

**ШКОЛА ПРАВОВОГО РЕАЛІЗМУ ТА МОЖЛИВОСТІ
ВИКОРИСТАННЯ ЇЇ НАДБАНЬ У ВІТЧИЗНЯНІЙ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ**

12.00.01 – теорія та історія держави і права;
історія політичних і правових учень

Подається на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук
(доктора філософії)

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей,
результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

_____ М.О. Мельник

Науковий керівник: **КОЗЮБРА Микола Іванович**, доктор юридичних наук,
професор

Київ – 2019

АНОТАЦІЯ

Мельник М.О. Школа правового реалізму та можливості використання її надбань у вітчизняній юриспруденції. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук (доктора філософії) за спеціальністю 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» (081 – Право). – Національний університет «Києво-Могилянська академія», Київ, 2019.

Узагальнений короткий виклад основного змісту дисертації. У дисертації досліджується історичний шлях розвитку школи правового реалізму, визначаються та узагальнюються концептуальні засади скандинавської та американської течій школи; з'ясовується вплив школи правового реалізму на формування теорії юридичної аргументації та реформування методології та методики викладання у вищих навчальних юридичних закладах. На підставі дослідження зроблено узагальнення та запропоновано рекомендації щодо використання надбань школи правового реалізму у вітчизняній юриспруденції.

У Розділі 1 *«Загальна характеристика школи правового реалізму»* досліджено передумови та причини формування скандинавської та американської течій школи правового реалізму. Проаналізовано історичний шлях розвитку школи. На основі аналізу праць окреслено коло науковців та юристів-практиків, напрацювання та ідеї яких розкривають концептуальні засади школи правового реалізму. Окрім того, у розділі проводиться аналіз філософсько-правового явища «правова реальність» у світлі різних підходів філософських та правових концепцій. З'ясовано, що в центрі дослідження скандинавських правових реалістів був аналіз правової реальності й місця людини в ній. Піддаючи детальному аналізу категорії «сущого» та «належного» крізь призму їх рефлексії суб'єктами пізнання, скандинавські реалісти віднаходять витoki правової реальності у психіці людини. З'ясовано, що американська течія школи правового реалізму не концентрувала свою увагу на

теоретичних питаннях, натомість більшою мірою займалась дослідженням практичної частини юриспруденції. Водночас свої витoki й теоретичну основу школа бере із соціологічної юриспруденції, яка, своєю чергою, розглядала соціальні зв'язки основним джерелом походження й розвитку правової реальності.

Розділ 2 *«Порівняльний аналіз засадничих ідей американської та скандинавської течій школи правового реалізму»* присвячений дослідженню основоположних ідей американської та скандинавської течій школи правового реалізму на підставі аналізу робіт її фундаторів. Проаналізовано основні акценти та аргументацію правових реалістів американської течії щодо необхідності наближення юридичної теорії та практики до соціальної реальності, живої частини права; аналізу міждисциплінарних зв'язків у правознавстві; впливу ірраціональних елементів на процес правового пізнання, особливо при вирішенні справ суддями. Серед досліджених основоположних засад скандинавської течії правового реалізму виділено такі: визначення психіки людини основним джерелом права; необхідність права бути зосередженим на реальній частині, що має прояв у соціальних зв'язках; визначення правознавства емпіричною наукою, що зосереджена на аналізі фактів реального життя; заперечення існування будь-яких проявів метафізичних явищ у юриспруденції. Здійснено теоретичне узагальнення засадничих ідей фундаторів американської та скандинавської течій школи правового реалізму. Проведено аналіз та виокремлено спільні та відмінні ознаки американської та скандинавської течій школи правового реалізму.

У Розділі 3 *«Надбання школи правового реалізму, які можна використати в судовій практиці та юридичній освіті України»* визначається, як школа правового реалізму вплинула на розвиток теорії юридичної аргументації та на реформування юридичної освіти для її наближення до юридичної практики. Досліджено інструменти та висновки, винайдені школою, які сприяли подоланню юридичного формалізму. Проаналізовано та доведено,

що правові реалісти відводили визначальну роль емпіричному підходу до сприйняття реальності, це на практиці виступало рекомендацією для суддів відповідально підходити до детального аналізу фактів конкретної справи, що має відображатися в судовій аргументації при вирішенні спору.

Встановлено, що ознаки формалізму притаманні судовій аргументації вітчизняних суддів, це може бути подолано за допомогою використання здобутків школи правового реалізму не шляхом механічного перенесення, а з урахуванням історичних, культурних та інших чинників, особливостей правової культури та правового мислення.

Визначено, що, на думку реалістів, висновки, яких вони дійшли, можуть бути втілені насамперед через реформування юридичної освіти таким чином, щоб студенти в процесі навчання опановували знання й навички побудови юридичної аргументації на основі глибокого аналізу фактів справи.

Встановлено, що для подолання формалізму у вітчизняній юриспруденції необхідно напрацювання правових реалістів зробити предметом вивчення студентами юридичних факультетів. З урахуванням особливостей національної правової системи методичні матеріали, курси, шляхи та методи викладання, винайдені школою правового реалізму, можуть бути використані у вітчизняній юридичній освіті. Окрім того, нагальною необхідністю є впровадження курсу теорії юридичної аргументації, який би містив теоретичне узагальнення надбань правових реалістів. Оскільки до формування нового покоління юристів знадобиться час, запропоновано на державному рівні запровадити курси, семінари, майстер-класи з побудови юридичної аргументації з урахуванням надбань школи правового реалізму.

Наукова новизна отриманих результатів

В процесі проведеного дослідження отримано результати, які є новими для сучасної вітчизняної правової науки, зокрема:

уперше:

- встановлено, що свої витoki американський правовий реалізм бере зі школи «вільного права», яка формувалась та розвивалась у Європі Євгеном Ерліхом та іншими науковцями; рецепція ідей школи вільного права у правовому реалізмі відбувається через розвиток соціологічної юриспруденції на американському континенті, що знаходить своє відображення здебільшого в роботах Роско Паунда;

- зроблено висновок, що скандинавські реалісти, на відміну від американських, не стільки відмовлялися від надбань школи «вільного права» в Європі, скільки наголошували на найбільшій важливості психологічної, а не соціальної реальності;

- встановлено, що фундаментальною основою школи правового реалізму є розуміння того, що при вирішенні справи суддя повинен концентруватись на конкретному, це виявляється в необхідності ухвалювати рішення на основі детального аналізу фактів, яке потім обґрунтовується правовими нормами та принципами; у процесі розгляду справи судді не повинні обмежуватись логічними методами та враховувати виключно правові аспекти, слід брати до уваги й інші чинники, зокрема моральні, політичні, економічні передумови та цінності;

- з'ясовано, що висновки школи правового реалізму мали значний вплив на формування теорії юридичної аргументації, яка не зводилась до сприйняття права як явища, відірваного від реального життя; заперечуючи проти використання методу дедукції, виведення рішення із абстрактних норм і принципів, реалісти наголошували на необхідності при формулюванні аргументації зосереджувати увагу на фактах конкретної справи, оскільки абстрактні норми не враховують усіх тонкощів індивідуальної ситуації;

- на основі проведеного порівняльного аналізу праць фундаторів скандинавського та американського правового реалізму з'ясовано, що обидві течії були критичними рухами, спрямованими на захист правових систем, у

яких вони формувались, від надмірного догматизму; разом з тим, концептуальна різниця між ними полягала у відмінності правових сімей, у яких формувались і розвивались названі течії школи, що відобразилось на розстановці ними різних акцентів у процесі дослідження;

- з'ясовано, що, незважаючи на те, що скандинавська течія школи правового реалізму займалася пошуками правової реальності як філософсько-правової категорії, а американські реалісти шукали практичні механізми для вдосконалення судової аргументації, фундатори обох течій доходять спільного висновку: правознавство є емпіричною наукою, не відірваною від реального життя; з чого випливає висновок, що обидві течії обґрунтовують реалістичну інтерпретацію права в контексті емпіричного виміру, але різними шляхами;

- встановлено, що школа правового реалізму зазнавала внутрішнього розвитку, що знаходило свій прояв як у діалогах між самими реалістами, так і у особистих міркуваннях окремих фундаторів: вона пройшла шлях від абсолютизації фактів емпіричної дійсності та повного ігнорування норм права до пошуку балансу між ними з наданням судді певної свободи розсуду при розгляді конкретної справи, який дозволяв застосовувати індивідуальний підхід до її вирішення на основі синтезу детального аналізу норм права і фактів справи;

- обґрунтовано, що висновки школи правового реалізму сприятимуть подоланню формалізму, усе ще властивого вітчизняній судовій практиці, та переоцінці значення й розуміння судової правотворчості як феномена, здатного оперативно реагувати на динамізм життя;

- застережено, що здобутки школи правового реалізму не слід механічно переносити на вітчизняний правовий ґрунт; важливо враховувати історичні, культурні та інші традиції, особливості правового менталітету та юридичного мислення;

удосконалено:

- системний підхід до передумов виникнення та історичного шляху розвитку американської та скандинавської течій школи правового реалізму;

- вітчизняну науково-теоретичну базу шляхом аналізу фундаментальних засад школи правового реалізму на основі праць реалістів, що в подальшому може використовуватись вітчизняними науковцями та практикуючими юристами у своїй діяльності;

отримали подальший розвиток:

- положення про те, що обидві течії правового реалізму шукали механізми подолання надмірного формалізму (догматизму), властивого концепції юридичного позитивізму;

- висновок, що в основі розвитку американської течії правового реалізму знаходилась боротьба з «механічною юриспруденцією» (термін, уведений Роско Паундом), відповідно до якої право розглядалось, як чітко визначена, систематизована та логічно завершена система норм, принципів і категорій, ізольованих від впливу інших наук та інших чинників; де судді повинні діяти, як налагоджений механізм, а формулювання юридичної аргументації зводиться виключно до аналізу сформованих норм права без звернення до життєвої реальності;

- положення про те, що правові реалісти сприймали право як багатогранний живий феномен, який не можна аналізувати лише шляхом використання формальної логіки;

- висновок, що правові реалісти наголошували на важливості правотворчої функції судів, стверджуючи, що для звичайної людини правом виступає конкретне рішення суду з усіма фактами, які покладені в основу аналізу справи;

- висновок, що в пошуках шляхів боротьби з формалізмом реалісти не виключали логіку з переліку інструментів, якими повинен володіти суддя, однак наголошували на необхідності уникати зловживання її методами, що не мають бути кінцевою і найважливішою метою;

- положення про безпідставність критики школи правового реалізму щодо абсолютизації нею дискреційних повноважень суддів, оскільки вона базувалась на звуженому тлумаченні засад правового реалізму;

- положення, відповідно до якого школа правового реалізму мала за мету реформувати методологію та методику викладання правознавства у вищих навчальних юридичних закладах, наголошуючи на важливості аналізу і правових, і позаправових явищ реального життя; у зв'язку з чим її представники акцентували увагу на формуванні у майбутніх правників навиків аналізу всіх фактів, що мають відношення до справи.

Практичне значення одержаних результатів. Одержані результати можуть бути використані для подальших наукових досліджень проблем, пов'язаних із надбаннями школи правового реалізму, зокрема судової правотворчості та теорії юридичної аргументації, а також у викладанні та подальшому вдосконаленні курсів і спеціальних курсів: «Загальна теорія права», «Філософія права», «Історія правових учень», «Теорія юридичної аргументації», «Судова правотворчість»; у написанні підручників та посібників з названих курсів, підготовці інших.

Висновки, сформульовані у дослідженні, можуть бути застосовані в діяльності судів, особливо в частині вдосконалення судової аргументації.

Ключові слова: школа правового реалізму, американська течія, скандинавська течія, юридичний формалізм, механічна юриспруденція, юридична аргументація, аналіз фактів, емпіричний підхід, правова реальність.

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧКИ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

- 1) Мельник М. О. Вплив висновків школи правового реалізму на теорію юридичної аргументації. *Наукові записки НаУКМА*. 2017. Т. 193, Юридичні науки. С. 26–30.

- 2) Мельник М. О. Школа правового реалізму та використання її висновків для вдосконалення правосуддя в Україні. *Часопис Київського університету права*. 2016. № 1. С. 56–59.
- 3) Мельник М. О. Школа правового реалізму: пошук балансу між визначеністю норм писаного права і судовою дискрецією. *Наукові записки НаУКМА*. 2018. Т. 2, Юридичні науки. С. 44–48.
- 4) Мельник М. О. Американська та скандинавська школи правового реалізму: порівняльний аспект. *Наукові записки НаУКМА*. 2013. Т. 144–145, Юридичні науки. С. 67–69.
- 5) Melnyk M. School of Legal Realism and its prospects in Ukrainian jurisprudence. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2017. № 1/1. P. 77– 81.
- 6) Мельник М. О. Реформування методології викладання у вищих навчальних юридичних закладах у контексті здобутків школи правового реалізму. *Наукові записки НаУКМА*. 2015. Т. 168, Юридичні науки. С. 42–45.
- 7) Мельник М. О. Історія виникнення та розвитку школи правового реалізму. *Наукові записки НаУКМА*. 2016. Т. 181, Юридичні науки. С. 73–76.

Апробація матеріалів дисертації:

- 8) Мельник М. О. Становлення американської течії школи правового реалізму та використання її висновків у національній юридичній науці. *Вплив юридичної науки на розвиток міжнародного та національного законодавства: матеріали міжнародної науково-практичної конференції* (м. Харків, 19-20 лютого 2016 р.). Харків: ГО «Асоціація аспірантів-юристів», 2016. С. 9–12.
- 9) Мельник М. О. Рецепція та розвиток ідей «живого права» Євгена Ерліха у школі правового реалізму: від захисту інтересів союзів до людиноцентризму. *Антропосоціокультурна природа права: матеріали наукової конференції* (м. Чернівці, 25-27 травня 2016 р.). Чернівці: Чернівецький нац. ун-т, 2016. С. 69–73.
- 10) Мельник М. О. Необхідність міжкультурної комунікації в контексті вивчення досвіду викладання в юридичних школах та аналізу впливу здобутків

правового реалізму на юридичну освіту в Сполучених Штатах Америки. *Юридичний дискурс в контексті міжкультурної комунікації та перекладу: тези науково-практичних доповідей* (м. Київ, 1 грудня 2016 р.). Київ: Академія адвокатури України, 2016. С. 27–29.

11) Мельник М. О. Школа правового реалізму та її вплив на правову систему України. *Сучасні проблеми правової системи України: Збірник матеріалів VII Міжнародної науково-практичної конференції* (м. Київ, 26 листопада 2015 р.). Львів: «Галицька видавнича спілка», 2015. С. 53–54.

12) Melnyk M. O. School of Legal realism against formalism and implementation of its achievements in Ukrainian legal system. *Europska tradicia v medzinarodnom prave: uplatnovanie l'udskych prav: Medzinarodna vedecka konferencia* (Bratislava, 6-7 May 2016). Bratislava: Paneuropska vysoka skola, 2016. P. 51–54.

SUMMARY

M. O. Melnyk. School of Legal Realism and the Possibility of Using its Achievements in National Jurisprudence. – Qualified scientific paper as the manuscript.

Dissertation for a Candidate of Legal Sciences (Doctor of Philosophy) Degree in the specialization 12.00.01 «Theory and History of State and Law; History of Political and Legal Thought» (081 – Law). – National University of “Kyiv-Mohyla Academy”, Kyiv, 2019.

Summary of the streamlines of the dissertation. The thesis (in the form of dissertation) explores the historical development of the school of legal realism, defines and generalizes the conceptual foundations of the Scandinavian and American movement of school; explores the influence of the school of legal realism on the development of the theory of legal reasoning and reform of the methodology and methods of teaching at law schools. The generalizations and recommendations on

the application of the school of legal realism achievements in the national jurisprudence were proposed based on the research.

Section I, *General Characteristics of the School of Legal Realism* determines the prerequisites and causes for the formation of the Scandinavian and American movements of legal realism. The historical development of school has been analyzed. Based on the analysis of academic papers, the circle of scholars and legal practitioners has been defined whose works and ideas outline the conceptual foundations of the school of legal realism. Moreover, the section analyzes the philosophical and legal phenomenon of “legal reality” in the light of different approaches of philosophical and legal concepts. It was found that the Scandinavian legal realism study was focused on the comprehension of the essence of legal reality and the place of a person in it. By scrutinizing the categories of “existent” and “proper” through the lens of their reflection by knowers, the Scandinavian realists find the origins of legal reality in human psychology. It was found that the American school of legal realism did not concentrate its attention on theoretical issues, however, it focused instead more on the practical part of jurisprudence. At the same time, it originates and takes its theoretical roots from the sociological jurisprudence, which, in turn, found that social interconnections are the main source of the origin and development of legal reality.

Section II, *Comparative Analysis of the Fundamental Ideas of the American and Scandinavian School of Legal Realism*, focuses on determining the foundational ideas of the American and Scandinavian movements of school of legal realism based on an analysis of the academic paper of the founders. The determined core accents and arguments of legal realists of the American movement comprise the essentiality to bring legal theory and practice closer to social reality, which constitutes the living part of law; to analyze the interdisciplinary relations in jurisprudence and the influence of irrational elements on the process of legal perception, especially when judges decide cases. Among the researched fundamental ideas of the Scandinavian movement of legal realism, the following are highlighted: determination of the

human psychology as the main source of law; comprehension of jurisprudence as the empirical science; denial of the existence of any manifestations of metaphysical phenomena in jurisprudence. The theoretical generalization of basic ideas of the school of legal realism' founders is carried out through the thesis. The common and distinguishing features of the American and Scandinavian movement are derived.

Section III, *Achievements of the School of Legal Realism to be Used in the Judicial Practice and Legal Education of Ukraine* analyzes the impact made by the school of legal realism on the development of the theory of legal reasoning and the reform of legal education for the sake of bringing it closer to the legal practice. The tools and conclusions invented by the school that helped overcome legal formalism were analyzed. It was found and proved that legal realists allocated a decisive role to the empirical approach in the perception of reality, which in practice recommended that judges responsibly approach a detailed analysis of the facts of a particular case, which should be reflected in the legal reasoning in judges' decision while resolving the dispute.

It is found that the elements of formalism are inherent to the legal reasoning of domestic judges, which can be overcome by using the achievements of the school of legal realism, not by mechanical transfer, but by taking into account historical, cultural factors, particularities of legal culture and legal thinking.

It is determined that, according to the realists approach, the conclusions reached by them can be embodied primarily by reforming legal education in such a way that students master the knowledge and skills of formulation legal arguments based on an in-depth analysis of the facts of each particular case.

It is established that in order to overcome the formalism in the national jurisprudence, it is necessary to make the academic achievements of legal realists the subject of study by law students. Taking into account the peculiarities of the national legal system, methodological materials, courses, ways and methods of teaching, invented by the School of Legal Realism, can be used in legal education in Ukraine. Moreover, the introduction of a course of the theory of legal reasoning that would

comprise a theoretical generalization of legal realists' achievements constitutes a significant need. Since it will take time to form a new generation of lawyers, it was proposed to introduce at the state level courses, seminars, master classes on mastering skills of legal reasoning, taking into account the achievements of the school of legal realism.

Scientific Novelty of the Obtained Results

In the course of the research, we have obtained the results that are novel to modern domestic legal science, in particular:

For the first time:

- it is established that American legal realism originates from a school of "free law", which was formed and developed in Europe by Eugen Ehrlich and other scholars; the reception of the ideas of the "free law" school in legal realism comes from the development of sociological jurisprudence on the American continent, which is largely reflected in the works of Roscoe Pound;

- it is concluded that the Scandinavian realists, unlike the American, did not concentrate on the arrivals of a "free law" school in Europe as emphasized the greatest importance of psychological rather than social reality;

- it was found that the fundamental basis of the school of legal realism lies in the scope of understanding that when deciding a case, judge should concentrate on the specific elements, this is expressed in the necessity to induct decision through the detailed analysis of the facts, which is then substantiated by legal rules and principles; when considering a case, judges should not restrict themselves to logical methods and consider only legal aspects; other factors, including moral, political, economic background and values, should be taken into account, as well;

- it was found that the conclusions of the school of legal realism had a significant influence on the development of the theory of legal reasoning, that reflected in the perception of law as a phenomenon not detached from real life; objecting to the deduction of a decision from abstract norms and principles, realists

emphasized the need to focus on the facts of a particular case, since abstract norms do not consider all nuances of the individual situations;

- it was found that both movements of the school of legal realism were critical motions aimed at defending the legal systems in which they formed from excessive dogmatism; however, the conceptual difference between the Scandinavian and American legal realism exists in the difference between the legal families in which these two movements of the school were formed and developed. This, in particular, caused different emphases in the research process of movements.

- it was found that despite the fact that the Scandinavian movement of legal realism was in search of legal reality's essence, which is a philosophical and legal category, and American realists were trying to establish practical mechanisms for improving judicial argumentation, the founders of both movements arrived at common conclusion that jurisprudence is an empirical science not detached from real life; therefore, it can be argued that both movements substantiate a realistic interpretation of law in the context of an empirical dimension, but in different ways;

- it was found that the school of legal realism experienced an internal development of positions which reflected both in the dialogues between the realists themselves and in the individual reasoning of founders: from the absolutization of facts (empirical part) and the complete ignoring of legal norms, to finding a balance between them and providing judges with a certain degree of discretion when considering a specific case, which made it possible to apply an individual approach to each particular case on the basis of a synthesis of a detailed analysis of legal norms and facts of the case;

- it is substantiated that the conclusions of the school of legal realism will help to overcome the formalism, the elements of which exist in domestic judicial practice and reassess the importance and understanding of judicial lawmaking, as a phenomenon capable of responding promptly to the dynamism of life;

- it was cautioned that the achievements of the school of legal realism should not be mechanically transferred and implemented in the legal system of Ukraine; it is

important to take into account historical, cultural, and other traditions; particularities of legal mentality and legal thinking.

The following is improved:

- a systematic approach to the prerequisites for the emergence and historical development of the American and Scandinavian movement of a school of legal realism;

- the national scientific and theoretical base by analyzing the fundamental ideas of the school of legal realism on the ground of academic arrivals of realists, which can be used by domestic scientists and practicing lawyers in their daily activities.

The following has been further developed:

- the statement that both movements of legal realism were trying to establish ways to counteract the excessive formalism (dogmatism) that resulted from the development of the legal positivism's concept;

- the conclusion that the development of the American movement of legal realism was based on the countermeasure against "mechanical jurisprudence" (a term introduced by Roscoe Pounds), according to which law was considered as a clearly defined, systematized and logically completed system of norms, principles and categories, isolated from the influence of other sciences and other factors; where the judges shall act as a streamlined mechanism, and the wording of the legal argumentation is narrowed down solely to the analysis of prevailing legal norms without resorting to life reality;

- the statement that legal realists perceived law as a multifaceted living phenomenon that cannot be analyzed solely by the use of formal logic;

- the conclusion that legal realists have placed considerable emphasis on the importance of the law-making function of the courts, arguing that law for an ordinary man is a specific court decision, embracing all the facts that underlie the analysis of the case;

- the statement that in their search for ways to counteract formalism, the realists did not derive logic from the list of tools that a judge should possess, but emphasized the need to avoid abuse of its methods as the ultimate and overriding goal;

- the statement on the groundlessness of criticism of the school of legal realism regarding the absolutization of the discretionary powers of judges, since it was based on a narrow interpretation of the ideas of legal realism;

- the statement according to which the school of legal realism aimed at reforming the methodology and methods of teaching jurisprudence at law schools, emphasizing the importance of analyzing both legal and non-legal phenomena of real life; in this connection legal realists put considerable emphasis on providing future practitioners with practical skills of analysis of all the facts relevant to the case.

The Practical Significance of the Results Obtained

The results obtained can be used to further scientific research on the problems related to the arrivals of the school of legal realism, in particular of judicial lawmaking and the theory of legal reasoning. Moreover, the results of present research can be used in teaching and further improvement of courses and specialized courses of study: "General Theory of Law", "Philosophy of Law", "History of Legal Studies", "Theory of Legal Reasoning", "Judicial Lawmaking"; in writing textbooks and educational materials on these courses, preparing others.

The findings of the study can be applied to the activities of the judicial branch, especially concerning the improvement of judicial reasoning.

Keywords: school of legal realism, American movement, Scandinavian movement, legal formalism, mechanical jurisprudence, legal reasoning, fact analysis, empirical approach, legal reality.

LIST OF PUBLICATIONS RELATED TO THE DISSERTATION

Publications with the main research results of the dissertation:

- 1) Melnyk M. The influence of the school of legal realism findings on the theory of legal reasoning. *NaUKMA Research Papers*. 2017. Vol. 193, Law. P. 26–30.

- 2) Melnyk M. School of legal realism and application of its findings in order to improve system of justice in Ukraine. *Law Review of Kyiv University of Law*. 2016. № 1. P. 56–59.
- 3) Melnyk M. School of legal realism: search of balance between the certainty of legal rules and judicial discretion. *NaUKMA Research Papers*. 2018. Vol. 2, Law. P. 44–48.
- 4) Melnyk M. American and Scandinavian school of legal realism: comparative aspect. *NaUKMA Research Papers*. 2013. Vol. 144-145, Law. P. 67–69.
- 5) Melnyk M. School of Legal Realism and its prospects in Ukrainian jurisprudence. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2017. Vol. 1, No. 1. P.77–81.
- 6) Melnyk M. Reforming of the university education methodology at Law schools in the frame of school of legal realism achievements. *NaUKMA Research Papers*. 2015. Vol. 168, Law. P. 42–45.
- 7) Melnyk M. History of Emergence and Development of School of Legal Realism. *NaUKMA Research Papers*. 2016. Vol. 181, Law. P. 73–76.

Approbation of the dissertation materials:

- 8) Melnyk M. The formation of the American movement of school of legal realism and the application of its findings in national legal science. *The impact of legal science on the development of international and national legislation: abstracts of reports of an international scientific and practical conference* (Kharkiv, February 19-20, 2016). Kharkiv: Public Association “Association of Graduate Law Students”, 2016. P. 9–12.
- 9) Melnyk M. The reception and development of the ideas of Eugene Ehrlich’s “living law” in the school of legal realism: from protecting the interests of unions to human-centrism. *Antoposociocultural nature of law: abstracts of reports of a scientific conference* (Chernivtsi, May 25-27, 2016). Chernivtsi: Chernivtsi nat. Univ., 2016. P. 69–73.

- 10) Melnyk M. The need for intercultural communication in the context of studying the experience of teaching at law schools and analyzing the impact of legal realism on legal education in the United States of America. *Legal discourse in the context of cross-cultural communication and translation: abstracts of scientific and practical student-teacher conference* (Kyiv, December 1, 2016). Kyiv: Academy of Advocacy of Ukraine, 2016. P. 27–29.
- 11) Melnyk M. School of legal realism and its impact on the legal system of Ukraine. Modern problems of the legal system of Ukraine: abstracts of the VII international scientific-practical conference (Kyiv, November 26, 2015). Lviv: “Galician Publishing Union”, 2015. P. 53–54.
- 12) Melnyk M. O. School of Legal realism against formalism and implementation of its achievements in Ukrainian legal system. *Europska tradicia v medzinarodnom prave: uplatnovanie l’udskych prav: Medzinarodna vedecka konferencia* (Bratislava, May 6-7, 2016). Bratislava: Paneuropska vysoka skola, 2016. P. 51–54.

ЗМІСТ

ВСТУП	20
РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ШКОЛИ ПРАВОВОГО РЕАЛІЗМУ	32
1.1. Історія виникнення та розвитку школи правового реалізму	32
1.2. Пошуки правової реальності. Місце людини та фактів у правовій реальності	57
Висновки до розділу 1	73
РОЗДІЛ 2. ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ЗАСАДНИЧИХ ІДЕЙ АМЕРИКАНСЬКОЇ ТА СКАНДИНАВСЬКОЇ ТЕЧІЙ ШКОЛИ ПРАВОВОГО РЕАЛІЗМУ	78
2.1. Фундаментальні засади американської течії школи правового реалізму	78
2.2. Фундаментальні засади скандинавської течії школи правового реалізму ...	91
2.3. Спільні риси та відмінності скандинавської та американської течій школи правового реалізму	101
Висновки до розділу 2	108
РОЗДІЛ 3. НАДБАННЯ ШКОЛИ ПРАВОВОГО РЕАЛІЗМУ, ЯКІ МОЖНА ВИКОРИСТАТИ В СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ ТА ЮРИДИЧНІЙ ОСВІТІ УКРАЇНИ	112
3.1. Використання висновків школи правового реалізму для вдосконалення судової аргументації в Україні	112
3.2. Реформування методології та методики викладання правознавства у вищих навчальних юридичних закладах в контексті здобутків школи правового реалізму.....	172
Висновки до розділу 3	196
ВИСНОВКИ.....	201
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ І ЛІТЕРАТУРИ	209
ДОДАТКИ	234

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. Філософи і юристи завжди шукали відповіді на питання, що таке право, де й коли воно виникає, які форми його існування та основні джерела. Здавалося б, навіщо здійснювати пошук відповіді на теоретичні питання, які не мають практичного застосування. Насправді ці пошуки дають змогу зрозуміти аспекти права, надзвичайно важливі для кожної окремої особи, юристів, держави і суспільства. Одним із яскравих підтверджень цього стало формування протягом XIX – XX століть школи правового реалізму. Історія знає дві течії цієї школи: скандинавську та американську. Науковці, які їх досліджували, стверджують: їхня основна й концептуальна відмінність полягає в тому, що скандинавську течію розробляли філософи, які намагались з'ясувати, що потрібно розуміти під «правовою реальністю»; своєю чергою, фундаторами американського правового реалізму були здебільшого юристи в різних галузях права, які мали досвід практичної діяльності [84, с. 67–68].

До розвитку школи правового реалізму на американському континенті панувала класична (ленгделліанська) концепція, яка розглядала право як логічно сформовану систему норм, принципів і категорій, у межах якої перед правосуддям стояло завдання діяти, як «висококваліфікований механізм». Загалом, школа почала розвиватись, коли авторитет формально-логічного аналізу при здійсненні правосуддя та побудові юридичної аргументації досяг вершини розвитку. Ідеологізація законодавства, що не містить прогалин та враховує всі можливі життєві ситуації; сприйняття судді як механізму, який повинен при розгляді справ технічно застосовувати методи формальної логіки в межах, встановлених законодавством, без будь-яких проявів правотворчості, більше не задовольняли правників. Такий стан речей згодом отримав назву «механічна юриспруденція». Варто підкреслити, що рух проти юридичного формалізму бере свої витоки зі школи «вільного права» Євгена Ерліха,

започаткованої на європейському континенті. Однак, школа не укорінилася в Європі та її ідеї певною мірою були рецепційовані фундатором соціологічної юриспруденції Роско Паундом та представниками американського реалізму.

Згодом, враховуючи напрацювання американських реалістів, подекуди піддаючи їх критиці, значний внесок у розвиток теорії юридичної аргументації як окремий напрям юридичної науки зробив американський правознавець Рональд Дворкін.

Беручи до уваги той факт, що під впливом процесів глобалізації межі, які розділяють континентальну та англо-саксонську правові сім'ї, стають усе тоншими, у зв'язку з чим феномен судової правотворчості зазнає переосмислення, а роль судової влади стає дедалі впливовішою, вкрай важливо зрушити стіну ізоляції від здобутків західної теорії, яка тривалий час упродовж радянського періоду сприймалась як ворожа та піддавалася нещадній критиці.

Актуальність теми цього дослідження зумовлена:

1) явно недостатньою увагою вітчизняного загальнотеоретичного правознавства до об'єктивного дослідження школи правового реалізму, особливо її здобутків, які радянською історико-правовою думкою подавалися виключно в контексті критики;

2) потребою узагальнення наукових надбань, які акумулюють засадничі ідеї школи правового реалізму для використання їх у вітчизняній юридичній практиці, зокрема судовій;

3) необхідністю подолання надмірного формалізму в судовій аргументації вітчизняних судів та поглибленого аналізу в цьому зв'язку скандинавської та американської течій школи правового реалізму – концепцій, які знайшли й розробили шляхи формулювання судової аргументації, наближеної до життєвих реалій, зі здійсненням глибокого та детального аналізу фактів справи;

4) потребою в реформуванні юридичної освіти, її наближенні до юридичної практики та використання для цього зарубіжного досвіду, у тому числі здобутків школи правового реалізму.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Дисертацію виконано на кафедрі загальнотеоретичного правознавства та публічного права факультету правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія» в межах наукового проекту: «Верховенство права: стан та перспективи вдосконалення механізмів його реалізації в Україні» (номер державної реєстрації 0112U007427). Тема та положення дисертації відповідають напрямкам дослідницької діяльності кафедри за вищезазначеним проектом.

Мета і завдання дослідження.

Метою дослідження є аналіз засадничих ідей двох течій школи правового реалізму, з'ясування спільних рис і відмінностей між ними та формулювання теоретичних висновків і рекомендацій, які можуть бути використані в українській юридичній науці і практиці.

Визначена мета зумовила необхідність розв'язання наступних завдань:

- дослідити історію виникнення та розвитку школи правового реалізму;
- проаналізувати фактори, які спричинили формування школи правового реалізму;
- дослідити фундаментальні ідеї американського правового реалізму крізь призму аналізу праць юристів та філософів, які розробляли та досліджували цю течію;
- проаналізувати засадничі ідеї скандинавського правового реалізму та виокремити положення, які можна віднести до наукових надбань течії;
- здійснити порівняльний аналіз скандинавської та американської течій школи правового реалізму;
- дослідити вплив школи правового реалізму на переосмислення природи судової правотворчості та формування теорії юридичної аргументації;

- проаналізувати інструменти та висновки, сформульовані школою правового реалізму, які допомогли побороти юридичний формалізм при вирішенні справ та побудові юридичної аргументації суддями;
- з'ясувати та виокремити аспекти, які варто враховувати й використовувати у вітчизняній судовій практиці у світлі здобутків школи правового реалізму;
- дослідити вплив, який здійснила школа правового реалізму на методологію і методику навчання майбутніх правників, та запропонувати механізми реформування методології та методики викладання правознавства у вищих юридичних навчальних закладах України в контексті здобутків школи правового реалізму.

Об'єкт та предмет дослідження.

Об'єктом дослідження є американська та скандинавська течії школи правового реалізму.

Предметом дослідження є засадничі ідеї американської та скандинавської течій школи правового реалізму, які можна віднести до їхніх здобутків, та можливості використання цих здобутків у вітчизняній юриспруденції.

Методи дослідження. Для забезпечення об'єктивності, всебічності й повноти аналізу окресленого предмета, а також для отримання науково обґрунтованих результатів у дисертаційній роботі використано систему загальнонаукових та спеціальних правознавчих методів. Зокрема, застосовувались:

- *історико-правовий метод*, який дозволив проаналізувати витoki, етапи, умови становлення та розвитку школи правового реалізму;
- *метод системного аналізу*, що використовувався при ознайомленні з працями фундаторів школи правового реалізму та виведенні засадничих ідей;

- *герменевтичний метод* – при тлумаченні текстів філософів та правників щодо розуміння та розкриття змісту філософсько-правового явища «правова реальність»;
- *діалектичний метод* – при аналізі підходів до розуміння категорій «належного» та «сущого», «абстрактного» та «конкретного»;
- *порівняльно-правовий метод* – при аналізі спільних та відмінних рис скандинавської та американської течій школи правового реалізму; при порівнянні формалістичного (механічного) та реалістичного підходів до права та до побудови юридичної аргументації суддями; при аналізі позицій різних філософських та правових шкіл до розуміння правової реальності як феномена;
- *структурно-функціональний метод* – для дослідження діяльності та компетенції суддів при вирішенні справ, здійсненні правотворчої функції та формулюванні юридичної аргументації;
- *методи індукції та дедукції* – при аналізі підходів правових реалістів до побудови судової аргументації;
- *метод правового моделювання* – з метою з'ясування можливості використання здобутків школи правового реалізму у вітчизняній юриспруденції та формування рекомендацій для вдосконалення процедури формулювання судової аргументації у світлі висновків і надбань школи правового реалізму, які можуть бути імplementовані у судову практику України, а також для вдосконалення системи навчання майбутніх фахівців у галузі права;
- *метод документального аналізу*, який використовувався під час вирішення всіх задач дослідження;
- *метод узагальнення* – для формулювання прикінцевих положень проведеного дослідження.

Теоретичну основу дисертації становлять праці правових реалістів скандинавської течії, зокрема В. Лундштедта, К. Олівекрона, А. Росса, А. Хегерстрьома, та американської течії – Б. Кардозо, К. Ллевелліна, Х. Оліфанта, Дж. Франка, О. В. Холмса.

Оскільки школа правового реалізму мала значний вплив на становлення та розвиток західної юридичної науки та практики, її дослідженню присвячено чимало ґрунтовних робіт, публікацій європейських та західних вчених. Зокрема, було проаналізовано роботи таких дослідників: Б. Акермана, Д. Аллена, Г. С. Александра, Ч. Барзуна, Б. Х. Бікса, Р. Вакса, К. Греченіґа, М. С. Гріна, Г. Коулмана, Б. Лайтера, К. Макейя, Е. Паттаро, Й. Сінгера, Б. Таманахи, В. Твінінга, В. Тумоніса, М. Фрімана.

Аналіз ідей соціологічної юриспруденції та школи «вільного права» здійснено на основі робіт Є. Ерліха та Р. Паунда, а також вітчизняних та зарубіжних науковців, які досліджували це питання, а саме: В. Бачініна, В. Бурдяк, А. Георгіци, В. Костицького, В. Лапаєвої, А. Маник, В. Марчука, С. Меленка, С. Сінхи, М. Хертоґа.

Із представників пострадянського простору деякі аспекти школи правового реалізму аналізували такі вчені: Г. Адигезалова, М. Антонов, Є. Афонасін, В. Глазирін, Г. Гурвіч, А. Карапетов, О. Лейст, Г. Мальцев, В. Нерсисянц, А. Скоробогатов, А. Старченко, Ю. Тихонравов, В. Туманов.

В Україні вітчизняна наукова думка стоїть біля витоків ознайомлення з ідеями школи правового реалізму порівняно з ґрунтовними напрацюваннями зарубіжних науковців. Окремим аспектам школи правового реалізму свої дослідження присвятили такі вітчизняні науковці: С. Алаїс, Г. Вдовина, Н. Гураленко, Г. Коваленко, М. Козюбра, В. Копоть, В. Кузнєцов, Г. Мартинишин, С. Погребняк, О. Сердюк, В. Тимошенко, С. Шевчук, О. Щербина.

Таким чином, певні аспекти школи правового реалізму не залишені поза увагою вітчизняних науковців та дослідників з пострадянських країн. Усе ж, незважаючи на наявність певних наукових напрацювань, які фрагментарно розглядають ідеї правового реалізму, на сьогодні відсутні дослідження, присвячені ґрунтовному аналізу робіт фундаторів школи правового реалізму та їхніх висновків, які вплинули, по-перше, на переосмислення феномена судової

правотворчості, по-друге, реформували систему підготовки майбутніх фахівців у сфері юриспруденції. Мало вивченим є питання щодо причин, які зумовили формування школи правового реалізму та історію її подальшого розвитку. Недослідженим залишається вплив висновків правових реалістів на формування теорії юридичної аргументації. У цьому, насамперед, полягає актуальність теми дисертаційного дослідження, її теоретичне та практичне значення.

Наукова новизна отриманих результатів. В процесі проведеного дослідження отримано результати, які є новими для сучасної вітчизняної правової науки, зокрема:

уперше:

- встановлено, що свої витoki американський правовий реалізм бере зі школи «вільного права», яка формувалась та розвивалась у Європі Євгеном Ерліхом та іншими науковцями; рецепція ідей школи вільного права у правовому реалізмі відбувається через розвиток соціологічної юриспруденції на американському континенті, що знаходить своє відображення здебільшого в роботах Роско Паунда;

- зроблено висновок, що скандинавські реалісти, на відміну від американських, не стільки відмовлялися від надбань школи «вільного права» в Європі, скільки наголошували на найбільшій важливості психологічної, а не соціальної реальності;

- встановлено, що фундаментальною основою школи правового реалізму є розуміння того, що при вирішенні справи суддя повинен концентруватись на конкретному, це виявляється в необхідності ухвалювати рішення на основі детального аналізу фактів, яке потім обґрунтовується правовими нормами та принципами; у процесі розгляду справи судді не повинні обмежуватись логічними методами та враховувати виключно правові аспекти, слід брати до уваги й інші чинники, зокрема моральні, політичні, економічні передумови та цінності;

- з'ясовано, що висновки школи правового реалізму мали значний вплив на формування теорії юридичної аргументації, яка не зводилась до сприйняття права як явища, відірваного від реального життя; заперечуючи проти використання методу дедукції, виведення рішення із абстрактних норм і принципів, реалісти наголошували на необхідності при формулюванні аргументації зосереджувати увагу на фактах конкретної справи, оскільки абстрактні норми не враховують усіх тонкощів індивідуальної ситуації;

- на основі проведеного порівняльного аналізу праць фундаторів скандинавського та американського правового реалізму з'ясовано, що обидві течії були критичними рухами, спрямованими на захист правових систем, у яких вони формувались, від надмірного догматизму; разом з тим, концептуальна різниця між ними полягала у відмінності правових сімей, у яких формувались і розвивались названі течії школи, що відобразилось на розстановці ними різних акцентів у процесі дослідження;

- з'ясовано, що, незважаючи на те, що скандинавська течія школи правового реалізму займалася пошуками правової реальності як філософсько-правової категорії, а американські реалісти шукали практичні механізми для вдосконалення судової аргументації, фундатори обох течій доходять спільного висновку: правознавство є емпіричною наукою, не відірваною від реального життя; з чого випливає висновок, що обидві течії обґрунтовують реалістичну інтерпретацію права в контексті емпіричного виміру, але різними шляхами;

- встановлено, що школа правового реалізму зазнавала внутрішнього розвитку, що знаходило свій прояв як у діалогах між самими реалістами, так і у особистих міркуваннях окремих фундаторів: вона пройшла шлях від абсолютизації фактів емпіричної дійсності та повного ігнорування норм права до пошуку балансу між ними з наданням судді певної свободи розсуду при розгляді конкретної справи, який дозволяв застосовувати індивідуальний підхід до її вирішення на основі синтезу детального аналізу норм права і фактів справи;

- обґрунтовано, що висновки школи правового реалізму сприятимуть подоланню формалізму, усе ще властивого вітчизняній судовій практиці, та переоцінці значення й розуміння судової правотворчості як феномена, здатного оперативно реагувати на динамізм життя;

- застережено, що здобутки школи правового реалізму не слід механічно переносити на вітчизняний правовий ґрунт; важливо враховувати історичні, культурні та інші традиції, особливості правового менталітету та юридичного мислення;

удосконалено:

- системний підхід до передумов виникнення та історичного шляху розвитку американської та скандинавської течій школи правового реалізму;

- вітчизняну науково-теоретичну базу шляхом аналізу фундаментальних засад школи правового реалізму на основі праць реалістів, що в подальшому може використовуватись вітчизняними науковцями та практикуючими юристами у своїй діяльності;

отримали подальший розвиток:

- положення про те, що обидві течії правового реалізму шукали механізми подолання надмірного формалізму (догматизму), властивого концепції юридичного позитивізму;

- висновок, що в основі розвитку американської течії правового реалізму знаходилась боротьба з «механічною юриспруденцією» (термін, уведений Роско Паундом), відповідно до якої право розглядалось, як чітко визначена, систематизована та логічно завершена система норм, принципів і категорій, ізольованих від впливу інших наук та інших чинників; де судді повинні діяти, як налагоджений механізм, а формулювання юридичної аргументації зводиться виключно до аналізу сформованих норм права без звернення до життєвої реальності;

- положення про те, що правові реалісти сприймали право як багатогранний живий феномен, який не можна аналізувати лише шляхом використання формальної логіки;

- висновок, що правові реалісти наголошували на важливості правотворчої функції судів, стверджуючи, що для звичайної людини правом виступає конкретне рішення суду з усіма фактами, які покладені в основу аналізу справи;

- висновок, що в пошуках шляхів боротьби з формалізмом реалісти не виключали логіку з переліку інструментів, якими повинен володіти суддя, однак наголошували на необхідності уникати зловживання її методами, що не мають бути кінцевою і найважливішою метою;

- положення про безпідставність критики школи правового реалізму щодо абсолютизації нею дискреційних повноважень суддів, оскільки вона базувалась на звуженому тлумаченні засад правового реалізму;

- положення, відповідно до якого школа правового реалізму мала за мету реформувати методологію та методику викладання правознавства у вищих навчальних юридичних закладах, наголошуючи на важливості аналізу і правових, і позаправових явищ реального життя; у зв'язку з чим її представники акцентували увагу на формуванні у майбутніх правників навиків аналізу всіх фактів, що мають відношення до справи.

Практичне значення одержаних результатів. Одержані результати можуть бути використані для подальших наукових досліджень проблем, пов'язаних із надбаннями школи правового реалізму, зокрема судової правотворчості та теорії юридичної аргументації, а також у викладанні та подальшому вдосконаленні курсів і спеціальних курсів: «Загальна теорія права», «Філософія права», «Історія правових учень», «Теорія юридичної аргументації», «Судова правотворчість»; у написанні підручників та посібників з названих курсів, підготовці інших.

Висновки, сформульовані у дослідженні, можуть бути застосовані в діяльності судів, особливо в частині вдосконалення судової аргументації.

Особистий внесок здобувача. Усі теоретичні та практичні результати, що виносяться на захист, отримані автором самостійно. Пошук та аналіз літературних джерел за тематикою дисертаційного дослідження виконано автором особисто. Самостійно сформульовано висновки і практичні рекомендації, написано та оформлено всі розділи дисертації.

Апробація матеріалів дисертації. Результати проведеного дослідження обговорювались на засіданнях кафедри загальнотеоретичного правознавства та публічного права факультету правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія», а також були апробовані на низці наукових, науково-практичних конференцій та семінарів. Зокрема, основні теоретико-практичні положення, висновки і пропозиції, які містяться у дисертації, були апробовані на науково-практичному семінарі «Юридична аргументація в публічному праві (у фінансовій, податковій та банківській сферах)», що проводився в рамках Днів науки НаУКМА (27 січня 2017 р., м. Київ), науково-практичній студентсько-викладацькій конференції «Юридичний дискурс в контексті міжкультурної комунікації та перекладу» (1 грудня 2016 р., Академія адвокатури України, м. Київ), науковій конференції «Антропосоціокультурна природа права» (25 – 27 травня 2016 р., Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, м. Чернівці), Міжнародній науково-практичній конференції «Європейська традиція в міжнародному праві: реалізація прав людини» (6 – 7 травня 2016 р., Пан'європейська висока школа, м. Братислава, Словачка республіка), Міжнародній науково-практичній конференції «Вплив юридичної науки на розвиток міжнародного та національного законодавства» (19 – 20 лютого 2016 р., Асоціація аспірантів-юристів, м. Харків), VII Міжнародній науково-практичній конференції «Сучасні проблеми правової системи України» (26 листопада 2015 р., Київський університет права НАН України, м. Київ).

Публікації. Основні положення й висновки дисертаційного дослідження знайшли відображення у 12 наукових роботах, з яких 7 статей опубліковано в

наукових фахових виданнях (серед них – 1 в іноземному науковому виданні), а також у 5-ти тезах доповідей у збірниках матеріалів міжнародних і всеукраїнських науково-практичних конференцій.

Структура та обсяг дисертації. Робота складається зі вступу, трьох розділів, висновків, списку використаних джерел та додатку. Загальний обсяг роботи становить 235 сторінок, список використаних джерел становить 281 позицію на 25 сторінках.

РОЗДІЛ 1.

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ШКОЛИ ПРАВОВОГО РЕАЛІЗМУ

1.1. Історія виникнення та розвитку школи правового реалізму

Розвиток громадянського суспільства, духовна ситуація, соціально-політичні події, що мали місце в кінці XIX – на початку XX ст., призвели до виникнення нових явищ, нових потреб і вимог суспільства, які не знаходили свого відображення у раніше сформованих концепціях праворозуміння.

Несприйняття ідеї центральної, найважливішої ролі держави, яка наділена виключними повноваженнями правотворення, що зводилось до нормотворення, змусило юристів, філософів формувати нові концепції, які б відповідали вимогам часу й суспільства [86, с. 73].

Критика юридичного позитивізму отримала широке розповсюдження в континентальній Європі, де виникає нова школа праворозуміння, яка шукає право в реальному житті, суспільних відносинах, почутті справедливості, в емоціях, психології суспільства й виступає проти радикального «буквоїдства». Ця течія отримала назву школи «вільного права», духовним батьком якої став австрійський учений українського походження Євген Ерліх (1862–1922). Особливу увагу фундатори цієї течії, а саме Г. Канторович (Австрія), Е. Юнг, Е. Фукс (Німеччина), Ф. Жені, Р. Салейль, Е. Ланбер (Франція) та інші, приділяли діяльності суддів, їхньому вільному переконанню, пошуку права [86, с. 73–74; 104, с. 178].

У світлі концепції вільного права Євген Ерліх приділяв значну увагу аналізу феномена «живого права», зазначаючи, що це право домінує в житті само по собі, незалежно від того, чи відображене воно у правових нормах. Джерелом пізнання такого живого права є «пряме спостереження за життям,

торгівлею, звичаями, усталеною практикою, за всіма суспільними союзами, не тільки тими, що були визнані законом, але й тими, які в ньому не відображені або навіть не схвалені» [150, с. 493].

Євген Ерліх критикував привалюючий у ті часи формалістичний підхід до права. Для пошуку механізмів боротьби з догматизмом у юридичній науці і практиці, як зазначає В. П. Марчук, науковець за допомогою свого «семінару живого права» збирав фактичний матеріал, який мав спростувати теорію щодо необхідності досліджувати виключно тексти писаного права. Таким чином, Ерліх докладав зусиль для «нового» теоретичного обґрунтування існуючому праву, приділяючи значну увагу дослідженню звичаєвого права, судової практики, явищ реального життя [81, с. 149].

Вітчизняні науковці А. Георгіца, С. Меленко в межах дослідження основоположних ідей Євгена Ерліха резюмували, що, на його думку, в текстах закону неможливо вмістити всю різноманітність соціального життя, тому він і стверджував, що право корениться не в текстах законів, а в житті [34, с. 448].

У своїй праці «Основи соціології права» Євген Ерліх писав: *«Тільки те, що стає невід'ємною частиною життя, стає живою нормою; все решта є звичайною доктриною, нормою для прийняття рішення, догмою або теорією»* [150, с. 41]. Мета цієї роботи полягала в акцентуванні необхідності вивчати «живе право народу», джерелом розвитку якого є не законодавець, а суспільство [65, с. 52].

Євген Ерліх зазначав, що «центр тяжіння правового розвитку лежить не в законодавстві, не в юридичній науці й не в судових рішеннях, а в самому суспільстві» [150, передмова].

Живе право, беручи свої витoki й перебуваючи в центрі розвитку суспільства, саме змінюється відповідно до життєвих потреб, розвивається і вдосконалюється в контексті суспільних відносин [79, с. 90–91]. Таким чином, науковець наголошував на тому, що джерелом віднаходження та пізнання права повинні бути не законодавство, юридична догматика, юридична література, а

безпосереднє спостереження життя, вчинків, вивчення звичаїв, того, що відображає реалізацію права [34, с. 450; 35, с. 13].

На думку вченого, питання права не може бути відокремлене від питання фактів. При вирішенні справи суддя повинен концентруватись на конкретному, а не на абстрактному, що виражається в необхідності виводити рішення із аналізу фактів, яке потім обґрунтовується правовими нормами [150, с. 172–173].

Послідовники Є. Ерліха – Ф. Жені та Г. Канторович – стверджували, що судді при прийнятті рішень не повинні обмежуватись виключно логічними методами, а повинні враховувати моральні, політичні, економічні передумови та цінності [44, с. 273].

Представники школи «вільного права» були переконані в тому, що винесення рішень суддями повинно підпорядковуватись не лише формальній логіці, але й почуттям, емоціям, інтуїції [66, с. 517]. Особиста нота у всі часи була властива судовій практиці, на яку у всі часи певною мірою впливали суспільні, політичні й культурні течії [82, с. 9]. Суддя повинен самостійно відшукати норму для вирішення конкретної справи незалежно від того, вирішує він цю справу на основі правової норми чи без неї [28, с. 45–46].

Ідеї Є. Ерліха та інших послідовників школи «вільного права», як слушно зазначають вітчизняні науковці, хоч і мали значне поширення, однак не були цілком прийняті континентальною європейською правовою традицією, яка все ж більшою мірою тяжіє до суворої ієрархії джерел права, що виявляється у зосередженості на законодавстві як основі для винесення судових рішень [34, с. 449].

Крім того, школа не отримала розвитку в англо-саксонській правовій сім'ї, оскільки в країнах цієї сім'ї судова практика швидше реагує на соціальні зміни й розвивається інтенсивніше, ніж теоретичні знання. Разом з тим, напрацювання Євгена Ерліха значно вплинули на соціологічну юриспруденцію Роско Паунда і в подальшому стали основою для формування й розвитку

американської течії школи правового реалізму [66, с. 518–519; 138, с. 552]. Багато юридико-соціологічних ідей школи вільного права отримали подальший розвиток у школі правового реалізму, у роботах таких учених, як Дж. Франк, Б. Кардозо, К. Ллевеллін та ін. [65, с. 52].

Роско Паунд стверджував, що роботи Євгена Ерліха були найпотужнішою силою того часу, що змогла побороти аналітичний підхід у праві [176, с. 110], а його працю «Основи соціології права» назвав найвидатнішою книгою покоління [218, с. 335].

Своє захоплення працями Євгена Ерліха Роско Паунд висловив у статті «Вдячність Євгену Ерліху», яка була опублікована у *Harvard Law Review* у 1922 році. Для ознайомлення американської аудиторії з концептуальними засадами Євгена Ерліха Роско Паунд брав активну участь у підготовці візиту Ерліха до Сполучених Штатів Америки, який був запланований у 1914 році. Однак, поїздка була зірвана через події Першої світової війни [215, с. 129–130]. Усе ж бажання Паунда зробити думки Ерліха доступними для американської аудиторії реалізувалось у перекладі роботи «Основи соціології права» (“Grundlegung der Soziologie des Rechts”), що було здійснено у 1936 році за сприяння Паунда та з його вступною частиною, у якій надано стислий опис концептуальних основ, які розкриваються у книзі [169, с. 167].

Більш того, американський реаліст Карл Ллевеллін визначав Євгена Ерліха представником реалістичної юриспруденції [169 с. 96]. Дійсно, у працях американських реалістів можна простежити певну рецепцію та розвиток ідей, які первісно були проголошені у школі «вільного права», однак існували і принципові відмінності, які будуть проаналізовані нижче [86, с. 74].

Схожість течій була помічена й радянською наукою. У своїй роботі «Критика сучасної буржуазної теорії права» професор В. О. Туманов зазначав, що неможливо не помітити разючої схожості між положеннями школи «вільного права» та школи правового реалізму. Науковець демонструє схожість ідей школи вільного права та правових реалістів у такому постулаті: «суддя не

повинен бути зв'язаним законом, оскільки життя є багатшим за закон і не може бути охопленим ним, суддя сам творить право, оскільки ніхто не знає, що таке право, допоки воно не протлумачене суддею». Науковець також простежує рецепцію ідей французького юриста, одного з фундаторів школи «вільного права», Жені, який стверджував, що проблема тлумачення права у зв'язку з реальними життєвими відносинами може бути вирішена лише за допомогою інтуїції судді [116, с. 35].

Оскільки засадничі ідеї американського правового реалізму будуть розглянуті в роботі далі, варто зауважити, що, попри схожість ідей школи «вільного права» та правового реалізму, існувала суттєва відмінність, яка демонструє еволюціонування концепції американського правового реалізму в напрямку тяжіння до людиноцентризму [86, с. 74].

Так, у працях Євгена Ерліха основний акцент зроблено на «союзах», які є вихідним джерелом права. Судді ж при формуванні своєї аргументації повинні брати до уваги факти, які виникають і породжуються в союзах [25, с. 53]. Під союзом розуміється сукупність людей, які у своїх відносинах один з одним визнають певні правила як обов'язкові й будують свою поведінку відповідно до них. Союз є витком права, а правові норми знаходять свій вияв, функціонують у суспільних відносинах і не можуть розглядатись окремо або поза суспільними відносинами [150, с. 39]. Таке розуміння правової реальності впливає із джерела та основи живого права, якими є суспільні відносини, що захищаються державою [44, с. 36; 86, с. 74]. Як це було проаналізовано вище і як слушно підкреслює В. І. Бурдяк, Євген Ерліх вбачав, що витки права потрібно шукати в суспільстві, в об'єднаннях і спілках, які його утворюють, таких як сім'я, торговельні об'єднання, общини і в самій державі [28, с. 45–46]. Отже, Є. Ерліх розумів суспільство не як сукупність окремих індивідів, а як комплексне сплетіння людських союзів. Тому, щоб зрозуміти джерела, розвиток та сутність права, потрібно насамперед вивчити порядок, який існує в союзах [83, с. 38–39; 78, с. 31–32, 43–45].

Своєю чергою, у роботах Роско Паунда, Олівера Холмса та й інших правових реалістів можна простежити тяжіння до інтересів і потреб кожного окремого індивіда та до необхідності суддів аналізувати факти, які породжуються внаслідок діяльності окремої людини [86, с. 74; 88, с. 71].

Так, Олівер Холмс стверджував, що правова реальність знаходить своє місце в соціальних зв'язках, а тому наполягав на необхідності емпіричного вивчення юристами живого права. Разом з тим, основою правової реальності є людина, яка живе символами, і те, що «повинно символізуватись образом права, цілком залежить від мислення спостерігача» [37, с. 674]. Тому, на думку науковця, право слід вивчати як «великий антропологічний документ» [170, с. 444].

Джером Франк, надаючи визначення права, розглядав цей феномен крізь призму розуміння кожної окремої людини, зазначаючи: якщо давати визначення праву з точки зору звичайної особи, яка не має юридичної освіти, то для неї правом виступає конкретне рішення суду з усіма фактами, які аналізувались у справі. І поки суд не проаналізує всі факти та не винесе відповідне рішення, для цієї особи право не існує. До моменту винесення рішення є лише попередня позиція юриста щодо прогнозованого рішення судді, яке саме по собі не є правом [153, с. 50]. Таким чином, Джером Франк ставить людину в центр творення та існування правової реальності.

Українська науковиця Г. Й. Мартинишин у своєму дослідженні справедливо підкреслює, що «реалістична парадигма правозастосування дала можливість проявитись аксіологічному боку права» [80, с. 82].

Незважаючи на відмінності, які існували між школою «вільного права» та школою правового реалізму, рецепція та розвиток ідей Євгена Ерліха простежується в роботах американського правового реалізму, про що неодноразово зазначали й самі реалісти, наголошуючи на важливості і прогресивності думок ідеолога концепції «живого права» [88, с. 72]. Одну з причин, чому школа «вільного права» свого часу не знайшла сприйняття на

європейському континенті, а школа правового реалізму зазнала значного розвитку в Америці, наводять у своїй спільній статті швейцарський правник Крістоффел Греченіг та американський правник Мартін Гелтер. Той факт, що «в США правовий реалізм мав великий успіх у той час, коли в німецькомовних країнах школа вільного права зазнала фіаско, може бути частково пояснений політичними факторами і особливо роллю судового контролю в США. Протистояння між консервативними суддями, які користувалися формалістськими аргументами для обмеження прогресивного соціального законодавства, і передовими вченими-юристами стимулювало розвиток правового реалізму, оскільки відкривало вченим можливість для спрямування своєї критики проти суддів» [163, с. 308].

До початку Другої світової війни школа вільного права знайшла визнання не тільки серед вчених, а й серед суддів. Деякі з них навіть всупереч тривалій правовій традиції вважали, що судові рішення мають таку ж юридичну силу, як і закон. Занепад, а потім і повний крах руху були частково обумовлені неправильним розумінням основних його ідей. Разом з тим, як зазначають Крістоффел Греченіг та Мартін Гелтер, незважаючи на перешкоди, школа «вільного права» все одно могла б продовжити своє існування, якби до влади не прийшов фашистський режим. В силу того, що деякі представники школи вільного права мали єврейське походження, сама ця школа правової думки часто ставала об'єктом висміювання. У результаті введення фашистського режиму багато вчених, які підтримували школу «вільного права», були позбавлені займаних посад, що призвело до її швидкого занепаду. У зв'язку з цим до початку Другої світової війни у правовій школи не було можливості продовжити свій розвиток ніде, крім Сполучених Штатів Америки [163, с. 351–352].

Історично школа правового реалізму сформувалась як реакція на механічну юриспруденцію, що тривалий час панувала у правознавстві та юридичній практиці.

У кінці XIX – на початку XX століття в юриспруденції Сполучених Штатів Америки панувала класична правова думка, якою в ті часи називали американський правовий формалізм. Період правового формалізму пов'язують з іменем американського науковця Крістофера Коламбуса Ленгделла (Christopher Columbus Langdell, 1826 – 1906), а його послідовників називали «ленгделліанцями» [21, с. 5]. Відповідно до позиції Крістофера Ленгделла, загальні правові принципи повинні виводитись із судових рішень, а на них, своєю чергою, повинна формуватись внутрішньо узгоджена система права. На основі цих сформованих принципів у подальшому дедуктивно можна виводити рішення для конкретних спорів, що виникатимуть у майбутньому. Своєю чергою, ті судові рішення, які не відповідають уже сформованій системі, потрібно ігнорувати як такі, що є помилковими, таким чином, позбавляючи суд права на правотворчість. Таку послідовність дій у процесі судової правотворчості почали називати формалізмом [141, с. 279], а Роско Паунд, критикуючи, називав це «механічною юриспруденцією» [21, с. 5]. Відповідно до ленгделліанської теорії право розумілось як наука, захищена від впливу інших наукових дисциплін [163, с. 311]. Окрім того, центральною ідеєю класичної правової думки був поділ права на приватне й публічне і надання приватному праву політично нейтрального статусу. Відповідно до цього підходу держава повинна займати нейтральну позицію при виникненні конфліктів серед груп інтересів і не втручатися в перерозподіл ресурсів [163, с. 311].

У середині дев'ятнадцятого століття класичний юридичний формалізм характеризувався прагненням того, щоб правова система була побудована на основі загальної формальності за допомогою концептуального порядку, який мав виявлятися у підпорядкованості значної кількості правил «нижнього рівня» категоріям і принципам «вищого рівня», і ці правила повинні бути основою сформованих прецедентів, які, своєю чергою, можна вивести із принципів.

Право розглядалось як логічно сформована система норм, принципів і категорій [141, с. 279].

Перебуваючи під впливом руху німецької правової науки і прагнучи сформувати роль права як академічної дисципліни, Крістофер Ленгделл вирішив підняти право на рівень серйозного й точного наукового механізму за зразком фізики або геометрії. Ленгделліанська концепція права приписувала сфері права такі три наукові характеристики:

а) визначеність (правові висновки можна отримувати з упевненістю, вони лише несуттєво залежать від індивідуального розсуду);

б) систематизованість (право ґрунтується на пов'язаному й обмеженому наборі абстрактних принципів);

в) автономія (право є відокремленим від інших сфер) [92, с. 68].

У 1930 році, у часи Великої депресії, професор Карл Ллевеллін у *Harvard Law Review* стверджував, що хвилювання в державі і праві вже позаду, оголосивши час «реалізму» – потужної правової течії. Ось що він зазначив: «Сфера інтересів стала ширшою, люди знову почали цікавитись життям, яке обертається навколо юридичних явищ. Перед правилами були факти, спочатку був не Світ, а діяння, позаду рішень стоять судді, судді – це люди... На протилежному боці рішень стоять люди, яких воно безпосередньо чи побічно зачіпає» [196, с. 1222]. Ці слова втілюють центральну ідею школи американського реалізму, відповідно до якої людина перебуває всередині правової реальності, а її інтереси є первинними [86, с. 74].

Отже, у центрі розвитку філософії права в Америці в 1920 – 1940-х роках була діяльність вільної групи теоретиків і практиків, яка отримала назву школи правового реалізму. Американський правовий реалізм виникає як антипод правовому формалізму, засадничі ідеї якого більше не задовольняють юристів і на цьому континенті [190, с. 1153]. Свої ранні витoki школа бере у дослідженнях О. В. Холмса (1841-1935), Роско Паунда (1870-1964), Євгена Ерліха та інших представників школи «вільного права» [138, с. 552].

Найбільший внесок у розвиток школи зробили Карл Ллевеллін (1893 – 1962), Джером Франк (1889 – 1957), Бенджамін Натан Кардозо (1870 – 1938), твори яких стали класикою течії [134, с. 1128]. Поряд із ними відомими розробниками школи стали Т. Арнольд, В. Кук, Х. Інтема, Л. Грін, А. Мур, Х. Оліфант, І. Кларк, М. Радін та інші [164, с. 1919; 189, с. 951].

Незважаючи на те, що становлення і розквіт школи правового реалізму, яка ідентифікується з вищезазначеними науковцями та правниками й найбільшим чином розвивалась у правничих школах трьох університетів – Єльському, Колумбійському та Гарвардському в 1920-х, 1930-х роках [242, с. 9; 164, с. 1917], існують свідчення, що перші прояви зародження ідей саме на американському континенті мають значно давніші корені. Так, американський правник Браян Таманаха зазначає, що на той момент, коли реалісти вийшли на подіум, «реалізм суддівства часто та голосно циркулював усередині та поза юридичними колами щонайменше протягом існування останніх двох поколінь» [240, с. 78].

Відомий американський юрист Френсіс Лібер (1798 – 1872) у своїй роботі «Правові та політичні герменевтики або принципи тлумачення і інтерпретації в галузі права і політики» (1830 р.) зазначав, що при прийнятті рішень суддями багато що залежить від певного інтуїтивного почуття, яке не є похідним від логічного ходу мислення, проте пов'язане із попереднім здобутим досвідом [192, с. 236–237]. Прийняття рішень у спірних питаннях відбувається не за допомогою математичних формул, а інтуїтивний поштовх, який допомагає прийняти правильне рішення, не зумовлюється свавільним вибором чи необґрунтованою перевагою, він (інтуїтивний поштовх) має бути наслідком напрацьованого багаторічного досвіду і здобутої практики в розгляді багатьох детальних справ [192, с. 237].

У процесі розкриття фундаментальних засад школи правового реалізму Джером Франк у своїй роботі «Право та сучасна свідомість» цитує видатного американського правознавця та суддю Джеймс Кента (1763 – 1847), який

описував процес прийняття ним рішення, зазначаючи: «Спочатку я повинен стати «майстром фактів», після цього я можу визначити, де знаходиться справедливість, потім я приділяю час на пошук джерел права ... але я майже завжди знаходжу принципи, які підтримують мою позицію по справі» [153, с. 104].

Американський правознавець Вілліам Хаммонд, якого відносять до групи формалістів, у 1881 році зазначав, що найбільш чесний суддя знає, що джерело прийняття ним рішення є не судова практика, а загальне право справедливості відносно справи. До судової практики суддя звертається для обґрунтування попередньо прийнятого рішення. Правник також стверджує, що, незважаючи на опис права у справі, справжня основа прийнятого рішення знаходиться у фактах, які передують прийнятому рішення. *Влада судді полягає у тому, як він викладе факти відповідно до свого бачення* [Цит. за: 239, с. 1246].

Зародження правового реалізму приписують правнику Оліверу Холмсу [241, с. 1368], який у 1881 році у своїй роботі «Загальне право» писав, що «життя права полягає не в логіці, а в досвіді» [172, с. 1].

Суддя Джон Ділон, один із найвідоміших суддів у ті часи, у 1886 році писав, що будь-яке рішення повинно прийматись шляхом його виведення з детального аналізу конкретних фактів і законодавства, якщо існує таке, яке можна застосувати. Деякі судді також виносять рішення на підставі застосування загальних принципів, інші – заперечують або сумніваються в розумності застосування принципів [Цит. за: 239, с. 1249].

Правник Остін Аббот у своїй статті «Існуючі питання юридичної освіти», опублікованій у 1893 році у *Yale Law Journal*, писав, що багато юристів «звикли розглядати право як статичну систему незмінних принципів разом з принципом дедукції, необхідність застосування якого до нових справ з різними обставинами справ диктує логіка». Автор зазначає, що сто років тому можна було керуватись цією концепцією, і водночас пропонує відірватися від писаного права і звернути увагу, на чому саме судді фокусують свою увагу при побудові

аргументації. Настав той час, зазначав він, коли право – це вже «не просто система логіки, що характеризується негнучкими правилами, які мають вищу силу над тим, до чого вони застосовуються, за допомогою негнучких ліній силогізму та методу дедукції». Автор підкреслює, що сучасна система вимагає, щоб «юриспруденція сприймалась не як система команд, а як *юриспруденція загального добробуту*, створена за допомогою *вільного формування аргументації на основі реальних фактів життя*» [129, с. 2–3].

У 1908 році у своїй промові перед Конгресом президент Сполучених Штатів Америки Теодор Рузвельт проголосив, що «рішення суддів з економічних та соціальних питань залежать від економічної та соціальної філософії самих суддів, і для прогресивного розвитку суспільства у 20-му сторіччі потрібно завдячувати тим суддям, які йдуть в ногу з економічною та соціальною філософією, що характеризують 20-те століття» [160, с. 354].

Теодор Шрьодер у 1918 році одним із перших аналізував чинник впливу психології судді на процес прийняття рішення, відзначаючи, що «кожне судове рішення є обґрунтуванням особистого імпульсу судді відносно ситуації, яку він розглядає, і *характер цього імпульсу залежить від попереднього життєвого досвіду судді*» [229, с. 93].

Один із найвидатніших фундаторів соціологічної юриспруденції Роско Паунд у 1909 році писав, що «юриспруденція йде останньою в марші наук, що стоїть осторонь від методу дедукції [виведення висновків] з наперед визначених концепцій» [217, с. 610]. Правознавець зазначав, що соціологічна школа є течією в юриспруденції, яка «покликана поставити людський фактор у центральне місце й відправити логіку як інструмент на її справжнє місце» [217, с. 609–610]. Однак, правник скаржить, що у 1909 році в Америці розвиток такої позиції мав ще дуже слабку підтримку [242, с. 23]. Ці та інші думки можуть бути інтерпретовані як передумови виникнення школи правового реалізму.

Термін «соціологічна юриспруденція» використовувався Роско Паундом, одним із основоположників цієї теорії, як антипод «механічній юриспруденції» [217, с. 609–610]. У своїй роботі «Механічна юриспруденція» він називає «механічну юриспруденцію» науковою, обґрунтовуючи це тим, що так вважають ті, хто нею керується. Однак, на його думку, вона не є наукою взагалі, оскільки зникла необхідність дотримуватись науковості лишень для того, щоб дотримуватись жорсткого алгоритму висновків із наперед визначених концепцій. Ідея науки як системи дедукцій застаріла, і ця революція, яка відбулась у дев'ятнадцятому столітті в інших науках, повинна вплинути і впливає також і на юриспруденцію [217, с. 608]. Р. Паунд стверджував: «Правові системи мають свої періоди, в межах яких наука вироджується, система стає технічною, а наукова юриспруденція стає механічною юриспруденцією» [217, с. 607].

Таким чином, соціологічна юриспруденція виникла як протест проти існуючого порядку й неспроможності правової системи ефективно вирішувати соціальні проблеми. У сфері права це була боротьба проти «механічної юриспруденції», прихильники якої вважали, що всі правові ситуації вирішуються за допомогою права й не потрібно залучати в цей процес соціальні елементи [21, с. 13]. До речі, саме Роско Паунд увів у науковий обіг словосполучення «механічна юриспруденція», що згодом став позначати той феномен, з яким боролись правові реалісти.

Існує позиція, відповідно до якої в межах американської соціологічної школи можна виділити класичну американську соціологічну юриспруденцію, яка заклала основи цього напрямку в США, і радикальний напрям, який із неї розвивався – реалістичну школу права [21, с. 12]. У межах цієї класифікації до фундаторів соціологічної юриспруденції відносять Олівера Холмса, Роско Паунда та Бенджаміна Кардозо, а до основних і найвидатніших фундаторів правового реалізму – Джерома Франка та Карла Ллевелліна [151, с. 75].

Усе ж більшість науковців не відносила школу правового реалізму до соціологічного руху в правовій науці, а відокремлювала в самостійний, самоідентифікований напрям [221; 104, с. 173; 47, с. 504; 67, с. 539–545]. Більшість американських реалістів була юристами-практиками, фахівцями в галузі цивільного, комерційного, підприємницького та інших галузей права, яких хвилювали лише практичні питання роботи адвокатів, суддів та інших осіб, діяльність яких певним чином корелювала із застосуванням права в житті. Багато реалістів, перш ніж звернутися до наукових досліджень, займалися адвокатською практикою [67, с. 542]. Саме через щоденну зосередженість на проблематичних питаннях, на які наштовхувались правові реалісти у своїй роботі, вони сконцентрували свою увагу на питаннях практико-прикладного характеру. Вони досить рідко зверталися до аналізу соціальних умов виникнення й розвитку права, його взаємодії з іншими нормативними системами суспільства, винятком щодо цього були роботи Карла Ллевелліна. Центральне місце в роботах реалістів займали проблеми, пов'язані з процесом ухвалення судових рішень [67, с. 544]. Саме така практична спрямованість відрізняла школу правового реалізму від інших правових шкіл та течій, зокрема соціологічної юриспруденції.

У найвідомішому американському юридичному словнику «Black's Law Dictionary» надається таке визначення соціологічної юриспруденції: «Це філософський підхід до права, який наголошує на існуючому соціальному впливі правових інститутів, доктрин і практик. Цей впливовий підхід був започаткований Роско Паундом у 1906 році і став предтечею правового реалізму» [140, с. 933].

Між тим, хоч Роско Паунд був фундатором соціологічної юриспруденції, низка науковців відносять його також до ранніх представників школи правового реалізму [226, с. 547; 240, с. 2; 21, с. 13]. Насправді Паунд присвятив американській школі правового реалізму статтю під назвою «Заклик до реалістичної юриспруденції» («The Call for a realist jurisprudence»), у якій

висловив своє ставлення до школи правового реалізму [221]. У цій статті Паунд виступає відстороненим оцінювачем школи правового реалізму. Він зазначав: «...наша несвідома міра є тією, що відображає філософію, психологію і юридичну науку минулого, у той час як вони [реалісти] борються за те, щоб упорядкувати всі речі таким чином, аби вони відповідали філософії і психології сьогодення і таким чином створювали правову науку двадцятого сторіччя» [221, с. 697]. Незважаючи на розходженість позицій щодо належності Роско Паунда до американського правового реалізму, беззаперечним є його вплив на школу, яка бере свої витоки із соціологічної юриспруденції.

Таким чином, продемонстровано, що школа правового реалізму мала власну передісторію виникнення та розвитку на американському континенті. Ідеї американських юристів, суддів, які існували до того, як школа сформувалась і виокремилась у власний рух, свідчать про те, що юридична спільнота поступово готувалась до боротьби з формалізмом і у зв'язку з цим позитивно сприйняла ідеї, проголошені реалістами.

Як уже зазначалось, більшість представників американської течії школи правового реалізму була юристами-практиками, що значно вплинуло на прикладний характер висновків, які ними формувались.

В умовах сьогодення для того, щоб ставитись до тих чи тих висновків як до авторитетних, визначним є професійний портрет особистості, яка їх формує. Тому стисло проаналізуємо історію професійної діяльності основних фундаторів школи правового реалізму.

Олівер Вендел Холмс (1841 – 1935) мав практику адвокатської діяльності, понад п'ятдесят років він працював суддею у Верховному суді штату Массачусетс та у Верховному суді Сполучених Штатів Америки [247, с. 3].

О. Холмс закінчив Гарвардський коледж у 1861 році. Найбільший вплив на формування його особистості зробила служба під час громадянської війни. Він був тричі важко поранений, переживання, яких він зазнав, привели його до

розуміння жорстокості життя як нескінченного конфлікту, у який потрапляє доля людини.

Після закінчення в 1866 році юридичного факультету Гарвардського університету О. Холмс недовго займався юридичною практикою, а потім присвятив наступне десятиліття підготовці лекцій з історії та структури загального права, які згодом стали його відомою працею під назвою «Загальне право» (*The Common Law*, 1881). Після нетривалого викладання конституційного права на юридичному факультеті Гарвардського університету О. Холмс був призначений у 1882 році до Верховного Суду штату Массачусетс, де він працював протягом 20 років [273; 274]. У 1902 році президент США Теодор Рузвельт призначив Олівера Холмса на посаду судді у Верховному Суді, яку він обіймав до 1932 року [270]. Завдяки перебуванню на посаді судді Верховного Суду США та написанню відомих публікацій О. Холмс став авторитетом для цілого покоління юристів [21, с. 5].

Джером Франк (1889 – 1957), який зробив чи не найбільший внесок у розвиток школи, був юристом-практиком зі значним досвідом представництва справ у судах [187, с. 53]. Він закінчив юридичну школу Чиказького університету у 1912 році з найвищими оцінками в історії школи. Згодом займався практичною юридичною діяльністю. Між 1933 та 1941 роками Франк працював головним юрисконсультантом в Управлінні регулювання сільського господарства, спеціальним радником Реконструктивної фінансової корпорації та одночасно уповноваженим та головою Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку. У 1941 році Рузвельт призначив Джерома Франка суддею апеляційного суду, де він пропрацював до кінця свого життя. Будучи суддею апеляційного суду, Франк був відомим як рішучий захисник громадянських свобод, а також через свій вплив на Верховний Суд завдяки своїм письмовим думкам та особистій взаємодії з суддями. Він також відомий завдяки своїм науковим напрацюванням. Особливий вплив на американську юриспруденцію здійснили його роботи «Право та сучасне мислення» (*Law and the Modern Mind*,

1930), що стала однією з центральних робіт школи правового реалізму, та «Суди в процесі розгляду справи: Міф і реальність в американському правосудді» (*Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice, 1949*) [260; 261; 275].

Карл Ллевеллін (1893 – 1962) народився та навчався в Сполучених Штатах Америки, однак після закінчення середньої школи поїхав здобувати освіту протягом двох років до Німеччини. У 1911 році він вступив до Єльського університету, а в 1914 році навчався в Сорбонні в Парижі, щоб опанувати латинь, право і французьку мову. На початку Першої світової війни служив у німецькій армії, де був поранений. Досвід навчання й перебування в Європі згодом значно вплине на його думки, що втілились у наукових роботах. Повернувшись до Єльського університету, Карл Ллевеллін закінчив юридичну школу, а згодом протягом двох років викладав комерційне право в Єльському університеті. Перебуваючи в пошуках практичної юридичної діяльності, Ллевеллін почав працювати в Державному муніципальному банку Нью-Йорка, а згодом ще два роки – у юридичній фірмі. Після здобуття досвіду практичної діяльності повернувся викладати в юридичну школу Єльського університету. Згодом він викладав у Колумбійському університеті. У 1950 році Карла Ллевелліна було обрано на посаду Президента Американської асоціації шкіл права. Наступного року він почав викладати в юридичній школі Чиказького університету *загальну теорію права та юридичну аргументацію* [280]. Відомими працями Карла Ллевелліна є «Кущ ожини: про наше право та його вивчення» (*The Bramble Bush: On Our Law and Its Study, 1930*), «Традиція загального права» (*The Common Law Tradition-Deciding Appeals, 1960*), «Юриспруденція: реалізм в теорії і практиці» (*Jurisprudence: Realism in Theory and Practice, 1962*).

Бенджамін Натан Кардозо (1870 – 1938) мав багаторічний досвід практичної діяльності у сфері права, працював суддею, а згодом – головою апеляційного суду штату Нью-Йорк та суддею у Верховному суді Сполучених

Штатів Америки. Кардозо закінчив юридичну школу Колумбійського університету [279]. Після закінчення університету протягом 23 років займався юридичною практикою, ставши відомим юристом та адвокатом, аж доки його призначили у 1914 році суддею Нью-Йоркського апеляційного суду. У 1932 році президент Герберт Гувер призначив Бенджаміна Кардозо на посаду судді Верховного суду, де він відзначився рішеннями, які були пронизані думками про необхідність праву відображати реальність і потреби сучасного життя [256]. Кардозо вірив, що, обіймаючи посаду судді, він повинен поважати прецедент, історію і повноваження інших гілок влади. Він вважав, що при здійсненні судочинства необхідно методологічно та неупереджено брати всі ці чинники до уваги [266]. На науковому терені він залишив по собі безцінний спадок – роботу «Природа судового процесу» (*The Nature of the Judicial Process*, 1921) [256].

У центрі наукової думки американських реалістів був аргумент, що, по-перше, право є раціонально невизначеним, оскільки доступна правова основа не може обґрунтувати унікальне індивідуальне рішення судді, та, по-друге, право не має причинно-наслідкового, пояснювального характеру в тому розумінні, що правового обґрунтування недостатньо для пояснення, чому суддя вирішив так, а не інакше [187, с. 51].

Реалістичний рух в американській правовій системі мав за мету перетворити методику та методологію вивчення права, вказуючи на необхідність аналізу *соціологічних, психологічних і економічних та інших значущих чинників* [25, с. 47].

Основне завдання правового реалізму полягало в необхідності побороти юридичний формалізм, який знаходив свій вияв у механічному, силогістичному підході до вирішення справ. Американські правові реалісти розвивали у своїх працях думку про необхідність емпіричного вивчення живого права, детального аналізу фактів при вирішенні суддями справ із подальшим пошуком належної правової норми [86, с. 74; 88, с. 71].

На противагу підходам класичної школи правового формалізму, реалісти заперечували поділ права на публічне і приватне [163, с. 315].

Така позиція зумовлена розумінням, що рішення судів стосовно правового режиму власності та прав, що випливають із договорів, є актами органу державної влади, які (рішення) формують структуру «приватного» права шляхом їх винесення та приведення до виконання, у зв'язку з цим не повинно бути презумпції невтручання держави в цю «приватну» сферу. Не існує природного орієнтиру, за межі якого державна влада не може виходити, щоб не стати «інтервенціоністом», і не існує об'єктивного орієнтиру, оскільки цей орієнтир сам по собі є результатом державного регулювання [188, с. 1980–1981].

Центральна ідея американської течії правового реалізму полягала в розумінні того, що першочергово судді повинні вирішувати справи, формулювати юридичну аргументацію не шляхом формального застосування норм законодавства, а на підставі детального аналізу фактів кожної окремої справи [84, с. 68].

Американський правовий реалізм, який створив власну традицію «боротьби з формалізмом», став інтелектуальною основною течією розвитку правничого навчання і практики, а також загальної правової теорії в Америці [179, с. 114].

Школа правового реалізму як окремий рух існувала недовго, але її вплив був визначальним та довговічним [241, с. 1379].

Варто зазначити, що активний розвиток правового реалізму в першій половині двадцятого століття не був єдиною фазою існування течії. Так, у 1997 році група науковців почала вести дискусії про побудову плану розвитку проекту Нового правового реалізму (*New Legal Realism project*) [264].

Мета нового правового реалізму полягає у розробці точних та діючих міждисциплінарних підходів до емпіричного вивчення права. Спочатку проект розвивався під егідою Американської асоціації юристів та Інституту правових

досліджень при юридичній школі Університету Вісконсин-Медісон, згодом учені з багатьох закладів долучились до заходів і подій у рамках проекту нового правового реалізму [272].

Те, що проект є масштабним, засвідчують характеристики його організаторів. Так, Американська асоціація юристів була заснована у 1878 році та є однією з найбільших у світі добровільних професійних організацій, яка налічує майже 400 000 членів; штаб-квартира розташована в Чикаго, офіс – у Вашингтоні. Основна мета діяльності організації полягає у вдосконаленні правничої професії, усуненні упередженості та просуванні верховенства права на всій території Сполучених Штатів і в усьому світі. Серед своїх цілей асоціація проголошує розроблення ресурсів для юристів-практиків, удосконалення правосуддя, акредитування юридичних шкіл, розроблення етичних кодексів та інше [257].

На офіційному сайті Американської асоціації юристів зазначено, що в останні роки юридичні вчені виявили відроджену цікавість до соціальної науки. Проте, станом на сьогодні не існувало ніякої організованої парадигми в рамках юридичної академії для перетворення й інтеграції різних соціальних наук і методологій. Як і «старі» правові реалісти, новий проект прагне взяти найкраще з сучасної соціальної і правової науки для того, щоб зробити правильні акценти в побудові політики розвитку цієї галузі, але з урахуванням нових знань декількох останніх поколінь [272].

Скандинавська течія школи правового реалізму розвивалась паралельно з американською на початку та в середині XX століття та виникла у зв'язку з пошуками правознавцями та філософами механізмів витіснення юридичного позитивізму з поля розвитку правової науки [234, с. 1]. Однак, крім різниці в географічних просторах, існували й інші відмінності двох шкіл, які будуть проаналізовані в наступних розділах.

Заперечення існування метафізичних явищ у правовій реальності досягло свого апофеозу саме у скандинавській школі правового реалізму [243, с. 154].

Акцент скандинавського реалізму було спрямовано на поглиблене вивчення правових питань у світлі психологічних та соціальних аспектів, і цим він зробив значний внесок у розбудову юридичної науки [77, с. 182].

Скандинавська течія правового реалізму характеризувалась радикальною прихильністю до емпіризму, яким обґрунтовували й визнавали як єдину реальність тільки ті явища, які відображаються в почуттях людини чи її психологічних відчуттях і переживаннях. Вони критикували будь-які прояви метафізики в праві як такі, що не підлягають емпіричному спостереженню [64, с. 262].

Зародження і подальший розвиток скандинавського реалізму пов'язують з «уппсальською школою філософії», засновником якої вважається Аксель Хегерстрьом (1868 – 1939), один із найвідоміших філософів Швеції тих часів [77, с. 183].

Аксель Хегерстрьом закінчив філософський факультет Уппсальського університету (Uppsala University), а згодом викладав у ньому з 1911 до 1933 року практичну філософію [200, с. 222]. Відомою працею Хегерстрьома є «Дослідження природи права і моралі» (*Inquiries into the Nature of Law and Morals*).

Фундатор скандинавської течії школи правового реалізму висловлював категоричну позицію проти ідеалізму в науці, праві та моралі [137, с. 36]. Він намагався поставити питання про вивчення права таким, як воно існує в емпіричній реальності. Своєю чергою, емпірична реальність знаходить своє відображення у соціальних зв'язках та психології особистості [23, с. 645].

Аксель Хегерстрьом критикував наявні концепції філософії права за те, що вони ґрунтуються на метафізичних явищах, що виявляється у використанні при поясненні чи обґрунтуванні правових понять, явищ, які неможливо спостерігати [64, с. 264].

Позиції фундатора школи були антиметафізичними. На його думку, метафізика є нічим іншим, як грою слів. Це виявляється в тому, що певні слова

використовуються так, ніби вони мають реальне значення, а насправді такого не мають. Він вважав, що всі метафізичні поняття є підробленими. Свою позицію Хегерстрьом пояснює тим, що у випадках, коли юриспруденція помилково зводить ідеї прав і юридичних обов'язків до вираження волі влади, яка виражається у можливості надавати захист, вона має справу з ідеями, які є відірваними від реальності. Свою чергою, те, що існує реальна воля, яка виражається у праві, не підтверджується фактами [211, с. 127–130 , 142–143]. Позиція скандинавського реаліста полягала в тому, що поняття, які не підтверджуються фактами, не мають відповідної предметно-об'єктивної моделі або структури та не мають свого вияву у відчутній реальності, доступній фізичному впливу та емпіричній перевірці [77, с.186].

Праці цього філософа можна віднести до категорії «радикального скандинавського правового реалізму», адже Аксель Хегерстрьом категорично заперечував існування правових норм та таких юридичних категорій, як «права», «обов'язки» та інші, оскільки вони не знаходять свого відображення в реальному житті [86, с. 75].

Відомий австрійський, а згодом американський правник Альберт Армін Ехренцвайг (Albert Armin Ehrenzweig, 1906 – 1974) у своєму відгуку на роботу А. Хегерстрьома «Дослідження природи права і моралі» (Inquiries into the Nature of Law and Morals) зазначав: «Він був одним з тих рідкісних філософів, які, перш ніж намагатися проаналізувати і спростувати думку інших, відчують себе зобов'язаними отримати «певні реальні знання» фактів, на яких вони будуватимуть свою позицію» [149, с. 116].

А. Хегерстрьом здійснював пошуки суті права. В історію юридичної науки, як і багато хто до нього й після нього, увійшов до складу будівельників «вежі Вавилону», якою є наука, що складається зі «шкіл юриспруденції» [149, с. 117].

Послідовниками Аксея Хегерстрьома були Вільгельм Лундштедт, Карл Олівекрона та Альф Росс. Останній стверджував, що «всі метафізичні явища є химерами, і не існує іншого пізнання, ніж емпіричне» [223, с. 298].

Вільгельм Лундштедт (1882 – 1955) був одним із провідних юридичних мислителів Уппсальської школи правознавства та послідовником фундатора скандинавської течії школи правового реалізму Аксея Хегерстрьома.

Він вивчав право в Лундському університеті, а згодом викладав приватне право в Уппсальському університеті з 1914 до 1948 року [238, с. 465]. Окрім того, в період з 1929 до 1948 р. Лундштедт був членом парламенту Швеції [237, с. 65–66].

Відомими працями Вільгельма Лундштедта є: «Право і справедливість», (*Law and Justice*, 1952), «Ірраціональний передсуд або раціональність в боротьбі за мир» (*Superstition or Rationality in Action for Peace*, 1925), «Відповідальність юридичної науки за долю людини і націй» (*The Responsibility of Legal Science for the Fate of Man and Nations*, 1933).

Карл Олівекрона починає своє есе про Аксея Хегерстрьома з такого спостереження: «У двадцяті роки під впливом Аксея Хегерстрьома і його друга послідовника Вільгельма Лундштедта правова теорія у Швеції зазнала нового повороту» [Цит. за: 234, с. 16].

Карл Олівекрона (1897 – 1980) був шведським філософом та юристом. У 1920 році він закінчив юридичний факультет Уппсальського університету, згодом, з 1921 до 1923 р., працював клерком в окружному суді в м. Уппсала. У 1924 році Олівекрона почав працювати над своєю докторською дисертацією в Уппсальському університеті і в 1928 році отримав ступінь доктора. Після цього він почав спеціалізуватись на процесуальному праві і в 1933 році був призначений професором процесуального права в Лундському університеті [232, с. 19].

Відома робота Карла Олівекрона «Право як факт» (1939 р.) була історичною віхою в розвитку школи скандинавського правового реалізму. Книга була продовженням і розвитком філософії Хегерстрьома і Лундштедта.

Олівекрона слідував ідеї Хегерстрьома, у світлі якої обов'язкова сила закону існує лише як психологічний ефект узгодженого впровадження правових норм, а «юридичні права» є ілюзорною силою. Однак, у результаті своїх міркувань реаліст доходить висновку, що саме право за своєю суттю є організованою силою, яка є опорою кожної сучасної спільноти й без якої забезпечення безпеки, навіть життя і здоров'я неможливе. Своєю чергою, держава є організацією, яка монополізувала використання цієї сили [237, с. 67–68].

Ще один скандинавський реаліст Альф Росс (1899 – 1979) був відомим датським юристом та філософом. У 1922 році закінчив Копенгагенський університет та отримав юридичну освіту [259]. Після восьмирічної юридичної практичної діяльності Альф Росс вирішив присвятити себе науці. Після науково ознайомлювальної поїздки до Лондона, Парижа, Берліна та Відня він поїхав до Уппсальського університету, де навчався у Акселя Хегерстрьома та у 1929 році здобув ступінь доктора філософії [259]. Згодом у 1935 році повернувся до Копенгагена, де викладав право до 1969 року [183, с. 667].

Його повноспекторне розуміння юриспруденції знайшло відображення у практичній і науковій діяльності. Понад 40 років він працював радником з правових питань у Торгово-промисловій палаті провінції в Данії, також надавав консультації уряду Данії, часто на адміністративних та конституційних комітетах. Окрім того, Альф Росс працював суддею у Європейському суді з прав людини у Страсбурзі з 1959 до 1972 року [179, с. 665–667].

Як і інші представники скандинавської течії школи правового реалізму, Альф Росс був переконаним, що право має базуватись на емпіричній реальності, а юридичні терміни повинні відображати соціальну реальність – поведінку людини в суспільстві [223, с. ix–x].

Від його скандинавських колег Альфа Росса відрізняла його сфокусованість на аналізі судової поведінки й можливості її передбачити. У цьому питанні він працював в одному напрямку разом зі своїми колегами на американському континенті [243, с. 181]. Його внесок у теоретичні знання був зроблений завдяки науковим працям, серед яких відомою є «На шляху до реалістичної юриспруденції» (*Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946).

Сучасні дослідники скандинавської течії школи правового реалізму зазначають, що у своїх роботах вони продемонстрували антиподне бачення формалістської школи, пропонуючи новий вимір, роблячи акцент на фактах соціальних і психологічних [234, с. 16].

Скандинавська течія школи правового реалізму не зазнала значного поширення та популяризації своїх ідей, тому її існування в часових рамках можна позначити роками життя її фундаторів. Однак, як на американському континенті почався період нового правового реалізму, так і на європейському континенті є науковці, які намагаються відродити й повернути інтерес до напрацювань скандинавських правових реалістів. Так, у Болонському університеті професор філософії права, президент італійської асоціації правової і політичної філософії, почесний президент Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії Енріко Паттаро (Enrico Pattaro) займається відродженням ідей, які закладені у працях скандинавських реалістів [97, с. 14–15; 233, с. 76].

Дослідивши передумови та причини виникнення американської та скандинавської течій школи правового реалізму, окресливши часові періоди, у межах яких відбувався їхній розвиток, визначивши основних представників обох течій, які зробили найбільший внесок у розвиток школи правового реалізму, перейдемо до детального аналізу позицій фундаторів обох течій школи правового реалізму у двох наступних розділах цієї роботи. Оскільки у вітчизняній науці відсутні переклади праць правових реалістів, здобувачка

здійснюватиме аналіз засадничих ідей школи, спираючись на власний переклад та аналіз першоджерел, якими є основоположні праці правових реалістів.

Аналіз історії розвитку та ґрунтовних ідей засновників американської та скандинавської течій школи правового реалізму засвідчує, що школа відіграє значну роль у розвитку правової думки континентальної та англосаксонської правової сім'ї. Сьогодні ж відроджується науковий інтерес до напрацювань правових реалістів на американському і європейському континентах.

1.2. Пошуки правової реальності. Місце людини та фактів у правовій реальності

Перед тим як перейти до аналізу фундаментальних засад американської та скандинавської течій школи правового реалізму, вважаємо за необхідне здійснити аналіз категорії, яку розглядає філософія права, – «правова реальність». Пошуки та визначення правової реальності, місця людини та фактів у ній були в полі дослідження обох течій правового реалізму, проте скандинавська течія приділяла цьому питанню більш значну увагу.

Як зазначає професор О. Д. Тихомиров, цінність порівняльного правознавства обумовлена сучасними інтеграційними процесами правових систем, особливостями розвитку науки, філософії науки, наукознавства та методології науки у вимірі плюралізму культур та глобалізації людства. Це, своєю чергою, впливає на зміну типу наукового мислення, що виявляється у «переосмисленні його аксіологічного статусу, наповненні загальнолюдськими цінностями» [113, с. 36].

Слушно зауважує український науковець Ю. В. Кривицький, що «упродовж багатовікової історії генези права науковий інтерес до нього не згасає, а навпаки постійно зростає» [63, с. 26].

Погоджуючись із наведеними думками, проаналізуємо сприйняття правової реальності як феномена в розрізі різних концепцій та крізь призму людського виміру.

Для того щоб зрозуміти, яке місце людини та фактів у правовій реальності і яке значення правової реальності для людини, їхній вплив та взаємозв'язок, потрібно з'ясувати, що таке правова реальність у розумінні різних філософсько-правових концепцій, які ставили перед собою таке завдання. Звернемось до декількох напрацьованих науковцями підходів – «вузького» й «широкого». У «широкому» сенсі під правовою реальністю розуміється вся сукупність правових феноменів: правових норм, інститутів, правовідносин, правових концепцій, явищ правового менталітету. У «вузькому» розумінні під правовою реальністю розглядаються базові правові реалії, відносно яких усі інші правові феномени є похідними. У світлі такого підходу різні наукові школи й напрями під правовою реальністю розуміють або правові норми (нормативізм), або правовідносини (соціологічна школа), або правові переживання і емоції (психологічна школа) [75, с. 79].

С. І. Максимов виділяє також третій, *«інтеграційний, підхід»*, відповідно до якого не варто протиставляти та ставити стіну між широким і вузьким підходом, оскільки загальна картина правової реальності залежить від того, що береться до уваги як базисний феномен [73, с. 225].

Інше цікаве питання, яке є підставою для роздумів, чи є правова реальність окремою об'єктивною реальністю, чи все ж вона є способом інтерпретації і організації певних аспектів буття людини. На це питання можна поглянути крізь призму основної ролі й функції феноменів правової реальності.

На нашу думку, їхня основна роль усе ж полягає в необхідності врегулювання суспільних відносин – тієї реальності, у якій існує два і більше суб'єкти, що вступають у комунікацію, у результаті чого можливе виникнення конфлікту. Як у своїй роботі «Політика» зазначав видатний давньогрецький філософ Аристотель, кожна держава являє собою спілкування, своєю чергою,

кожне спілкування організовується заради певного блага, і до найвищого блага прагне найважливіше спілкування – спілкування, яке й називається державою або спілкуванням політичним [24, с. 376].

Для того щоб запобігти конфліктним ситуаціям у процесі пошуку шляхів до досягнення благ за допомогою спілкування (комунікації) між суб'єктами, створюються регулятори, які встановлюють межі, які не можна переступати. Відомий загальновизнаний принцип, що права однієї людини закінчуються там, де починаються права іншої людини. Права однієї людини корелюють з обов'язками іншої людини. І тут розкривається світ «повинності» (робити треба те, що ти повинен, відповідно до встановлених правил). Як зазначає О. Г. Данільян, правова реальність знаходить своє відображення в такому аспекті буття людини, який містить елемент повинності, коли одна людина пізнає буття іншої людини, і це сумісне співіснування може обернутись свавіллям. Тому не будь-яка людська взаємодія виступає основою права, а лише та, що містить моменти повинності, яка обмежує свавілля [39, с. 217].

У сучасних дискусіях про природу права існує два різних погляди: об'єктивістська онтологія й суб'єктивістська онтологія. Перша концепція визначає, що право існує в речах, а друга стверджує, що право існує в думках. Тобто відповідно до об'єктивістської концепції правова реальність існує незалежно від людини, відповідно до другої концепції правова реальність є творінням людини й безпосередньо пов'язана з її буттям [73, с. 226].

У своїй праці «Основи філософії права» Г. І. Іконнікова присвятила окремий параграф правовій реальності. Автор виділяє декілька основних підходів до визначення сутності правової реальності, серед яких феноменологічний, матеріалістичний та системний підхід. Науковиця зупиняє свою увагу на детальному аналізі першому підходу.

Феноменологічний підхід вивчає правову реальність як взаємодію соціуму (особистості, соціальної групи), системного світу й повсякденної реальності. Певна частина життєвого світу соціального суб'єкта пронизана

правом – нормами, законами, відносинами щодо свободи, рівності, справедливості, законного й незаконного. Системність означає, що право є серцевиною правової реальності, системою галузей, інститутів, норм. Таким чином, правова реальність є об'єктивним феноменом, який існує незалежно від волі суб'єкта і який не можна ігнорувати, а треба лише сприймати як належне. Правові норми й інститути є зовнішніми об'єктивними умовами життєдіяльності людини, впливають на неї і вимагають не лише знати ці умови, але й включати їх у свій соціальний світ у вигляді відносин, вчинків, оцінок. Таким чином, правова реальність є об'єктивною і виражається в імперативних приписах, яких суб'єкт повинен дотримуватись [46, с. 82–85]. На нашу думку, такий підхід є звуженим і не відображає сутності права як надзвичайно багатогранного феномена. Чи походить право від держави, чи це об'єктивна істина, дана природою, Богом, – предмет дискусії, яка налічує вже не одне століття. І саме це питання лежить в основі формування течій, шкіл, підходів до праворозуміння.

Пошукам аспектів взаємовідносин людини і правової реальності присвячено роботи видатних філософів Нового часу, які заклали фундамент розвитку природно-правової концепції.

Наприкінці XVIII століття німецький філософ І. Кант (1724 – 1804) у своїй роботі «Метафізика нравів» зазначав, що для правознавця питання «що таке право?» є настільки ж складним, як для вчителів логіки – питання «що є істиною?». Філософ зазначає, що правознавець ще здатний виявити те, що відповідає праву (*quid sit iuris*), тобто що говорять і не говорять закони, але чи є правом (*recht*) те, чого вимагають приписи законів і який він, всезагальний критерій, на основі якого можна розрізняти правове від неправового (*iustum et iniustum*), – це залишається для правознавця таємницею до того моменту, поки він не відірветься від зазначених емпіричних принципів і не розпочне пошуки джерел цих суджень в *одному лише розумі* [49, с. 139]. Таким чином, витoki права необхідно шукати не в зовнішньому, а у внутрішньому світі суб'єкта.

У пошуках правової реальності видатний філософ Георг Гегель (1770 – 1831) витоки права шукав у людській свідомості. У своїх працях він здійснював чітке розмежування «законів природи» і «законів права», стверджуючи, що закони природи є абсолютними й мають силу, «так як вони є», вони (ці закони) не припускають обмежень. Для того, щоб зрозуміти, у чому полягає закон природи, людині необхідно пізнати природу, оскільки її закони правильні, а їхнє мірило знаходиться поза людиною, і людське пізнання ніяким чином не впливає на ці закони. Своєю чергою, правові закони – «це закони, які походять від людини». У праві людина повинна віднайти свій розум, важливою ж задачею є необхідність «*пізнати право як думку*» [33, с. 57].

На противагу позиціям представників природної школи відомий позитивіст, австрійський юрист і філософ Ганс Кельзен (1881 – 1973), у своїх роботах висвітлював концепцію, відповідно до якої право ототожнюється з волею держави й імперативами, встановленими законами. Згідно з його позицією людина стоїть осторонь правової реальності, яка твориться виключно державою [51, с. 226–240].

Таким чином, виділяються два основні підходи щодо співвідношення людини і правової реальності. Відповідно до першого підходу людина стоїть осторонь правової реальності, яка створюється без її участі, і особа змушена прийняти цю реальність і діяти згідно з встановленими приписами норм, відповідно до другого людина є частиною правової реальності і впливає безпосередньо на її формування.

На нашу думку, позиція, відповідно до якої правова реальність є об'єктивною і стоїть осторонь людини, підлягає критиці. І саме це стало центральною ідеєю школи правового реалізму, яка проголосила емпіризм та людину, яка є його виток, невід'ємною частиною правової реальності [37, с. 645]. Дійсно, людина повинна дотримуватись норм, закріплених у законах, але ж ці норми не виникають самі по собі, вони породжуються в результаті необхідності врегулювання певних суспільних відносин. Таким чином,

первинними є суспільні відносини. Необхідність врегулювання цих відносин є підставою закріплення певних правил на рівні імперативних норм (закону). Тобто суще, яке є першочерговим, потребує врегулювання і стає належним.

Заслуговує на увагу позиція Г. І. Іконникової, відповідно до якої в центрі інституалізації (створення норм, законів) лежить хабітуалізація [припускаємо, що термін походить від англійського слова «habit», у перекладі означає «звичка»], в основі якої – багаторазове повторення певних зразків поведінки, типізація дій і їх закріплення як обов’язкових. Лише після проходження стадії хабітуалізації інститут здійснює функцію соціального контролю над тими, хто його створив. Це означає, що спочатку суб’єкти створюють модель поведінки, потім при багаторазовому її повторенні ця модель стає нормою і підлягає закріпленню, загальнообов’язковому виконанню й подальшому контролю уповноваженими суб’єктами. Таким чином, суб’єкти своєю поведінкою і взаємовідносинами творять правову реальність і є її частиною [46, с. 83].

Загалом процес хабітуалізації підтверджує, що будь-яка норма, текст мають цінність лише за наявності суб’єкта, який здатний розуміти цінність його змісту. Отже, право є там, де люди сприймають його й переконані в його наявності й необхідності цінувати, дотримуватись і відповідати вимогам. Своєю чергою, людина може визнати право як частину своєї реальності лише тоді, коли вона його сприймає і право стає частиною її життєвого світу.

Позицію, що в ланцюгу «людина – правова реальність» титул першості має людина, підтримував німецький філософ та правник В. Майхофер (1918 – 2009), який зазначав, що право існує тому, що існують люди, які є соціальними особами та мають потребу в праві [73, с. 268].

Російський представник психологічної школи Л. Петражицький (1867 – 1931) розумів під правом як особливим класом реальних феноменів ті етичні переживання, емоції, які мають атрибутивний характер. Право породжується у психіці кожної окремої особи. І не потрібно жити в середовищі інших людей, піддаватись комунікації, щоб створити правову реальність. Право, яке

породжується в психіці кожної окремої особи, не потребує схвалення, визнання державою, іншою особою, це реальність, яка живе в кожному індивіді так само, як радощі, смуток. Думки людини не переставили б існувати через її самотність та відсутність людського суспільства та комунікації [98, с. 49, 101]. Варто зауважити, що скандинавські правові реалісти «практично не намагались провести чітку лінію між своїм напрямом і психологічним підходом» і надбаннями школи Л. Петражицького, хоча ідеї є дотичними, можливо, це пов'язано з тим, що скандинавським реалістам не було відомо про напрацювання їхніх колег з іншої держави [37, с. 674].

Що ж до пошуків витоків правової реальності, то юрист-філософ сучасності, автор комунікативної теорії права А. В. Поляков зазначає, що хабітуалізація як етап творення правової реальності є моментом, який протистоїть фізичному примусу у праві – насиллю. І саме такий механізм надає праву легітимної сили [101, с. 63]. Лише в такому разі право буде сприйматись людьми як найвища цінність і не буде нівелюватись. Коли ж право є результатом суто державного примусу, це може породжувати численні девіації у суспільних відносинах і небажання дотримуватись диктованих норм, підкорятися примусу. Як слушно зазначає С. І. Максимов, повна легітимація передбачає обґрунтування, виправдання й визнання права як *цінності*. Способами обґрунтування необхідності виконання права слугує звернення до його користі (повинен, тому що корисно й вигідно); звернення до цінностей (повинен, тому що слугує вищим цінностям (Богу, суспільству, нації, державі, прогресу)); звернення до фактів [73, с. 237].

Слід погодитись із думкою професора М. І. Козюбри, відповідно до якої історичний досвід демонструє, що жодна юридична норма не може мати зобов'язуючої сили без її підтримки в масових формах поведінки і свідомості. Спроби нав'язати норми за допомогою примусу є проявом юридичного догматизму і призводять до деструкції у правовому регулюванні й підриву авторитету права [55, с. 21–31]. Усе це свідчить, що правова реальність поза

людиною не існує. Фактично люди й формують правову реальність. Тому людина є внутрішнім елементом правової реальності. Як зазначає С. І. Максимов, для того, щоб людина орієнтувалась в тій чи тій сфері, вона повинна виходити з відчуття цієї сфери [73, с. 221]. Відчутти сферу можна лише тоді, коли знаходишся в ній, коли береш участь у її формуванні.

Ще одну концепцію розуміння правової реальності та взаємозв'язку її з людиною висвітлив грузинський правознавець Г. А. Нанейшвілі, який протиставляв факт і право як дві окремі дійсності, що вживаються в тотожному значенні стосовно реальності. Факт як реальність є те, що вже здійснилось і отримало своє відображення в історії, а реальність права як належного повинна оцінюватись аналогічно істині в математиці. Реальність факту отримує свій прояв у причинному зв'язку явищ, а реальність права знаходить своє відображення лише в акті логічного визнання – вияві змісту права або обґрунтуванні ідеї права. Норма визнається шляхом використання законів логіки, шляхом її осмислення, оскільки лише таким чином людина може пізнати сенс і зміст права. У результаті такого розуміння норми вона сприймається як необхідність, і людина повинна її дотримуватись, навіть якщо не схвалює її. Реальність права, яка знаходить свій вияв в акті логічного визнання, полягає в тому, що в цьому акті ідея права, яка є абсолютною, має претензію на втілення. Таким чином, реальність права є реальністю правової ідеї, що є сутністю права. Отже, можна зробити висновок, що правовою реальністю виступає саме ідея (сутність) права. Правова реальність знаходить свій вияв у принципі повинності та зв'язку прав і обов'язків, а проявом цього феномена виступає позитивне право з його нормами й інститутами. Ще один висновок, який можна зробити, полягає в тому, що правова реальність і реальність факту співвідносяться як належне і суще. Своєю чергою, належним є те, що створюється поза суб'єктом, і людина лише може дотримуватись цих вимог, не беручи жодної участі у творенні правової реальності [93, с. 14–38].

С. І. Максимов висвітлив ще один підхід, відповідно до якого у протиріччі належного і суцього є два аспекти: а) зовнішній, коли співвідноситься фактична поведінка, що створює соціальну реальність (те, що є), і право як вияв ідеї повинності (те, що має бути); б) внутрішній аспект, коли співвідносяться чинне позитивне право, яке в силу своєї фактичності, тимчасовості, матеріальності виражає суще, і ідея права як ідеал, зразок і критерій оцінки реального права з позиції того, яким воно повинно бути. Таким чином, правова реальність полягає в ідеальному існуванні норм, які відображають належне незалежно від суцього [73, с. 234].

Отже, проведений аналіз доводить, що існує багато різних підходів, позицій щодо визначення місця правової реальності у співвідношенні з емпіричною дійсністю стосовно того, що є джерелом правової реальності, де вона породжується.

Розглянемо позиції фундаторів школи правового реалізму щодо віднаходження правової реальності. У цій частині акцент буде зроблено на скандинавській течії, оскільки саме це питання було в центрі її дослідження.

Відповідно до підходу представників скандинавської течії школи правового реалізму таке поняття, як «реальність ідей», не має сенсу, оскільки будь-які емоційно-вольові або суб'єктивно-інтелектуальні конструкції є метафізичними, тобто такими, що лежать поза сферою природних, фізичних об'єктів. Згідно з таким підходом людина повинна сприймати як реальність лише ті явища, які вона може відчувати, спостерігати, сприймати органами відчуттів [77, с. 186].

Такі представники школи правового реалізму, як В. Лундштедт, К. Олівекрона, А. Росс, вважають, що психіка людей – це той феномен, який визначає формування та розвиток держави, суспільства, права.

У своїй праці «Право як факт» К. Олівекрона наголошував на тому, що право виявляється лише у *фактичних обставинах*. Лише слова знаходять своє відображення на папері або трансформуються в думки людей, але їхня

важливість полягає в тому, що вони створюють зв'язок між причиною і наслідком подій, які виникають у суспільних відносинах. Право – це символічний вираз того, що відображається в думках людей, психологічні образи поведінки у відповідь на різні форми соціального тиску. Основним критерієм права є «монополія на примус», але щоб примус застосовувався ефективно, він повинен базуватись на психологічній реальності [243, с. 188–189].

Своєю чергою, норма права складається з двох елементів – уявного образу дій і соціалізованого у свідомості наказу, а зв'язок імперативу з ідеєю дії є психологічним [77, с. 188].

На думку К. Олівекрона, почуття обов'язку дотримуватись норм права не походить від владного характеру розпорядження, а є почуттям психологічного усвідомлення необхідності слідувати словесним формам виразу внутрішніх уявлень [146, с. 463, 465]. Своєю чергою, причина підкорення й дотримання правових норм лежить в усвідомленні належної поведінки, корені якої йдуть із моральних стандартів, носієм яких є кожен окремий суб'єкт. Саме моральні норми формують ідеї про зразки поведінки, яких потрібно дотримуватись для забезпечення суспільного порядку. Ніхто ніколи не буде діяти згідно з нормами права лише через проголошення такої моделі поведінки «правильною». Внутрішнє усвідомлення є важливим елементом. Право, на думку К. Олівекрона, основним чином складається з правил застосування примусу. Моральні стандарти є результатом особистого внутрішнього усвідомлення і зацікавленості в їх дотриманні [144, с. 160].

Слова «право», «права», «обов'язки» не несуть жодного змістовного навантаження. Вони є ілюзіями, які надають словесну форму ідеям про зразки належної поведінки [144, с. 160]. За юридичними формулюваннями стоїть психологічна реальність, яка мотивує суспільство до певних дій і викликає відповідні наслідки. Функція права полягає в організації такої фактично-

психологічної сили, дослідження якої може надати уявлення про те, що таке правова реальність [210, с. 167–173].

Під час обговорень на XXI Всесвітньому конгресі Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (IVR), що проходив з 12 до 18 серпня 2003 року в Лунді (Швеція), сучасний італійський науковець Е. Паттаро, який присвятив багато своїх досліджень ідеям школи скандинавського правового реалізму, виступив із доповіддю на тему «Реалістичний підхід до об'єктивності норм і права». У своєму виступі він зазначив, що виділяє три значення поняття «реальний», а відповідно, три види об'єктивності: (i) визначеність, (ii) належність до контексту, який характеризується визначеністю, (iii) належність до просторово-часового контексту. На думку правника, А. Хегерстрьом вважав реальним, або об'єктивним, усе, що є визначеним. Невизначеність може виявлятися і явно, тобто через наявність суперечності, і неявно, як у випадку з етичними й естетичними цінностями (добро, справедливість, краса), які виражають не суть речей, а лише емоційні стани людини. А. Хегерстрьом заперечував об'єктивність права, як і всього належного, аргументуючи це тим, що, оскільки належне є обмеженням поведінки, воно не може бути змістом, а отже, реальністю або визначеністю такої поведінки. Однак Е. Паттаро вже як сучасний науковець, який вивчає напрацювання скандинавських реалістів з розумінням сьогодення, наполягає на реальності права й відзначає, що світ повинності є такою ж реальністю, як і світ буття, хоч це різні й паралельні світи. На його думку, реальність повинності є реальність (визначеність) в абстракції, тобто щось мислиме людьми як присутнє в поведінці, про яку люди мислять, але це недоступне чуттєвому сприйняттю [72, с. 149].

З висновків скандинавських правових реалістів щодо віднаходження правової реальності випливає і їхнє розуміння співвідношення належного і сущого. Належне, під яким часто розуміються норми і принципи права та зміст права загалом, реалісти визначають як сумнівні метафізичні категорії [77, с. 199].

Визначення належного, як і категорії цінностей, не становить результат логічного висновку, але є результатом суб'єктивної оцінки особи, яка її (оцінку) проводить. А. Хегерстром зазначав, що вислів закону «це повинно бути так» є просто фразою, яка не демонструє ніякої ідеї, але слугує психологічним інструментом примусу у визначених випадках [Цит. за: 77, с. 199].

На думку Альфа Росса, «закон написаний не для того, щоб впливати на формування теоретичних істин, а для того, щоб схилити людей – суддів і приватних осіб діяти певним чином» [223, с. 8].

Карл Олівекрона стверджував, що слово «належне» використовують для того, щоб схилити до певної поведінки. Але за своєю суттю категорія належного не означає реальність, а є поєднанням словесного виразу та певної емоції. Єдина функція «належного» та інших словесних виразів, що несуть у собі імператив, полягає в необхідності працювати в головах людей, скеровуючи до тих чи інших дій, або утримувати від певних дій, але вона не полягає у відображенні знань про становище реальних речей. За допомогою таких імперативних словесних форм належного законодавці мають змогу впливати на поведінку представників державної влади та суспільство загалом [208, с. 21–22]. Таке сприйняття категорії належного реаліст виводив крізь призму розуміння права як явища, що є виразом волі держави [208, с. 22–23].

Таким чином, на думку скандинавських правових реалістів, *судження про належне не є відображенням реальних фактів і тому не може визначатись як істинне чи хибне* [223, с. 9].

Натомість у міркуваннях щодо віднаходження правової реальності Карл Олівекрона зазначав, що вона не криється за текстами писаного права. Формалізоване право, яке містить імперативи, є результатом фіксування численних ідей людської поведінки, що накопичувалися століттями [208, с. 48]. А фіксування конструкцій з повинностями має на меті вплив на людську поведінку. Насправді за писаними імперативами стоїть не об'єктивне судження, того, що відбудеться в разі порушення припису, а психологічний зв'язок,

пов'язаний з ідеєю дії. Цей зв'язок видається існуючою об'єктивністю. Таким чином, створюється ілюзія реальності поза природним світом, що виявляється у сприйнятті реальності належного. У цьому, на думку Олівекрона, і полягає основна ідея обов'язкової сили закону [208, с. 46].

Виступаючи проти метафізичних конструкцій та наголошуючи на важливості реальних подій, що мають вияв у житті, скандинавці заперечували виведення юридичних рішень із загальних категорій. Так, В. Лундштедт зазначав, що виведення в конкретному випадку юридичного рішення із загальної ідеї справедливості, із уявлення про належне, яке, своєю чергою, не відображає реальних подій, не наближає до об'єктивних висновків, а є лише частиною метафізики [Цит. за: 77, с. 200].

Альф Росс вказував на потребу в очищенні юриспруденції від метафізичних явищ, які сприймаються як такі, що існують апріорі, без необхідності підтвердження шляхом *фактичного спостереження* [223, с. 18].

Карл Олівекрона писав, що реальність норми права має свій вияв у реальності почуттів, а реалістичне розуміння фактів передбачає, що фундаментальні причини, які формують право, діють безпосередньо, не проходячи крізь бар'єр метафізичних ідей і джунглі слів, де є серйозний ризик втрати контакту з реальністю. *В основі права повинно лежати чітке розуміння реальних фактів* [Цит. за: 203, с. 213]. *Своєю чергою, він вважав, що цієї мети можна досягнути, якщо «в межах дослідження ідеї про права та обов'язки розмістити серед інших факти соціального життя; вивчити їхнє походження та функції в реальному суспільстві, вивчити їхню психологічну основу, технічне використання у законодавстві, їхнє значення у відносинах між людьми й державою»* [208, с. 94].

У передмові до своєї відомої роботи «Про право і справедливість» (*On Law and Justice*) Альф Росс писав, що з точки зору методології, вивчення права повинно відбуватись на основі емпіричних методів – спостереження та перевірки. Своєю чергою, фундаментальні юридичні поняття повинні

відображати соціальну реальність, поведінку людини в суспільстві. *З цих міркувань реаліст заперечує існування ідеї апріорної дійсності, яка б піднімала право над світом фактів.* Зрештою, він заперечує те, що юридичне пізнання є нормативним, тобто виявляється у знаннях про належне, і говорить про необхідність формувати юридичне мислення відповідно до знань про суще у його емпіричному вимірі [223, с. ix–x].

Мета таких суджень стосовно пошуків правової реальності скандинавських правових реалістів полягала в тому, щоб зробити юриспруденцію наукою, побудованою цілком на емпіричній основі, очищеній від ціннісно-метафізичних елементів [77, с. 192].

У рамках концепції «живого права» Євген Ерліх розрізняв норми, викладені в текстах, і «живі» норми, які базуються на нормах поведінки й відображають правову реальність [150, с. 41].

Е. Бірлінг зазначав, що людина буде дотримуватись норм, тому що знає про їх примусовість або визнає їх обов'язковий характер. Теорія визнання може бути зумовлене двома аспектами: (і) добровільним, за якого людина в межах свого вибору вирішує дотримуватись чи ні певного стандарту поведінки; (ii) мимовільним, коли людина підпорядковується нормі через тиск зі сторони інших членів групи. В межах цього підходу Є. Ерліх виділяє дві основні незалежні одна від одної сфери права – офіційну і живу [127, с. 25]. Живим правом він визнає те, чого дотримуються люди у житті [127, с. 487].

Для Євгена Ерліха та його послідовників центр творення правової реальності лежить не в законодавстві, не в правовій науці, не в судових рішеннях, а в самому суспільстві. Люди розглядають свої права як те, що впливає із взаємовідносин між ними, а не із юридичних положень, які регулюють ці відносини. Так, існування держави передусе прийняттям конституції, сім'я – сімейному праву, володіння – праву власності, контракт – контрактному праву, передача майна у спадок – спадковому праву, тощо. Внутрішня організація людських асоціацій за часом випереджає юридичні

положення та є базисною формою права, з якої виходять конкретні юридичні положення. Таким чином, у суспільних асоціаціях люди спілкуються й визнають деякі правила поведінки як обов'язкові для виконання [102, с. 181–182].

У світлі позицій школи «вільного права» правова реальність постає як дитина двох батьків – материнського начала у вигляді суспільства й батьківського – у формі держави. Живе право перебуває в материнському лоні громадянського суспільства, вбирає в себе всю його позитивну енергію, знаходить першочергову оформленість, у якій ще немає жорсткої однозначності й формальної суворості. Створені таким шляхом нормативні форми періодично потрапляють у поле зору державних інстанцій, які надають їм державну юридичну обов'язковість, переводять під охорону державних інститутів [26, с. 234].

Живе право, або право, яке насправді діє в суспільстві, завжди перебуває в стані еволюції і завжди випереджає право, вихідне від держави. Євген Ерліх вважав, що завдання юриспруденції – спробувати пом'якшити цю напруженість, що існує між цими двома полюсами права [102, с. 183].

Як було з'ясовано в попередньому підрозділі, американська течія школи правового реалізму не концентрувала свою увагу на теоретичних питаннях, натомість займалась практичною частиною. Водночас свої витoki школа бере із соціологічної юриспруденції Роско Паунда, який, своєю чергою, займався в тому числі й дослідженням правової реальності. Науковець вважав, що правова реальність існує в соціальних зв'язках, а право є одним із способів контролю за поведінкою людей поряд із релігією, мораллю, звичаями, сімейним вихованням. Основним постулатом Р. Паунда є те, що будь-які теоретичні конструкції необхідно оцінювати з погляду їхнього практичного значення, і тому юристам не слід обмежуватись вивченням «права в книгах» (закони, нормативні акти), а варто аналізувати «право в дії». Соціальна дійсність права охоплює не лише писані норми (жорстке право), а й загальні принципи,

стандарти, концепції, духовні цінності, ідеали (м'яке право) [220, с. 41–48; 158, с. 3, 10–138; 66, с. 539]. Основним же завданням права в цивілізованому суспільстві є надання необхідних інструментів та механізмів суддям, юристам, законодавцям для служіння людським інтересам та задоволення їхніх потреб [216, с. 284]. Таким чином, автор здійснив перехід від аналітичної до функціональної дійсності, у якій від суддів, юристів вимагається постійне співвідношення права із соціальною реальністю [37, с. 463–464, 568, 678].

О. Д. Тихомиров виокремлює юридичну (правову) психологію як автономну галузь наукового і практичного знання, «яка вивчає психологічні явища, пов'язані з правом, його виникненням і функціонуванням у цілісній системі «людина – суспільство – право» [114, с. 130–131].

У цьому розрізі напрацювання школи правового реалізму щодо аналізу та віднаходження правової реальності можуть становити особливу цінність для розвитку вітчизняної правової думки.

Отже, проаналізовані в цьому підрозділі позиції дають уявлення про те, що правова реальність як багатогранний феномен перебуває в центрі дослідження філософів і правників протягом багатьох століть. Витоки правової реальності науковці віднаходили в різних джерелах, а саме в емпіричній дійсності, психіці людини, комунікаціях, соціальних зв'язках між суб'єктами, у внутрішньому світі носія правової реальності та в іншому.

Було з'ясовано, що скандинавські реалісти присвятили значну частину своїх досліджень аналізу правової реальності та місця людини в ній. Піддаючи детальному аналізу категорії «сущого» і «належного» через призму їх сприйняття та рефлексії суб'єктами пізнання, скандинавські правові реалісти віднаходять витоки правової реальності у психіці людини. Своєю чергою, формалізовані норми права є відображенням багаточисельних моделей людської поведінки, що накопичувались протягом століть. Основою формування права повинно бути чітке розуміння фактів реального життя.

Висновки до розділу 1

Результати дослідження, викладені в розділі 1 цієї роботи, дозволяють зробити висновки, спрямовані на досягнення загальної дослідницької мети.

1. Діяльність судової гілки влади є надзвичайно важливим механізмом для створення правового порядку в суспільстві, захисту прав кожної окремої особи, забезпечення стабільного функціонування держави. Однак, виконувати своє призначення судді можуть лише тоді, коли вони не просто дотримуються букви закону, а й не відсторонені від соціальної реальності, швидко реагують на зміни та вимоги суспільства, беруть до уваги емпіричні фактори. Саме формалізм та механічна юриспруденція, що стали результатом розвитку концепції правового позитивізму, зумовили пошуки юристами, філософами механізмів протидії ситуації, що склалася.

2. У XX столітті людство виходить на новий духовний, соціальний, економічний рівень. Засадничі ідеї правового позитивізму більше не задовольняють вимоги суспільства, яке відмовляється визнавати роль держави центральною. Позиції філософів, юристів сходяться на тому, що в центрі правової реальності знаходиться людина, її потреби, інтереси, які не можна ігнорувати. Саме в цей період починає розвиватись школа правового реалізму, яку не задовольняє ситуація, коли судді нівелюють життєву реальність, факти, глибокий аналіз яких може наблизити до достовірності та поновити порушений інтерес потерпілої особи. У центр правової реальності стає людина, і судді мають це розуміти при розгляді судових спорів та при формулюванні своєї аргументації.

3. У континентальній Європі критика юридичного позитивізму втілилася в зародження школи «вільного права», духовним батьком якої став австрійський учений українського походження Євген Ерліх. У центрі уваги школи був аналіз феномена «живого права», яке має свої витoki не в писаному праві, зокрема законодавстві, а в суспільному житті. Відповідно до розуміння цієї школи тільки те, що є стає частиною життя, формує живу норму, решта є

звичайною доктриною, догмою або теорією. Одна з цілей, яку ставила перед собою школа, полягала в необхідності побороти формалістичний підхід до права та в пошуку механізмів боротьби з догматизмом у юридичній науці і практиці. Теоретичні напрацювання послідовників школи створили підґрунтя для формування практичних рекомендацій, які здебільшого стосувались судової правотворчості. Ідеї Є. Ерліха та інших послідовників школи «вільного права» хоч і мали значне поширення, однак не були цілком сприйняті континентальною європейською правовою традицією, чому певною мірою сприяла політична та історична ситуація, яка склалась у період становлення школи.

4. Свої витоки американський правовий реалізм бере зі школи «вільного права», яка формувалась та розвивалась Євгеном Ерліхом та іншими науковцями. Рецепція ідей школи вільного права у правовому реалізмі відбувається через розвиток соціологічної юриспруденції на американському континенті, що знаходить своє відображення здебільшого в роботах Роско Паунда. Про рецепцію свідчить аналіз концептуальних ідей засновників шкіл, хоча, як було нами досліджено, і самі реалісти у своїх напрацюваннях неодноразово вказують на схвалення, подекуди й захоплення, та наслідування ідей школи «вільного права». Своєю чергою, основна й концептуальна відмінність ідей «вільного права» й «соціологічної юриспруденції» полягала в тому, що для Євгена Ерліха саме «союз» (сукупність різних спільнот, об'єднань у суспільстві) є витком права, центральним суб'єктом правової реальності. Своєю чергою, Роско Паунд зосереджувався на людині, на фактах, які виникають у результаті діяльності окремого індивіда й мають бути вивчені суддею при формуванні юридичної аргументації. Це демонструє тяжіння школи до людиноцентризму.

5. Формування й розквіт американської течії школи правового реалізму відбувся у 20 – 40-х рр. XX століття, однак дослідження робіт американських науковців показало, що течія має значно давніші корені, а перші

ознаки формування думок, які згодом знайшли вияв у правовому реалізмі, почали з'являтися ще в середині XIX століття. Історично ж рух сформувався як результат протистояння панівній класичній правовій думці, якою в ті часи називали американський правовий формалізм та ідейним лідером якої був Крістофер Коламбус Ленгделл (звідси період отримав назву «ленгделліанського»). Відповідно до класичної думки право розглядалось як логічно сформована система норм, принципів і категорій, воно є чітко визначеним, систематизованим та ізольованим від впливу інших наук; судді повинні діяти, як чітко налагоджений механізм, функціонування якого зводиться до використання вже сформованих і системно структурованих прецедентів. У подальшому Роско Паунд надає такій послідовності дій визначення «механічна юриспруденція», з якою правові реалісти вступають у боротьбу.

6. Найбільший внесок у розвиток американського правового реалізму зробили Олівер Холмс, Карл Ллевеллін, Джером Франк, Бенджамін Кардозо, твори яких визнано класикою течії. Позиції науковців щодо належності Роско Паунда до школи правового реалізму розділяються. Одні вважають, що він був виключно представником соціологічної юриспруденції, інші, – що він також увійшов до складу групи реалістів. Разом з тим, його відсторонена оцінка ідей школи правового реалізму, яку він робив у своїх наукових публікаціях, дає можливість зробити висновок, що він сам себе не відносив до реалістичної школи. Беззаперечним є висновок, що школа правового реалізму бере витoki із соціологічної юриспруденції. Однак ідентифікація правового реалізму як відокремленої і самостійної школи полягає в тому, що його розробники, які були юристами-практиками, працювали над практичними питаннями, а саме пошуками інструментів боротьби з механічною юриспруденцією, на відміну від соціологічної юриспруденції, яка здебільшого займалась аналізом правової реальності як філософсько-правового феномена.

7. Скандинавська течія правового реалізму формувалась на Європейському континенті у XX столітті як концепція, яка здійснювала пошуки правової реальності. Основоположники школи наполягали на вивченні права таким, як воно існує в емпіричній реальності, що знаходить свої витoki в психіці особистості та розвиток в соціальних зв'язках. На відміну від своїх колег на американському континенті, скандинавські реалісти претендували на унікальність своїх концепцій, відмовляючись від аналізу напрацювань предтеч, хоча схожість їх ідей із психологічною та соціологічною школами певним чином простежується. Духовним батьком школи був шведський філософ Аксель Хегерстрьом. Іншими основоположниками школи вважають Вільгельма Лундшtedта, Карла Олівекрона та Альфа Росса.

8. У процесі дослідження різних концепцій ми дійшли висновку, що різниця в усвідомленні «правової реальності» та її зв'язку з людиною зумовлена різними підходами до розуміння правової реальності як феномена. Усі проаналізовані підходи можна поділити на дві групи. Відповідно до першого підходу правову реальність розуміють як речове буття, те, що може людина спостерігати, сприймати, відчувати органами чуття, зафіксувати й використовувати. Згідно з цією позицією правова реальність не охоплює духовної сфери й такі явища, як ідеї та ідеали. Будь-які метафізичні категорії не входять у межі такого розуміння правової реальності. Саме ця ідея була центральною для скандинавської течії школи правового реалізму. Відповідно до другого підходу правова реальність ототожнюється з правовим буттям і охоплює всі правові феномени: правові теорії, норми, концепції, ідеї, ідеали.

9. Скандинавські реалісти відмовлялись від поділу правової реальності на «сущє» і «належне», заперечуючи існування категорії «належного», оскільки предметом філософії права повинен бути аналіз юридичних понять, які мають свій вияв у реальному світі. Цим вони прагнули зробити юриспруденцію наукою, цілком побудованою на емпіричній основі,

очищеною від метафізичних елементів, що, на їхню думку, є беззмістовними, які не істинні й не хибні та не мають пізнавального сенсу і значення.

10. Тоді як скандинавські правові реалісти присвятили значну увагу аналізу витоків правової реальності, для американських реалістів це не було пріоритетним питанням для вивчення. Водночас свою теоретичну основу американська течія бере із соціологічної юриспруденції, яка, своєю чергою, розглядала соціальні зв'язки основним джерелом походження й розвитку правової реальності. Аналіз позицій основоположників скандинавської та американської течій школи правового реалізму показав, що серед філософів, юристів не було єдиної думки щодо визначення правової реальності. Скандинавські реалісти віднаходили джерело її зародження в психіці людини, а американські реалісти – у соціальних відносинах.

11. Незважаючи на відмінність у підходах, фундатори обох течій школи правового реалізму визначали, що правова реальність не існує поза людиною, і саме людина, яка є мірою всього, стоїть у центрі її творення. Через таке розуміння правової реальності послідовники школи правового реалізму наполягали на необхідності емпіричного вивчення юристами живого права, яке знаходить своє відображення в соціальних зв'язках та психологічних складниках особистості.

РОЗДІЛ 2.

ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ЗАСАДНИЧИХ ІДЕЙ АМЕРИКАНСЬКОЇ ТА СКАНДИНАВСЬКОЇ ТЕЧІЙ ШКОЛИ ПРАВОВОГО РЕАЛІЗМУ

2.1. Фундаментальні засади американської течії школи правового реалізму

Американський правовий реалізм — це школа, яка найактивніше розвивалась у XX столітті та здійснила помітний вплив на реформування всієї правової системи Сполучених Штатів Америки, зокрема на реформування юридичної освіти, теорії юридичної аргументації, усієї юридичної практики. За оцінками сучасних дослідників, школа визначила загальну теоретико-методологічну спрямованість науки на десятиліття вперед і в подальшому мала великий вплив на європейську науку.

Основне завдання, яке поставили перед собою фундатори школи, полягало в необхідності побороти панівний у ті часи «формалізм», яким була пронизана діяльність суддів, що виявлялось у механістичному розгляді справ суддями та формуванні юридичної аргументації виключно на підставі норм права без звернення до життєвої реальності [187, с. 50]. Багато науковців, які вивчали напрацювання школи, стверджують, що американські реалісти не займались пошуками відповідей на філософські питання [189, с. 951]. Дійсно, питання філософії права не були принципово важливим для американських правових реалістів, які робили більший акцент на практичні нюанси. Проте, не можна стверджувати, що вони цілком абстрагувались від аналізу правової реальності як феномена.

Засаднича ідея американських правових реалістів полягала в тому, що першочергово судді вирішують справи, здійснюють судочинство не шляхом формального застосування норм законодавства, а шляхом пошуку

справедливості, аналізуючи факти справи. Реалісти вважають, що правові норми використовуються лише для раціоналізації рішення, яке вже попередньо було прийняте без здійснення аналізу норм законодавства, шляхом застосування розумного глузду, життєвого та професійного досвіду, інтуїції та почуття справедливості [222, с. 159]. Однак, аналіз фактів повинен здійснюватися з урахуванням соціальної, психологічної, комунікативної реальності [153, с. 103–105, 111]. Ось де виникає питання пошуку правової реальності. Дійсно, не всі автори звертались до аналізу цього питання, користуючись здобутками правників та філософів, які розвинули школу живого права на чолі з Євгеном Ерліхом, соціологічної юриспруденції, психологічної школи та іншими. Тому аналіз правової реальності як філософського явища в попередньому розділі розкриває витоки фундаменту школи американського правового реалізму. Однак, очевидним є те, що визначальність правових і неправових фактів при судовому розслідуванні та формуванні юридичної аргументації зумовлена розумінням центральної позиції людини у правовій реальності.

Науковець А. В. Скоробогатов у роботі «Сучасні концепції праворозуміння» зводив позиції американських правових реалістів до такого: право не стоїть на місці, воно постійно розвивається і створюється судом; право становить певний інструмент досягнення соціальних функцій; суспільство розвивається швидше, ніж правова система, що в ньому існує; у судовій практиці доцільне існування меж вільного поведіння з правом, щоб уникнути розриву між реальним та ідеальним [106, с. 122].

В українській правовій думці В. О. Копоть вважав, що ідеї правового реалізму полягали у: 1) науковому підході до вивчення права; 2) скептичному ставленні до встановлених фактів; 3) розуміння права як технічного засобу для передбачення можливих рішень судів з конкретних справ [61, с. 10–11]. Вбачається, що такий висновок не відповідає ідеям, закладеним в основу американської течії школи правового реалізму.

У статті, присвяченій правовому реалізму та викладеній у Великій українській юридичній енциклопедії, вітчизняний науковець С. П. Погребняк визначає, що реалістичний рух у правознавстві був спрямований на зміну акцентів юридичного дослідження наступним чином: «він зосереджує увагу не на логічному аналізі норм права (як юридичний позитивізм), не на зв'язку права і моралі (як школа природного права), а на з'ясуванні різноманітних соціологічних і психологічних факторів, що впливають на застосування норм права до конкретних життєвих випадків і, таким чином, визначають справжнє обличчя права» [99, с. 676].

Для того щоб зрозуміти фундаментальні засади школи правового реалізму, проаналізуємо ідеї тих науковців, правників, юристів-практиків, які зробили найбільший внесок у формування американської течії, а саме: Олівера Холмса (Oliver Wendell Holmes), Роско Паунда (Roscoe Pound), Карла Ллевелліна (Karl Llewellyn), Джерома Франка (Jerome Frank), Хермана Оліфанта (Herman Oliphant).

Хоч, як це було проаналізовано в попередньому розділі, не існує єдиної позиції щодо належності Роско Паунда до школи правового реалізму, однак думки науковців єдині стосовно того, що його соціологічна концепція права стала витокom, з якого починали черпати й розвивати свої ідеї правові реалісти [67, с. 542; 213, с. 471].

В основі соціологічної концепції *Роско Паунда* лежав постулат, відповідно до якого будь-які теоретичні побудови права необхідно оцінювати з погляду їхнього практичного значення чи користі в щоденному житті, а право повинно відображати суспільні потреби [217, с. 606]. У світлі цього принципу Паунд закликав юристів не обмежуватися вивченням «права в книгах» (тобто права в законі, взагалі в нормативних актах) і звернутися до аналізу «права в дії» [66, с. 539]. У цьому аспекті простежується наслідування ідей Євгена Ерліха та школи вільного права.

Він сприймав право не як фіксоване та стабільне явище, придатне для всіх часів, а як динамічний феномен людської цивілізації [220, с. xv].

Відповідно до поглядів Роско Паунда юридична наука покликана показати, як право реально функціонує і впливає на поведінку людей [66, с. 539]. Право необхідно оцінювати з точки зору його відповідності цілям, яким воно покликане слугувати і досягати, а не з погляду логічної узгодженості процедур, які беруть витоки із встановлених догм [217, с. 605]. Такий підхід спрямовував юриспруденцію на дослідження права в контексті соціальних відносин з урахуванням взаємодії правових норм з іншими значущими регуляторами суспільного життя, щоб вона відповідала потребам суспільства [217, с. 613–614; 66, с. 540]. На думку реаліста, наука права не може визначатись як самодостатня. З функціонального погляду етика, економіка, політологія, соціологія, соціальна психологія, історія, психологія та філософія – це дисципліни, які можна використовувати для подальшого досягнення цілей права як соціального регулятора [158, с. 13]. Загалом же правник закликав до необхідності права позбутися тенденції переслідування мети всезагальності та «наднауковості» й наблизитися до проблем щоденного життя [217, с. 606–607, 609–610]. Для суддів це виступало рекомендацією надавати принципам життя не шляхом виведення із них правил, а шляхом «їх розумного застосування до конкретних справ, що буде забезпечувати дієвий і справедливий результат» [217, с. 622].

У своєму дослідженні, присвяченому проблемам праворозуміння в основних школах права, українська науковиця С. І. Алаїс зазначала, що порівняно з формально-догматичною методологією юридичного позитивізму соціологічна школа права відкриває справжні перспективи для з'ясування сутності і соціального призначення права та ефективності його дії в суспільстві [22, с. 12].

Один із перших фундаторів американського правового реалізму **Олівер Холмс** стверджував, що правова реальність розкривається не в логіці, а в

досвіді, який формується під впливом відчутних потреб часу, моральних норм, політичних чинників, діяльності суддів, а не під дією силогізму, що знаходить своє виявлення при визначенні правил, яким люди повинні підкорюватись [173, с. 5].

Цей відомий вислів Олівера Холмса, який, можна сказати, став епіграфом до історії становлення та розвитку правового реалізму і який декілька разів згадується в цій роботі [173, с. 5], свого часу російський учений В. С. Нерсисянц пояснював як розуміння того, що життя права неминуче залежить від превалюючих умов людського існування – нагальних потреб певного моменту або періоду, найважливіших моральних і політичних переконань і уявлень. Ці умови спроможні зробити набагато більше і вплинути набагато сильніше, ніж будь-які силогізми формально-юридичного характеру [94, с. 504].

На момент започаткування дослідження О. Холмсом підготовка юристів переважно полягала в навчанні використовувати методи логіки (аналогії, виключення, дедукції) для вирішення справ. «Мова судових рішень – це здебільшого мова логіки». Але такий підхід він вбачав помилковим, адже основною причиною використання методів логіки є прагнення досягнути достовірності. Своєю чергою, достовірність є ілюзією, якої неможливо досягнути [174, с. 465–466]. Не можна досягнути й математичної точності за допомогою права при регулюванні суспільних відносин [173, с. 275]. Логічної форми можна надати будь-якому висновку. Насправді ж за логічними формами криються суперечливі судження про цінність конкуруючих норм [174, с. 465–466]. Основна роль юриста полягає в можливості передбачити, які ризики можуть настати для людини при порушенні норм права і яке суддівське рішення буде винесено. Таким чином, на думку Холмса, предметом дослідження правників є передбачення дії публічної влади крізь призму функціонування суддівської гілки влади [174, с. 457].

Аналізуючи співвідношення права, моралі й поведінки суб'єктів суспільних відносин, Холмс надає визначення праву у світлі поведінки «поганої людини» (bad man). Автор моделює ситуацію, у якій існує «хороша людина», яка дотримується норм моралі і яку фактично не турбує, що передбачено нормами законодавства, і є «погана людина», яка не дотримується норм моралі, і все, що її цікавить у праві, – це яка міра покарання їй загрожує за протиправну поведінку і яке рішення може бути винесено суддями. Саме це розуміння «поганої людини» і є правом. Право – це передбачення того, як суди будуть діяти і яке рішення винесуть у тій чи тій ситуації [174, с. 459–461].

Правник вважав, що в процесі підготовки майбутні юристи повинні опановувати навик врахування суспільних потреб, це призведе до розуміння, що насправді на питання, які потребують вирішення, пошук відповіді може бути набагато складнішим і породжувати сумніви, на противагу однозначності і чіткості, якої можна досягнути, якщо керуватись тільки логікою без врахування суспільних потреб [174, с. 467–468].

А. Г. Карапетов зазначає, що вплив Холмса на розуми молодих американських юристів початку ХХ ст. був колосальним, а його опубліковані лекції і судові рішення, які витиснули формалізм і доктриналізм, були дороговказом для розвитку правової науки [50, с. 220–221].

Іншим провідним та найвпливовішим американським правовим реалістом був *Карл Ллевеллін* [138, с. 556]. Аналіз робіт цього автора наштовхує на думку, що критерій розподілу скандинавської та американської течій школи за філософським і практичним напрямком є досить штучним. Адже перед тим, як виводити постулати школи, саме К. Ллевеллін був тим основоположником, який займався пошуками правової реальності й намагався віднайти визначення терміна «право». Однак, зрозумівши, що право є занадто багатогранним феноменом, який включає велике розмаїття явищ, вирішив не обмежувати його, наголошуючи на тому, що існує багато шкіл праворозуміння, кожна з яких дає своє визначення праву, яке не охоплює всіх характеристик цього феномена.

Щодо пошуку правової реальності, Ллевеллін був прихильником і наступником висновків Роско Паунда та сформованої ним школи соціологічної юриспруденції. У співвідношенні права й суспільства Ллевеллін надавав первинність останньому. Саме в суспільстві породжується право. Своєю чергою, суспільні відносини не перебувають у сталому стані, вони постійно змінюються з неймовірною швидкістю; і право повинно бути гнучким і живим, щоб вчасно адаптуватись до вимог і потреб суспільства. Така послідовність функціонування двох явищ лише доводить той факт, що суспільство породжує право і створює правову реальність, а не навпаки [196, с. 1236]. Отже, виходячи з правової реальності, окресленої Паундом, Ллевеллін вивів свої висновки, які мають практичний характер. Значення права для суспільства й кожної окремої людини юрист висвітлював шляхом аналізу таких понять: «правило», «право», «інтерес», «захист порушеного права». Правом для людини, яка не має юридичної освіти, виступає розуміння того, що коли їй завдано шкоди, вона може розраховувати на рішення судді, який встановить справедливість і захистить її «інтереси». Інтерес – це потреби людини, які обумовлюються різними соціальними регулятивними механізмами, такими як мораль, релігія, звичаї. Зв'язок «правила» і «права» він визначав так: коли правило працює на користь людини, тоді воно стає правом. Проблема, яку порушує автор, полягає у тому, що «правила» є занадто невизначеними й можуть тлумачитись суддями по-різному. «Правило може бути прескриптивним (зобов'язальним): «це те, що повинно бути», те, що суддя має робити в подібних справах, та дескриптивним (описовим): «це те, що є, що суддя зазвичай робить у подібних справах». Або правило може бути одночасно і зобов'язальним, і описовим: «це те, як судді роблять і повинні робити в подібних ситуаціях»». Словосполучення «Це є правило» відразу порушує питання, за яких умов і до кого воно застосовується, чи це правило є описом дії, чи воно зобов'язує. Усе це може з'ясувати суддя лише шляхом глибокого й детального аналізу фактів по кожній окремій справі. Оскільки правова реальність породжується в суспільних відносинах у

взаємозв'язках між суб'єктами, то при аналізі й застосуванні писаного правила до уваги потрібно брати і правові, і неправові факти, які або впливають, або впливають, або відображають соціальні відносини в певній ситуації. Саме діяльність суддів і вирішення справ К. Ллевеллін називає «справжнім правом», яке відрізняється від «писаного права» [195, с. 3–42].

Стосовно практичного питання функціонування права в процесі здійснення правосуддя Ллевеллін зазначав: «ретельний аналіз формальної логіки судових рішень корисний. Водночас важливо підкреслити, що його корисність значно зросте, якщо рішення по цих справах будуть настільки ж ретельно вивчені з погляду інструменталізму, з урахуванням їхнього прагматичного й соціально-психологічного змісту» [195, с. 20; 194, с. 447].

Згодом Карл Ллевеллін зазначав, що в системі загального права суди можуть здійснювати правосуддя, використовуючи два різні стилі – формальний та величний. «*Формальний стиль*» (“*Formal Style*”) зосереджує свою увагу на систематизованому праві, а раціоналізація – його основний «інструмент, метод, мета» [195, с. 180]. Цей стиль акцентує увагу на питаннях застосування законодавства, а не на інтересах суспільства й характеризується дедуктивним методом аналізу [157, с. 663]. З іншого боку, «*величний стиль*» (“*Grand Style*”) закликає суддів індивідуально підходити до кожної окремої ситуації і перевіряти її на життєву мудрість [195, с. 217]. У світлі цього стилю К. Ллевеллін зміщує акценти в розгляді справи, зазначаючи, що «*суть і причина*» конкретної життєвої ситуації повинні слугувати дороговказом для застосування певної норми чи принципу або вибору однієї з конкуруючих норм чи принципів [195, с. 219–220]. На відміну від формального, величний стиль наголошує на необхідності аналізувати *ситуаційний контекст* при розгляді кожної справи з урахуванням соціальних фактів. Карл Ллевеллін не рекомендував звертатись до формального, а схвалював величний стиль [104, с. 8].

Постає питання: чому американські правові реалісти роблять значний акцент саме на фактах справи, на свідомості суддів та пошуку справедливості? Для розуміння такої позиції варто звернутись до напрацювань ще одного основоположника школи американського правового реалізму **Джерома Франка**. Найвідоміша робота автора «Право і сучасна свідомість» (*Law and Modern Mind*) вважається класикою американської течії школи правового реалізму [134, с. 1128].

Основна концепція Франка полягає в тому, що насправді право не є лише прогнозуванням майбутнього рішення суду відповідно до аналізу норм права та фактів справи, адже оцінювати ці два елементи кожен суддя буде відповідно до своєї внутрішньої психології, політичних, релігійних поглядів та інших чинників, і це є визначальним чинником. Саме особистість судді впливає на формування права і правової реальності. Проаналізуємо цю концепцію детальніше, взявши за основу працю автора «Право і сучасна свідомість» [154, с. 110–111].

Попередній аналіз позицій інших реалістів дозволив дійти висновку, що кваліфікований юрист, який володіє нормами і знає факти у справі, зможе спрогнозувати майбутнє рішення судді. І виключно прогнозоване рішення, і ризики, які можуть настати від протиправних дій, хвилюють «погану людину», порушника встановлених правил. Джером Франк, не заперечуючи важливість норм права, фактів справи, водночас наголошує на надзвичайній важливості індивідуально-психологічних особливостей оцінювача фактів – судді. Залежно від останнього критерію надзвичайно складно спрогнозувати майбутню поведінку кожного окремого судді і, тим паче, майбутнє рішення. *Невизначеність існує не стільки в нормах права, скільки в їхній різній оцінці й застосуванні різними суддями.* Що виступатиме фактами справи, що буде долучено як належні докази до матеріалів справи – вирішує суддя, який оцінює справу й намагається наблизитись до істини із позиції свого внутрішнього світогляду, свого досвіду [154, с. 125, 151].

Дж. Франк поділяє всіх правових реалістів на дві групи. Першу групу на чолі з Ллевелліном він іменує «скептиками правил» (*'rule skeptics'*) [154, p. viii]. Для цієї групи правову реальність творять судді, оцінюючи кожен окрему справу, факти по ній і виносячи відповідне рішення. Для кожної окремої особи право – це дія принципу правової визначеності в житті, який виявляється в можливості сформулювати свою поведінку та передбачати наслідки, які настануть на підставі аналізу попередніх судових рішень. «Реальні норми», що втілюються в діях суддів, мають важливішу роль порівняно з «нормами на папері». Прихильники цієї групи «сумніваються у визначеності норм та концентрують свою увагу на рішеннях вищих судів» [132, с. 76]. Вони вважають, що за «нормами на папері» вони можуть віднайти «реальні норми», які описують певну закономірність реальної поведінки суддів, і що ці «реальні норми» будуть слугувати більш надійним інструментом прогнозування результату майбутніх судових процесів [154, p. viii–ix]. Франк критикує цей підхід, зазначаючи, що він не сприяє встановленню принципу визначеності, адже існує надто низька ймовірність того, що юрист чи інша особа зможуть передбачити майбутню поведінку кожного індивідуального судді [132, с. 76]. Другу групу реалістів він називає «скептиками фактів» (*'fact skeptics'*) [154, p. ix]. Скептицизм вбачається не у спростуванні важливості, а у вірі в те, що через невизначеність фактів, які можуть бути абсолютно різними, «невловимими» по кожній окремій життєвій ситуації, неможливо досягти правової визначеності в межах встановлених норм [154, p. ix–x]. Ця група скептично ставиться до «норм на папері» і найбільшу значимість віддає чинникам, які впливають на прийняття відповідного рішення суддею, але не знаходять свого відображення в текстах рішень. «Незалежно від того, наскільки точними й чіткими є формально визначені норми права, усе ж неможливо буде внаслідок невизначеності фактів справи спрогнозувати майбутнє рішення суду» [154, p. viii–ix]. Більш того, навіть якщо норми права є чіткими й результат їх застосування до певного набору фактів є зрозумілим, результат може бути

непередбачуваним, оскільки судді можуть по-різному інтерпретувати самі факти. У судовому засіданні факти встановлюються на підставі показань тих свідків, яким суддя або судді присяжних вірять. Кому вірити чи ні, судді встановлюють на основі своїх внутрішніх переконань. Франк стверджував, що насправді ж суддя навіть не відрізняє власні переконання щодо фактів від висновків відповідно до права [154, с. 104–110]. Рішення суддів – це «результат застосування правової норми до встановлених фактів у справі» [118, с. 683–687].

Джером Франк пояснює: якщо давати визначення праву з погляду звичайної людини, для неї правом виступають не принципи, норми, концепції, стандарти, а рішення суду з усіма конкретними фактами, які аналізувались у справі [154, с. 55]. Та й Карл Ллевеллін стверджував, що перед створенням правил існують факти [196, с. 1222–1264]. Важко не погодитись з цією думкою, адже дійсно перед створенням загальнообов'язкових норм необхідно проаналізувати значну кількість фактів різної природи. Проте Франк не висловлює радикального скептицизму щодо важливості правових норм. Він погоджується з думкою Холмса, що право – це те, що приймають судді, але поряд з тим зазначає, що судді не приймають рішення, як їм заманеться, а виводять їх із багатьох джерел, таких як нормативно-правові акти, прецеденти, звичаї [154, с. 125]. Хтось у цьому може вбачати суперечливість позицій Франка. Але, на нашу думку, автор намагався віднайти необхідний баланс між важливістю норм права та фактів справи при здійсненні судочинства.

Згадуючи послідовників школи юридичного формалізму, Джером Франк зазначав: «Догматики, доктринери лише зводили суддів з розуму своєю «логікою»... Їм бракувало розуміння того, що судді часто повинні вибирати між альтернативними принципами, повинні часто видозмінювати старі принципи, щоб вони відповідали новим і непередбаченим обставинам кожної індивідуальної справи» [152, с. 387].

Насправді ж вирішальними у прийнятті рішень, на його думку, є суб'єктивні чинники – бажання і мета, які штовхають суддю безвідносно до об'єктивної ситуації. Значну частину своїх досліджень реаліст присвячує аналізу ірраціональних елементів, які спонукають суддю до прийняття певного рішення чи то в оцінці та встановленні фактів, чи у виборі суперечливих принципів, норм. Цитуючи суддю Хатчесона, Франк погоджується, що це внутрішні відчуття («*hunch*»), «інтуїтивна іскра, яка спалахує між питанням і рішенням» [154, с. 103]. Правові норми, принципи слугують для перевірки й раціоналізації прийнятого рішення [154, с. 104]. Формування внутрішнього поштовху зумовлюють освіта, власні переконання, політична, расова, ідеологічна належність судді, усе, що впливає на становлення його особистості [154, с. 105]. Будь-який процес мислення, аргументації містить персональний суб'єктивний компонент, тому що це процес, який перш за все здійснюється особою, яка має власний життєвий досвід і своє бачення реальності. І цього не уникнути ні суддям, ні юристам.

Тому суб'єктивна реакція, оцінка й аргументація судді виступає частиною права [134, с. 1145–1147]. З цього можна зробити висновок, що для Дж. Франка визначальним у здійсненні правосуддя була особистість суб'єкта, який вирішує спір, оскільки своїми діями, своїм вибором по кожній окремій справі він творить право. Ірраціональний елемент у правовому пізнанні займає важливе місце. Найважливіше завдання судді полягає не в опануванні логічних та наукових методів для раціоналізації та аргументації своїх рішень, а в розумінні самого себе та пізнанні ірраціональних джерел своєї поведінки. Суддя повинен стати психологом, який вивчає свою особистість. Лише після досягнення психологічної зрілості, отримання достатнього життєвого досвіду, переоцінки ідеалів суддя може розв'язувати конфлікти між сторонами [130, с. 122; 134, с. 1161]. У всьому ж науковому надбанні американського правового реаліста Франка, на наше переконання, головною є думка, що прогрес й еволюція правової системи можуть бути досягнуті не стільки шляхом удосконалення

чинних правових норм, а шляхом удосконалення системи навчання суб'єктів належним чином застосовувати ці норми, а також завдяки зміні сучасної правової свідомості [134, с. 1129].

У розрізі аналізу концептуальних ідей Джерома Франка важливою є засада, яка слугувала фундаментом у процесі розвитку школи правового реалізму: «в юридичних університетах, офісах, судах повинно бути повноцінне визнання фрази *«людська природа у праві»*. Вивчення людської природи у праві може не тільки поглибити знання про правові інститути, але й відкрити недосліджене джерело судівської мудрості» [154, с. 146].

Розглядаючи основи американського правового реалізму, слід згадати про науковця Хермана Оліфанта, який стверджував, що правові норми не повинні бути занадто абстрактними, а, навпаки, мають бути наближені до реалій суспільного життя, інакше у суддів взагалі не буде потреби звертатись до законодавства, у якому не можна знайти справедливого обґрунтування щодо фактів справи [168, с. 75].

Оскільки ідеї Бенджаміна Кардозо мали здебільшого рекомендації практично-прикладного характеру, вони, поряд з думками інших правових реалістів, будуть детально розглянуті в підрозділі 3.1 цієї роботи.

Підсумовуючи, варто зазначити, що основний аргумент американських правових реалістів полягає в необхідності звертатись до емпіричного підходу в аналізі справ, у формуванні юридичної аргументації та прийнятті суддями рішень. Таке переосмислення мало сприяти зміщенню акцентів у юридичній освіті та практиці від уніфікованого та безстороннього аналізу й застосування формалізованого права до індивідуального розгляду кожної окремої ситуації. Здебільшого обґрунтування реалістів пояснюють, чому в писаному праві неможливо віднайти відповідь на кожну ситуацію і чому кожна окрема ситуація і рішення по ній є важливими у своїй індивідуальності. Аналіз позицій фундаторів школи демонструє розвиток підходів від радикального емпіризму з повним нівелюванням формалізованого права (букви права) до пошуку балансу

між «живим правом», «писаним правом» та чинниками, які впливають на прийняття суддями рішень, зокрема їхньої психології, освіти, власних переконань. Такий акцент на фактах справи, звісно, варто розглядати як позитивне явище, яке дозволяє наблизитись до істини та встановити справедливість. Однак, не можна абсолютизувати роль фактів і нівелювати значення норм законодавства при здійсненні судочинства. Адже, якщо надати органам, що здійснюють правосуддя, абсолютну дискрецію в діях, без дотримання вимог норм законодавства, це може призвести до значних зловживань. Тому, якщо імплементувати концептуальні засади цієї школи у правову систему держави, потрібно шукати баланс між аналізом фактів справи та норм законодавства. Ані абсолютизувати, ані ігнорувати ці два елементи не варто [84, с. 68].

2.2. Фундаментальні засади скандинавської течії школи правового реалізму

Панування позитивістського підходу до праворозуміння, догматизму у вивченні права, використання методу дедукції у формуванні юридичної аргументації стало причиною виникнення нової течії на європейському континенті – скандинавської течії школи правового реалізму [211, с. 134]. Її фундаторів відрізняло те, що вони здебільшого робили акцент на психологічних складниках правовідносин, на відміну від американських реалістів, для яких важливішими були соціальні аспекти суспільних відносин [23, с. 646].

Скандинавські правові реалісти стверджували, що правові концепції, поняття, терміни, цінності повинні починатись зі спостереження та досвіду, з тих джерел, у яких можна віднайти «реальність» [243, с. 175–177]. Цим вони демонстрували свою радикальну прихильність до емпіризму, до філософської

концепції, в світлі правової реальності, з якою має справу людина, формують лише ті явища, які відображаються в психологічних відчуттях і переживаннях людини [64, с. 262]. Реалісти заперечували наявність у праві будь-яких ознак метафізики, натомість вони стверджували, що «право має лише психофізичний вимір, все решта – це метафізичні ілюзії, якими люди обманюють самих себе» [23, с. 645]. Як зазначав один із фундаторів цієї течії Альф Росс, метою школи було відсторонення від метафізичного трактування явищ, що лежать у просторі дійсності, та розуміння їх у реалістичному аспекті [224, с. 145].

Скандинавська течія школи правового реалізму формувалась у першій половині XX століття представниками з Данії, Норвегії та Швеції.

Як було з'ясовано в першому розділі цієї роботи, «духовним батьком» скандинавських реалістів був шведський філософ Аксель Хегерстрьом (A. Hägerström). Позиції інших його послідовників – Карла Олівекрона (Karl Olivecrona), Вільгельма Лундштедта (William Lundstedt) та Альфа Росса (Alf Ross) – багато в чому відрізнялись, але концептуальні ідеї А. Хегерстрьома були взяті за основу [209, с. 174].

Дослідження *Акселя Хегерстрьома* варіювались у дуже широкому полі, починаючи від епістемології до римського права, від грецької філософії до теорії відносності Ейнштейна. Він цікавився і політичними, і соціальними подіями у світі та намагався знайти відповіді на все у філософії. Зрештою наукові інтереси автора зосереджуються на проблемі пізнання «реальності» [234, с. 3]. Вивчаючи римське право, автор робить висновки щодо зв'язків, які існують між правом і магічними ритуалами римлян. Саме ці висновки стають наріжним каменем його подальших досліджень [144, с. 153].

На думку вченого, коли мова йде про право або про суб'єктивні права, то розуміється не феномен, який не має реального відображення у світі, а віра і внутрішнє усвідомлення суб'єктом цього феномена. Яскравим прикладом його аналізу є розуміння суб'єктивного права власності. Єдиним реальним фактом, що міг би підтвердити дійсність володіння особою річчю, є гарантування

державою захисту такого права. Але держава нічого не буде робити для захисту права, допоки особа не втратить річ, поки ця річ не потрапить у володіння іншої особи, яка не здатна обґрунтувати своє право відповідним документом. Разом з тим право власності – це право на саму річ, на володіння нею незалежно від посягань інших. Своєю чергою, держава не може убезпечити особу від таких посягань. Держава лише здатна постфактум поновити порушене право. Більш того, у суді можна розраховувати на захист, лише якщо особа зможе довести, що це дійсно її власність. Можливість доведення факту власності є свідченням не існування права, а лише можливості одержати захист з боку держави при порушенні. Наказ, який передбачений у законі і який не доводиться до відома адресата, для нього виступає пустим звуком. Таким чином, у реальності не існує фактів, які б відповідали уявленням суб'єкта про право власності, тому людина має справу виключно зі своїми *уявленнями*, які не корелюють із дійсністю. Реаліст зазначає, що насправді, коли ми маємо справу з правом власності, то діють певні реальні сили, що належать іншому світу, ніж світ природи, а влада лише допомагає втілювати ці сили в реальність [167, с. 1–6; 211, с. 127–130].

Відсутність фактів, що відповідають ідеям про існування реального права власності, приводять Хегерстрьома до міркувань щодо співвідношення права і моралі, права і психології особистості. Загалом же міркування А. Хегерстрьома щодо генез «прав» і «обов'язків зумовлювались його несприйняттям ідей, які висувались юридичним позитивізмом щодо формування права державою [211, с. 134].

У своїх працях Хегерстрьом дає визначення права, аналізуючи суспільні відносини, вплив психіки та інстинктів на формування правової реальності [84, с. 68].

Індивіди, які об'єднуються в певні соціальні групи, створюють межі можливої поведінки, підкорюючи себе у своїй уяві відповідним нормам та владі цього союзу. І через факт такого підкорення вони відчують певну психічну

колективну підтримку цієї спільноти. Це почуття колективної сили поділяється на два компоненти – почуття пов’язаності певним регламентом, дотримання якого є необхідним для того, щоб бути частиною союзу, та почуття влади над іншою особою та можливості вимагати певної поведінки, встановленої цим регламентом. Ось у цьому й виявляється феномен права і обов’язку [23, с. 649].

Правовий порядок базується на соціальному інстинкті, на дотриманні загальновстановлених моральних засад та страху бути покараним за недотримання встановлених правил. Своєю чергою, під «правом» потрібно розуміти процес психічного примусу в межах суспільства дотримуватись обов’язків і захищати права. Основна мета психічного примусу – мотивувати людей дотримуватись встановлених норм, що за своєю суттю є правилами звичаю [23, с. 649].

Хегерстрьом стверджував, що не можуть існувати уявлення про такі поняття, як «справедливість», «права», «вина», окрім як у сфері ірраціональних, магічних забобонів (*superstition*), і що не може бути науково обумовлених систем правового мислення, поки сучасний, новий стиль мислення юристів не зруйнує архаїчні ідеї і вони не почнуть створювати новий набір норм, які повинні базуватись на «реальності» для досягнення найвищого рівня суспільного благополуччя [144, с. 153].

Інший правовий реаліст, послідовник А. Хегерстрьома **Вільгельм Лундштедт**, професор Упсальського університету, здійснював пошук правової реальності, аналізуючи роль санкцій у правовому житті суспільства [84, с. 69].

Право – лише факт, який демонструє існування соціальних зв’язків в об’єднаннях людей, і умова, яка упорядковує ці відносини та робить можливим співіснування [146, с. 463]. Науковець стверджував, що спільне почуття зв’язаності правом викликано соціально-психічним досвідом людей, які звикають до дій під впливом каральних механізмів [199, с. 168]. Основна ж мета законів – забезпечення соціального добробуту суспільства, а їхній зміст повинен бути спрямований на реалізацію цієї мети [212, с. 39].

Щодо розуміння «прав» і «обов'язків» Вільгельм Лундштедт займав ту саму позицію, що й Хегерстром, стверджуючи, що ці явища є вигадками, які виявляються у словесній формі. Він зауважив, що таке явище, як «обов'язок», включає лише відчуття і внутрішнє розуміння того, що потрібно поводити себе належним чином, а це, своєю чергою, носить суб'єктивний характер, бо є лише внутрішньою оцінкою особи й нічого більше [209, с. 176]. Зрештою, скандинавський реаліст доходить висновку, що будь-які обговорення прав і обов'язків повинні бути вилучені із юриспруденції, натомість аналізу слід піддавати психологічні й соціальні факти, а також наслідки, які вони породжують. Автор відмовляється від поділу правової реальності на суще і належне, зазначаючи, що особа, яка хоче навести аргументацію, що стосується реального світу, повинна приймати існування тільки цього світу й виключити будь-які уявлення про існування ідеального світу [199, с. 329].

Шведський представник скандинавської течії школи правового реалізму **Карл Олівекрона** розвинув свою теорію розуміння психологічної реальності як єдиної можливої правової реальності [64, с. 269].

Необхідність створення нової реалістичної концепції автор пов'язує з недосконалістю популярних на той час, у дев'ятнадцятому сторіччі, концепцій розуміння права: правового позитивізму та природного права. Юрист наголошував на тому, що у своїй дійсності дві попередні концепції мають багато спільного і позитивістська концепція є нащадком природноправової. Основна відмінність полягає у тому, що розробники природної концепції пояснюють обов'язковий характер позитивного права на основі законів природи, тоді як позитивісти пояснювали, що обов'язковість виходить від факту володіння владою, чи то окремим суб'єктом, чи державою. Тобто обидві концепції визнають обов'язкову силу позитивного права, що є формою вираження волі вищої влади. Постає лише єдине питання: чи є необхідність в іншій силі, окрім волі суб'єкта, який створює об'єктивне право й зумовлює природу права? Відповідь на це питання, на його думку, не варто шукати в

попередніх двох концепціях, це питання для нової школи – правового реалізму [209, с. 79–84; 232, с. 243–249; 234, с. 10–11].

Олівекрона зазначає про існування двох методів створення і припинення дії правил у правовій системі: законодавчий процес і імітація. Законодавчий процес є достатньо визначений і передбачає творення норм шляхом слідування відповідним формалізованим правилам. Суди при здійсненні правосуддя і творення правових норм використовують інший метод. На думку реаліста, суди створені, щоб реалізовувати надану їм владу, керуючись встановленими в суспільстві звичаями, ідеями, якими керуються суб'єкти у своїй поведінці. Коли ж не існує прогалин у регулюванні суспільних відносин, необхідність суддівської правотворчості й аналізу звичаїв зникає. Коли все ж необхідно заповнити прогалину, судді створюють певну норму, яка стає прецедентом для наступних подібних справ. Тоді замість того, щоб аналізувати звичаї, які сформувались у суспільстві, судді звертаються до попередніх аналогічних справ й імітують аналіз, який уже зроблений предтечами. Загалом же процес формування правових норм є безперервним. Але питання більш значущої ваги є не процес творення правових норм, а їхня дійсність (*validity*), яка є характеристикою обов'язкової сили. Обов'язковість означає, що норм потрібно дотримуватись. Своєю чергою, правова норма формується з двох елементів: з уявного зразка поведінки й форми вияву цієї поведінки. Таким чином, змістом правової норми виступає зразок поведінки. Форма вияву норми є наказовою і створює імператив, не беручи до уваги цінності адресата норми. Імператив є безумовним і не персоніфікованим [209, с. 83–119; 234, с. 11–12].

Загалом же норма складається з двох частин – *імперативу* і *ідеатуму* (зразок, який відповідає ідеї). Прикладом *ідеатуму* є правила дорожнього руху, дотримання яких сприяє безпечному й ефективному пересуванню на дорогах. Проте, існують санкції за порушення правил, які слугують мотивацією для дотримання *ідеатуму*. Таким чином, *імператив* є формою виявлення *ідеатуму*. *Імператив* – сигнал необхідності дотримання тих ідей щодо правильної

поведінки, які породжуються в психології самої особи. Тому джерелом творення імперативів є не державна влада, яка лише надає форму вияву вже створеним ідеям про правильне [64, с. 270]. Таким чином, *почуття обов'язку дотримуватись норм права не походить від владного характеру розпорядження, а є почуттям психологічного усвідомлення необхідності слідувати словесним формам вияву внутрішніх уявлень* [146, с. 463–465].

Для професійного юриста терміни не повинні бути єдиним інструментом у діяльності. Для того, щоб розуміти суть справи, аналіз фактів, з абстрагуванням від словесних форм вираження явищ, є необхідним [209, с. 136].

В юридичній мові існують два види термінів: суто технічні терміни, які не відображають явищ зовнішнього світу, та директиви – інструкції щодо поведінки [209, с. 136]. Олівекрона зазначає, що юридичні конструкції «права», «обов'язки» є пустими технічними термінами. Він наводить приклад з грошима, зазначаючи, що права можуть мати значення в соціальному житті, навіть коли не мають об'єктивного відповідника в реальному житті. Як, наприклад, «долар» або «фунт стерлінгів» є основою в економічних відносинах, хоча об'єктивно вони не мають жодного змісту в реальності, щонайменше з моменту закінчення періоду золотого стандарту [139, с. 110]. На відміну від технічних термінів, директиви не позначають певний об'єкт, а є інструкцією до дій. Своєю чергою, суб'єкти, вступаючи в соціальні відносини, піддаються цим інструкціям через дію психологічних чинників [210, с. 179].

Зрештою, скандинавський реаліст доходить того самого висновку, що і його колега Хегерстрьом: в об'єктивній реальності не існує ніяких прав і обов'язків, це лише «пусті слова», які не мають концептуального навантаження [161, с. 16]. Усе існує лише у внутрішній вірі людей, а зв'язок між фактами й наслідками завжди має ситуативний характер [23, с. 657]. Коли відносини є достатньо врегульованими в юридичній практиці, то заява, що хтось має на щось право або обов'язок, породжує розуміння наявності влади, дозволу,

заборони. У такому разі юридичні права та обов'язки виступають засобом суспільного контролю та суспільного зв'язку навіть тоді, коли не мають об'єктивного відповідника в реальності [210, с. 170–191]. У світлі зазначеного підходу юридичні права та обов'язки виступають «сигналами», які вказують, як необхідно чинити в певній ситуації. Законодавство встановлює та регулює стандарти, відповідно до яких юридичні права створюються та змінюються, а рішення суддів, які наділені владними повноваженнями, слугують для задоволення вимог і очікувань, пов'язаних із юридичними правами й обов'язками [139, с. 111].

Альф Росс – датський філософ, продовжував розвивати ідею важливості емпіричної реальності, однак він, на відміну від своїх колег, дещо інакше розглядає нормативну частину права. Усю його концепцію віднаходження правової реальності демонструє відомий приклад гри в шахи. Він проектує ситуацію, коли дві особи професійно грають у шахи, а третя спостерігає з бажанням зрозуміти правила. Якщо вона спостерігатиме за грою без бажання зрозуміти правила, то, можливо, отримає загальні поняття про гру, яка ведеться, але не зможе слідувати й аналізувати ходи у грі та події, що відбуваються. Суспільне життя подібне до гри в шахи, багато індивідуальних дій пов'язані з загальними поняттями про певний набір правил. Усвідомлення цих правил робить можливим розуміння й прогнозування подій. Основні правила шахів – це директиви, які визнаються гравцем як соціально обов'язкові. Гравець усвідомлює необхідність дотримання правил, адже протилежне викличе негативну реакцію суперника. Правила відрізняються від навичок: якщо гравець зробить невдалий хід, це не викличе супротивну реакцію суперника, а лише подив. Далі скандинавський правовий реаліст визначає, як можна з'ясувати для себе правила гри. Простого спостереження за грою буде недостатньо, адже навіть після тисячного перегляду важко зрозуміти всі деталі ходів. Можна було б звернутись до посібника з правилами гри або до інструкцій, виданих шаховим конгресом. Але теорія не завжди відповідає

практиці, і тим паче існують різні варіації правил. Таким чином, Росс зазначає, що єдиним можливим шляхом вивчення правил є застосування інтроспективного методу (власного спостереження). Гравці можуть зрозуміти правила лише шляхом спостереження за власною грою з партнером і апробацією попередніх уявлень про правила. Отже, шахове правило є чинним (is valid), коли ефективність правил встановлюється в процесі спостереження, і учасники визнають ці правила обов'язковими. Таким чином, шахові правила складаються з двох елементів: випробувана ідея про належний зразок поведінки й абстрактний зміст цієї ідеї (шахові норми). Своєю чергою, шахові норми є змістом абстрактної ідеї (директиви). Підсумовуючи, Росс зазначає, що шахові норми є змістом абстрактної ідеї, яка робить можливими різні шляхи інтерпретації для розуміння феномена гри в шахи, що надає грі сенсу, мотивує до дій та надає змогу прогнозувати хід гри. Проектуючи образ шахової гри у правовій реальності, Росс стверджував, що «чинне право» – це абстрактний набір різних нормативних ідей, які використовуються як алгоритми інтерпретації правових явищ. Це, своєю чергою, означає, що норми ефективно діють; діють тому, що був сформований досвід щодо їх застосування, і тому, що учасники сприймають їх як обов'язкові. А. Росс також вважав, що поняття «право», «обов'язок» мають змістовне навантаження лише тоді, коли їх розглядати як елементи, що знаходять свій вияв у суспільних відносинах [223, с. 11–18].

Завдання скандинавської течії правового реалізму Альф Росс вбачав в осмисленні правових явищ крізь призму функціонального, а не метафізичного виміру [223, с. 180].

Скандинавський реаліст представляє концепцію дієвого права, яка об'єднує біхевіористичні і психологічні аспекти. Концепція дієвості включає два чинники. Першим є зовнішнє спостереження й постійне слідування прийнятому образу дій, другим – відчуття цього образу дій як суспільно зобов'язальної норми. Для нього юридичні норми служать планом для

інтерпретації відповідних соціальних дій таким чином, щоб зробити можливим розуміння цих дій як пов'язаного й упорядкованого цілого, що становить систему смислів і мотивацій та прогнозування цих дій у майбутньому. Здатність юридичних норм виконувати вищевказані ролі пояснюється тим, що ці норми чітко дотримуються тому, що вони відчуються людьми як суспільно зобов'язальні [102, с. 224].

Аналізуючи напрацювання скандинавських правових реалістів, свого часу радянський науковець В.О. Туманов зазначав, що представники упсальської школи права не можуть правильно розібратись у проблемі співвідношення об'єктивного й суб'єктивного у праві. Він стверджував, що психологічний момент, який має важливе значення в реальних юридичних відносинах, «доводиться реалістами до абсурду, до суб'єктивного ідеалістичного твердження про те, що психіка людини сама породжує право». Науковець не погоджувався з позиціями скандинавських реалістів та й відображає несприйняття їх радянською ідеологією, зазначаючи, що об'єктивно існуючі суспільні відносини, а саме правові відносини, на думку реалістів, є не більше ніж відображення психічних переживань їхніх учасників, тоді коли, на його думку, все навпаки – психічні переживання людей, пов'язані з правом, являють собою відображення суспільних відносин [116, с. 36].

З проаналізованого матеріалу можна зробити висновок, що основне завдання скандинавських правових реалістів полягало в пошуку правової реальності, місце якої вони знаходили в соціальних зв'язках членів суспільства та психологічного впливу на них [102, с. 224; 211, с. 134]. Первинність же витоків і розвитку правової реальності вони бачили в людській психіці. Скандинавська течія школи правового реалізму розвивалась тим самим шляхом, що й американська: від радикального емпіризму з абсолютним запереченням необхідності існування норм права до встановлення необхідності звертатись до «шахових правил», без яких неможливо зрозуміти правила співжиття в соціумі. Врешті решт, скандинавський реаліст В. Лундштедт

доходить того самого висновку, що й американські реалісти: правознавство є емпіричною наукою, яка повинна базуватись на аналізі фактів [199, с. 126]. Але тоді, коли список фактів, які підлягають аналізу у світлі американського реалізму, не є вичерпним, скандинавський реаліст звужує їх лише до психологічних чинників та соціальних зв'язків, оскільки правова реальність існує лише в цих межах [199, с. 126, 364]. Отже, так само, як і американські, скандинавські правові реалісти наголошують на важливості аналізу реальних фактів, оскільки право є емпіричною наукою, не відірваною від життя.

2.3. Спільні риси та відмінності скандинавської та американської течій школи правового реалізму

У попередніх двох підрозділах ми дослідили фундаментальні засади школи американського та скандинавського правового реалізму. На основі аналізу можна зробити висновок, що основна відмінність двох течій правового реалізму полягає в тому, що американські реалісти робили акцент на проблематиці, яку виявляли у практичній діяльності суб'єктів, що здійснюють правосуддя, тоді як скандинавські реалісти шукали правову реальність, яка, на їхню думку, породжується у психіці людей і знаходить свій вияв у соціальних зв'язках членів суспільства [84, с. 69]. Зрештою, висновки, до яких дійшли фундатори шкіл, мають спільний знаменник.

Так, у передмові до своєї книжки «Про право і справедливість», викладеної англійською мовою, Альф Росс зазначає: «Це дослідження скандинавського автора представлено англо-американській громадськості в надії, що воно сприятиме зміцненню зв'язків між скандинавською культурою і великою традицією англо-саксонського світу». Автор наголошує на особливій необхідності обміну міжконтинентальними знаннями в області юриспруденції. Свою думку Альф Росс обґрунтовує тим, що скандинавська й американська юриспруденція перебувають в одній площині розвитку думок. Англо-

американська правова думка з часів Олівера Холмса була спрямована на реалістичну інтерпретацію права відповідно до принципу емпіризму. Ті самі тенденції домінування емпіризму в скандинавській юриспруденції він простежує з часів Акселя Хегерстрьома. Отже, його висновок полягає у тому, що цією спільною тенденцією і скандинавська, і англо-американська юриспруденції відокремились від природно-правової доктрини та інших втілень ідеалістичної філософії права, що до цього домінувала [223, р. ix].

Насправді ж основна причина відмінності в підходах двох течій шкіл полягає в різниці правових систем, у яких ці школи формувались. Сучасні правові системи будуються на двох основних джерелах права: нормативно-правові акти та судові рішення, які створюють прецедент [214, с. 379]. Школа американського правового реалізму формувалась і розвивалась у системі загального права. Саме в ній основним джерелом права є прецедент [95, с. 464 – 468; 180, с. 202]. Судді виступають творцями права. І як вважали перші американські реалісти, право – це передбачення того, як суди будуть діяти і яке рішення винесуть у тій чи тій ситуації. Саме з цим пов'язана необхідність глибокого аналізу фактів справи. Коли юристи хочуть обґрунтувати свою позицію, застосовуючи прецедент, необхідно спочатку проаналізувати факти справи, яка розглядається, і справи, яка буде застосовуватись як прецедент, і провести аналогію між ними. Потім те саме потрібно зробити судді при формуванні своєї аргументації та винесенні рішення, застосовуючи метод індукції. Причина першочерговості аналізу фактів і другорядності законодавства полягає також у тому, що для дотримання принципу верховенства права необхідно забезпечити, щоб у справах з однаковими фактами приймалися однакові рішення [180, с. 202]. Як зазначається у справі *Harris v. Superior Court (Smets) (1992, US)*, «це загальне правило, що текст рішення має формулюватись з посиланням на факти справи й ознакою якості рішення є те, наскільки воно врахувало й відповідає фактам справи». У цій системі існує суттєвий недолік: юристи часто використовують попередні

рішення суду, вириваючи із загального контексту лише ті аргументи і факти, які виступають на їхню користь, але насправді не відображають реальність, і таким чином намагаються «видати чорне за біле, а біле за чорне» У своїх же рішеннях судді закликають юристів не застосовувати такий підхід [18, п. 664–667].

Щодо скандинавської течії школи правового реалізму, то слід зазначити, що вона розвивалась у країнах, де основним джерелом права є нормативно-правовий акт, а не прецедент [230, с. 20]. Існують дискусії щодо того, чи скандинавські країни формують окрему правову сім'ю, чи є підгрупою континентальної або ж англо-американської правової сім'ї. Науковець Хенрік Ліндблом зазначає, що на становлення скандинавського приватного права більшою мірою вплинули романське, германське та французьке право, аніж англо-американське. Разом з тим він зазначає, що «п'ять скандинавських країн у частині приватного права не належать ні до континентальної, ні до англо-саксонської правової сім'ї, а формують власну правову сім'ю». Це зумовлено багатовіковою співпрацею у комерційному, патентному, сімейному праві [193, с. 812–813]. Оле Ландо обґрунтовує виокремленість скандинавської правової сім'ї на основі спільних для країн, які в неї входять, територіальних кордонів, історії, мов, релігії, особливого нордичного менталітету та спільних правових звичаїв [175, с. 145]. К. Цвайгерт і Х. Котц у своїй праці «Вступ до порівняльного права» зазначають, що скандинавське право не є частиною загальної правової сім'ї і виділяють його в підгрупу континентальної правової сім'ї [249, с. 277]. Шведський правник Ульф Берніц виокремлює скандинавську підгрупу в окрему поряд із романською та германською в межах континентальної правової сім'ї [136, с. 28]. У своїй спільній праці Інгеборг Швенцер, Паскаль Хачем, Крістофер Кі займають позицію, що правові системи скандинавських країн увібрали в себе риси романського, германського та французького права та входять у систему континентальної правової сім'ї [230, с. 20]. На думку шведського правника Мальмстрем Оке, правові системи

скандинавських країн знаходять своє місцедесь на межі між континентальною та англо-саксонською правовими сім'ями [175, с. 145]. Насправді, основні риси правових систем скандинавських країн демонструють певний симбіоз і континентальної, і англо-американської правової сім'ї. Так, одним з основоположних критеріїв континентальної системи права є кодифікованість [206, с. 136].

Кодифікація права в скандинавських країнах була проведена ще у XVII – XVIII століттях. У кожному регіоні було прийнято один кодекс, який охоплював усі галузі права [96, с. 288–289]. До прикладу, у Швеції у 1734 році було прийнято Кодекс, який регулював відносини в різних сферах і складався з дев'яти книжок: книги, що регулюють шлюбні, спадкові, земельні, комерційні відносини та ін. [265]. У Данії кодекс було прийнято в 1683 році, а в Норвегії – у 1687 [96, с. 288–289]. В іншій скандинавській країні – Фінляндії – основним джерелом права є нормативно-правові акти: Конституція, закони, декрети, правила, які за ієрархією мають більшу або меншу юридичну силу [271]. Хоча певні риси, характерні для сім'ї загального права, також притаманні скандинавським країнам. Поряд із нормативно-правовим актом важливу, але не домінуючу роль відіграє судовий прецедент, як джерело права [96, с. 288–289; 245, с. 148].

І хоч точиться багато дискусій, що скандинавська правова система є окремою і не належить до жодної іншої, багато авторів усе ж схиляються до думки, що вона є частиною континентальної правової сім'ї [38, с. 30; 213, с. 469]. Оскільки основним джерелом права в країнах, що належать до цієї сім'ї, є нормативно-правовий акт, то судді першочергово аналізують положення нормативно-правових актів, а вже потім накладають їх на факти справи, на відміну від системи загального права, де судді з самого початку звертаються до збірника прецедентів права й аналізують факти справи, щоб провести аналогію [245, с. 222–223; 133, с. 36–37]. У цьому полягає відмінність правового мислення, аргументації і обґрунтування позиції суддею в системі загального

права в романо-германській правовій сім'ї. У континентальній системі права у правовій аргументації застосовується метод дедукції, користуючись яким, судді починають з аналізу загального, яким є загальні принципи або принцип верховенства права, що містяться й розкриваються в кодексах і переходять до аналізу фактів і прийняття рішення. У системі загального права судді користуються методом індукції при формуванні юридичної аргументації, що стало здобутком школи правового реалізму. Це означає, що вони починають шукати і втілювати загальні принципи права під час аналізу фактів справи, яка розглядається, і фактів тих справ, які будуть застосовуватись як прецедент [133, с. 37]. Окрім того, формуючи аргументацію та приймаючи рішення у справі, судді детально аналізують факти, тому що своїм рішенням вони творять право, яке в майбутньому може застосовуватись як прецедент. І саме це впливає на різну роль і сприйняття важливості процесу аналізу фактів у вищенаведених правових системах і, як наслідок, у двох течіях школи правового реалізму.

Крім зазначеного, наступний критерій, який посприяв різному розвитку емпіричної частини, а саме питанню важливості процесу детального аналізу фактів у школах, – це місце суду присяжних у правовій системі. У системі загального права суд присяжних відіграє ключову роль у здійсненні правосуддя. Присяжні – звичайні громадяни, які не мають юридичної освіти, оцінюють не питання права, а питання фактів. Суддя, своєю чергою, у процесах, де присутній суд присяжних, відіграє роль арбітра, слідкуючи, чи всі учасники процесу дотримуються процесуальних правил [159, с. 53]. Для того, щоб особам, які не мають юридичної освіти, надати можливість зрозуміти справу глибше й детальніше, на юристів покладається тягар презентації і пояснення необхідних фактів. Саме після аналізу фактів справи присяжні виносять вердикт. У скандинавських країнах суду присяжних або не існує (приклад Фінляндії), або суд присяжних скликається, але лише для розгляду кримінальних справ з мірою покарання вище ніж 4 роки ув'язнення (приклад Швеції) [186, с. 632]. В цьому аспекті деякі науковці вбачають унаслідкування

певних рис англо-саксонської правової сім'ї [193, с. 813]. У тих країнах, де суд присяжних представлений, він складається із професійного судді й непрофесійних суддів, які по факту стають професіоналами з часом, оскільки одні й ті самі особи запрошуються на цю посаду. Роль судді в такій моделі є вирішальною. Він керує і координує увесь процес включно з прийняттям рішення в колегії з непрофесійними суддями. І врешті решт, такий склад звертає більшу увагу на питання права, а не на факти справи. Тому роль фактів не є вирішальною [186, с. 632].

Український науковець О. В. Сердюк зазначає, що процеси «соціологізації» юридичної науки у XX столітті, які відбувались у двох різновидах – європейському й американському, мали відмінності, що були зовні обумовленими правовими системами, насправді мали більш глибокі підстави – відмінності соціокультурного середовища, світоглядних, філософських традицій. Разом з тим, науковець зазначає, що тією мірою, якою некласичний стиль соціального пізнання права інтернаціоналізувався, відмінність стала меншою, а вже в середині минулого століття почали простежуватись загальні тенденції і однотипні прояви соціологічного підходу до пізнання права [104, с. 168].

Проведений аналіз основних ідей фундаторів обох течій та позицій науковців, які досліджували школи, показав: різниця в утвердженні «реалістичної юриспруденції» течіями полягала в тому, що американські реалісти здебільшого цікавились пошуками того, що «повинні робити суди», тоді як скандинавці концентрували свою увагу на розумінні й розвитку права «з психологічного погляду» [205, с.167; 213, с. 470]. Як зазначає Дж. М. Келлі, змальовуючи різницю шкіл, на відміну від американської течії, для скандинавських реалістів питання, пов'язані з судами, зокрема вплив на їхню діяльність економічних та соціальних чинників, не були центральними, натомість вони зосереджувались на психологічному розумінні права [181, с. 369; 213; с. 471]. Разом з тим, якщо простежити розвиток скандинавської

думки від радикального психоаналізу Аксея Хегерстрьома до розгляду права як продукту й регулятора соціальних відносин у контексті напрацювань Альфа Росса, стіна, яка ніби створює відмінності між школами, взагалі рушиться [213, с. 471].

Американський юрист та науковець Грегорі С. Александр стверджує, що скандинавський і американський реалізм мають більше спільного, ніж здається на перший погляд. Обидва були критичні рухи, які прагнули захистити свої правові системи від минулого. Американський правовий реалізм був критичною реакцією проти «консервативної ортодоксії» дев'ятнадцятого століття, створеної в умовах «правової науки» Крістофера Коламбуса Ленгделла. Так само скандинавський реалізм був критичним рухом проти укоріненної юридичної традиції, яка мала глибоко антидемократичні наслідки. У цьому глибокому розумінні скандинавський і американський реалізм можна розуміти як частину трансатлантичного критичного юридичного руху, що прагнув розширення демократії [165, с. 132].

На думку професора Хельсінського університету Піхлямяки Хейккі, який займається дослідженням обох течій правового реалізму, цей трансатлантичний рух полягав у боротьбі проти формалізму. Тоді як американські реалісти боролись проти формалізму, сформованого у вигляді ленгделліанської теорії, скандинавські реалісти боролись з таким явищем, як «*Begriffsjurisprudenz*» (concept-based law, юриспруденція понять), що було видом формалізму в континентальній сім'ї [213, с. 470].

Концепція «*Begriffsjurisprudenz*» [в англomовних працях автори не наводять переклад, а подають термін мовою оригіналу], яка домінувала в континентальній юриспруденції в першій половині 19-го століття і розвивалась у рамках юридичного позитивізму [202, с. 94], мала відправною точкою загальні поняття і принципи, з яких виводились рішення конкретних правових проблем відносно внутрішньої системності, сформованої таким чином, щоб не містити жодних прогалин і протиріч [236, с.138–139]. Без сформованих

визначень формулювання думок є неможливим. Тому юридична наука повинна бути спрямована на формулювання визначень [162, с. 278]. Концепція «*Begriffsjurisprudenz*» прагнула здійснити сувору формалізацію судової функції через повне підпорядкування судді раціонально-дедуктивній, силогічній правовій системі та створити точну, повну й систематизовану юриспруденцію, у якій усе буде функціонувати з математичною точністю [202, с. 94–96]. Ця концепція віддаляла вирішення справ від емпіричної реальності, яка мала бути цілком урегульована законодавством [236, с. 138–139].

Варто зазначити, що у своїх роботах скандинавські реалісти не зазначили, як це постійно робили їхні американські колеги, що метою їхньої школи є боротьба з формалізмом і механічною юриспруденцією. Хоча дійсно намір суворо формалізувати судові функції, підкоривши виключно законам логіки в межах концепції *Begriffsjurisprudenz*, міг слугувати підставою переосмислення скандинавцями важливості емпіричної реальності. Проте, практичних інструментів боротьби з формалізмом вони не виробляли, оскільки школа була філософсько-правовою. Можливо, саме тому Альф Росс так наполягав на необхідності обміну знаннями і звернення до напрацювань своїх американських колег.

Таким чином можна підсумувати, що дві течії школи правового реалізму пішли різними шляхами у виведенні емпіричного підходу сприйняття реальності на вищий щабель через розуміння, що саме людина є поводитирем у творенні правової реальності. У той час як скандинавські реалісти обрали філософсько-теоретичний шлях, американські реалісти пішли практичним. За словами Грегорі С. Александра, «вони обрали різні стратегії на шляху до однієї мети» [165, с. 132].

Висновки до розділу 2

Результати дослідження, викладені у розділі 2 цієї роботи, дозволяють зробити висновки, спрямовані на досягнення загальної дослідницької мети.

1. Основне завдання, яке прагнули вирішити американські правові реалісти, полягало в необхідності побороти формалізм, силогізм та механістичність при розгляді справ і формулюванні судової аргументації шляхом використання формальної логіки та методу дедукції при аналізі норм права, з яких виводиться кожне конкретне рішення. Пріоритет повинен надаватись не логічно узгодженому дотриманню та застосуванню норм права відірвано від контексту справи, а забезпеченню ефективного і справедливого розгляду спору з урахуванням конкретних фактів. Це було зумовлено розумінням того, що право є багатограним живим феноменом, який породжується в суспільних відносинах, що не є сталими, а постійно розвиваються. Тому суддям потрібно бути наближеними до життєвих реалій і враховувати емпіричну дійсність при формулюванні судової аргументації для того, щоб досягти мети у віднаходженні справедливості. Значний акцент реалісти робили на важливості правотворчої функції судів, стверджуючи, що для звичайної людини правом виступає конкретне рішення суду з усіма фактами, які аналізувались у справі.

2. На думку реалістів, для досягнення цілей ефективного соціального регулятора, правознавству варто зупинитися в переслідуванні мети всезагальності та «наднауковості», що виявляється у суворому догматизмі. Натомість необхідно наблизитися до реальних проблем життя, зокрема, шляхом вивчення міждисциплінарних зв'язків з етикою, економікою, політологією, соціологією, психологією, історією та філософією.

3. Скандинавські реалісти, здійснюючи пошуки правової реальності, заперечували будь-які прояви догматизму в аналізі правових явищ. Правом визначається лише те, що відображається в думках людей і знаходить символічний вияв у реальному житті. За кожним юридичним формулюванням стоїть психологічна реальність. Представники скандинавської реалістичної течії заперечували існування дуалізму між емпіричними фактами та юридичними нормами, стверджуючи, що всі юридичні явища повинні

відображати реальність, яка породжується у психіці людини. Вони критикували будь-які прояви метафізичних явищ у правовій реальності як такі, що є виявом ідеалізму й не підлягають емпіричному спостереженню.

4. Дослідження двох течій правового реалізму демонструє шлях, яким йшла й розвивалася школа від радикального емпіризму до пошуку балансу між аналізом правових норм та фактів емпіричної дійсності. Перші фундатори двох течій школи намагались віднайти інструменти протидії нормативізму, який проголошувався позитивістами, шляхом абсолютизації емпіричної дійсності. Їхні послідовники розуміли, що така концепція призведе до свавілля в діяльності суддів, проявів некомпетентності та можливих неправомірних мотивів. Тому вони наполягали на необхідності існування писаного права, розуміння й аналізу його норм суддями та формулювання рішення таким чином, щоб наблизити до життєвих реалій.

5. Порівняльний аналіз засадничих ідей скандинавської та американської течій школи правового реалізму демонструє, що ці дві течії мають більше спільних рис, ніж відмінностей. Критерій відмінності щодо філософського та практичного спрямування є дуже поверхневим і, можливо, навіть синтетичним. Не можна стверджувати, що американська течія школи правового реалізму була абсолютно віддалена від дослідження філософських питань, оскільки для обґрунтування практичних надбань, що стосувались діяльності суддів, реалісти намагались здійснити аналіз філософсько-правового явища – правової реальності, особливо це простежується в роботах Карла Ллевелліна. Цей аналіз не характеризувався такою глибиною, як у скандинавській течії школи, але все ж він мав місце. Своєю чергою, висновки, яких доходять скандинавські правові реалісти, полягають у необхідності детального аналізу суддями як норм права, так і фактів емпіричної дійсності.

6. Обидві течії школи правового реалізму були критичними рухами, які прагнули захистити свої правові системи від надмірного формалізму й догматизму. Американські реалісти стверджували, що перебувають у пошуках

боротьби з формалізмом, який отримав поширення у межах ленгделліанської теорії в 19 столітті. Напрацювання скандинавських реалістів також були спрямовані на боротьбу з формалізмом, який у континентальній правовій сім'ї мав вираз у концепції, що отримала назву «*Begriffsjurisprudenz*» («Юриспруденція понять»). Хоч скандинавська течія, будучи філософсько-правовою школою, практичних інструментів боротьби з формалізмом не пропонувала, однак один із представників цієї течії Альф Росс зазначав, що правовий реалізм є міжконтинентальним рухом, спрямованим на реалістичну інтерпретацію права в контексті емпіричного виміру, і наполягав на необхідності обміну знаннями через звернення до напрацювань своїх американських колег.

7. Концептуальна різниця скандинавської та американської течій правового реалізму обумовлена відмінностями правових сімей, у яких вони формувались, передовсім відмінностями основних джерел права – нормативно-правового акту та правового прецеденту, наслідком чого стали різні акценти, зроблені у працях дослідників (представників) цих течій. Незважаючи на те, що скандинавська течія школи правового реалізму займалася пошуками правової реальності як філософсько-правової категорії, а американські реалісти шукали практичні механізми для вдосконалення судової аргументації, фундатори обох течій доходять висновку, що правознавство є емпіричною наукою, не відірваною від реального життя. Тому, можна стверджувати, що обидві течії доходять одного й того самого висновку, але різними шляхами.

8. Проведене дослідження демонструє, що обидві течії правового реалізму обрали різні шляхи до однієї мети, яка полягала у виведенні емпіричного методу в юриспруденції на вищий щабель через розуміння того, що саме людина є центром творення правової реальності.

РОЗДІЛ 3.

НАДБАННЯ ШКОЛИ ПРАВОВОГО РЕАЛІЗМУ, ЯКІ МОЖНА ВИКОРИСТАТИ В СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ ТА ЮРИДИЧНІЙ ОСВІТІ УКРАЇНИ

3.1. Використання висновків школи правового реалізму для вдосконалення судової аргументації в Україні

Бенджамін Кардозо на початку своєї праці «Природа судового процесу» (*The nature of judicial process*) зазначає, що кожного дня по всій землі в сотнях судів вирішуються різні справи. Можна було б припустити, що для судді описати процес прийняття рішення, який він здійснював понад тисячу разів, є чимось простим. Однак, у момент пошуку відповіді на це питання, здійснюючи самоаналіз, суддя повинен відповісти на низку запитань: Що я роблю, коли приймаю рішення? Якими джерелами я керуюсь? У якій пропорції я дозволяю таким джерелам впливати на результат? Якою мірою такі джерела повинні впливати на результат? Чи можливо застосувати прецедент, коли я відмовляюсь слідувати йому? Якщо я шукаю логічної узгодженості, співмірності юридичних структур, наскільки глибоко я в них занурююсь? У який момент ці пошуки повинні зупинитись певним звичаєм, який буде суперечити логічній послідовності, врахуванням певного суспільного добробуту, моїм особистим або загальним стандартом справедливості та моралі? [142, с. 9–10].

Дорожня карта поставлених Бенджаміном Кардозо питань насправді демонструє алгоритм побудови судової аргументації. Від усвідомлення того, чи ставить суддя час від часу собі такі питання, стає зрозумілим, чи він підходить формально, механічно до вирішення справи, чи розглядає цей процес як надзвичайно важливий, творчий і відповідальний.

Історично становлення теорії юридичної аргументації сягає давніх часів. Вважається, що першими почали розробляти техніку юридичної аргументації давньогрецькі софісти наприкінці V – на початку IV ст. до н. е. (Протагор, Горгій, Продік, Гіпій) [128, с. 14]. Однак, їхнє навчання зводилося здебільшого до підготовки текстів промов та вивчення їх напам'ять учнями [59, с. 3]. У подальшому свій внесок у становлення теорії юридичної аргументації зробили давньогрецькі вчені Аристотель, Сократ, Платон (IV ст. до н.е.). Для них основним завданням став пошук першооснов, за допомогою яких стало б можливим доходити достеменних і незаперечних висновків [128, с. 15]. Однак, інструментарій побудови юридичної аргументації переважно зводився до законів і принципів формальної логіки, таких як закон однорідності і специфікації, принцип заборони суперечностей, тотожності, виключення третього, аподиктивний, діалектичний і риторичний силізм [128, с. 15–18].

Метою цього підрозділу є визначення внеску правових реалістів у розвиток теорії юридичної аргументації та надбань школи правового реалізму, які можуть бути використані для вдосконалення судової аргументації в Україні на підставі проаналізованих фундаментальних основ школи.

Реалізм проти формалізму

Науковий аналіз правосуддя історично обертався навколо пошуку відповіді на питання: «наскільки процедура прийняття суддями рішень залежить від юридичної аргументації?» [241, с. 1362]. Саме відповідь на це питання кардинально протиставляє дві течії – юридичний формалізм і правовий реалізм [85, с. 26].

Відповідно до юридичного формалізму судді застосовують норми права до фактів справи механічно, використовуючи методи логіки. Правосуддя – це «величезна силігічна машина», а основне завдання судів полягає у необхідності діяти, як «висококваліфікований механізм» [166, с. 2]. Правові норми для формалістів є Альфою і Омегою – тим, чим починається й на чому закінчується судова аргументація, а основним інструментом виступає логічне мислення [241,

с. 1362]. У кожній конкретній ситуації рішення необхідно виводити із загального, абстрактного положення, що регулюється законодавством, у якому не існує прогалин. Тому, окрім норм, які в ньому містяться, аналізувати щось додатково немає потреби [246, с. 657–658]. Таким чином, «юристи використовують загальні принципи, які сформовані із чітко визначених концепцій, для того, щоб прийняти конкретне рішення, дійти логічного, раціонального, об'єктивного висновку, використовуючи метод дедукції» [231, с. 497].

Американський юрист і філософ Роберто Унгер (Roberto Unger) зазначав, що *«юридична аргументація характеризується формалізмом тоді, коли тільки застосування норм та виведення з них висновків вважається достатнім для кожного авторитетного юридичного вибору»* [Цит. за: 141, с. 278].

Основне завдання, яке поставили перед собою правові реалісти, – побороти формалізм і механічність у формуванні судової аргументації, застосовуючи, як зазначав Карл Ллевеллін, *«величний стиль аргументації»* [197, с. 62–72]. Для реалістів процес формулювання юридичної аргументації *«не є справою пошуку і застосування існуючих правових норм»*. Формулювання юридичної аргументації – це *«мистецтво, а не механістична діяльність»* [135, с. 24].

Діяльність суддів у формуванні юридичної аргументації не повинна полягати в перегляді джерел права та у вишукуванні тих норм, які можуть бути застосовані до фактів у справі, щоб прийняти рішення, до якого судді самостійно в пошуках справедливості, істини не можуть дійти [135, с. 24].

Як було зазначено в попередніх розділах, центральною ідеєю американської і скандинавської течій школи правового реалізму є емпіричний підхід до сприйняття реальності. На практиці це слугує рекомендацією для суддів підходити відповідально до аналізу фактів справи незалежно від того, чи правові вони чи ні, для того, щоб знайти справедливість і наблизитись до достовірності. Виступаючи проти використання методу дедукції, виведення

рішення із абстрактних категорій, принципів, реалісти наголошували на необхідності юристам, суддям при формуванні аргументації зосереджувати свою увагу на фактах конкретної справи [231, с. 500].

А. В. Скоробогатов виділяє такі основні постулати в межах концепції американського правового реалізму щодо вирішення суддями справ та побудови правової аргументації: 1) раціоналізація, яка розглядає обмін думками не як відображення процесу прийняття рішення в судовій справі, а як сукупність аргументів, наведених після прийняття рішення для додання цьому рішенню розумної і логічної форми; 2) уміння розібратись у різних правилах для виявлення їхньої порівняльної важливості; 3) заміна загальних категорій конкретними корелятами; 4) дослідження особистісних (особистість судді) та кількісних (статистичні дані про доступні міри судового захисту) чинників у праві [106, с. 124].

Українська науковиця Н. А. Гураленко, аналізуючи основні напрями західної правової думки, визначає, що школа правового реалізму значною мірою зосереджувала свою увагу на проблемах суддівського правознаходження та критиці механічного прийняття судового рішення [36, с. 317].

Надалі ми проведемо аналіз основних праць правових реалістів та дослідників школи для з'ясування висновків, яких вони дійшли в боротьбі з механічною юриспруденцією в процесі розгляду справи судами.

Одна з центральних ідей Джерома Франка в період розквіту правового реалізму полягала у важливості в процесі формування правової реальності особистості судді, який приймає рішення на підставі внутрішнього розуміння справедливості, особистої психології, життєвого досвіду, цінностей та власного сприйняття світу. Реаліст неодноразово наголошував на тому, що після прийняття рішення на підставі внутрішнього бачення суддя шукає обґрунтування в писаному праві. Таким чином, внутрішній світ, психологічні особливості судді впливають на його розсуд, а отже, і на долю людини, яка стоїть за рішенням [153, с. 131–135].

Формування школи правового реалізму на прикладі розвитку позицій та внутрішнього становлення федерального судді Джозефа Хатчесона

Федеральний суддя Джозеф Хатчесон^{1*} є прикладом розвитку ідей правового реалізму в американській правовій системі. У своїй статті «Інтуїція у суддівстві: функція інтуїтивного поштовху у судових рішеннях» (*The Judgment Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decision, 1929*) він розповідає, як зазнавав своєї особистої еволюції. Суддя зазначає, що на первинних етапах своєї професійної діяльності був зовсім молодим юристом, вихідцем з класичного університету, якого навчали сприймати право як систему правил, прецедентів, категорій та концепцій, а суддю – як відстороненого адміністратора, розум якого є «холодною логічною машиною», запрограмованою на аналіз фактів у їх відношенні до встановлених прецедентів [177, с. 274].

Юрист зізнається, що на тому етапі його мозок працював, як запрограмований автомат, він займався пошуками категорій, концепцій, а щойно їх знаходив, ставив їх вище за все. Він вивчав право по фрагментах і сегментах, секціях і відсіках, і в його голові кожен елемент був належним чином організований. Тому в кожній справі, яку розглядав, він вирішував лише одну задачу – *«як правильно згрупувати та перегрупувати факти, щоб вбудувати їх у належний відсік, до якого вони належать»*. Джозеф Хатчесон зізнається, що сприймав суддів як «хранителів законів», які повинні вирішувати всі справи за допомогою методу дедукції, виводячи висновки із законодавства, яке досягло піку еволюції [177, с. 275].

Однак, обіймаючи посаду судді, отримавши практику розгляду справ, Хатчесон зрозумів, що суспільство не стоїть на місці, а розвивається; розвиваються й суспільні відносини, законодавство не настільки досконале,

^{1*}*Примітка:* Джозеф Хатчесон (1879-1973) закінчив юридичну школу Техаського університету у 1900 році. З 1900 року по 1918 рік займався приватною юридичною практикою. З 1918 року по 1931 рік працював окружним суддею у південному окрузі Техасу. З 1931 року по 1964 рік працював суддею Апеляційного суду п'ятого округу США [276].

щоб передбачити кожну ситуацію; що існує певний нераціональний феномен, який впливає на прийняття рішення суддею [177, с. 276–278].

Джозеф Хатчесон доходить висновку: спочатку судді приймають рішення на підставі внутрішнього поштовху (hunches), інтуїції, а потім звертаються до законодавства, прецеденту, щоб знайти йому обґрунтування [177, с. 285–286]. І допоки суддя не знайде необхідного обґрунтування, його рішення буде виглядати безпідставним [177, с. 286–287]. Своєю чергою, в основі формування цього внутрішнього елементу (поштовху, інтуїції) лежить його освіта, досвід, загальна точка зору [177, с. 285].

Ще один правник, який зробив свій внесок у розвиток школи правового реалізму, Теодор Шрьодер, стверджував, що рішення судді – це обґрунтований внутрішній імпульс судді, який формується на підставі попереднього життєвого досвіду [229, с. 93].

Підкреслюючи основні засади правового реалізму, українська науковиця В. І. Тимошенко зазначає, що реалізм «виходить з концепції права як явища, що разом із суспільством перебуває у стані постійного розвитку» [111, с. 246].

Одна з концептуальних засад полягала в тому, що реалісти наголошували на важливості звертати увагу суддів та аналізувати *соціальну реальність* при формулюванні юридичної аргументації. Судді не повинні аналізувати справу та вирішувати спір відсторонено від реального життя, виводячи абстрактні судження на підставі змісту норм права. Навпаки, вкрай важливо аналізувати соціальну реальність, у якій діють норми права, для того, щоб задовольняти потреби суспільства, яке хоче бачити в судді особу, що прагне віднайти справедливість [231, с. 501].

Олівер Холмс вважав, що суддя, який володіє знаннями про *історично існуючі та поточні соціальні цілі*, має більше можливостей для того, щоб сприяти розумінню права та його розвитку [163, с. 312].

Початок розвитку правового реалізму: Локнерівський суд та окрема думка Олівера Холмса

У своїй відомій в історії розвитку американської юриспруденції окремій думці у справі *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) Олівер Холмс зазначив: «Абстрактні норми не вирішують конкретних справ. Вирішення справи залежить від оціночного судження або інтуїції, більш витонченої, ніж будь-яке чітко виражене загальне положення» [19, п. 198 U. S. 76].

«Локнерівський суд» – назва, яка позначала Верховний Суд Сполучених Штатів Америки в період 1900 – 1937 років. Рішення у справі Локнера, що дало ім'я цілій епосі в правосудді, є одночасним прикладом і формалістичної методології Верховного суду Сполучених Штатів Америки, і перших проявів боротьби з цим явищем. Рішенням суду було визнано неконституційним і скасовано закон штату Нью-Йорк, що обмежував робочий день пекарів десятима годинами, а робочий тиждень – шістдесятьма. Судом було вирішено, що право на свободу, гарантоване Чотирнадцятою поправкою, включає і право на свободу договору, яке абсолютно захищене від втручання з боку законодавця, окрім як в обмеженому контексті «поліцейських повноважень держави». Це рішення мало ознаки формалістичного підходу до вирішення справи. На думку таких дослідників, як Моше Коен-Елія та Іддо Порат, це виявлялось у тому, що, по-перше, в аргументації Верховний Суд Сполучених Штатів Америки шукав (і знайшов) рішення правового питання про значення конкретного поняття – «свободи» – шляхом логічної дедукції з власного розуміння цього поняття. По-друге, рішення було досягнуто без звернення до соціальної реальності трудових відносин, оскільки насправді у робітників не було ніякої осмисленої «свободи» приймати або не приймати умови праці, які по суті нав'язуються їм роботодавцями [92, с. 70].

Не погоджуючись із рішенням, прийнятим колегією, Олівер Холмс у своїй окремій думці зазначав, що ця справа вирішена на підставі економічної теорії, яку більшість населення не поділяє. Він говорив: «якщо б питання

стосувалось того, чи він погоджується, чи ні з цією економічною теорією, то йому потрібно було б ще багато чого проаналізувати перед тим, як прийняти рішення, однак він розумів, що його згода або незгода з таким рішенням не має ніякого значення, оскільки більшість суддів хотіли втілити свою позицію для зміни законодавства». На думку Холмса, слово «свобода» в чотирнадцятій поправці викривляється, коли його застосовують для того, щоб не допустити природний результат, до якого може привести панівна суспільна думка. Як приклад він зазначає, що розумна людина може сприймати встановлені обмеження робочого часу як необхідну міру захисту здоров'я [19, п. 198 U. S. 76].

Під час локнерівської епохи Верховний Суд Сполучених Штатів Америки вирішив чимало справ, керуючись при цьому аналогічними міркуваннями, як і у справі *Lochner v. New York*, і визнав неконституційним величезний масив прогресивного соціального законодавства, ґрунтуючись при цьому на формалістських висновках із загальних принципів права, передусім, з принципу свободи договору, наприклад: *Coppage v. Kansas*, 236 U. S. 1 (1915) (щодо неконституційності закону, що не допускає примусового виконання угод, якими забороняють робочим вступати до профспілок); *Morehead v. New York*, 298 U. S. 587 (1936) (щодо неконституційності закону, що скорочує робочий час вагітних жінок) [163, с. 313].

Таким чином, школа правового реалізму в 1920–1930-ті рр. розвивалась на тлі опозиції судових рішень Локнерівської епохи, які зустрічали все більше протистояння з боку вчених та юристів-практиків [163, с. 314].

Реалісти протистояли ідеї про те, що право може бути автономною наукою, вільною від суб'єктивних суджень, яка дозволяє отримати заздалегідь відомі рішення у всіх можливих випадках за допомогою застосування об'єктивних методів (таких як аналогія) в рамках замкнутої логічної системи [163, с. 314].

Щодо пошуку компромісу між судовою дискрецією при аналізі фактів справи, що становлять реальну частину права, та необхідністю слідувати сформованим нормам права думки реалістів були такими.

Як було проаналізовано в попередніх розділах, школа правового реалізму зазнавала внутрішнього розвитку позицій, які мали вияв у діалогах між самими реалістами й в особистих міркуваннях окремих фундаторів: від абсолютизації фактів (емпіричної частини) та повного ігнорування норм до пошуку балансу між цими двома явищами [85, с. 27].

Саме через акцентування своєї уваги на живій частині права – на реальних фактах під час здійснення правосуддя – думки правових реалістів свого часу піддавались критиці радянською наукою. Так, вчений В.О. Туманов у своїй роботі «Критика сучасної буржуазної теорії права» (1957 р.) цитує думку Роско Паунда: «Про роботу інженера судять за її відповідністю поставленим цілям, а не за тим, чи відповідає вона якійсь ідеальній формі традиційного плану. На відміну від минулого сторіччя, ми так само підходимо й до діяльності юристів, суддів, законодавців. Ми вивчаємо правовий порядок замість того, щоб дебатовати над питанням про природу права». Розмірковуючи над думкою реаліста, Володимир Олександрович Туманов зазначає: «Перед нами кредо, побудоване на негативному ставленні до права як сукупності стабільних правових норм, яке закликає захищати «інтереси і вимоги» незалежно від цих норм і правових інструментів по принципу «ціль виправдовує засоби»... У цих міркуваннях простежується... прагнення видати класові інтереси буржуазії за інтереси всього суспільства, за інтереси людської особистості взагалі» [116, с. 26–27]. Розмірковуючи над висловленнями Дж. Франка та К. Ллевелліна, які неодноразово стверджували, що суддя спочатку приходить до рішення на підставі внутрішнього відчуття, інтуїції, а потім шукає аргументацію для обґрунтування рішення, В. О. Туманов зазначає, що реалісти оголошують неспроможним пережитком будь-яку спробу розглядати право як сукупність стабільних норм, обов'язкових для суду [116,

с. 30]. Аналізуючи позицію Дж. Франка, який за зразок наводив алгоритм прийняття рішення суддею Хатчесоном, професор В.О. Туманов підсумовував, що відповідно до концепцій реалістів «діяльність судів полягає не в застосуванні норм законодавства або прецеденту до конкретних обставин, ... а в «раціоналізації» суддею своїх психологічних реакцій, у виразі їх у юридичній формі» [116, с. 32].

Інший радянський вчений А.О. Старченко, цитуючи поміж інших реалістів Бенджаміна Кардозо, який писав: «Я розглядаю створене суддями право як реальне явище життя... Навряд чи сьогоднішня норма може відповідати вчорашній, протилежній їй нормі. Зміни в праві або більшість з них здійснюються суддями. Результатом цього є не просто доповнення або модифікація, а революціонування і трансформація», – зазначав, що на підставі ідей правових реалістів «неконтрольована правотворчість суддів на практиці більшою мірою перетворюється на судове свавілля» [109, с. 17, 19].

Ю. В. Тихонравов вважає, що висновки правових реалістів полягали у «запереченні права як фіксованої і стійкої нормативної системи» [115, с. 523].

Розуміння ідей американської течії школи правового реалізму у розрізі вищенаведених думок простежується і в дослідженнях українських науковців. Зокрема, Г. А. Вдовина у своєму дисертаційному дослідженні «Розвиток філософії права в XX ст. (Англо-саксонська традиція)» в контексті аналізу соціологічної юриспруденції зазначала, що посилена увага до життя права має наслідком «заперечення правового характеру писаних норм» [30, с. 7].

Насправді певну абсолютизацію судового розсуду на підставі аналізу суддями реальних фактів, ізолюючись від імперативної, сталої частини, яка формується писаними нормами права, можна було простежити у реалістів у витоках розвитку школи, однак, розуміючи вразливість такої позиції, реалісти розвивали свою теорію і шукали баланс між детальним аналізом і концентрацією над фактами справи й необхідністю слідувати визначеним нормам права [90, с. 44]. Стосовно бачення радянських часів, що реалізм був

спрямований на захист класових інтересів буржуазії, то напевно ця пелена вже сповзла з крахом Радянського Союзу й відкрила інше бачення. Вище проаналізована Локнерівська епоха, яка стала підставою для боротьби та розвитку напрацювань реалістів, свідчить про протилежне – про боротьбу реалістів за інтереси суспільства, а не окремих класових груп.

У своїх же міркуваннях між рядками критики ідей школи правового реалізму як «форми правового нігілізму, що є закликом до відмови від права, законності і правопорядку» [116, с. 32–33] В. О. Туманов зазначає, що американський реаліст Б. Кардозо «послідовно проводить думку про необхідність компромісу між «проблемою стабільності» та «проблемою мінливості», наголошуючи на необхідності існування «здорової визначеності». На думку цитованого реаліста, «небезпека полягає як у постійному спокої, так і в постійному русі, і компроміс повинен бути знайдений в принципі становлення». Саме «принцип становлення» може слугувати компромісом між «стабільністю» й «мінливістю» та полягає в наділенні судді повноваженнями вирішувати, коли застосовувати закон і прецедент, а коли ні [116, с. 118].

Уже через декілька десятиліть російський учений В. С. Нерсисянц зазначає, що американські правові реалісти виступали проти формалізму (культу норми права) в правознавстві, а їхній скептицизм адресувався здатності тих, хто використовує і застосовує право, адекватно співвіднести норми з фактами, оскільки в будь-яких правових конфліктах, крім формальних (офіційно встановлених) норм, діють норми реальні [47, с. 746]. Таке розуміння дійсно більш наближене до задачі, яку перед собою поставили реалісти, однак ідеальну формулу вони бачили у співвідношенні фактів із нормами, а не навпаки. Пальму першості в детальному аналізі реалісти надавали саме фактам.

Дійсно, як зазначає В. С. Нерсисянц, реалістів критикували послідовники шкіл традиційного підходу, які найвразливішим місцем вважали ігнорування ними моменту нормативної визначеності в праві [47, с. 747]. Така критика здебільшого простежувалась у позиціях науковців, які працювали з іншою

правовою сім'єю і механічним накладенням, намагались продемонструвати слабкі сторони інструментів, розроблених для зовсім іншої правової системи.

Школа американського правового реалізму спрямовувала свої зусилля на розроблення саме практичних інструментів боротьби з формалізмом, на чому не раз наголошувалось, розвивалась у прецедентній правовій сім'ї, яка має свою специфіку порівняно з континентальною.

Не тільки в Сполучених Штатах Америки, а й в інших країнах загального права суди мають можливість приймати рішення, виходячи з обставин справи, виробляти в процесі правосуддя нові норми. Наприклад, суд може застосувати певний прецедент як відповідний для конкретної справи, але може й не застосувати його, встановивши, що він для цієї справи не підходить. Якщо суд не знайде потрібних прецедентів, то він прийме відповідне рішення, і якщо це авторитетний (високий) суд, то рішення стане прецедентом, обов'язковим для інших судів. Окрім того, у складніших справах можуть бути релевантними кілька прецедентів, кожен з яких можна вважати прийнятним або неприйнятним до конкретної справи, а суддя повинен вибрати лише один із них [122, с. 34]. Коли виникають нові обставини, не врегульовані нормами права, суддя, при вирішенні спору і наданні обґрунтування з врахуванням нових обставин, формулює нове правило – норму прецедентного права [123, с. 374]. З огляду на специфіку процедури прийняття рішення у прецедентній системі потрібно усвідомлювати, що передусім американські реалісти шукали механізми боротьби з формалізмом для своєї системи, а тому увага до нормативно-правової бази інакша, ніж це хотіли б бачити вчені континентальної правової сім'ї.

Насправді ґрунтовний аналіз робіт реалістів демонструє, що пошуками *компромісу між судовою дискрецією у вирішенні справи та необхідністю дотримуватись визначених норм права* реалісти займались із самих витоків школи. Так, на початку своєї відомої роботи «Шлях права» (*The path of the Law*) Олівер Холмс зазначав, що «коли ми вивчаємо право, ми вивчаємо не

таємницю, а чітко зрозумілу професію» [171, с. 167]. Тим самим О. Холмс дав зрозуміти, що для нього право становить чітко визначену систему. Говорячи про важливість емпіричного підходу до вивчення права, Олівер Холмс не ізолював правників від необхідності вивчати й застосовувати логіку, а навпаки, вважав, що в процесі підготовки юристів потрібно навчати законів логіки. Правник стверджував, що будь-якому висновку, якого доходить суддя, можна надати логічної форми [171, с. 181]. Разом з тим О. Холмс вважав, що право страждає від відсутності правил, які б були чітко сформульовані, стверджував, що гарний юрист повинен досконало володіти нормативною базою, і дав пораду для професійного оволодіння технікою вивчати римське право [171, с. 197–198].

У своїй статті «Правосуддя відповідно до права» (*Justice according to Law*) Роско Паунд зазначав, що «здійснення правосуддя може відбуватись на підставі двох протилежних підходів – формалістичного і дискреційного». Першу частину він визначає як юридичну, а другу – як перед юридичну, оскільки останнє відображає етап прийняття рішення до моменту пошуку законодавчого обґрунтування попередньо прийнятого рішення [219, с. 696]. Наголошуючи на важливості перед'юридичного етапу, Р. Паунд усе ж вказує на існування низки переваг здійснення правосуддя з урахуванням норм писаного права, оскільки воно: 1) допомагає краще передбачити результат судових процесів; 2) захищає від помилок окремих суддів; 3) захищає від неналежного мотиву з боку суддів; 4) надає суддям стандарти, які відображають етичні цінності суспільства; 5) передає судді переваги всього попереднього досвіду його колег; 6) не допускає ситуації, коли заради захисту більш очевидних, нагальних і менш вагомих інтересів суди будуть жертвувати вищими соціальними або індивідуальними інтересами [219, с. 709].

У пошуках балансу між дискрецією і врегульованістю Роско Паунд вважав, що суспільство його часів не просто потребувало правового регулювання, а значного правового регулювання; воно також вимагало

визначеності у правових термінах і категоріях та у їх застосуванні судовим корпусом. Науковець зазначає, що на стадії розвитку сільськогосподарського суспільства врегулювання відносин без писаного права ще можливо уявити, але на індустріальному та промисловому етапах розвитку економічні відносини настільки ускладнюються, що потреба у правовій визначеності і правовому регулюванні стає дедалі необхіднішою [219, с. 704–705]. Разом з тим Р. Паунд висловлював свою чітку позицію проти формальної юриспруденції, зазначаючи, що «*досягнення визначеності шляхом механічного застосування фіксованих правил до людської поведінки є ілюзією*» [216, с. 142–143].

Висловлюючи свою позицію проти формалізму, Паунд наводив низку причин. По-перше, визначеність і однорідність забезпечуються за допомогою правил або логічних висновків із фіксованих принципів і вузько визначених правових концепцій. Згідно з тим фактом, що зазначені категорії формують правила, вони повинні працювати якщо не наосліп, то принаймні безособово й механічно. *По-друге*, науковість і системність, що мають свій вияв у юриспруденції, сприяють тенденції робити закон кінцевою метою, а не засобом для досягнення кінцевої мети. У цьому виявляється прагнення зробити явище, яке мало б носити практичний характер, надакадемічним і наднауковим. Правник зазначає, що саме такою тенденцією характеризувався розвиток юриспруденції наприкінці дев'ятнадцятого століття. *По-третє*, закон породжує новий закон, а розвинені суспільства демонструють тенденцію використовувати правила, навіть там, де це неможливо. *По-четверте*, оскільки писані норми є сталими й не можуть швидко реагувати на зміни концепцій, завжди наявним є той елемент, який повною мірою не відповідає актуальним потребам суспільства [219, с. 712–713].

Таким чином, аналіз позицій Р. Паунда демонструє, що він наполягав на необхідності пошуку компромісу між урегулюванням суспільних відносин писаними нормами права та наданням суддям необхідною мірою свободи розсуду для розгляду справ не формально, а шляхом індивідуального підходу

до кожної справи з детальним аналізом фактів справи, які її формують [90, с. 46].

Свідченням цьому є позиція Р. Паунда, відповідно до якої правила й надмірно жорсткі стандарти іноді заважають судді прийняти найкраще можливе рішення; з іншого боку, правила захищають громадян від необізнаності некваліфікованих суддів та забезпечують підтримку від неправомірних мотивів суддів при здійсненні правосуддя [219, с. 712–713].

Цитуючи суддю Джона Салмонда, що історичним фактом є те, що *«пропорція між нормами писаного права і судовою дискрецією є незафіксованою, а змінною»*, Р. Паунд погоджується й зазначає, що «умови, які надають перевагу одному або іншому елементу, змінюються залежно від часу, місця і людей» [219, с. 700].

Пропонуючи своє розуміння дискреції, Паунд зазначає, що «ми все ще маємо справу з не юридичним елементом, що іменується дискрецією, або природною справедливістю, або добросовісністю, або допустимим послабленням правил з посиланням на індивідуальні обставини конкретної справи, або застосуванням закону відповідно до принципу справедливості, вільним пошуком справедливості» [219, с. 698–699].

Один із представників правового реалізму Натан Ісаакс [147, с. 365] у своїй статті «Межі судової дискреції» зазначав, що навіть коли вдасться відійти від академічних міркувань, що зумовлюють право діяти механічно, виникає питання щодо меж особистого розсуду суддів в процесі регулювання суспільних справ [178 с. 343]. Межі і водночас підставу судової дискреції реаліст вбачає у сформованих загальних принципах права, які, своєю чергою, надають огранювання писаним правилам, та у основоположних правах людини, які не можуть зазнавати негативного впливу зі сторони судової дискреції [178, с. 345–347].

Сучасний український науковець С. Шевчук, на підставі аналізу ідей Р. Паунда, підсумовує: «суддя має завжди у своїх рішеннях забезпечувати цей

баланс, будувати «мости» між писаним правом та потребами суспільства, оскільки зміни без стабільності призводять до анархії, а стабільність без змін – до регресу» [123, с. 76].

С. П. Погребняк у статті, присвяченій правовому реалізму, серед чинників, які зумовлюють обмеження свободи суддівського розсуду виділяє «спеціальну підготовку суддів, поширення певних доктрин, прагнення до досягнення справедливості, необхідність публічного мотивування, змагальність, колегіальність та ін.» [99, с. 675].

Професор М. І. Козюбра визначає, що права людини становлять базовий критерій і орієнтир, який визначає межі судової правотворчості [58, с. 46].

У своїх роботах Карл Ллевеллін наголошував на важливості юридичних норм при прийнятті рішення суддею, але на вибір норм має вплив ірраціональний елемент, зокрема внутрішнє ставлення судді: «Чи припускаю я, що «норми, які застосовуються», є нормами, які, за словами судді, обранні, незалежно від їх внутрішнього ставлення?» Моя відповідь «Ні, я так не думаю» [194, с. 444].

Цікавими видаються міркування Євгена Ерліха у розрізі цього питання, які він виклав у своїй незавершній праці «Теорія суддівського знаходження права». Він зазначав, що «...правове формулювання, навіть те, яке зафіксоване у законі не є настільки нерухомим утворенням, як може здаватися...насправді суддя в континентальній Європі підпорядкований закону лише настільки, наскільки його до цього зобов'язує власне тлумачення; на цьому шляху суддя знову має справу з завданням визначення того, якою мірою він повинен застосовувати закон» [126, с. 555]. Євген Ерліх зазначав, що є правові речення, які дають чітку відповідь на питання, що постійно розглядаються у судах, а є речення, які містять щось незрозуміле, приховане, заплутане, суперечливе, не визначене. У таких випадках потрібно знаходити баланс інтересів і способи їх правового забезпечення. І таке рішення, яке доповнює правове речення, знаходить відповіді та долає сумніви і протиріччя, несе в собі паростки нового

права юристів, що містить в собі елементи творчої роботи, оскільки передбачає самостійне зважування і встановлення правової охорони інтересів. Задана в ньому міра інтересів і їх правового забезпечення в майбутньому буде слугувати дороговказною ниткою для вирішення подібних випадків [126, с. 558–559, 562, 568].

Бенджамін Кардозо стверджував, що є випадки, коли джерело, яке потрібно застосувати, очевидне. Якщо норма, яку потрібно застосувати, передбачена або конституцією, або іншими законами, суддя її застосовує. У цьому випадку прецедентне право є вторинним і в ієрархії підкорюється законодавству. Разом з тим кодекси й закони не роблять суддю зайвим, не змушують його виконувати свою роботу поверхнево та механічно, оскільки існують прогалини, які необхідно заповнити; є неясності, які потрібно усунути; існують труднощі й помилки, які необхідно мінімізувати в разі неможливості усунути [142, с. 14].

Бенджамін Кардозо зазначав, що, безсумнівно, є випадки, коли суддівський розсуд не повинен зазнавати жодних перепон. До них належать «неясність нормативно-правових актів, відсутність прецеденту, звичаїв, норм моралі або ж наявність колізій між ними», роль суддів – своїми діями усунути ці прогалини. Однак, як зазначає реаліст, «не можна допустити, щоб ці рідкі випадки засліплювали очі й надавали суддям підґрунтя для повної дискреції» [142, с. 128–129].

Щодо місця логіки в теорії юридичної аргументації школа правового реалізму займала таку позицію.

Перебуваючи в пошуках шляхів боротьби з формалізмом, *реаліст не виводив логіку з переліку інструментів, які може використовувати суддя при вирішенні справи*. Так, у своїй одній з найвідоміших робіт «Природа судового процесу» Бенджамін Кардозо писав, що «логічна узгодженість не перестає бути благом лише тому, що вона не є вищим благом» [142, с. 32]. Разом з тим реаліст зазначає, що *«зловживання логікою починається тоді, коли її методи*

розглядаються як найважливіші і як ті, що є кінцевою метою» [142, с. 46]. Правник категорично заперечує проти реальності, у якій існують лише заздалегідь визначені логічні категорії, незмінні у своїй основі, які регулюються негнучкими догмами й тому не здатні пристосовуватися до швидкозмінних вимог життя [142, с. 47].

Вступаючи в діалог зі своїм колегою, Кардозо зазначає: «Холмс у реченні, яке стало вже класичним, казав нам, що «життя права не в логіці, а в досвіді». Але Холмс не сказав, що логіка повинна бути проігнорована, коли досвід мовчить» [142, с. 32–33].

Аналізуючи праці «блискучого» викладача юридичної школи Єльського університету Уеслі Ньюкомб Хохфелд, Кардозо говорить, що знаходить вражаюче визнання важливості методів логіки, але лише за умови, якщо утримувати її в розумних межах. Логіка є необхідним інструментом для юриста, але однієї її недостатньо. *Юристи повинні знати той напрям, на який вказує логіка, навіть якщо приймається рішення не брати її до уваги, а обрати іншого гіда [142, с. 37–38].*

Однак, демонструючи слабкість формального підходу, Кардозо пише, що використання однієї логіки не завжди приводить до однозначної відповіді, а, навпаки, може призвести до абсолютно протилежних висновків. Для яскравої ілюстрації своєї позиції він викладає фабулу відомої справи *Riggs v. Palmer, 115 N. Y. 506 [20]*. У справі розглядалось право спадкоємця, який убив свого спадкодавця, на отримання спадщини. За таких фактів справи в конфлікт вступило два принципи. З одного боку, діє принцип обов'язковості заповіту спадкодавця щодо передачі нерухомості спадкоємцю. Цей принцип у межах дії принципів логіки, здавалося б, відстоює титул спадкоємця-вбивці. Також діяв відповідний принцип, що цивільні суди не можуть виносити звинувачення та визначати покарання за вчинення злочину. Але, як зазначає Б. Кардозо, на противагу цим двом принципам існував принцип більш загального характеру, коріння якого глибоко закріплені в універсальному принципі справедливості,

згідно з яким жодна людина не повинна отримувати вигоду від власної несправедливості або отримувати користь шляхом порушення закону. Останній принцип отримує перемогу над попередніми двома. Кардозо так пояснює, чому загальний принцип переважав над логічними конструкціями: такий шлях був обраний, оскільки суд був переконаний, що саме він веде до справедливості [142, с. 40–41].

Таким чином, Б. Кардозо продемонстрував, як суд, керуючись загальними принципами права, які є набагато важливішими для суспільства, приймає рішення не формально, натомість, керуючись принципом індукції, суд проходить шлях від аналізу фактів справи до досягнення загального принципу справедливості.

Визначаючи напрямок розвитку, Бенджамін Кардозо вказує, *що система загального права не працює з наперед визначеною істинністю універсальних та незмінних висновків, які досягаються шляхом дедукції. Натомість у центрі системи стоїть принцип індукції, за допомогою якого доходять висновку шляхом аналізу деталей. Разом з тим, правила та принципи прецедентного права розглядаються не як істина в кінцевій інстанції, але як працюючі гіпотези, які постійно перевіряються в правничих лабораторіях, якими є суди* [142, с. 22].

Українська науковиця О. Ю. Щербина, вивчаючи питання аргументації як методу юридичного міркування, демонструє, що школа правового реалізму зробила свій внесок в історію становлення юридичної аргументації. Вона зазначає, що «згідно з реалістами, юриспруденція може бути визнана наукою тільки якщо вона використовує методи, розвинені у природничих науках або, принаймні, в емпірично орієнтованих дисциплінах, таких як, соціологія та психологія». Американський правовий реалізм застосовував методи емпіричної соціології, а також психології та економіки, а представники скандинавського правового реалізму надавали перевагу психологічним методам [124, с. 245].

Роль судової дискреції та ірраціональних явищ у процесі аналізу фактів при розгляді справи в контексті бачення реалістів була наступною.

Важливий елемент побудови юридичної аргументації та подальшого прийняття рішення в розрізі аналізу впливу дискреційних повноважень розглядав Джером Франк.

У своїй статті «Сучасний та стародавній юридичний прагматизм – Джон Девей та Ко в порівнянні з Аристотелем I» (*Modern and Ancient legal pragmatism – John Dewey & Co vs. Aristotle I*)*² Джером Франк, маючи вже значний досвід практики, отриманої під час обіймання посади судді, блискуче аналізує і демонструє в розрізі своїх думок та напрацювань інших правових реалістів *роль дискреційних повноважень судді та ірраціональних явищ в аналізі фактів* справи та вплив цього етапу судового розсуду на побудову юридичної аргументації та на кінцевий результат прийнятого рішення.

Найбільша частина критики напрацювань правових реалістів полягала в гіперболізації ролі судді та його повноважень у всьому процесі прийняття рішення. Часто можна натрапити на критиків правового реалізму, що висміювали думку, авторство якої присвячують Джерому Франку: прийняття рішення суддею залежить від того, що він їв на сніданок [240, с. 1371]. Думка правового реаліста є набагато глибшою, аніж те, як її висвітлив у своїй карикатурній статті Алекс Кожинський, де він висміює Франка, зазначаючи, що вся теорія правового реалізму побудована на залежності рішення судді від його настрою, сніданку та хорошого сну [185, с. 993]. Таке сприйняття свідчить про поверховість або абсолютну неознайомленість із роботами реалістів [90, с. 45].

Радянський науковець В. О. Туманов, висвітлюючи своє бачення думок Джерома Франка, зазначав, що реалісти наділяють суддю безмежною свободою

**Примітка:* Свою статтю «Modern and Ancient Legal Pragmatism – John Dewey and Co.v. Aristotle: I» [155] Джером Франк опублікував у 1950 році. На момент написання статті автор мав досвід судової діяльності, оскільки у 1941 році був призначений на посаду судді Апеляційного суду другого округу Сполучених Штатів Америки. У зв'язку з цим робота демонструє еволюцію думок автора від «крайнього реалізму» у руслі аналізу практичних аспектів діяльності судової гілки влади. Значний акцент приділений побудові юридичної аргументації та впливу процесу вибору фактів суддею на результат прийнятого рішення.

розсуду й у сфері встановлення фактів «філософськи» обґрунтовують фальсифікацію фактів і доказів [116, с. 120].

Насправді Джером Франк прагнув донести, що дійсно особистість судді надзвичайно важлива у процесі аналізу фактів, прийняття рішення, побудови юридичної аргументації, але не на підставі інтерпретації А. Кожинського та іншої подібної критики. Обґрунтування Франка було набагато глибшим і складнішим [90, с. 45].

Наголошуючи на важливості фактів справи у прийнятті рішення, Джером Франк зазначає, що в більшості випадків розгляду судових справ свідки, які з'являються в залі судового засідання, надають показання. Зазвичай показання, які надаються свідками однієї сторони, суперечать показанням свідків іншої сторони. Своєю чергою, суд, визнаючи показання однієї чи іншої сторони правдивими, повинен встановити факти, відтворити події так, як вони насправді відбувались у минулому. Зрештою, від встановленої низки фактів суд вирішує, які норми права мають бути належним чином застосовані [155, с. 213].

Як влучно зазначає Дж. Франк, суверенітет судової влади полягає у наданих їй дискреційних повноваженнях. Багато правових мислителів стверджували, що не існує ніякої іншої дискреції, аніж щодо вибору правових норм, тобто встановлені широкі межі у гнучких матеріальних нормах надають судді право застосовувати їх до визначеного кола фактів. Але суд першої інстанції має інший прояв дискреційних повноважень, які існують незалежно від гнучкості правових норм. *Ця дискреція полягає у можливості обирати, показання якого свідка приймаються як достовірні.* Франк розмежовує дискреційний розсуд стосовно фактів, яким наділені суд першої інстанції та вищих інстанцій, зазначаючи, що зазвичай процес вибору фактів на підставі показань свідків не контролюваний судами вищих інстанцій, а є привілеєм судів першої інстанції [155, с. 214–215].

Про важливість дискреційних повноважень саме у процесі встановлення фактів також наголошував Натан Ісаакс [178, с. 342]. Реаліст зазначав, що

навіть коли писане право містить чіткі норми, які передбачають наслідки за відповідних обставин, судова дискреція полягає у з'ясуванні того, чи існують достатні підстави та чи мали місце відповідні обставини для застосування тієї чи іншої норми [178, с. 345].

Варто погодитись із правовими реалістами, що саме цей вид дискреційних повноважень, що полягає у виборі фактів, надає суду першої інстанції найважливішої і найпотужнішої сили у всій процедурі й системі судового розсуду [90, с. 45].

Таким чином, керуючись логікою правових реалістів, для того щоб прийняти об'єктивне і справедливе рішення, суддя повинен досконало володіти фактами справи і вміти їх належним чином аналізувати [90, с. 45].

Інший правовий реаліст Вольтер Кук детально описав усю складність процедури відбору й аналізу фактів.

Він зазначає, що зовнішній світ фактів можна уявити як змінну низку різних видів кольорів, звуків, запахів, те, що можна назвати «беззмістовними елементами фактів» або «беззмістовними, сирими подіями». Якщо спробувати описати ці беззмістовні події, виявляється, що існує нескінченна кількість аспектів у будь-якій ситуації. З цієї нескінченної різноманітності аспектів будь-якої ситуації необхідно обрати ті, які стануть предметом обговорення.

На другому етапі необхідно обрані аспекти ситуацій об'єднати за певними категоріями, класами, за допомогою яких можливо надати або створити словесний символ. Лише після цього можна констатувати існування певного факту в певній ситуації, для того щоб мати розуміння, як усе відбулось.

Підсумовуючи процедуру відбору фактів, Вольтер Кук зазначав: щоб констатувати певний факт за наявною ситуацією, яка складається із низки подій у кожній справі, необхідно *обрати певні аспекти й таким чином відкинути всі інші*, які представлені, а згодом інтерпретувати сформовані факти, використовуючи наукові терміни, для того щоб підвести їх під певні категорії. Лише після цього можливо констатувати наявність певного факту. *Таким*

чином, усі встановлені факти є результатом вибору, розсуду суду й розумових процесів, а не прямим результатом спостереження за тим, як усе відбулось у реальності.

На завершення аналізу викладеного алгоритму автор зазначає: те, що суддя обирає із представленого йому матеріалу, залежить від його минулого досвіду, освіти та від мети, яку він тримає у полі зору в процесі розгляду [145, с. 238–239].

Така важливість у встановленні фактів справи, влучно підкреслюють реалісти, полягає у тому, що коли людина звертається до суду, зазвичай це пов'язано з існуванням спору щодо фактів, а не щодо правових норм, які повинні застосовуватись [155, с. 218].

Разом із демонстрацією дискреційних повноважень судді у виборі фактів при розгляді справи правові реалісти не ізолюють цей процес від правового поля й наголошують на його важливості. У своєму прикладі Джером Франк демонструє, як встановлення фактів у справі залежить від юридичної категорії, яку створює практика вищих судів. Франк для ілюстрації зазначеного наводить приклад судового спору фізичної особи з компанією, яка виробляє автомобілі. Так, позивач придбав авто у дилера, який не був авторизованим агентом цієї автомобільної компанії. Під час судового розгляду деякі свідки стверджували, що постраждалий зламав стегно, коли його автомобіль в'їхав у канаву через зламану вісь машини. Можна припустити, що ці свідчення будуть сприйняті судом як факт, який мав місце в дійсності. Водночас інші свідки, яким суд не повірив, стверджували, що постраждалий зламав стегно не через автомобільну подію, а через те, що він послизнувся на килимку у власному будинку і впав. При розгляді цієї справи суд міг би прийняти один із фактів за правду, однак до 1916 року діяла практика вищих судів, яка жодному з зазначених фактів не надавала юридичної значущості, оскільки існувала юридична норма, у світлі якої виробники автомобілів не несуть відповідальність за таких обставин, якщо автомобіль було придбано не безпосередньо у виробника, а у незалежного

дилера. Однак, починаючи з 1916 року, практика вищих судів з цього питання зазнала змін, оскільки було встановлено правило, що виробник автомобілів повинен нести відповідальність за виробничі недоліки, незалежно від того, чи машина придбана безпосередньо у виробника, чи ні. У зв'язку зі зміною правової норми факти, які були раніше встановлені у зазначеній справі, стали релевантними [155, с. 223–224].

Дж. Франк вважає, що *багато реалістів проігнорували у своїх напрацюваннях питання дискреційних повноважень, що стосується аналізу фактів справи, оскільки вони мали практику роботи у вищих судових інстанціях (апеляційних і касаційних), до компетенції яких не належить відбір фактів*, натомість вони розглядають справу на підставі фактів, відібраних судом першої інстанції [155, с. 224].

Цікавим було сприйняття радянською наукою проблематики, яку для себе визначили реалісти для віднаходження інструментів, що повинні вирішити поставлену задачу в боротьбі з механічною юриспруденцією. Цитуючи думку Джерома Франка, що «... не боячись відводу, суддя може сфабрикувати ті факти, які він оголошує встановленими у справі, і таким чином застосувати "силову противагу". При цьому ніхто навіть не зможе дізнатися, чи правильно він виклав свою думку, а так само, в чийх інтересах він діяв і якими мотивами керувався», А. Старченко зазначає, що «вільний розсуд, який практикується в американських судах, у процесі встановлення фактів неминуче призводить до широкого суддівського свавілля в правосудді шляхом перекручення фактів, застосування "силової противаги" й використання "техніки ворожіння в темряві", що, своєю чергою, робить ілюзорною будь-яку надію на правову однаковість і стабільність» [109, с. 63]. Варто погодитись із думкою А. Старченка, що свобода встановлення фактів є поза всяким сумнівом благодатним ґрунтом для особистого свавілля суддів [109, с. 65]. Разом з тим радянська наука не усвідомлювала тоді, що ця проблематика була актуальною не лише для американської дійсності, однак реалісти змогли зрозуміти цю

проблематику, визначитись у ній і поставити задачу перед науковцями та юристами-практиками віднайти механізми боротьби з нею.

Доречно навести думку професора Козюбри Миколи Івановича, що цивільне і кримінальне судочинство побудоване на принципі змагальності сторін [59, с. 178]. До прикладу у ч. 2 та 3 ст. 12 чинної редакції Цивільного процесуального кодексу України встановлено, що учасники справи мають рівні права щодо здійснення всіх процесуальних прав та обов'язків, передбачених законом; кожна сторона повинна довести обставини, які мають значення для справи й на які вона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень. Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 43 учасники справи мають право подавати докази; брати участь у судових засіданнях, якщо інше не визначено законом; брати участь у дослідженні доказів; ставити питання іншим учасникам справи, а також свідкам, експертам, спеціалістам [8]. Тому, як зазначає професор М. І. Козюбра, «мета сторін у судовому процесі загальних судів полягає не стільки в досягненні «об'єктивної істини», як все ще з радянської традиції нерідко вважається [*вище нами був проаналізований погляд радянських науковців, який підтверджує цитовану думку*], а в переконанні суду у правильності власних доказів і власної версії та послабленні доказів і версії опонента. Для цього використовуються різні методи й аргументи: аналіз фактів, суперечностей у позиції опонента, реконструкція минулих подій, звернення до різних психологічних способів впливу на аудиторію, прийомів ораторського мистецтва тощо» [59, с. 178–179]. Цитуючи американських дослідників Б. Дейнет та Б. Богоч у своїй статті «Моделі (типи) юридичного мислення», М. І. Козюбра зазначає, що частина судового розгляду розігрується, як п'єса, учасники якої діють, як актори, а в основі цієї п'єси лежить конфлікт двох версій реальності. Задача щодо вирішення цього конфлікту покладається на людину «з притаманними їй особливостями сприйняття почутого на судовому засіданні, його оцінки, стилю мислення емоціями й переживаннями» [54, с. 6].

Це і є виявом того позараціонального елемента, який не може вміститись у логічні рамки, про що неодноразово зазначали правові реалісти [85, с. 29].

З огляду на зазначене мета суддів у світлі напрацювань правових реалістів полягає не у «сфабрикуванні фактів», як про це висловлювалась радянська думка, а в тому, щоб у полі суперечливих позицій відсіяти ті зовнішні чинники, які можуть завуальовувати об'єктивну правду, і залишити лише ті факти, які допоможуть судді наблизитись до достовірності в пошуках справедливості.

Тому незалежно від того, до якої сім'ї (континентальної чи прецедентної) належить правова система, для надання юридичній аргументації системної єдності «висновки в будь-якій справі повинні ґрунтуватись на єдності, цілісності доказової бази, тобто виявленні, вивченні та оцінці всіх доказів, що мають значення для справи» [60, с. 173].

Продовжуючи аналіз зв'язку між фактами й нормами права та обсягом дискреційних повноважень, Дж. Франк надає такий алгоритм дій і співвідношення дискреції. За загальним правилом *вважається, що правова норма є умовною і діє за формулою «якщо – тоді»*, яка трансформується в житті в такий алгоритм дій: *якщо певні факти відбулись, тоді ці правові наслідки повинні настати* [155, с. 224–225]. Детальніше Франк розшифровує свою формулу так: *«Якщо певні факти "доведені" згідно з вимогами і в межах, дозволених процесуальними нормами, тоді відповідне рішення має бути прийнятим»* [152, с. 104]. Таким чином, суд мав би застосовувати певні правові наслідки щоразу, коли визначені нормою факти відбуваються. Але насправді застосування правила «якщо – тоді» в житті має інше забарвлення. У процесі судового розгляду не має жодного значення, чи відбулися певні факти, чи ні. Суд застосує певні правові наслідки лише тоді, коли він «встановить», що такі факти відбулись. Отже, процес встановлення фактів є вірою суду стосовно віри свідків однієї зі сторін, що певні факти відбулись. У зв'язку з цим суд першої інстанції сам по собі є свідком того, що говорять свідки в залі судового

засідання, їхньої манери поведінки. Судді в судах першої інстанції формують свою віру, коли є свідками того, що зазначають свідки у справі. Таке розуміння алгоритму подій дає Франку підставу зробити висновок, що судді – також люди й можуть помилятися у своїх спостереженнях. Якщо суди першої інстанції, враховуючи їхнє помилкове розуміння й бачення ситуації, вірять, що встановлені факти, які вимагають застосування певних юридичних наслідків, відбулися, тоді цей суд першої інстанції, а в разі подальшого перегляду справи – і суди вищих інстанцій також застосують відповідні правові норми до фактів, які насправді ніколи й не відбувались [155, с. 225–225].

Джером Франк зазначає, що ніколи не можливо знати, чи є факти в тому вигляді, як вони встановлені, тими самими, що й реальні факти подій, які відбулись, що, перефразовуючи Канта, є «фактами в собі». Ні сам суддя, ні будь-хто інший не може бути впевнений, наскільки вони наблизилися у встановлених фактичних обставинах справи до того, що відбулось насправді і становило реальні факти [152, с. 185].

Своїм аналізом Джером Франк демонструє, що під час вирішення справи *судді мають справу не з фактами, які відбулись у житті, а з тими фактами, які сам же суддя встановить. А в цьому процесі завжди є місце помиці.* Коли суддя у рішенні описує обставини справи, встановлення того, що певні факти мали місце, є не чим іншим, як вірою самого судді в те, що ці факти відбулись. Така віра носить суб'єктивний характер. Негативна сторона цього усвідомлення полягає в тому, що зазвичай ніхто, включаючи й вищі суди, не може визначити, чи суд першої інстанції чесно й достовірно встановив і зафіксував свої суб'єктивні переконання щодо встановлених фактів. І після того, як суд першої інстанції встановить у своєму рішенні певні факти, суди вищих інстанцій мають прийняти їх як такі, що були встановлені чесно й достовірно [155, с. 224–225].

Таким чином, Франк демонструє, наскільки важливим є етап вивчення й розуміння фактів справи суддею, оскільки саме вони є основою подальшої судової аргументації та прийняття рішення. Водночас цей процес має

суб'єктивний характер і є продуктом сприйняття, усвідомлення та рефлексії всіх обставин справи суддею [90, с. 47].

Цитуючи відомого швейцарського юриста П'єра де Тоуртолона, Франк зазначає, що суддя може проголосити себе переконаним щодо певних фактів без наведення причин такого вибору, і це надає йому свободу проігнорувати показання свідків, які необхідно врахувати [155, с. 226].

Якщо факти справи є суперечливими, внутрішнє розуміння судді та його реакція на показання свідків, учасників процесу буде відігравати вирішальну роль у встановленні фактів, тобто вирішальним буде його суб'єктивне переконання щодо фактів. Разом з тим, якщо відповідно до його внутрішнього переконання він встановить певні факти, до яких можуть бути застосовані чітко визначені норми законодавства, то ці норми матимуть характер таких, які є єдиними правильними, що можуть бути застосовані в ситуації з такими фактами справи. Однак, це внутрішнє переконання судді, про яке говорить Франк, не знайде відображення у його письмовому рішенні, хоча його роль є ключовою [155, с. 228].

Джером Франк вказує, що є процесуальні норми права, які визначають процедуру розгляду справи і те, які докази можна долучати до матеріалів справи, а які ні. *Проте ці процесуальні норми не можуть регулювати такі процеси й чинники, як помилки свідків у їхньому первинному спостереженні минулих подій, помилки у спогадах свідків, упередженість і заангажованість свідків, свідомий і несвідомий вплив юристів на позицію свідків* [155, с. 231].

Оскільки не існує процесуальних правил, які б допомагали суддям у зваженні доказової цінності й вірогідності тих чи тих свідчень, реакція різних суддів на ті самі факти може бути протилежною [155, с. 232].

Усе ж для недопущення сваволі та беззаконня судді повинні при дослідженні та аналізі фактів справи не ізолюватись, а діяти в русі встановлених суспільством цінностей, які знаходять свій вияв у загальних принципах права [44, с. 274–275].

Усі проаналізовані позиції, думки дають підстави зробити висновок, що реалісти зовсім не заперечували важливість аналізувати норми права, але ігнорувати факти справи відповідно до їхньої аргументації також вважали неприпустимим. Адже всі правові реалісти зійшлись на тому, що правова реальність не обмежується нормами права, а включає політичні, соціальні, економічні, психологічні та інші чинники, які впливають на різні життєві обставини та повинні бути оцінені при формуванні суддями правової аргументації [90, с. 47].

Критикуючи у своїй праці реалістичну школу за нібито необмеженість повноважень судової гілки влади, радянський науковець А. Старченко наводить блискучу цитату Джерома Франка, яка насправді, спростовує критику: «Судді ніколи не роблять і не будуть робити закони, тобто норми права. Ці норми існують до судових рішень, передують їм. Судді просто знаходять або відкривають ці попередньо існуючі норми так само, як Колумб відкрив Америку. Судді не більше винаходять норми, ніж Колумб винайшов Новий Світ, коли він відкрив його. Якщо попередньо проголошена в конкретній справі норма пізніше відкидається судом, то неправильно буде сказати, що нова норма винайдена чи придумана. Слід вважати, що попередня норма ніколи не існувала. Це була помилкова карта «права», так само, як була помилковою і доколумбійська карта» [109, с. 16].

Реалісти наголошували на важливості постаті судді у віднаходженні справедливості [90. с. 44].

У Сполучених Штатах Америки правовий реалізм показав неспроможність класичної правової думки і зробив правову науку відкритою для застосування зовнішніх відносно права критеріїв. Прихильники правового реалізму, крім іншого, стверджували, що прийняте судом рішення завжди не просто ґрунтується на вже наявних прецедентах та інших правових джерелах, а й відображає особисті погляди суддів [163, с. 359].

Дж. Франк зазначав, що різні індивідуальні риси судді, його характер і звички часто впливають на його рішення не тільки при оцінці встановлених фактів з погляду їхньої правомірності і справедливості, але й на сам пізнавальний процес, за допомогою якого він встановлює, що саме ці факти мали місце в дійсності [153, с. 119]. Ідеалом образу судді для Франка є «абсолютно дорослий юрист», який не має потреби в зовнішньому авторитеті й у якого можуть породжуватись конструктивні сумніви, що допомагає йому формувати норми відповідно до вимог суспільства, яке постійно перебуває у стані розвитку [102, с. 212].

Бенджамін Кардозо стверджував, що психологія суддів формує живу частину права [142, с. 22]. Особливої уваги привертає думка реаліста, в межах якої він зазначає наступне: «...кожен з нас насправді має свою філософію, що лежить в основі життя, навіть ті з нас, кому імена та поняття філософії невідомі. У кожного з нас є потік тенденцій, незалежно від того іменувати їх чи ні філософією, що дає узгодженість та спрямованість думки та дії. Судді не можуть уникнути цієї течії тією ж мірою, як і інші смертні» [142, с. 12].

За психологічним портретом судді стоять такі феномени, як: «все життя суддів, сили, які вони не визнають і не можуть назвати, успадковані інстинкти, традиційні вірування, набуті переконання; і результатом цього є погляд на життя, уявлення про суспільні потреби». Кожна проблема підлягає вирішенню з урахуванням цих складників. Наголошуючи на позиції, що психологічний портрет судді формує правову реальність, правник зазначає, що людина може докладати усіх зусиль, щоб спостерігати за речами об'єктивно, однак жодна людина не може побачити речі «будь-якими очима, окрім як власних» [142, с. 12–13].

Ще Євген Ерліх у межах школи «вільного права» зазначав, що характерною рисою судової професії є те, що рішення судді становить не його безпідставну особисту думку, а формується на правилах, які містяться в писаному праві. Разом з тим, правосуддя завжди містить особистий елемент,

пов'язаний з діями судді. Тому особистість судді повинна бути сформованою настільки, щоб йому можна було довірити суддівські функції [102, с. 188].

Беззаперечним є той факт, що школа правового реалізму повернула увагу правників до теорії юридичної аргументації, зробивши в неї свій значний внесок.

Згодом відомий американський юрист Рональд Дворкін у своїх працях приділяв значну увагу питанням теорії юридичної аргументації.

У праці «Про права всерйоз» Р. Дворкін стисло виклав свою інтерпретацію висновків правових реалістів, називаючи реалізм «широкою і впливовою інтелектуальною течією» 20-30-х років та висловив свою незгоду з певними позиціями. Правник зазначав, що ключові ідеї, які лягли в основу школи, полягали, по-перше, у боротьбі з доктринальним підходом до юриспруденції, який зводив діяльність суддів до зосередженості лише на правових нормах, по-друге, у розумінні того, що при винесенні рішень судді керуються власними політичними й моральними установками, по-третє, у значній увазі до вміння аналізувати й вибудовувати факти в певній послідовності [41, с. 20].

Однак, на думку Рональда Дворкіна, така зосередженість концепції на фактах «призвела до викривлення сенсу правознавчих питань, ... оскільки виключила з розгляду саме ті принципові моральні питання, які становлять їх суть» [41, с. 21].

Беззаперечно, напрацювання Р. Дворкіна заслуговують на значну увагу з боку науковців та юристів-практиків, однак тлумачення висновків правових реалістів у його розумінні є дещо звуженим і не відображає повної суті напрацювань правових реалістів. Більше того, у своєму аналізі правник приходить до того ж знаменника, що й правові реалісти.

Схожість міркувань Рональда Дворкіна та правових реалістів полягає у наступному. Так, на думку правника, у простих випадках можна стверджувати, що судді слідуєть уже сформованим нормам, проте у складних неординарних

справах, коли Верховний Суд скасовує прецедент, судді не апелюють до чинних норм, а керуються «принципами справедливості й міркуваннями політичної стратегії» [41, с. 22]. Водночас, коли позиції суддів розходяться при розгляді складних ситуацій, це залежить не від соціального походження суддів, а від того, що вони по-різному розуміють природу й суть основоположних правових принципів [41, с. 23]. Зрештою Р. Дворкін підсумовує, що «різноманітні форми професійного підходу в юриспруденції зазнали невдачі з однієї причини. У них не враховувався той ключовий факт, що суть правознавчих питань складають ті, які стосуються моральних принципів, а не фактів і стратегії» [41, с. 25].

Що ж до наближеності позицій правових реалістів і Рональда Дворкіна, варто підкреслити таке. По-перше, реалісти у своїх поглядах не відсторонювалися від загальних принципів права і їхньої важливості при здійсненні правосуддя. У позиціях реалістів, що були проаналізовані в цій праці, дійсно першочергово важливий акцент робиться на аналіз фактів, які, своєю чергою, згодом повинні бути вибудовані відповідно до загальних принципів права. Пригадаємо, як у своїй роботі «Природа судового процесу» (1921 р.) Бенджамін Кардозо, демонструючи слабкість формального підходу, аналізував справу *Riggs v. Palmer*, 115 N. Y. 506 [20] (цей приклад було розглянуто вище) про право спадкоємця, який вбив свого спадкодавця, на отримання спадщини, і суддями було винесено рішення, відповідно до якого він не міг реалізувати право на спадщину. На питання, чому при винесенні суддями рішення перевагу було надано загальному принципу, а не логічним конструкціям, він відповідає: такий шлях був обраний, тому що суд був переконаний, що саме таке рішення веде до справедливості [142, с. 40–41].

Б. Кардозо продемонстрував, як суд приймає рішення, не дотримуючись законів формальної логіки при аналізі чинних на той момент норм права, а керуючись загальними принципами права, які, своєю чергою, виходять із норм

моралі, оскільки в цьому випадку збагачення за рахунок вбивства спадкодавця є явищем, яке не відповідає нормам моралі.

До речі, Рональд Дворкін у своїй праці «Про права всерйоз», яка була опублікована в 1977 році, демонструючи відмінність принципів від норм, аналізує так само, як і правовий реаліст Бенджамін Кардозо, справу *Riggs v. Palmer*, 115 N. Y. 506 [148, с. 39].

Що ж до залежності розгляду справ від «соціального походження суддів», то аргументи реалістів стосувались іншого. Джером Франк зазначав, що різні індивідуальні риси судді впливають на пізнавальний процес [153, с. 119]. І в цій частині простежується схожість позиції Рональда Дворкіна, що судді по-різному розуміють природу й суть основоположних правових принципів [41, с. 23].

Отже, цілком справедливо, що і правові реалісти, і Рональд Дворкін наголошували на важливості загальних принципів права і їх розуміння суддями при побудові юридичної аргументації.

Свого часу український науковець Г. В. Коваленко у дисертаційному дослідженні «Філософсько-правові погляди Рональда Дворкіна» підсумувала, що правовий реалізм становив «теоретичний контекст формування і розвитку концепції Р. Дворкіна» [52, с. 5].

Вплив суб'єктивного чинника на побудову юридичної аргументації простежується і в теорії «зважування» німецького правознавця Р. Алексі. Відповідно до концепції науковця, у разі існування конфлікту між нормами-правилами колізія усувається шляхом визнання однієї з норм недійсною, у випадку ж існування конфлікту між принципами необхідно визначити, який із принципів має більшу вагу. Водночас перевага одного принципу над іншим не означає визнання іншого принципу недійсним. Обидва продовжують свою дію, однак повинні реалізовуватись з урахуванням фактичних і юридичних можливостей [112, с. 80].

У законі зважування (*the Law of Balancing*) Р. Алексі виділяє три стадії: 1) визначення ступеня невідповідності першого принципу або ступеня шкоди, що може бути ним заподіяна; 2) визначення ступеня важливості реалізації конкуруючого принципу; 3) відповідь на запитання, чи важливість втілення в життя конкуруючого принципу виправдовує обмеження першого [131, с. 136].

Таким чином, «закон зважування» встановлює пріоритетність між конфліктуючими принципами відносно один одного в окремій справі, враховуючи «абстрактну вагу обох принципів, інтенсивність втручання в один із цих принципів, міру порушення іншого й надійність емпіричних припущень» [74, с. 93].

З проаналізованої теорії випливає, що «закон зважування» також характеризує наявність суб'єктивного елементу та дискреції в процедурі прийняття рішення та побудові аргументації, оскільки суддя на підставі свого внутрішнього бачення надає пріоритет одному з конкуруючих принципів.

У той час як школа правового реалізму досягала апофеозу свого розвитку в англо-саксонській правовій сім'ї та скандинавських країнах, радянська юриспруденція критикувала й нівелювала висновки, яких досягли реалісти.

Вище нами було проаналізовано бачення концептуальних ідей правових реалістів у радянські часи професором В. О. Тумановим. Варто зазначити, що в ідеях відбувались певні зміщення від радикального несприйняття до пошуку раціональності.

Так, уже в роботі «Сучасна буржуазна політико-правова ідеологія» («Современная буржуазная политико-правовая идеология», 1985 р.) науковець у співавторстві з професором М. І. Козюброю встановлює, що підхід реалістів не може бути відкинутий з порога. Автори зазначають: «як немислимо існування стабільного правового регулювання, крім встановленого компетентними органами держави законодавства, так само важко уявити його застосування автоматично, що виключає будь-яку конструктивну діяльність тих, хто застосовує право... Не існує заздалегідь даних рішень, а розгляд

конкретних життєвих ситуацій є процес істинного і детального пізнання складних, як правило, суспільних відносин» [107, с. 90].

Справедливо свого часу підкреслював Микола Іванович Козюбра, що радянська наука при всій специфіці її розвитку не була абсолютно ізольована від загально цивілізаційних процесів у юридичній науці [57, с. 7–8]. Проте здебільшого напрацювання правових реалістів за тих часів піддавались критиці.

Так, у науковій праці «Філософія права і принципи правосуддя в США» радянський філософ А. Старченко зазначав, що «школа, яка отримала назву «правового реалізму», становить достатньо аморфний напрям, який не відрізняється достатньою визначеністю напрямку в юриспруденції США... Сфера права в них – це мистецтво, а не наука, сфера емоцій і інтуїції, а не раціонального мислення і логіки» [109, с. 16].

Така позиція критики школи правового реалізму цілком зрозуміла, адже вона жодним чином не знаходила місця у визначених рамках радянської державоцентристської філософії. Це призвело до прогалини в аналізі здобутків школи правового реалізму та їх використання у вітчизняній юриспруденції.

Основним досягненням правового реалізму є те, що ця школа сформувала провідне завдання права, яке полягає в наданні необхідних інструментів та механізмів суддям, юристам, законодавцям саме для служіння людським інтересам та задоволення їхніх потреб [216, с. 284].

Своєю чергою, таке формулювання основного завдання права змінило підхід до процесу розгляду суддями справ, прийняття рішень та викладення аргументації. Школа правового реалізму реформувала орієнтири суддів і змусила переоцінити значення детального аналізу фактів справи при побудові судової аргументації, надавши саме цьому процесу надзвичайної важливості [89, с. 56].

На жаль, ознаки юридичного формалізму притаманні й нинішній українській правовій реальності. Це передусім виявляється в тому, що для українських судів правова норма є альфою і омегою в процесі розгляду справи

та прийняття рішення, що виявляється у відірваності від реалій життя, ігноруванні фактів справи та у використанні методу дедукції при аналізі правових норм [59, с. 6]. Судді не звичні до детального аналізу фактів і, застосовуючи дедуктивний підхід при прийнятті рішення, ігнорують те, що має основне значення для справи.

Це зумовлено різними чинниками. Насамперед недоліками освіти у вищих навчальних юридичних закладах, відсутності аналізу наукових здобутків школи правового реалізму, особливостями правового менталітету, правової культури, некомпетентністю та низькими моральними, етичними стандартами суддів.

Дійсно, для вітчизняної юриспруденції характерна зосередженість на статичній частині, яку складають норми законодавства, а динамічним елементам, які формують факти, приділяється другорядне значення [89, с. 57].

Для ілюстрації формального та механічного підходу до вирішення справи реалісти наводили приклади із власної практики. Оскільки здобувач є юристом-практиком, візьмемо за приклад метод демонстрації американськими правовими реалістами формалізму в побудові судової аргументації та проаналізуємо справи, які розглядались українськими судами та в яких дисертантка брала участь. Підкреслимо, що метою цього аналізу є не надання оцінки тому, чи є рішення справедливим, а лише аналіз наявності ознак формалізму в побудові судової аргументації та прийнятті рішення. Також проаналізуємо на наведених прикладах, чи є актуальними для української правової системи висновки правових реалістів, які були зроблені у 20 – 30-х роках минулого сторіччя щодо американської правової системи. Рішення, які розглядатимуться, є у відкритому доступі, та їхній текст береться із Єдиного державного реєстру судових рішень [251].

Отже, для аналізу візьмемо справу № 752/13830/15-ц від 03.02.2016 року [13], у якій Голосіївським районним судом м. Києва розглядалась скарга Публічного акціонерного товариства «Діамантбанк» (заявник) на бездіяльність

державного виконавця Відділу державної виконавчої служби Подільського районного управління юстиції у м. Києві.

(і.) В описовій частині рішення суд встановлює такі факти.

1) Заявник свої вимоги мотивує тим, що рішенням Голосіївського районного суду м. Києва від 14.07.2014 року з ПАТ «Діамантбанк» (надалі – банк) стягнуто на користь Особа 1 (надалі – фізична особа) грошові кошти в розмірі 12003654 грн та зобов'язано банк повернути їй трудову книжку.

2) 11.08.2015 року державним виконавцем винесено постанову про відкриття виконавчого провадження та надано строк для добровільного виконання рішення до 17.08.2015 року.

3) Отримавши 14.08.2015 року постанову державного виконавця, банк негайно направив заяву на ім'я начальника виконавчої служби в Подільському районі *про неможливість виконання рішення суду у зв'язку з фактичною відсутністю в банку майна (трудової книжки), яке суд зобов'язав повернути. До заяви було додано докази видачі трудової книжки фізичній особі через відповідальну службову особу.*

4) Заявник (банк) вважає, що за таких обставин державний виконавець відповідно до ст. 47 ч. 1 п. 6 Закону України «Про виконавче провадження»^{3*} мав би винести постанову про повернення виконавчого документа стягувачеві, чого останній не зробив, чим порушив права й законні інтереси банку як сторони виконавчого провадження.

5) Банк просить визнати діяльність державного виконавця протиправною та зобов'язати державного виконавця винести постанову про повернення виконавчого документа стягувачу на підставі ст. 47 ч. 1 п. 6 Закону України «Про виконавче провадження».

³ * Примітка: Ст. 47 ч.1 п.6 Закону України «Про виконавче провадження», в редакції, що була чинна на момент розгляду справи, передбачала, що виконавчий документ, на підставі якого відкрито виконавче провадження, за яким виконання не здійснювалося або здійснено частково, повертається стягувачу у разі, якщо у боржника відсутнє визначене виконавчим документом майно, яке він за виконавчим документом має передати стягувачу [1].

(ii) У мотивувальній частині суд встановив такі обставини справи.

1) Матеріалами справи встановлено, що на підставі виконавчого листа, виданого 14.07.2014 року Голосіївським районним судом м. Києва, про зобов'язання банку повернути фізичній особі її трудову книжку було відкрито виконавче провадження. Боржнику надано термін для самостійного виконання рішення суду до 17.08.2015 року.

2) 17.08.2015 року представник банку звернувся до відділу державної виконавчої служби Подільського району із заявою про повернення виконавчого документа стягувачу на підставі ст. 47 ч. 1 п. 6 Закону України «Про виконавче провадження» у зв'язку з відсутністю у боржника визначеного виконавчим документом майна, а саме трудової книжки, яка була видана стягувачу.

3) З копії акту комісії банку від 17.08.2015 року, доданого до заяви про повернення виконавчого листа стягувачу, вбачається, що в банку відсутня трудова книжка фізичної особи.

4) Як видно з копії книги обліку руху трудових книжок і вкладишів до них у банку, під порядковим номером 29 міститься запис про видачу фізичній особі трудової книжки через Особу 3.

5) Свідок Особа 3 показала, що з 2006 року працює на посаді віце-президента з адміністративних питань та управління персоналом банку і є відповідальною за видачу трудових книжок, та підтвердила факт видачі трудової книжки.

(iii) Законодавче обґрунтування позиції суду:

(1) Відповідно до ст. 6 Закону України «Про виконавче провадження» державний виконавець зобов'язаний використовувати надані йому права відповідно до закону й не допускати у своїй діяльності порушення прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб.

(2) Згідно зі ст. 11 Закону України «Про виконавче провадження» державний виконавець зобов'язаний вживати передбачені цим Законом заходи

примусового виконання рішень, неупереджено, своєчасно і в повному обсязі вчиняти виконавчі дії.

(3) Статтею 47 ч. 1 п. 6 вказаного Закону передбачено, що виконавчий документ, на підставі якого відкрито виконавче провадження, за яким виконання не здійснювалося або здійснено частково, повертається стягувачу в разі, якщо у боржника відсутнє визначене виконавчим документом майно, яке він за виконавчим документом має передати стягувачу, або майно, на яке необхідно звернути стягнення з метою погашення заборгованості (крім коштів), а здійснені державним виконавцем заходи щодо розшуку такого майна виявилися безрезультатними.

(4) Відповідно до ст. 14 ЦПК України судові рішення, що набрали законної сили, обов'язкові для всіх органів державної влади й органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, посадових чи службових осіб та громадян і підлягають виконанню на всій території України, а у випадках, встановлених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, – і за її межами. Невиконання судового рішення є підставою для притягнення до відповідальності, встановленої законом.

(5) Судом встановлено, що державним виконавцем у виконавчому провадженні здійснюються необхідні заходи з примусового виконання рішення Голосіївського районного суду м. Києва від 14.07.2014 року.

(iv) У резолютивній частині суд зазначає:

У задоволенні скарги Заявника на бездіяльність державного виконавця Відділу державної виконавчої служби Подільського районного управління юстиції у м.Києві; заінтересована особа: Особа 1 – відмовити [13].

Таке рішення є класичним прикладом формального підходу до розгляду справи, яким характеризується надзвичайно велика кількість рішень в українській правовій реальності. Чому можна зробити такий висновок? По-перше, суд, встановивши факти у справі, не аналізує їх, не дає їм жодної

оцінки. По-друге, дійшовши висновку про неможливість задоволення скарги заявника, суд жодним чином не дає пояснення, чому факти й докази, наведені заявником, не беруться до уваги й чому разом з тим в основу прийнятого рішення беруться факти й докази, висунуті іншою стороною. Суд абсолютно не працює з фактами у справі, не аналізує їх. Таким чином, неможливо зрозуміти, чому суд дійшов саме такого висновку, а не іншого. Перейшовши до обґрунтування рішення в межах законодавчого поля, суд не наводить аргументації, чому в цій справі не застосовує положення ст. 47 ч. 1 п. 6 Закону України «Про виконавче провадження». Ним передбачалось, що виконавчий документ, на підставі чого відкрито виконавче провадження й за яким виконання не здійснювалося або було здійснено частково, повертається стягувачу в разі, якщо у боржника відсутнє визначене виконавчим документом майно, яке він за виконавчим документом має передати стягувачу [1]. Заявник навів факти й докази відсутності у нього трудової книжки, однак ані аналіз доказів, ані аналіз нормативно-правової бази суддею не проводився. У своїх доказах (письмових і усних свідченнях), які були досліджені судом, заявник демонструє, що в нього відсутня трудова книжка фізичної особи, оскільки вона була повернута фізичній особі, хоч і з порушенням процедури, передбаченої Кодексом законів про працю. Якби суд належним чином проаналізував показання свідків, усі наявні факти у справі, то висновок міг би бути іншим. Таким чином, незрозуміло, чим обґрунтовується позиція суду, якими фактами, якими доказами, якою нормативно-правовою базою.

З невеликим часовим проміжком у Голосіївському районному суді розглядалась справа з тими самими фактами справи, між тими самими сторонами, однак вона розглядалась іншим суддею і вже оскаржувалась не бездіяльність державного виконавця, а постанова державного виконавця про накладення штрафу. Фабула справи в контексті фактів та сама. Цікавим є аналіз цієї практики, адже він надає розуміння того, що висновки реалістів є абсолютно актуальними і для української правової реальності.

Так, Голосіївським районним судом м. Києва розглянуто справу за № 752/14863/15-ц від 07.04.2016 року [14]. Не будемо дублювати описову частину рішення зі встановленням фактів, оскільки вона майже ідентична попередній справі. А ось мотивувальна частина рішення привертає до себе увагу, оскільки суд детально аналізує встановлені факти і на підставі цього аналізу доходить висновків, які є кардинально протилежними тим, що викладені в попередній справі.

(і). У мотивувальній частині справи суд визначає:

1) У судовому засіданні встановлено, що Голосіївським районним судом м. Києва на виконання рішення від 14.07.2014 р. у справі № 752/3424/14-ц за позовом Особа 2 (надалі – фізична особа) до ПАТ «Діамантбанк» (надалі – банк) про зобов’язання повернути трудову книжку та стягнення грошової суми видано 21.11.2014 р. виконавчий лист про зобов’язання повернути фізичній особі її трудову книжку.

2) Державним виконавцем 11.08.2015 р. винесено постанову про відкриття виконавчого провадження з виконання вказаного виконавчого листа, запропоновано боржнику самостійно виконати виконавчий документ до 17.08.2015 р.

3) 17.08.2015 р. Банк надіслав начальнику відділу державної виконавчої служби Печерського районного управління юстиції заяву, у якій вказав на неможливість виконання рішення суду про повернення фізичній особі трудової книжки у зв’язку з фактичною відсутністю її у банку. На підтвердження відсутності у боржника трудової книжки та неможливості виконання рішення суду в зазначеній частині банк додав до заяви копію акту від 17.08.2015 р. про відсутність у ПАТ «Діамантбанк» трудової книжки фізичної особи; витяг з Книги обліку трудових книжок із записом про видачу трудової книжки фізичної особи через Особа 3; копію довідки банку від 03.07.2015 р., згідно з якою Особа 3 обіймає посаду віце-президента з адміністративних питань та управління персоналом і є відповідальною особою за видачу трудових книжок.

4) Державним виконавцем 02.09.2015 р. винесено постанову про накладення на банк штрафу за невиконання вимог державного виконавця щодо самостійного виконання рішення боржником у встановлений державним виконавцем строк до 17.08.2015 р.

(ii). Далі суд переходить до аналізу нормативно-правового поля й зазначає:

1) Відповідно до п. 13 ч. 3 ст. 11 Закону України «Про виконавче провадження» державний виконавець у процесі здійснення виконавчого провадження має право накладати стягнення у вигляді штрафу на фізичних, юридичних та посадових осіб у випадках, передбачених законом.

2) Згідно з ч. 1 ст. 89 Закону України «Про виконавче провадження» у разі невиконання без поважних причин у встановлений державним виконавцем строк рішення, що зобов'язує боржника виконати певні дії, та рішення про поновлення на роботі державний виконавець виносить постанову про накладення штрафу на боржника – юридичну особу – від сорока до шістдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян та встановлює новий строк виконання.

Надалі з наведеного аналізу фактів і законодавства суд робить Висновок:

Зазначеною нормою Закону визначено відповідальність боржника за невиконання без поважних причин у встановлений державним виконавцем строк рішення, що зобов'язує боржника виконати певні дії.

На підтвердження поважності причини невиконання рішення суду про зобов'язання банку повернути фізичній особі її трудову книжку надіслано 17.08.2015 р. (у перший робочий день – понеділок – після отримання 14.08.2015 р. (п'ятниця) копії постанови від 11.08.2015 р. про відкриття виконавчого провадження) на адресу виконавчої служби м. Києва заяву щодо неможливості виконання рішення суду через фактичну відсутність трудової книжки фізичної особи в банку та на підтвердження зазначеної обставини

додано копію акту банку від 17.08.2015 р. про відсутність у банку трудової книжки фізичної особи; витяг з Книги обліку трудових книжок із записом про видачу трудової книжки фізичної особи через Особа 3; копію довідки банку від 03.07.2015 р., згідно з якою Особа 3 обіймає посаду віце-президента з адміністративних питань та управління персоналом і є відповідальною особою за видачу трудових книжок.

У підсумку суд робить висновок, що банком у встановлений державним виконавцем у постанові про відкриття виконавчого провадження строк рішення суду про зобов'язання передати фізичній особі її трудову книжку не було виконано з поважних причин – у зв'язку з фактичною відсутністю у боржника (банку) трудової книжки фізичної особи.

Тому за наведених обставин у державного виконавця були відсутні визначені ч. 1 ст. 89 Закону України «Про виконавче провадження» підстави накладення на боржника (банк) штрафу, отже, скарга в частині визнання протиправною постанови про накладення штрафу є обґрунтованою [14].

Нами було проаналізовано дві фабули, що сформовані ідентичними фактами, за якими різні судді прийняли різні рішення, підійшовши до процесу аналізу і встановлення фактів абсолютно по-різному, що й відобразилось на повноті їхньої аргументації.

Важко не погодитись із твердженням Дж. Франка, що найважливішою частиною дискреційних повноважень судді є саме відбір фактів. Ми на вищенаведеному прикладі продемонстрували, як вибір фактів суддею вплинув на кардинально протилежні рішення у справах з майже ідентичними фабулами.

У своїй статті «Область теорії і судова логіка» Фелікс С. Кoen наводить низку справ з однаковими фабулами, але відмінність полягає у висвітленні представником кожної з протилежних сторін своєї історії, яка відображає факти, що суперечать один одному, та у сприйнятті суддями певного варіанту представленої історії. Науковець зазначає, що представлення різних фактів

протилежними сторонами призводить «до простої логіки, дві суперечливі заяви не можуть бути істинними» [143, с. 238].

На жаль, практика демонструє, що формалізм у підході до заслуховування, встановлення та аналізу фактів під час розгляду справ не становить виняткового явища для української правової реальності.

Не втрачають сьогодні актуальності слова декана юридичного факультету Харківського університету професора М. Гредескула (1865 – 1941), який свого часу зазначив, що «сучасна юридична теорія взагалі є малочутливою до фактичного та реального. Вона наскрізь проникнута ідеалізмом... Ідеалізм сучасної юриспруденції є тим ідеалізмом, який, склавши собі поняття, не вважає за потрібне звертати увагу на факти. Це – той ідеалізм, який думає, що в юриспруденції потрібно лише «рахувати поняття», ігноруючи факти» [Цит. за: 62, с. 80].

Проаналізуємо декілька рішень Верховного Суду України на відповідність критеріям, які виносили правові реалісти на розгляд для того, щоб зробити висновок щодо наявності ознак формалізму.

Постановою Кабінету Міністрів України від 26 квітня 2017 року № 295 було затверджено «Порядок здійснення державного контролю за додержанням законодавства про працю» [4]. Цією постановою Державна служба України з питань праці наділяється широким колом повноважень, якими зазвичай оперують не контрольно-наглядові, а правоохоронні органи, для здійснення перевірок щодо порушення законодавства про працю, зокрема щодо перевірки наявності неоформлених трудових відносин. Так, інспектори праці за наявності службового посвідчення *безперешкодно, без попереднього повідомлення мають право самотійно і в будь-яку годину доби* з урахуванням вимог законодавства про охорону праці проходити до будь-яких виробничих, службових, адміністративних приміщень об'єкта відвідування, у яких використовується наймана праця; ознайомлюватися з будь-якими книгами, реєстрами та документами; наодинці або у присутності свідків ставити керівнику та/або

працівникам об'єкта відвідування запитання, що стосуються законодавства про працю, отримувати із зазначених питань усні та/або письмові пояснення; вести конфіденційні розмови з працівниками щодо предмета інспекційного відвідування; фіксувати проведення інспекційного відвідування з питань виявлення неоформлених трудових відносин засобами аудіо-, фото- та відеотехніки [4, п. 11].

Стаття 265 Кодексу законів про працю встановлює відповідальність за порушення законодавства про працю, відповідно до чого юридичні та фізичні особи-підприємці, які використовують найману працю, в разі фактичного допуску працівника до роботи без оформлення трудового договору (контракту) несуть відповідальність у вигляді штрафу у тридцятикратному розмірі мінімальної заробітної плати, встановленої законом на момент виявлення порушення, за кожного працівника, щодо якого скоєно порушення [2].

Постанова Кабінету Міністрів України від 26 квітня 2017 року № 295 [4] ввела суб'єктів підприємницької діяльності в зону невизначеності через наділення Держпраці широким колом повноважень і через відсутність критеріїв належної кваліфікації виду правовідносин з особами, які можуть перебувати на території суб'єкта перевірки у приміщенні, але на підставі не трудових, а цивільно-правових відносин.

Так, держава, встановивши спрощену процедуру оподаткування, надала фізичним особам-підприємцям можливість співпрацювати з іншими суб'єктами підприємницької діяльності на основі не трудових, а цивільно-правових відносин [3, Глава I, Розділ XIV].

Якщо розглядати динамізм суспільних відносин, варто врахувати, що є сфери підприємницької діяльності, які перебувають у режимі надзвичайно швидкого розвитку. Наприклад, якщо змодельовати ситуацію, у якій фізична особа-підприємець надає послуги у сфері інформаційних технологій, у неї може бути багато контрагентів, але з певним він/вона може перебувати в більш сталих правовідносинах через складність проекту, кількість часу, який

необхідно витратити на технічні розробки, необхідність постійного звітування замовнику, контролю якості з боку замовника, тощо. З названих причин фізична особа-підприємець може більшу частину часу перебувати в приміщенні конкретного замовника, отримувати найбільшу частину й на постійній основі винагороду від того самого замовника тощо. Для індустрії інформаційних технологій змодельований приклад ситуації є дуже поширеним. Та й загалом з розвитком інформаційних технологій багато видів підприємницької діяльності стають дедалі гнучкими й дозволяють співпрацювати з невизначеною кількістю контрагентів, користуючись спрощеною системою оподаткування для фізичних осіб-підприємців.

Постанова Кабінету Міністрів України від 26 квітня 2017 року № 295 [4] характеризувалась невизначеністю критеріїв того, як буде кваліфікувати Державна служба України з питань праці співпрацю з фізичними особами-підприємцями, які на момент перевірки знаходяться в приміщенні суб'єкта перевірки. Більш того, судова практика підтвердила можливість перекваліфікації цивільно-правових відносин як таких, що приховують трудові відносини.

Проаналізуємо Постанову Верховного Суду України у справі № 822/723/17 від 26 вересня 2018 [9].

У межах цієї справи юридична особа оспорювала законність та просила скасувати постанову Державна служба з питань праці, якою було накладено штраф за порушення трудового законодавства. Позивач обґрунтовував свій позов тим, що Головним управлінням Державна служба з питань праці у Львівській області не взято до уваги, що співпраця з фізичною особою відбувалась на підставі цивільно-правової угоди, а тому він не міг порушити вимоги трудового законодавства.

Найбільша частина постанови присвячена аналізу релевантних джерел права і їх застосування. Насамперед статтею 43 Конституції передбачено, що кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя

роботою, яку він вільно обирає або на яку він вільно погоджується. Держава створює умови для повного здійснення громадянами права на працю. Кожен має право на належні, безпечні і здорові умови праці, на заробітну плату, не нижчу від визначеної законом. Далі викладається значна частина норми Кодексу законів про працю, зокрема загальні положення, зміст, порядок укладення, види трудового договору та декілька норм Цивільного кодексу, якими регулюється зміст та порядок укладення договору про надання послуг [9].

Відмовляючи в задоволенні позову, Верховний Суд у своїй позиції зазначає, що з аналізу наведених норм вбачається, що трудовий договір – це угода щодо здійснення і забезпечення трудової функції. За трудовим договором працівник зобов'язаний виконувати роботу з визначеної однієї або кількох професій, спеціальностей, посади відповідної кваліфікації, виконувати визначену трудову функцію в діяльності підприємства. Після закінчення виконання визначеного завдання трудова діяльність не припиняється. Предметом трудового договору є власне праця працівника в процесі виробництва, тоді як предметом договору цивільно-правового характеру є виконання його стороною певного визначеного обсягу робіт [9, п. 42]. Далі викладається, що відповідно до матеріалів справи Головним управлінням Державна служба з питань праці у Львівській області було досліджено Інструкцію з охорони праці для підсобного робітника, яка затверджена директором позивача та з якою був ознайомлений працівник [9, п. 43].

Водночас, у позиції Верховного Суду зовсім не наводиться аналіз укладеної угоди цивільно-правового характеру, не зазначається, чим саме укладена угода більше відповідає ознакам трудових, а не цивільно-правових відносин; не аналізуються обставини ознайомлення з інструкцією з охорони праці, зокрема в який момент вона була надана для ознайомлення – до чи після укладення угоди цивільно-правового характеру; не були наведені свідчення відповідальної особи з кадрових питань, яка надавала інструкцію для

ознайомлення, а саме: чи надавалась вона з наміром кваліфікувати відносини як трудові чи через помилку кадрового працівника.

Із наведеної аргументації суду неможливо визначити, які саме ознаки укладеного договору цивільно-правового характеру були перекваліфіковані у відносини, які регулюються трудовим законодавством.

Отже, у результаті проведеного аналізу рішення було визнано, що Суд при формулюванні своєї аргументації застосовував метод дедукції, оскільки позиція викладається, починаючи від аналізу загальних принципів і норм законодавства, які регулюють право на працю, порядок укладення та змісту договорів трудового і цивільно правового характеру, і саме цій частині присвячено значну увагу. Наприкінці викладається поверхневий аналіз фактів, до яких було застосовано норми трудового законодавства без належного обґрунтування правової позиції. Зазначене свідчить, що така юридична аргументація містить ознаки формалізму.

Доречно проаналізувати Постанову Великої Палати Верховного Суду у справі № 823/2042/16 від 4 вересня 2018 року [10] на предмет присутності ознак формалізму в судовій аргументації.

За фабулою справи юридична особа, звернувшись до Суду з адміністративним позовом, оскаржувала дії державного реєстратора та просила визнати протиправним та скасувати рішення про реєстрацію права оренди земельної ділянки за іншою особою. Свої вимоги позивач обґрунтовував тим, що на момент реєстрації права оренди на ту саму ділянку за іншою особою в реєстрі містився чинний договір оренди, який закріплював право оренди за позивачем. Суть спору полягала в тому, що в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно містився належним чином зареєстрований договір оренди позивача, однак до закінчення дії зареєстрованого договору оренди реєстратор здійснив реєстрацію договору оренди на цю саму земельну ділянку іншій юридичній особі [10].

Велика Палата Верховного Суду не погодилась із висновками судів попередніх інстанцій про те, що ця справа підлягає розгляду в порядку адміністративного судочинства, у зв'язку з чим постанову окружного адміністративного суду та ухвалу Київського апеляційного адміністративного суду скасувала, а провадження у справі було закрито [10].

На обґрунтування своєї позиції Велика Палата Верховного Суду зазначає, що цей спір не є спором між учасниками публічно-правових відносин, оскільки відповідач, приймаючи оскаржуване рішення про державну реєстрацію прав на нерухоме майно (право оренди на спірну земельну ділянку), не мав публічно-правових відносин саме з позивачем. Прийняте відповідачем оскаржуване рішення про державну реєстрацію стосувалось реєстрації прав іншої особи, а не позивача [10, п. 31].

Шляхом формально-логічного аналізу норм законодавства суд дійшов висновку, що спір носить приватноправовий характер та не належить до юрисдикції адміністративних судів.

Разом з тим у своїй правовій позиції суд не наводить аргументацію щодо відповідності предмета оскарження винесеному рішення. Предметом оскарження не було питання неправомірності набуття права оренди тієї самої земельної ділянки іншою юридичною особою, що дійсно в такому ракурсі підпадає під категоризацію приватно-правових відносин. Предметом зазначеного позову було оскарження дій державного реєстратора щодо правомірності здійснення повторної реєстрації права оренди земельної ділянки за наявності вже зареєстрованого права на ту саму земельну ділянку за іншим користувачем. Це питання вдало розкрито в спільній окремій думці суддів Великої Палати Верховного Суду на постанову від 4 вересня 2018 року у справі № 823/2042/16 [12].

В аспекті визначення формального підходу до вирішення судових спорів цікавою є сформована практика Європейського суду з прав людини. Так, у справі *ZUBAC v. CROATIA* Велика Палата Європейського суду з прав людини,

застосовуючи критерій «надмірного формалізму», зазначає: «У практиці Суду міцно вкорінене розуміння, що «надмірний формалізм» може суперечити вимозі забезпечення практичного та ефективного права на доступ до суду згідно з пунктом 1 статті 6 Конвенції. Зазвичай це відбувається у випадку особливо вузького тлумачення процесуальної норми, що перешкоджає розгляду позову заявника по суті, із супутнім ризиком порушення його чи її права на ефективний судовий захист» [17, п. 97].

У справах *EŞİM v. TURKEY* та *KART v. TURKEY* Європейський суд з прав людини подає таке тлумачення критерію «надмірного формалізму»: «...хоча право на подання позову, звичайно, підпадає під встановлені законодавством вимоги, суди зобов'язані застосовувати правила процедури, уникаючи як надмірного формалізму, який би негативно впливав на справедливість судочинства, так і надмірної гнучкості, такої, що може спричинити необов'язковість процесуальних вимог, встановлених законодавством (див. *Walchliv. France*, no. 35787/03, § 29, 26 July 2007). Насправді право доступу до суду порушено, коли правила перестають служити цілям правової визначеності та належного здійснення правосуддя й утворюють своєрідний бар'єр, який не надає заявнику можливість розгляду його/її справи по суті компетентним судом (див. *Efstathiou and Others v. Greece*, no. 36998/02, § 24, 27 July 2006)» [15, п 21; 16, п 79].

У практиці українських судів питання вирішення справ на підставі надмірного формалізму – не рідке явище.

Прикладом наявності ознак формалізму в судовій аргументації є така справа. У лютому 2017 року Компанія «ANSERCONENTERPRISELP» звернулась до суду з заявою про скасування рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України від 20 жовтня 2016 року за позовом Товариства з обмеженою відповідальністю «Фастівський хлібокомбінат» до Компанії «ANSERCONENTERPRISELP» про стягнення заборгованості [11].

Суд першої інстанції визнав заяву компанії «ANSERCONENTERPRISELP» неподаною, мотивуючи це тим, що заявник не виконав у повному обсязі вимоги ухвали суду про залишення заяви без руху, оскільки надана ним копія контракту, що містить третейське застереження, належним чином не засвідчена, зокрема на ній відсутній посвідчувальний напис. Апеляційний суд погодився з висновком суду першої інстанції [11].

Своєю чергою, Верховний Суд у Постанові від 18 грудня 2018 року у справі № 761/5894/17 не погодився з висновками судів попередніх інстанцій. Обґрунтовуючи свою позицію, Верховний Суд зазначив, що «первісний недолік наданих представником Компанії «ANSERCONENTERPRISELP» копій документів полягав у тому, що відмітка про засвідчення копії документа була розміщена лише на останньому аркуші прошитого та пронумерованого документа, а не на кожній його сторінці, при цьому всі сторінки доданого документа були прошиті, на останній його сторінці зазначена кількість аркушів, проставлено посвідчувальний напис, підпис уповноваженої особи та печатка Компанії «ANSERCONENTERPRISELP», а тому на переконання Верховного Суду суд першої інстанції безпідставно визнав неподаною та повернув заяву Компанії «ANSERCONENTERPRISELP». Окрім того, Верховний Суд обґрунтовує свою позицію концепцією «надмірного формалізму» в розумінні практики Європейського суду з прав людини (у контексті рішення у справі Перес де Рада Каванільєс проти Іспанії від 28 жовтня 1998 року), зазначаючи: «Повертаючи заяву Компанії «ANSERCONENTERPRISELP» про скасування рішення МКАС при Торгово-промисловій палаті України, суд першої інстанції припустився надмірного формалізму, суд апеляційної інстанції мав можливість, але зазначених порушень не усунув» [11].

Проаналізована справа містить приклад формалізму в рішеннях судів першої та апеляційної інстанцій, який виявляється в механічному застосуванні процесуальних норм без врахування конкретних обставин справи. Як наслідок кінцевою метою стає належне застосування процесуальних норм відірвано від

контексту спору, а не розгляд справи по суті, з наданням ефективного та справедливого судового захисту заявнику.

Повертаючись до міркувань правових реалістів, слід погодитись із висновками фундатора школи Роско Паундом, який у своїй книзі «Юриспруденція» зазначає, що юристи континентальної правової сім'ї сконцентровані на кодифікованому праві, законодавчих процедурах і на судовій системі, яка не надає суддям повноваження творення права. Разом з тим науковець стверджує, що висновки правових реалістів можуть бути корисними для континентальної правової сім'ї, адже приведуть до розуміння того, що кожна ситуація індивідуальна й тому може бути вирішена більше ніж одним встановленим способом з огляду на проаналізовані факти та принципи, концепції і техніки, що будуть використані [218, с. 284–285].

Як зазначають К. Греченіг та М. Гелтер у своїй статті «Трансатлантичні відмінності в правовій думці: американський економічний аналіз права проти німецького доктриналізму», починаючи з епохи правового реалізму, більшість учених в США розглядає право в основному з екстерналістської/зовнішньої позиції (*external perspective*). У Європі право зазвичай розглядається з інтерналістської/внутрішньої точки зору (*from the inside*), тобто як автономна дисципліна, незалежна від інших гуманітарних наук. У більшій своїй частині європейська правова наука доктринальна: вчені-юристи займаються тлумаченням правових норм для пояснення й системного опису права до того, як з тим чи з іншим питаннями зіткнуться суди на практиці [163, с. 297]. Такий стан речей, на думку авторів, яка підтверджується аналізом, проведеним у цій роботі, зумовлений тим, що у Сполучених Штатах Америки правовий реалізм дискредитував досягнення того, що прийнято називати класичною правовою думкою (мова йде про юридичний формалізм). Як наслідок, вчені-юристи в Сполучених Штатах Америки були готові до сприйняття нових підходів, які почали процвітати пізніше – у XX ст. У німецькомовних країнах схожі завдання

ставила перед собою школа вільного права, проте вона не змогла витіснити доктринальні підходи до вивчення права [163, с. 296].

Така різниця у підходах до сприйняття права є однією з причин відмінності способів міркування та побудови юридичної аргументації юристів Європейського та Американського континентів.

Українська науковиця О. Ю. Щербина, досліджуючи різницю між англосаксонською та романо-германською правовими сім'ями, визначає відмінності способів міркувань юристів цих правових сімей. Так, романо-германська правова сім'я ґрунтувалась на понятті права як належного (яким воно повинно бути), а не наявного (яке є), практична діяльність суддів орієнтована на положення права, а не на самостійне винесення рішень у справі, а юристи мислять поняттями правових інститутів і галузей права. Науковець доходить висновку, що правова наука континентальної системи права абстрактна, а однією з її визначальних ознак є правовий формалізм. Як наслідок, юристи здебільшого керуються дедуктивним міркуванням, а формально-логічні норми обґрунтування мають велике значення. Своєю чергою, у зв'язку з тим, що юристи англосаксонської сім'ї створили науку загального права на основі судових рішень, вони мислять «прецедентно», тому при побудові юридичних міркувань перевага надається індуктивній моделі [125, с. 42–43].

Загальні висновки О. Ю. Щербини щодо різниці у способах міркувань юристів романо-германської правової та англо-американської правових сімей дійсно заслуговують уваги. Однак, помилковим є причинно-наслідковий зв'язок стосовно чинника, який зумовив перевагу індуктивного методу серед американських юристів. Причина переважного використання індуктивного (від конкретного до загального) стилю міркування пов'язана не з історичним явищем формування прецедентного права, як зазначає науковець, а з тим, що американські юристи, працюючи в дев'ятнадцятому сторіччі з прецедентним правом, зіткнулися з формалізмом у межах класичної (ленгделліанської) школи права, яка також надавала перевагу методу дедукції при формуванні судової

аргументації. Саме пошук механізмів боротьби з таким способом міркування та побудови судової аргументації і був покладений у центр розвитку школи правового реалізму.

У своїй роботі О. Ю. Щербина висловлює думку, що сучасне українське право характеризується як право перехідного періоду [125, с. 43]. Таку саму позицію підтримує суддя Конституційного Суду України у відставці Володимир Кампо, зазначаючи, що «українська юридична наука стоїть перед складним і важливим завданням переходу в основному від доктрини правового нормативізму до доктрини правового реалізму». На думку цього автора, саме реалістична концепція права «найповніше відповідає потребам розвитку правової системи держави, її інститутів і галузей права». Свою позицію В. М. Кампо пояснює тим, що «юридичній практиці потрібні інші, ніж традиційні нормативні підходи, тобто більше пристосовані до практики, конкретизовані та якісні правові засоби». Автор зазначає, що судова система потерпає від нерозв'язаних загальних і спеціальних проблем реалістичної доктрини судочинства. Як приклад проблематики науковець зазначає, що «суддям часом важко віднайти науково-методологічні матеріали для підготовки, зокрема, модельного проекту рішення, поготів – для практичного вирішення певних конкретних питань тієї чи іншої справи». Згодом на противагу самому собі автор зазначає, що «буква» права в житті зарубіжних країн втрачає своє значення, натомість вище стоїть практичне значення «духу» права [48, с. 4].

Беззаперечно, здобутки школи правового реалізму є неоціненним вкладом у розвиток американської юридичної науки, що вплинуло передусім на формування теорії юридичної аргументації шляхом еволюції від механічної юриспруденції до мистецтва. Ці висновки необхідно аналізувати та використовувати для боротьби з ознаками формалізму у вітчизняній юриспруденції. Разом з тим, не можемо погодитись з В. Кампом у частині його прихильності до повного перенесення здобутків реалістичної школи на

вітчизняну правову модель. У жодному разі не слід здобутки школи правового реалізму механічно переносити і втілювати у правову систему України. Важливо враховувати історичні, культурні, ментальні та інші критерії, особливості правової культури та правового мислення.

Окрім того, приклад існуючої проблематики у вітчизняній правовій системі, яку наводить науковець, не відповідає меті, що ставили перед собою реалісти. Зокрема, їхнім завданням не була розробка науково-методологічного матеріалу для підготовки суддями модельних рішень, навпаки, як це було проаналізовано вище в роботі, реалісти наполягали на емпіричному підході до вирішення справ, що мало втілюватись передусім у детальному аналізі реальних фактів справи, а не в підготовці та аналізі науково-методологічного матеріалу, який потім потрібно застосовувати до вирішення конкретних справ.

Хоч названі науковці в унісон стверджують, що нинішня правова система перебуває на перехідному етапі, складно дати чітку оцінку ситуації, у якій зараз перебуває судова система України. Звичайно ж, певні зміни за формою (зміни в системі судів, зміна спеціалізації, впровадження додаткових вимог до судів, що здебільшого мають формальний характер) відбуваються в межах судової реформи^{4*}, однак чи відбуваються зміни по суті діяльності, компетентності, усвідомленого ставлення до здійснення правосуддя й підходів до розгляду справ і побудови судової аргументації, – це питання радше є риторичним.

Про наявність перехідного статусу в світлі висновків правових реалістів можна буде говорити, коли в українській правовій реальності буде переоцінено значення та розуміння судової правотворчості як феномену, що є мистецтвом, а не технічною діяльністю; коли судді, розглядаючи справу, виводячи судову аргументацію, будуть підходити до цього не формально, а з високим рівнем відповідальності та правосвідомості. На жаль, реальна картина функціонування

^{4*}*Примітка.* Під судовою реформою на момент написання цієї дисертаційної роботи розуміються зміни, які вносять Законом України "Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)" від 2 червня 2016 року № 1401-VIII [5] та Закон України "Про судоустрій і статус суддів", викладений у новій редакції від 2 червня 2016 року № 1402-VIII із внесеними змінами [6].

судової влади дещо відрізняється від того ідеалу, коли вирішення справи та формування судової аргументації є процесом тонкого, філігранного мистецтва. Уникаючи категоричних висновків, практикуючи право та спостерігаючи за процесом розгляду справ суддями, доводиться бачити, що судді в судах загальної юрисдикції під час слухань подекуди ігнорують процес заслуховування та детального аналізу фактів, ставлячись до цього процесу як до такого, що не має пріоритетної важливості для подальшого прийняття рішення. Це, своєю чергою, наштовхує на висновки, що для української правової реальності проблематика, з якою зіткнулися правові реалісти на американському континенті на початку минулого сторіччя, сьогодні є вкрай актуальною.

Недарма професор М. І. Козюбра, маючи надзвичайно широкий досвід наукової діяльності, яка поєднувалась із практикою, зокрема під час перебування на посаді судді Конституційного Суду України (до речі, варто зауважити, що саме таким шляхом йшли американські правові реалісти – від наукової діяльності до діяльності в судах вищих інстанцій), своїми напрацюваннями пробиває глибу формалізму та механічної юриспруденції та спонукає переосмислити значення та процедуру побудови юридичної аргументації.^{5*}

Наполягаючи неодноразово на необхідності приділяти більше уваги теорії юридичної аргументації, Микола Іванович Козюбра зазначає, що у вітчизняній практичній та теоретичній юриспруденції за попередньою позитивістською традицією при виборі методологічних підходів до аргументації юристи «продовжують орієнтуватись переважно на дедуктивний метод обґрунтування». Своєю чергою, питання, що стосуються юридичного дискурсу, розглядаються,

⁵ * Примітка: Професор Микола Іванович Козюбра присвятив зокрема, але не виключно такі публікації теорії юридичної аргументації, її стану та перспективам в Україні: Теорія юридичної аргументації: становлення, стан та перспективи у вітчизняній юриспруденції [59]; Моделі (типи) юридичної аргументації [54]; Теорія юридичної аргументації та її особливості в конституційному судочинстві [60]; Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя [58].

як правило, «в межах традиційної або юридичної логіки, яка представлена переважно логіками та філософами». Не заперечуючи проти важливості ролі логічних методів (аналіз, синтез, узагальнення, обмеження, систематизація, класифікація) та видів логічних умовиводів (індукції, дедукції, аналогії) при формуванні юридичної аргументації, професор зазначає, що не варто обмежуватись виключно ними, оскільки, по-перше, реальне життя з його суперечностями, конфліктами й компромісами не може бути втиснуте в рамки лише логічних конструкцій, а по-друге, право є надзвичайно складним феноменом, у якому тісно переплітаються духовні, культурні та етичні засади, цивілізаційні й загальнолюдські цінності, наукова істина й мистецтво добра і справедливості, абстрактне й конкретне, практичний юридичний досвід і здоровий глузд. На думку професора, аргументація, яка «побудована виключно на правилах формальної логіки, накладає на право відбиток догматизму, що є несумісним із складним характером реальної дійсності і гнучкістю життя, з динамізмом самого права» [60, с. 168–173].

Разом з тим, вказуючи на необхідність розширення набору інструментів, які може використовувати юрист при формуванні юридичної аргументації і які не повинні зводитись виключно до методів формальної логіки, професор М. І. Козюбра наголошує на важливості та можливості використання досягнень реалістичної школи права, хоча неодноразово під час круглих столів, конференцій та й у своїх публікаціях професор застерігав, що абсолютизація «реальної», «живої» частини права з одночасною відірваністю «від накопичених людством правових ідеалів і цінностей, концентрованим виразом яких є загальні принципи права», та від правових норм має ризик породити беззаконня і свавілля [62, с. 172–173].

Інше важливе питання, яке наштовхує на висновки щодо того, чи готова вітчизняна юриспруденція до використання здобутків школи правового реалізму, полягає у з'ясуванні, чи наділений суд правотворчими повноваженнями. Як було проаналізовано вище, американські правові реалісти

розвивали у своїх працях одну з центральних ідей, відповідно до якої суд є органом, який при здійсненні правосуддя, побудові судової аргументації та винесенні рішення з конкретної справи творить право.

Тоді, коли школа правового реалізму та американська правова система йшли своїм шляхом, радянська правова теорія і практика розвивалась у межах юридично-позитивістської моделі судового правозастосування, відповідно до якої суд позбавлений правотворчих повноважень, а його функції зводяться до процесу «конкретизації», що передбачає підведення під загальне правило конкретних індивідуалізованих спірних відносин. Таким чином, рішення суду безпосередньо формується на основі силогізму, компонентами якого є норма права, фактичні обставини справи й рішення, яке випливає із підведення під норму права цих обставин [110, с. 17–20]. Хоча варто зазначити, що певні спроби в наукових колах виходити за межі такої силогістично-механічної концепції були. Так, професор С.І. Вільнянський зазначав, що з накопиченням однакових вирішень питання можна констатувати, що склалось певне правове положення, яке входить у структуру об'єктивного права, а судова практика повинна бути визнана одним із джерел радянського права [31, с. 244–245]. Однак, такі спроби піддавались критиці, і радянська наука наполягала на тому, що багаторазовий судовий прецедент не створює права, а значна кількість однакових судових рішень є лише простим актом застосування норми права [45, с. 177].

Як зазначає М. І. Козюбра, дискусії щодо наділення суддів правотворчими повноваженнями продовжують бути актуальними і в західних країнах, і на пострадянському просторі, зокрема в Україні, а розбіжності в позиціях пояснюються такими чинниками, як ставлення до наявних типів праворозуміння, співвідношенням права і закону, загальними принципами права та іншими правовими цінностями, суб'єктами їх конкретизації, джерелами права та місцем серед них судової практики тощо. На думку науковця, що цілком підтверджується проведенням аналізом напрацювань

авторів, що піднімають цю проблематику, у вітчизняній юриспруденції правознавці, які стоять на боці судової правотворчості, здебільшого зосереджують свою увагу на визнанні судового прецеденту як джерела права та на аналізі інших різновидів вітчизняної судової практики – роз’яснень Пленуму Верховного Суду України щодо правильного застосування законодавства, узагальнення судової практики судами касаційної інстанції та ступеня їхньої обов’язковості для судів нижчої інстанції [58, с. 39].^{6*} Своєю чергою, М. І. Козюбра розглядає процес правотворчості набагато глибше, зазначаючи, що «механізм застосування закону суддею набагато складніший: суддя не є простим «копіювальником» приписів закону, при ухваленні судових рішень він має зважувати безліч не лише юридичних, а й політичних, моральних, психологічних та інших чинників, перебувати в постійному контакті з потребами правового життя. Тобто судові рішення завдяки творчій роботі судді є результатом не тільки діяльності законодавця, а й самого судді». Враховуючи таку позицію, науковець зазначає, що «судова правотворчість – це не аномалія, а іманентна властивість правосуддя», а «права людини – це і є той базовий критерій – орієнтир, який визначає межі судової правотворчості» [58, с. 39–41, 46]. Звичайно, такий підхід є абсолютно новим та прогресивним для української юриспруденції, і саме таке розуміння відповідає тим здобуткам, яких досягли правові реалісти у сприйнятті процесу побудови юридичної аргументації як надзвичайно високого та тонкого мистецтва.

На жаль, використання здобутків концепції правового реалізму в українській науці не допоможе розвантажити суди, як помилково вважає суддя Конституційного Суду України Володимир Кампо [48, с. 4], оскільки завданням

^{6*} *Примітка:* Прикладом зазначеної позиції є міркування авторів зокрема а таких публікаціях та дисертаційних дослідженнях: О. Дашковська, Судовий прецедент і судова практика як джерела права [40]; Т. О. Подковенко, Судовий прецедент та проблеми визнання його джерелом права в Україні [100]; Б. В. Малишев, Судова правотворчість як засіб досягнення мети правосуддя [76]; В. О. Сердюк, Судова правотворчість в контексті здійснення правової реформи в Україні [103]; І. М. Ситар, Діалектичний взаємозв’язок між соціологічним праворозумінням і правовим прецедентом в контексті акультурації у праві [105]; С. В. Чабур, Функціонування механізму правотворчості [119, с. 52–54, 91, 127].

суддів у світлі американської і скандинавської реалістичних шкіл права є зовсім не механістичне та шаблонне штампування справ, а глибокий і детальний аналіз фактів у справі, що вимагає додаткового витрачання часового та інтелектуального ресурсів.

Хоча дійсно, результати розвитку наукової думки певною мірою впливають на ефективність правосуддя. Збагачення української науки висновками концепції, яка зародилась у Сполучених Штатах Америки та скандинавських країнах, може посприяти вдосконаленню знань, умінь та навичок суддів у підготовці та побудові своєї аргументації.

Своєю чергою, аналіз наукових надбань правових реалістів дозволяє зробити висновки, що для того, аби навчити, стимулювати, мотивувати суддів працювати в руслі цієї концепції, необхідно передусім почати з реформування вищої юридичної освіти [89, с. 58]. Суддям насамперед потрібно опанувати майстерність юридичної аргументації, навчитись аналізувати факти, робити з них висновки. Ці знання необхідно надавати з перших кроків формування майбутнього юриста.

Це дослідження не має на меті формулювання рекомендацій для реформування судової гілки влади, а спрямоване на аналіз можливостей для створення, покращення тих механізмів, які можуть сприяти вдосконаленню юридичної аргументації суддів у світлі здобутків школи правового реалізму. Ми вважаємо, що аналіз, вивчення й поширення у вітчизняних правових колах висновків правових реалістів можуть допомогти перебороти юридичний формалізм, який притаманний сучасній судовій системі, та сприяти переоцінці природи та значення судової правотворчості як тонкого мистецтва у щоденній діяльності. Проте, основне питання, яке варто вирішити, – вплив на свідомість майбутніх та діючих суддів. Формувати, змінювати, впливати на свідомість, внутрішній світ, сприяти розвитку почуття справедливості у майбутніх юристів – найважливіші завдання закладів вищої юридичної освіти, що є предметом дослідження наступного підрозділу.

3.2. Реформування методології та методики викладання правознавства у вищих навчальних юридичних закладах в контексті здобутків школи правового реалізму

*Право і юристи є такими, якими
їх створює юридична школа
(Фелікс Франкфуртер)⁷*

Реформування правосуддя в державі повинно починатись із системи підготовки фахівців до майбутньої діяльності, адже базові знання й уміння, набуті у вищій школі, формують особистісні та професійні навички, психологічний портрет людини [87, с. 42].

Між юридичною освітою, юридичною практикою і функціонуванням правової освіти існує нерозривний і послідовний зв'язок [248, с. 1929].

Одна з ключових цілей, яка стала поштовхом до розвитку реалістичного руху у провідних юридичних школах в американській правовій системі, полягала у перетворенні методології вивчення права, зокрема шляхом поєднання аналізу соціологічних, психологічних, економічних та інших чинників із юридичними соціально значущими діями [25, с. 47]. Скандинавська течія школи правового реалізму також вплинула на зміни в системі підготовки майбутніх юристів.

Метою цього підрозділу є аналіз механізмів впливу концепцій правових реалістів на втілення висновків цієї школи в системі навчання у вищих навчальних юридичних закладах та можливість використання цих механізмів на теренах України.

З чого ж починали реалісти в процесі реформування методології підготовки майбутніх фахівців у галузі права? Сучасні підручники з вивчення

⁷ Цит. за: 227, с. 353; 182, с. 148.

правових предметів є надбанням саме реалістичної школи права. До виникнення реалістичної школи права студенти в Америці навчались за «збірниками справ» (*case study*), концепція яких була розроблена професором Гарвардського університету, представником епохи формалізму Крістофером Ленгделлем. Цю методологію ще називали «Гарвардською системою», оскільки у 1870 році у сорокап'ятирічному віці Крістофер Ленгделл почав викладати в Гарвардському університеті, де й запропонував нову методологію, яка згодом отримала поширення у всіх юридичних школах [156, с. 908]. На той час нововведення також були реформаторськими, адже професор Ленгделл змінив методологію юридичної освіти: читання лекцій і вивчення підручників були замінені на вивчення справ [228, с. 273]. До ленгделліанської реформи юридична освіта в Америці полягала у вивченні й запам'ятовуванні юридичних книг та прослуховуванні лекцій [235, с. 62]. Водночас студенти Крістофера Ленгделла, згадуючи методологію викладання професора, пишуть, що він розкривав принципи в чіткій логічній послідовності, демонструючи їх застосування на прикладах різних справ [228, с. 287]. Він наполягав на тому, що логічні висновки з вихідних передумов є виявом верховенства права [228, с. 288].

Збірники, за якими вчилися майбутні юристи, містили виключно аналіз судових рішень, з яких студенти могли вивести та сформулювати правила і принципи, якими керувався суддя при винесенні рішень. *Така методологія навчання витіснила лекційну форму викладання, натомість на заміну прийшов «сократівський метод»*, за допомогою якого викладач, опитуючи студентів, виявляє рівень розуміння фактів справи, юридичних питань і володіння знаннями справи загалом [248, с. 1931]. Але реалістів така методологія не влаштовувала, оскільки опубліковане рішення судді висвітлює лише правові підстави прийняття рішення, але не демонструє аналіз неправових деталей, що мало надзвичайно важливий характер та не враховувало економічні, політичні, соціальні явища, що мали місце в кожній ситуації. Тому яскравим досягненням

реалістів стало розроблення методологічного матеріалу для студентів, який має назву «Справи і матеріали по праву», де в розділі «Матеріали» містяться тексти з аналізом усіх явищ, які мали вплив при ухваленні відповідних рішень [187, с. 60].

Дещо інакше відбувається підготовка студентів в університетах тих країн, де розвивалась скандинавська течія правового реалізму. Як зазначав Альф Росс, «одне із завдань юриспруденції полягає в систематизації норм права, щоб створити зрозуміле та чітке уявлення про право» [Цит. за: 245, с. 211]. Саме тому у вищих навчальних юридичних закладах студенти вчать аналізувати норми права з різних галузей права та в різних правових системах. Окрім того, важливе значення приділяється дослідженню різноманітних питань, чинників та фактів, які попередньо розглядались у судових справах та у змодельованих фабулах. Йдучи таким шляхом, студенти навчаються аналізувати факти справи та ідентифікувати норми права, які повинні застосовуватись у відповідній ситуації [245, с. 211].

Спільне надбання двох течій полягає в тому, що у вищих навчальних закладах почали детально аналізувати та досліджувати факти справ. Проте, скандинавці роблять також значний акцент на аналізі правових норм [244, с. 147]. Така різниця зумовлена ще й тим, що школи розвивались у двох різних правових сім'ях: романо-германській і англо-саксонській. Детально це питання аналізувалось у попередньому розділі цієї праці.

Як було проаналізовано нами вище, правові реалісти робили значний акцент на використанні емпіричних методів у вивченні юридичних дисциплін.

Так, Карл Ллевеллін рекомендував студентам юридичних шкіл відвідувати суди, «але не в ролі глядачів, як студенти і критики». Він акцентував увагу на необхідності спостерігати за роботою суддів першої інстанції і скаржився, що в бібліотеках для студентів доступні лише зводи законів і рішення судів вищих інстанцій [Цит. за: 155, с. 235].

Ще одним досягненням школи правового реалізму стало запровадження «правничих клінік», у яких студенти мають змогу отримати юридичну практику, консультуючи малозабезпечене населення [87, с. 45].

Дж. Франк був фундатором інституту юридичної клініки. Він присвятив цьому питанню статтю «Чому б не створити клініку для юристів?» (*Why not a clinical lawyers-school?*). Загалом стаття відображає концептуальні засади правового реалізму щодо реформування методології підготовки майбутніх правників, які полягали не лише у викладенні теоретичних міркувань на папері, а знайшли свій прояв і втілення в реальному житті.

Роздуми в цій статті, написаній у 1933 році, він розпочав із критики класичної освіти за «ленгделліанською» методологією, зазначаючи, що в більшості юридичних шкіл продовжують використовувати класичний метод навчання, у розумінні якого всі необхідні матеріали для навчання можна знайти у книжках [156, с. 907].

Для Крістофера Ленгделла практикування права означало написання короткого резюме по справі, ознайомлення з опублікованими рішеннями. А такі питання, як взаємозв'язок між юристом та клієнтом, низка чинників, які впливають на переконання судді під час розгляду справи, на емоції суддів присяжних, інші фактори, які створюють «атмосферу» справи, – усе це не розкривається у зводах судових рішень, а тому в розумінні ленгделліанської теорії не має ніякого значення. Таким чином, як зазначав Джером Франк, велика частина реалій життя середньостатистичного адвоката не мала нічого спільного з правовою реальністю, визначеною К. Ленгделлом. Через таке сприйняття вивчення права означало розуміння «права в бібліотеках» [156, с. 908].

У 1918 році історик Гарвардської юридичної школи написав, що для викладання права «попередній практичний досвід не потрібен, оскільки практика починається в самому процесі викладання». Сам же Ленгделл зазначав: «Те, що характеризує особу як таку, що може викладати право, є не

досвід роботи в юридичному офісі, не досвід спілкування з людьми, не досвід участі в судових засіданнях, не формування аргументації, в загальному ж, не досвід використання права, а лише досвід у вивченні права». Вплив цієї позиції був надзвичайно сильним, і в офіційному виданні юридичної школи Гарвардського університету було опубліковано, що досвід практикування права протягом будь-якого проміжку часу є суттєвим інтелектуальним недоліком і що особи, які мають практику роботи з судами протягом багатьох років, мають недостатньо наукового мислення, що, своєю чергою, є необхідною умовою для викладачів найвищої кваліфікації. Прийняття ленгделліанського (Гарвардського) методу викладання спричинило й сприйняття філософії Ленгделла щодо кваліфікації викладача, а саме те, що викладачі юридичних шкіл університетів, за винятком декількох, не мали досвіду практикування права, більшість не надавала консультації клієнтам, не спілкувалась зі свідками, не брала участі в погодженні контрактів, у судових процесах, не розробляла контракти, більшість ніколи навіть не була в залах судового засідання [156, с. 908–909].

Історія становлення системи підготовки майбутніх правників в Америці: шлях від практичного спостереження до теоретичного матеріалу і знову повернення до емпіризму.

Якщо ж повернутись до витоків формування американської правової системи, то варто зазначити, що цікавою була історія розвитку методології підготовки майбутніх юристів. Система навчання на американському континенті починалась зі спостереження студентами за юридичною практикою. Видатні юристи викладали право у своїх юридичних офісах. Таким чином, студенти щодня мали змогу спостерігати за роботою юристів-практиків і за тим, як функціонують суди. Перша Американська юридична школа, заснована у 1780-х роках суддею Рівзом, і була побудована на тій самій системі спостереження за роботою юристів, суддів, а студентів уже об'єднували у групи. Згодом, у 1830 році, в історії розвитку створюється коледжівська

система навчання з лекційними заняттями й опануванням матеріалів за книжками. Практична частина навчання зі спостереженням за роботою юристів була видалена з програми. Студентів ізолювали від вивчення того, що відбувається в судах у житті, і концентрували увагу на вивченні діяльності судів на теоретичному рівні так, як це прописано в книжках. Джером Франк зазначає, що цей етап розвитку більшістю сприймався як прогрес, а насправді це був період утворення тріщини між теорією і практикою, що аж ніяк не створювало сприятливих умов для становлення майбутнього юриста. Після цього етапу прийшов час методології Ленгделла: *період теорії, логіки і зведення вивчення права виключно до того, що міститься в підручниках* [156, с. 909–910].

За методологією Ленгделла студенти повинні були вивчати судові справи та аналізувати принципи і норми, які в них застосовуються. Однак, замість вивчення матеріалів справи або хоча б опублікованих записів по справі навчальний матеріал студентів зводився лише до аналізу думок суддів по справам (*judicial opinion*) переважно вищих інстанцій [156, с. 910]. Думка ж є набагато вузькою за суддівське рішення (*judicial decision*), вона не відображає всіх чинників і деталей розгляду справи, які в більшості випадків є найважливішими в поясненні причини прийняття відповідного рішення [156, с. 910].

Джером Франк зазначав, що для студентів-правників найкращий метод отримання практичних навичок діяльності полягає у спостереженні за тим, як усе відбувається в судах і в юридичних офісах [156, с. 911].

Реаліст з хвилюванням зазначав, що юридична школа в американській правовій системі занепадає через занадто простий підхід до підготовки майбутніх юристів, який полягав у вивченні думок судів вищих інстанцій. Франк зазначав, що дуже важливий елемент було втрачено з часів перших юридичних шкіл, коли основний метод навчання студентів полягав у спостереженні за практичною юридичною діяльністю. Разом з тим, він не

пропонує повернутись у часи судді Рівза (18 століття), але рекомендує взяти тодішню методологію за основу, враховуючи всі досягнення, які були здобуті згодом [156, с. 913].

Франк пропонує блискучий алгоритм розвитку юридичної школи, зазначаючи, що поєднання системи навчання за збірниками справ (*case-book system*) із вивченням соціальних наук (вплив і розвиток яких набирав усе більших обертів) та отримання практичного розуміння того, як потрібно спілкуватись із клієнтом, як функціонують суди й чим загалом займаються юристи, – ось як потрібно готувати правників [156, с. 913].

Враховуючи недоліки системи юридичної освіти в епоху формалізму, Дж. Франк надає рекомендації, які є результатом напрацювання реалістичного руху.

(i) Перша рекомендація полягала в тому, що значна частина викладачів юридичних шкіл повинна мати досвід мінімум від п'яти до десяти років практичної діяльності у сфері права, у судах, у юридичних компаніях, у роботі з клієнтами, у переговорах. Перелік їхніх навичок не повинен бути звуженим виключно до паперової роботи в юридичних офісах. Однак, у викладацькому складі має бути певний відсоток науковців без практичного досвіду роботи, оскільки їхні відчуття й образ права є важливими [156, с. 914].

Прикладом ідеального викладача Франк вважає професора В. Турман Арнольда. Він отримав досвід практичної діяльності у сфері права у штатах Іллінойс, Вайомінг і західній Вірджинії. Після здобуття практичного досвіду розпочав викладацьку діяльність у Єльському університеті, де, за словами Франка, він блискуче з гострим розумом доносив до студентів відчуття і розуміння роботи судів і кожного аспекту діяльності юриста. Реаліст зазначає, що юридичні школи, у яких більшість викладачів була б такою, як професор Арнольд, швидко змінили б свою методологію викладання таким чином, щоб об'єднати глибоке знання писаного права з глибоким розумінням того, що суди і юристи фактично роблять [156, с. 914].

Проводячи паралель, реаліст зазначає, що в медичних школах більшість викладачів час від часу обстежує, лікує, ставить діагнози або навіть оперує людей.

Франк зазначав, що до запровадження реформи під егідою правових реалістів багато юридичних шкіл випускали студентів, які могли бути вчителями «книжкового права» та вчити наступні покоління бути викладачами «книжкового права» й так до нескінченності [156, с. 915].

(ii) Друга пропозиція стосовно реформування юридичної освіти полягала у зміні системи навчання шляхом вивчення судових справ, щоб вона була реальною, а не фіктивною. Франк пропонував декілька підручників, збірники справ потрібно лишити, щоб розвивати навички стислого викладу думок. Але інший навчальний матеріал потрібно сформувати таким чином, щоб студент отримував повну картину й відчуття того, як справи виграються, програються й вирішуються. Тому інший вид підручника повинен містити всі матеріали справи - від першого поданого документа та всіх матеріалів, які подаються протягом усього судового розгляду, починаючи з першої і до останньої інстанції [156, с. 916].

Франк стверджує: шість місяців належним чином проведених над опрацюванням матеріалів однієї чи двох справ, що включає вивчення всіх документів справи і стислих викладень позицій вищих судів, та ознайомленням із теорією в підручниках дасть студенту набагато більше, ніж робота протягом двох років з 20-ма збірниками зі справами в чинній редакції підручників [156, с. 916].

Реаліст вкотре проводить паралель із медичною освітою, зазначаючи, що в медичних школах використовуються «історії хвороби» для навчання, але вони набагато складніші, ніж збірники справ, які використовують у юридичних школах.

Наполягаючи на необхідності реформи, Франк зазначає, що абсурдно продовжувати називати позиції вищих судів справою, бо за формою вони

становлять есе, опубліковане вищим судом, як пояснення прийнятого рішення. Це є не більше ніж додатком у кінцевому акорді справи [156, с. 916].

(iii) Однак, на думку Джерома Франка, змін у навчальному матеріалі недостатньо. Реаліст зазначає: «Студенти-правники повинні мати можливість спостерігати за *юридичними операціями*».

Процес навчання необхідно супроводжувати частими візитами разом із викладачами до судів першої та апеляційної інстанції. Ця ініціатива радикально відрізняла формалістський та реалістичний рух. Адже відповідно до ленгделліанського руху метод вивчення права шляхом практики відвідування судових засідань потрібно було включити [156, с. 916].

(iv) Паралель, яку Джером Франк проводив між клінічною і юридичною освітою, отримала ще більший розвиток. Реаліст зазначає, що деякі інструменти, які використовуються в медичній освіті, можна вводити в юридичну. Цю рекомендацію Франк виділяв як найважливішу з-поміж інших.

Реаліст вказує, що навчання в медичній школі базується на значній кількості клінік з безоплатною медичною допомогою. Ідея Франка полягала у створенні юридичних клінік при кожній юридичній школі [156, с. 917].

Разом з тим, хоч багато авторів і вважають Джерома Франка автором ідеї (якій він у 1933 році присвятив статтю) про запровадження інституту клініки, це не зовсім відповідає дійсності. Адже ще у 1915 році Вілліам В. Рове написав пам'ятну записку «Юридичні клініки і краще навчені юристи – необхідність» (*Legal clinics and better trained lawyers – a necessity*). У своїх мемуарах Вілліам Рове зазначає, що існування й функціонування юридичних клінік безпосередньо залежить від ентузіазму факультету і самих студентів [225, с. 1]. Автор наголошує на тому, що протягом останніх двадцяти років *студенти відірвались від живих проблем права*. Вихід із такого глухого кута автор вбачав у навчанні студентів в атмосфері здобуття професійних навичок, формуванні професійного характеру, духу, загартованості, шляхом розміщення студента в юридичному офісі під систематичним навчанням і інструктажем і в постійному

контакті з авторитетними практиками, які у своїй діяльності застосовують право в конкретних ситуаціях як живу силу до живої проблеми громадян – цей феномен він іменує «клініка». Таким чином, студенти кожного дня мають змогу спостерігати за діяльністю юристів і відчувати атмосферу права на практиці та зіставляти практичну діяльність із теоретичними знаннями, отриманими в університеті [225, с. 2–3, 22].

Хоч Джером Франк не був автором ідеї юридичної клініки, усе ж йому належить першість у створенні ґрунтовних механізмів діяльності правничої клініки.

Розвиваючи в подальшому ідею запровадження клінічної освіти, він формував модель юридичної клініки. Оскільки відповідно до реалістичної концепції більша частина викладачів у юридичних школах повинна мати досвід практичної діяльності, то, відповідно, вони можуть здійснювати її разом зі студентами будь-якого року навчання та магістратури, провідних членів локальних асоціацій адвокатів.

Допомога в юридичній клініці має надаватись або безкоштовно, або за низьку плату. Студенти матимуть змогу отримати досвід у справах із державними органами. Робота включатиме досвід в усіх галузях права. Таким чином, вони зможуть зіставляти знання, які отримують, вивчаючи збірники справ, із практичною діяльністю юристів та функціонуванням судів. Окрім того, студенти спостерігатимуть за людською (живою) частиною юриспруденції, за чинниками, які впливають на суддю і присяжних при прийнятті рішення [156, с. 917–918].

Суттєвим досягненням функціонування клініки є надання студентам навичок роботи з фактами різних справ.

Вони матимуть розуміння того, як розвивається ситуація, коли факти є спірними у зв'язку із наданням протилежними сторонами спору фактів, які суперечать один одному. Відчують різницю, яка може існувати між тим, як події насправді відбулись, і тим, як це буде представлено суду і присяжним;

властиву суб'єктивну природу фактів у спірних справах. Зрозуміють неможливість передбачити результат розгляду справи навіть тоді, коли норми законодавства є абсолютно чіткими, оскільки ніколи не можна бути впевненим у тому, які факти в конфліктній ситуації суд обере як такі, що є правдивими. Усвідомлять, як «ефект втоми, уважність, політичні переконання, лінь, добросовісність, наполегливість, нетерпеливість, упередженість впливають на прийняте рішення» [156, с. 917–920].

Таким чином, студенти зможуть навчитись аналізувати справжні ситуації, спілкуватися з клієнтами, ознайомлюються з реальними фактами [27, с. 133].

Студент вивчає техніку наукового методу шляхом дослідження і, водночас, отримує розуміння порушень, прогалин, проблем у праві [156, с. 920].

У квітні 1934 року керівництво Університету Огайо запровадило на юридичному факультеті навчальні курси з юридичної клінічної освіти, а з 1937 року участь у діяльності юридичної клініки при цьому університеті стала обов'язковою для всіх студентів, і без проходження цього курсу студенти не мали права отримати диплом про завершення навчання [68, с. 41].

(vi) Як тимчасовий механізм набуття практичних навичок, допоки юридичні клініки не почнуть функціонувати на повні оберти, Франк пропонував студентам з перших років навчання під супроводженням і керівництвом своїх професорів працювати помічниками в ретельно відібраних юридичних офісах. У такому разі практикуючих юристів, які надають допомогу студентам-помічникам, варто зробити асоційованими членами юридичної школи й за необхідності виплачувати компенсацію. Викладач і юрист-практик повинні узгоджувати план навчання [156, с. 920–921].

Потрібно зазначити, що певні напрацювання правових реалістів щодо реформування юридичної освіти вже втілюються й на теренах України. Так, інститут юридичної клініки зацікавив наукову спільноту, а згодом знайшов своє відображення й у функціонуванні при деяких університетах.

Аналізу інституту правничої клініки, можливості та необхідності втілення його в українській правовій системі було присвячено значну кількість наукових публікацій.^{8*}

Практичні питання функціонування розглядались на круглих столах, які проводились юридичною спільнотою на базі юридичних факультетів.^{9**}

Тематика функціонування юридичних клінік виявилась цікавою для українських наукових кіл. Авторами В. Молдован, Р. Кацавець у 2007 році було підготовлено та видано навчальний посібник для студентів вищих навчальних закладів «Юридична клініка» [91], у 2008 році О. Л. Ващук підготував «Посібник для консультанта юридичної клініки» [29]. Ю. О. Фігель написав дисертаційну роботу «Роль юридичних клінік у формуванні вмінь реалізації права студентами юридичних спеціальностей» [117], Н. С. Дубчак – «Юридичні клініки в системі захисту прав і свобод людини та громадянина» [42], М. Т. Лоджук – «Правове регулювання діяльності юридичних клінік в Україні:

⁸ **Примітка:* Інституту юридичної клініки на теренах України були присвячені зокрема такі публікації: О. Л. Соколенко, Юридична клініка в правоосвітній діяльності [108]; З. С. Черненко, Юридична клініка як форма підготовки студентів-правників: на прикладі викладання медичного права [120]; М. Лоджук, Понятіе і назначение юридической клиники [70], Генеза становлення інституту юридичних клінік в Україні та світі [68]; А. Галай, Становлення юридичної клінічної освіти в Україні та у деяких інших країнах світу [32]; С. С. Чернявський, А. В. Титко, Юридична клінічна освіта: досвід національної академії внутрішніх справ [121].

⁹ ***Примітка:* 27 січня 2012 року на базі Експериментальної навчальної лабораторії «Правничка клініка» факультету правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія» проводився Всеукраїнський науково-практичний круглий стіл "Діяльність юридичних клінік України у зв'язку з прийняттям Закону України "Про безоплатну правову допомогу", на якому обговорювалися проблеми, пов'язані зі статусом та роллю юридичних клінік України як суб'єктів надання безоплатної правової допомоги [253].

15 травня 2014 року у Київському університеті права НАН України відбувся Круглий стіл «Юридичні клініки України: сучасний стан та перспективи розвитку». За результатами обговорення учасники круглого столу «дійшли згоди щодо необхідності існування юридичних клінік, діяльність, яких в-першу чергу спрямована на практичне навчання студентів та надання правової допомоги малозабезпеченим, соціально-вразливим верствам населення. *Це надає можливість скоротити широку відстань, яка існує між теоретичним матеріалом, що студенти засвоюють в стінах ВНЗ та практичним досвідом діяльності майбутніх юристів.* Навчання та консультування клієнтів у юридичних клініках сприяє вихованню студента як високоморальної, професійної та шляхетної особистості» [252].

15 грудня 2016 на базі Національного університету «Києво-Могилянська академія» відбувся круглий стіл на тему: «Юридичні клініки: 20 років практичного навчання, правозахисту і правової освіти в Україні», на якому обговорювались здобутки клінічного руху та виокремлена проблематика, яка потребує подальшого вирішення [254].

загальнотеоретичне дослідження» [69], цим же автором написано монографію на тему «Юридичні клініки в Україні: освіта та правова допомога» [71].

За даними реєстру Асоціації юридичних клінік України [250], опублікованому у 2019 році, відповідно до статистичних даних за 2017 рік в Україні діє 53 юридичні клініки [255].

Важливим кроком у розвитку інституту юридичної клініки на теренах України стало видання 3 серпня 2006 року наказу Міністерства освіти і науки України «Про затвердження Типового положення про юридичну клініку вищого навчального закладу України» [7].

По-перше, цим наказом було визначено, що метою та завданням юридичних клінік вищих навчальних закладів України є *підвищення рівня практичних знань, умінь і навичок юридичних спеціальностей, підготовка та навчання студентів у дусі дотримання й поваги до принципів верховенства права, справедливості й людської гідності; розширення співробітництва вищих навчальних закладів, що здійснюють підготовку фахівців-юристів, із судовими, правоохоронними органами, органами юстиції, державної влади й місцевого самоврядування, з іншими установами та організаціями; впровадження в навчальний процес елементів практичної підготовки студентів-правників у сфері юридичних послуг* [7, п. 2.1].

По-друге, наказом юридична клініка визначається як структурний підрозділ вищих навчальних закладів III – IV рівнів акредитації, що здійснюють підготовку фахівців за напрямом «Право» незалежно від форм власності й підпорядкування [7, п. 1.1].

Фактично аналіз згаданого наказу Міністерства освіти і науки України відображає модель юридичної клініки, яку в 30-х роках минулого сторіччя описував Джером Франк.

У рамках української моделі юридичної клініки студенти-консультанти (старших курсів) під керівництвом викладачів-кураторів надають первинну правову допомогу (безоплатні юридичні консультації) з усіх галузей права

представникам соціально вразливих груп суспільства. У межах цього процесу студенти отримують можливість спілкування з фахівцями-практиками судових і правоохоронних органів, інших державних органів та органів місцевого самоврядування, отримують навички спілкування з клієнтами, роботи з документами правового характеру й базами даних, опрацювання, аналізу та систематизації судової практики України, рішень Європейського Суду з прав людини, вирішення юридичних питань у правоохоронних органах, органах державної влади й місцевого самоврядування [7, п. 2.3].

Відповідно до наказу Міністерства освіти України фінансування юридичної клініки здійснюється за рахунок коштів вищих навчальних закладів, грантів міжнародних та українських організацій, благодійних внесків громадян й організацій та інших джерел, не заборонених чинним законодавством України [7, ст. 7].

Видається, що саме недостатність фінансування є наріжним каменем повільного розвитку інституту юридичної клініки в Україні.

Що ж стосується проблематики функціонування юридичних клінік на території України в рамках круглого столу на тему «Юридичні клініки: 20 років практичного навчання, правозахисту і правової освіти в Україні», який проводився на базі Національного університету «Києво-Могилянська академія», було зазначено про необхідність подальшої інституалізації та підтримки з боку керівників вищих навчальних закладів; про відсутність механізмів перевірки якості функціонування клінік [254].

Повертаючись до історії створення юридичної клініки в Сполучених Штатах Америки, варто зазначити, що функціонування цього інституту в світлі ідей Джерома Франка та інших правових реалістів, які були викладені у 30-х роках минулого сторіччя, не одразу отримало належну підтримку. Апогею розвитку юридична клініка досягла в 1960-х роках після отримання фінансової підтримки від Фонду Форда, ініціатором якої був Віце-президент Фонду Вілліам Пінкус – юрист за фахом. Фонд Форда на чолі з Вілліам Пінкусом

підтримав реалізацію програми надання правової допомоги бідним верствам населення, юридична школа разом із юридичною клінікою повинна була вирішити проблему відсутності доступу бідних людей до справедливості у вирішенні їхніх питань у полі юриспруденції. З цією метою Фондом Форда було створено окремий спеціальний фонд для реалізації проекту функціонування юридичних клінік – Раду з правової освіти з питань професійної відповідальності (Council on Legal Education for Professional Responsibility, «CLEPR»). На початковому етапі фондом було виділено шість мільйонів доларів для заснування і функціонування юридичних клінік при юридичних школах. Саме така підтримка і стала основою успішного укорінення й розвитку інституту юридичної клініки в американській правовій системі та базою реформування юридичної освіти. Завдяки такій фінансовій підтримці та ініціативі Вільяма Пінкуса протягом 60-х – 70-х років юридичні клініки були запроваджені в більшості американських юридичних шкіл [248, с. 1933–1934].

У 1997 році уряд Сполучених Штатів Америки прийняв рішення підтримувати юридичні клініки через Міністерство освіти [198, с. 19].

На сьогодні практично всі, а це понад 100 юридичних вищих навчальних закладів у Сполучених Штатах, мають клінічні програми, утримання яких уже входить у бюджет юридичних шкіл. Саме це досягнення американських реалістів, яке полягало у створенні інституту юридичних клінік, сприймається як найбільша реформа в американській правовій освіті та системі загалом [248, с. 1933–1934].

Не оминув розвиток інституту юридичної клініки і європейські країни. Відповідно до досліджень вітчизняного науковця М. Т. Лоджука, термін «юридична клініка» вперше у 1900 році з'явився в статті німецького правника – професора Георга Фроммгольда (Professor Dr. Georg Frommhold) – під назвою «Юридична клініка» (*“Juristische Kliniken”*) у «Німецькій юридичній газеті» (*“Deutsche Juristen-Zeitung”*). Професор запропонував при юридичних

факультетах створювати аналог клінікам, які існують при медичних факультетах, де студенти під наглядом наукових керівників матимуть змогу розглядати й вирішувати реальні справи. Наступного 1901 року дослідник римського права професор О. Ленель (*Professor Dr. O. Lenel*) у «Німецькій юридичній газеті» опублікував статтю (*“Juristische Kliniken”*), у якій висвітлив свою критичну позицію щодо створення інституту юридичної клініки та можливості її функціонування [68, с. 40].

Незважаючи на те, що сама ідея створення юридичної клініки вперше з'явилась на європейському континенті, першість її практичного втілення належить американській правовій системі. У Європі перша юридична клініка з'явилась уже після того, як пройшла повний цикл тестування й успішно себе зарекомендувала в Сполучених Штатах Америки. Так, першу в Європі юридичну клініку було засновано на початку 90-х років у Польщі на базі Єгелонського університету в м. Кракові. Згодом, у 1998 році, юридичну клініку було запроваджено при Варшавському університеті [68, с. 42].

Також першість у заснуванні юридичної клініки належить університету Палацького (Чехія). Тут юридична клініка була створена у 1996 році [43, с. 89].

У Німеччині до 2007 року впродовж майже сімдесяти років діяв закон, який забороняв надавати юридичну допомогу особам, що не є адвокатами. У 2007 році цей закон було визнано Конституційним судом неконституційним. Після внесення відповідних змін до законодавства в 14-ти університетах Німеччини почали функціонувати юридичні клініки [43, с. 89–90].

Успішне запровадження клінічної освіти на американському та європейському континентах зумовлено тим, що за допомогою цього інституту студенти отримують можливість застосувати, протестувати, перевірити на практиці ті знання, які вони опанували на теоретичному рівні. За допомогою юридичної клініки студенти потрапляють у «реальний юридичний світ», де мають змогу працювати зі справами клієнта та звідки вони знову повертаються

на університетські заняття в класи, але вже з глибшим розумінням того, як юридична доктрина й теорія функціонує в реальному житті [248, с. 1933–1934].

Звичайно ж, позитивною тенденцією є функціонування при правничих факультетах провідних університетів України юридичних клінік. Разом з тим, того рівня престижності та популярності, яким характеризується клінічна освіта в Сполучених Штатах Америки, в Україні потрібно ще досягати. Безумовним і яскраво засвідченим здобутком клінічної освіти є те, що студенти під час навчання отримують змогу спостерігати за живим правом, застосовувати свої теоретичні знання на практиці, вчаться аналізувати факти. Але, як демонструє досвід Сполучених Штатів Америки, для успішного функціонування та розвитку цього інституту потрібне додаткове фінансування. До виділення коштів Фондом Форда для розвитку клінічної освіти вона не здобувала широко розповсюдження. Таким чином, як свідчить практика, щоб юридична клініка стала дієвим механізмом підготовки високопрофесійних правників, необхідно виділяти на це додаткове фінансування. За наявності останнього можливою буде популяризація доступності клінічної освіти серед населення.

Спільне надбання двох течій правового реалізму полягає в тому, що у вищих навчальних закладах почали детально аналізувати та досліджувати факти справ. Проте, скандинавці значною мірою акцентують свою увагу на аналізі правових норм [244, с. 147]. Така різниця, як уже неодноразово підкреслювалось у цій роботі, зумовлена ще й тим, що школи розвивались у двох різних правових сім'ях.

Як зазначає професор М. І. Козюбра, через складний симбіоз нормативного матеріалу неоднорідної природи та переплетіння різних правових культур на території України в різні епохи національну правову систему не можна однозначно віднести до певної правової сім'ї [56, с. 84]. Своєю чергою, беручи до уваги «різновекторність» національної правової системи, є підстави зробити висновок, що використання здобутків школи правового реалізму у вітчизняній юриспруденції можливе, оскільки це є орієнтиром входження

правової системи України у вектор цивілізаційного заходу, у якому започатковані й діють такі «загальнолюдські цінності, як забезпечення невідчужуваних прав і свобод людини, верховенство права, справедливе правосуддя тощо» [56, с. 87]. Більш того, останні тенденції демонструють, що обидві правові сім'ї – континентальна та загального права – орієнтовані на дедуктивно-індуктивні способи обґрунтування, що спростовує підхід, відповіно до якого національна юриспруденція повинна традиційно зосереджуватись виключно на дедуктивному методі [54, с. 5].

Безумовно, не можна заперечувати спільність низки критеріїв правової системи України з романо-германською правовою сім'єю, зокрема таких, як основні джерела права, способи систематизації нормативного матеріалу, термінології [53, с. 15]. У зв'язку з цим для української системи традиційно ближчою є методологія навчання, яка використовується у країнах, де розвивалась скандинавська течія правового реалізму. У будь-якому разі не варто переймати жоден досвід механічно, без урахування специфіки правової системи та правової культури, характерної для України. Але аналізувати та брати за приклад позитивний зарубіжний досвід необхідно.

Тому зазначену методологію навчання у вищих навчальних юридичних закладах варто було б перейняти для підготовки студентів у вищих навчальних юридичних закладах в Україні. Насамперед, вивчення реальних ситуацій та рішень суду з перших років навчання формуватиме у студентів з самого початку навички побудови аргументації на основі детального аналізу фактів справи [207, с. 79]. Уміння аналізувати ситуації розвиває аналітичні здібності студента й розширює його світогляд. Недостатньо лише завчити норми законодавства, адже вони постійно змінюються, і те, що студент вивчить, цілком ймовірно, у недалекому майбутньому стане зовсім не актуальним. Своєю чергою, варто навчати студентів аналізувати факти в поєднанні з нормами права для того, щоб вони в майбутньому вміли формулювати аргументацію, враховуючи чинне законодавство, судову практику та факти

кожної конкретної справи. Уміння аналізувати факти справи й обґрунтовувати свою думку актуальними правовими нормами є навичкою, яка не піддається часовому впливу [87, с. 43–44]. Оскільки, як стверджував американський правовий реаліст Джером Франк, характер, психологічний портрет та особистісні риси майбутнього судді самі по собі є частиною права, то аналіз різних життєвих ситуацій з різних галузей права – правових і неправових питань – сприятиме розширенню світогляду майбутнього спеціаліста [154, с. 113].

Крім того, щоб студент почав замислюватись і розуміти, що таке правова реальність, які її межі, яке місце людини в ній, курс «Філософія права», на наш погляд, варто запроваджувати не на останніх роках навчання. Це сприятиме внутрішньому усвідомленню майбутніми спеціалістами тих питань, які впливають на формування світогляду, що є вкрай важливим у майбутній кар'єрі юриста [87, с. 44]. Гегель зазначав: «В праві людина повинна знайти свій розум, отже, повинна розглядати розумність права, і цим займається наша наука, на відміну від позитивної юриспруденції» [33, с. 57–58]. Філософія права – наука, яка вимагає розумової діяльності [33, с. 67]. Дійсно, позитивне право диктує свої цінності, стандарти, ідеали, але поза його межами особа самостійно за допомогою свого розуму шляхом пізнання здійснює пошук права, правової реальності, свого місця в ній. Особа, спостерігаючи за світом, вивчаючи надбання науки, здійснює самоосмислення, формує власні цінності, займається пошуком істини. Філософія права допомагає їй досягнути визначені цілі [87; с. 44].

У світлі акцентів, які робила школа правового реалізму, доцільно розглянути можливість введення курсу з теорії юридичної аргументації в українських вищих навчальних закладах. Провідні юридичні школи Сполучених Штатів Америки пропонують студентам серед вибіркових дисциплін цей курс. Так, в юридичній школі Університету «Південної Каліфорнії» викладається курс «Юридичне обґрунтування і аргументація»

[267], в юридичній школі Гарвардського університету пропонується курс «Юридичне дослідження і письмо для першого курсу» [263; 258], в університеті Ілліноїсу – «Юридичне письмо і дослідження» [269], у Джортоунському університеті – «Письмо і дослідження для першого курсу» [262], у межах якого значна частина присвячується юридичній аргументації, у Колумбійському університеті запроваджено курс «Юридична аргументація, дослідження і написання» [268]. В описі курсів з юридичної аргументації зазначено, що вже з початку свого навчання студенти зможуть простежити взаємозв'язок між теоретичними знаннями та юридичною практикою. У невеликих класах першокурсники вивчають інструменти, які знадобляться їм протягом усієї своєї професійної кар'єри, щоб розробляти, формулювати та вдосконалювати юридичний аналіз і аргументацію у «витонченій і ефективній» манері. У курсі використовуються практичні методи в контексті модельованої практики: студенти проводять справжні юридичні дослідження, готують документи, представляють інтереси уявних клієнтів, беруть участь в удаваних судових засіданнях та ін. У навчальному процесі використовуються такі практичні вправи, як інтерв'ю з клієнтами, переговори з представником іншої сторони, представлення позиції в суді. Предмет спору, який досліджується, може варіювати від потенційного порушення авторських прав до розгляду права представника поліції переглядати зміст приватного мобільного телефону без ордеру. За допомогою цих завдань студенти вчаться обґрунтовано формулювати аргументи, розробляти на їх підставі рекомендації і, таким чином, починають досліджувати професію юриста з самих витоків [262].

В описі курсу «Юридичне дослідження і письмо для першого курсу» в юридичній школі Гарвардського університету зазначається, що він включає низку програм із написання, дослідження та представлення сформованої позиції, які спрямовані на формування у студента навичок побудови правової аргументації. Практична частина курсу включає написання меморандумів, вона містить аргументацію обох сторін по справі; передбачення, на користь якої

сторони суд винесе рішення; правила написання апеляційної скарги, яка буде містити аргументацію представника скаржника. Таким чином, курс спрямований на формування аналітичних здібностей майбутніх юристів і допомагає розвивати внутрішнє розуміння справи та надавати їй зовнішнього виразу шляхом викладення на папері. Студентам пропонуються основні моделі юридичної аргументації, серед яких: аргументація на основі нормативно-правової бази (rule-based reasoning), аргументація за аналогією (analogical reasoning) та аргументація з врахуванням суспільних цілей й цінностей, які можуть сформувати прецедент (policy reasoning). Окрім моделей, студентам надають техніки обґрунтування сформованих аргументів на основі нормативно-правової бази. Окрема частина курсу присвячується питанням впливу судової дискреції на рішення, яке буде прийняте, та врахування раціональної та ірраціональної частини в процедурі судового розсуду. Надаються інструменти для подолання «відстані, яка існує між загальним [правилом] та конкретним [ситуація]». Для досягнення певної цілі в юридичній задачі правнику в певний момент потрібно подолати межу між загальним та конкретним, адже правила сформульовані так, що не можуть передбачити кожен конкретну ситуацію. Наостанок, оскільки юридична професія передбачає зв'язок з аудиторією, студенти отримують навички побудови й донесення своїх аргументів до слухачів та переконання в перевазі сформованої позиції [263; 258].

Дійсно, як зазначає у своїй публікації Микола Іванович Козюбра, проблематиці юридичної аргументації присвячено значну увагу в європейських та американських університетах шляхом уведення в навчальний план юридичних шкіл самостійних курсів. Однак, в Україні це питання досі стоїть поза увагою юридичної науки, хоча дослідження, присвячені історії освіти і науки, в Києво-Могилянській академії свідчать про давні традиції викладання в ній мистецтва ведення диспутів і його практичного застосування [59, с. 171].

Позитивною тенденцією є те, що саме в Києво-Могилянській академії зараз відбувається відродження давніх традицій, і питанню юридичної

аргументації приділено значну увагу. Зокрема, у 2016 році було видано підручник «Загальна теорія права» за загальною редакцією професора М. І. Козюбри, у якому теорії юридичної аргументації присвячено окремий розділ [44, с. 264–284].

Важливою рисою навчання у вищих навчальних юридичних закладах, що сприяє формуванню особистості, є самостійний вибір дисциплін. У Сполучених Штатах Америки студенти, починаючи з другого курсу, самостійно обирають дисципліни, проте обов'язковими залишаються предмети з професійної відповідальності. Таким чином, вони самостійно визначають свою спеціалізацію [27, с. 131–132]. У країнах, які належать до романо-германської правової сім'ї, студенти також мають право вільно обирати предмети, але є набір загальнообов'язкових для всіх дисциплін: основи цивільного, кримінального, процесуального права, правова методологія та предмети, які розкривають філософські, історичні та соціальні основи права [184, с. 92].

Справді, вільний вибір дисциплін є позитивною характеристикою навчання у вищих навчальних юридичних закладах. Замість нав'язування нецікавої галузі знань вільний вибір сприяє стабільному формуванню особистості та ефективнішому опануванню знань, що й було основним завданням, яке поставили перед собою правові реалісти. Однак, і в цій царині слід шукати золоту середину між свободою вибору та необхідними знаннями, які потрібно обов'язково опанувати для формування професійного юриста [87; с. 44].

Важливою характерною і визначальною рисою навчання юристів у країнах загальної правової сім'ї є метод. Серед методів навчання у вищих закладах країн, де школа американського реалізму мала вплив, як згадувалось вище, найпопулярнішим є «сократівський метод», який був введений під час реформи Крістофером Ленгделлем й отримав значний розвиток з втіленням напрацювань правових реалістів. Відповідно до цього методу після опанування матеріалів викладач просить студента викласти свої думки щодо справи,

розказати факти. Відповідаючи на запитання викладача щодо справи, «студент вдається до її розгляду за аналогією з іншими подібними справами, намагається обґрунтувати рішення суду» [27, с. 132]. Цей метод розвиває аналітичне мислення, допомагає студентам будувати аналогії, залучати факти справи та аналізувати їх у світлі різних чинників психологічного, соціального, економічного характеру, висловлювати власну думку [87; с. 44].

Сократівський метод сприяє критичному аналізу аргументації і висновків, які містяться в судовому рішенні, шляхом аналізу різних фактів справи. Цей метод залишається на сьогодні основним у підготовці студентів в американських юридичних школах [248, с. 1931].

Для країн, що належать до романо-германської групи, характерна система викладання з поділом занять на формальні лекційні, у яких викладач презентує матеріал, та групові семінарські, де викладач та студенти обговорюють винесенні питання. Хоча сучасні тенденції демонструють, що сократівський метод викладання активно використовується викладачами й у вищих навчальних юридичних закладах європейського континенту [180, с. 93]. Враховуючи особливості менталітету та правової культури, яка притаманна українському суспільству, вважаємо, що спосіб викладання, характерний для країн романо-германської сім'ї, з поділом занять на лекційні та семінарські є більш ефективним, але використовувати сократівський метод у викладанні також вбачаємо за доцільне [87, с. 44–45].

Важливим механізмом отримання навичок з аналізу фактів, формування аргументації, написання юридичних документів є курси моделювання судових засідань (*mock trial*, *moot court*). У цих вправах студенти розігрують різні життєві реальні ситуації, навчаються аналізувати докази й будувати свою аргументацію таким чином, щоб переконати суддю, суддів присяжних, колегію з експертів. Таким чином, студенти опановують мистецтво аргументації [27, с. 141]. Цей метод викладання активно застосовується в американській системі викладання та в європейських університетах, набирає обертів, особливо через

неабияку популярність та престижність міжнародних змагань із судових дебатів, таких як Telders Moot Court Competition [277], Vis International Commercial Arbitration Moot [278] , WTO Moot Court Competition [281] та багатьох інших.

Отже, підсумовуючи, варто зазначити, що одне з основних завдань американських і скандинавських правових реалістів полягало в необхідності змінити систему викладання у вищих юридичних навчальних закладах таким чином, щоб студенти з початку своєї підготовки вчилися будувати правову аргументацію на основі глибокого аналізу фактів справи та правових норм. Для цього були створені спеціальні методологічні матеріали, змінювались методи викладання, запроваджувались нові предмети [87, с. 45].

Як слушно зазначає професор М. І. Козюбра, висновки реалістів значно вплинули на формування теорії юридичної аргументації, що мало вияв у сприйнятті права як явища, не відірваного від реального життя, а це обумовлює необхідність детально аналізувати факти справи суддям при прийнятті рішення [59, с. 9]. Школа «остаточно підірвала довіру до силогічної моделі правового мислення» [54, с. 4].

Це саме та частина, якої надзвичайно бракує українській юридичній освіті. Для того щоб її привнести, необхідно передусім напрацювання правових реалістів зробити предметом вивчення студентами юридичних факультетів. По-друге, враховуючи особливість правової системи, культури, історичні особливості, необхідно розробити і впровадити курс теорії юридичної аргументації, щоб викладати майбутнім юристам. Разом з тим, поки сформується нове покоління юристів, варто було б на державному рівні розробити програми, у рамках яких будуть проводитись семінари, майстер-класи з формування юридичної аргументації з урахуванням надбань правових реалістів.

Висновки до розділу 3

Результати дослідження, викладені в розділі 3 цієї роботи, дозволяють зробити такі висновки, спрямовані на досягнення загальної дослідницької мети.

1. Для правових реалістів процес формування судової аргументації – це мистецтво, яке полягає у пошуку справедливості, наближення до достовірності шляхом аналізу правових і позаправових явищ емпіричної дійсності.

2. Сформований емпіричний підхід до сприйняття реальності в межах школи, на практиці виступав рекомендацією для суддів підходити відповідально до аналізу реальних фактів кожної конкретної справи. Судді не повинні аналізувати справу та вирішувати спір відсторонено від реального життя, виводячи абстрактні судження на підставі формального аналізу змісту норм права. Це пов'язано з розумінням того, що суспільні відносини перебувають у процесі постійного розвитку, а законодавство, яке містить абстрактні норми, не настільки досконале і динамічне, щоб передбачити кожну конкретну ситуацію.

3. Правові реалісти стверджували, що досягнення правової визначеності шляхом механічного застосування фіксованих правил до людської поведінки є ілюзією. Тому наполягали на необхідності пошуку компромісу між врегулюванням суспільних відносин писаними нормами права та наданням суддям в необхідній мірі свободи розсуду для розгляду справ не формально, а шляхом індивідуального підходу до кожної із детальним аналізом фактів, які мають відношення до неї.

4. Перебуваючи в пошуках шляхів боротьби з формалізмом, реалісти не виводили логіку з переліку інструментів, якими суддя повинен володіти і використовувати при вирішенні справи, однак наголошували на необхідності уникати зловживання її методами, що не мають бути кінцевою і найважливішою метою.

5. Найбільший прояв дискреційних повноважень суддів реалісти вбачали у процесі встановлення фактів по кожній конкретній справі. В умовах змагальності судового процесу, коли сторони мають рівні права у представленні своєї позиції та її доведенні, коли факти справи є суперечливими, внутрішнє переконання судді та його реакція на показання свідків, інших учасників процесу буде відігравати вирішальну роль у встановленні фактів.

6. Школа правового реалізму наголошувала на важливості особистості судді у віднаходженні справедливості, оскільки прийняте рішення завжди не просто ґрунтується на вже сформованих прецедентах та інших правових джерелах, а й відображає особисті погляди та індивідуальні риси судді, що впливають на пізнавальний процес, за допомогою якого він встановлює, що саме певні факти мали місце в реальності та можуть бути враховані при ухваленні рішення. Тому ідеалом судді для реалістів є абсолютно сформована особистість з погляду інтелекту, психології та життєвого досвіду.

7. Ознаки юридичного формалізму притаманні і характеризують нинішню українську правову реальність. Це, передусім, виявляється в тому, що для українських судів правова норма є альфою і омегою в процесі розгляду справи та прийняття рішення, що виявляється у відірваності від реалій життя, поверхневому аналізі фактів справи та у використанні методу дедукції при аналізі правових норм та силогістичній побудові аргументації. Судді не звичні до детального аналізу фактів і, застосовуючи дедуктивний підхід при прийнятті рішення, ігнорують те, що має основне значення для справи, - факти конкретної справи. Це зумовлено різними чинниками. Передусім, недоліками освіти у вищих навчальних юридичних закладах, відсутністю знань наукових здобутків школи правового реалізму через ізоляцію в радянський період, яка ще не подолана; особливостями правового менталітету, правової культури та, подекуди, низькими моральними, етичними стандартами. Для вітчизняної юриспруденції характерна зосередженість на статистиці норм законодавства, а ось

динамічним елементам, які становлять факти, приділяється другорядне значення.

8. Науковий аналіз здобутків школи правового реалізму може сприяти подоланню ознак формалізму у вітчизняній юриспруденції шляхом переосмислення основ, які мають бути закладені в теорію юридичної аргументації. Необхідно переоцінити значення та розуміння судової правотворчості як феномену, що є тонким, філігранним мистецтвом, а не технічною діяльністю, обмеженою методами формальної логіки. Судді повинні підходити до цього процесу не формально, а з високим рівнем відповідальності та правосвідомості.

9. Серед визначальних аспектів, які варто враховувати і використовувати у вітчизняній судовій практиці у світлі здобутків школи правового реалізму, слід виокремити: (i) відповідальний підхід суддів до аналізу справи та побудови судової аргументації, що ґрунтується не на формально-логічній силогістиці, а на глибокому розумінні контексту спору; (ii) відведення у зв'язку з цим значної частини судового рішення ретельному дослідженню та аналізу фактів конкретного спору; (iii) надання правового обґрунтування в рішенні не через механічне застосування законодавства, а з глибоким і компетентним розумінням матеріальних і процесуальних норм, які слід застосувати в розрізі встановлених фактів; (iv) переосмислення значення логіки та її методів, які не мають бути кінцевою метою у здійсненні правосуддя; натомість логічна узгодженість може слугувати одним із вагомих інструментів, але не визначальних, яким повинен володіти суддя у процесі віднаходження справедливості та надання ефективного судового захисту.

10. Одна з ключових цілей, яка дала поштовх розвитку реалістичного руху у провідних юридичних школах в американській правовій системі, полягала у перетворенні методології та методики викладання права. Значний акцент був зроблений на формування у майбутніх правників практичних навичок аналізу справ та всіх фактів, які мають до них відношення, щоб

студенти не були відірвані від живих проблем права. Важливим було формування навичок побудови юридичної аргументації з перших років навчання. Ця мета була досягнута шляхом розроблення спеціальних методологічних матеріалів, збірників, які містили викладення судових справ та всі матеріали по них. Класичний поділ занять на лекторні та семінарські був замінений практичними класами зі студентами із застосуванням сократівського методу опитування. Був запроваджений та зазнав подальшого розвитку інститут юридичної клініки. В юридичних школах провідних університетів вводився курс із теорії юридичної аргументації.

11. Позитивні досягнення школи правового реалізму доцільно використати у вітчизняному навчальному процесі для вдосконалення методології і методики в підготовці майбутніх юристів в українському правознавстві задля наближення юридичної освіти до практики. Певні напрацювання американських правових реалістів, зокрема клінічна освіта, модельовані судові засідання вже успішно адаптувались в Україні.

12. У процесі реформування вітчизняної системи юридичної освіти варто звернути увагу на методику викладання шляхом аналізу судових рішень, наведеної в них юридичної аргументації, вивчення правових і позаправових фактів справи; використовувати сократівський метод опитування для виявлення рівня розуміння та аналізу фактів справи, юридичних питань і викладеної аргументації. Для розвитку навиків формулювання юридичної аргументації потрібно вдосконалювати і розвивати інститут «правничих клінік», що був заснований реалістами, запроваджувати та заохочувати студентів до участі в курсах моделювання та судових дебатах.

13. Висновки реалістів мали значний вплив на формування теорії юридичної аргументації, тобто тієї частини українського загальнотеоретичного правознавства, якої надзвичайно бракує науці і освіті. Для цього доцільно, по-перше, напрацювання правових реалістів зробити предметом вивчення студентами юридичних факультетів. По-друге, враховуючи особливості

національної правової системи, культури, історичного розвитку, необхідно розробити і впровадити спеціальний курс теорії юридичної аргументації, який поки що в переважній більшості вищих юридичних закладів не викладається.

ВИСНОВКИ

Отримані результати дослідження дозволяють сформулювати узагальнені висновки:

1. Діяльність судової гілки влади є надзвичайно важливим механізмом для створення правового порядку в суспільстві, захисту прав кожної окремої особи, забезпечення стабільного функціонування держави. Однак, виконувати своє призначення судді можуть лише тоді, коли вони не просто дотримуються букви закону, а й не відсторонені від соціальної реальності, швидко реагують на зміни та вимоги суспільства, беруть до уваги емпіричні фактори. Саме формалізм та механічна юриспруденція, що стали результатом розвитку концепції правового позитивізму, зумовили пошуки юристами, філософами механізмів протидії ситуації, що склалася.

2. У ХХ столітті людство виходить на новий духовний, соціальний, економічний рівень. Засадничі ідеї правового позитивізму більше не задовольняють вимоги суспільства, яке відмовляється визнавати роль держави центральною. Позиції філософів, юристів сходяться на тому, що в центрі правової реальності знаходиться людина, її потреби, інтереси, які не можна ігнорувати. Саме в цей період починає розвиватись школа правового реалізму, яку не задовольняє ситуація, коли судді нівелюють життєву реальність, факти, глибокий аналіз яких може наблизити до достовірності та поновити порушений інтерес потерпілої особи. У центр правової реальності стає людина, і судді мають це розуміти при розгляді судових спорів та при формулюванні своєї аргументації.

3. Основне завдання, яке прагнули вирішити американські правові реалісти, полягало в необхідності побороти формалізм, силогізм та механістичність при розгляді справ і формулюванні судової аргументації шляхом використання формальної логіки та методу дедукції при аналізі норм права, з яких виводиться кожне конкретне рішення. Пріоритет повинен

надаватись не логічно узгодженому дотриманню та застосуванню норм права відірвано від контексту справи, а забезпеченню ефективного і справедливого розгляду спору з урахуванням конкретних фактів. Це було зумовлено розумінням того, що право є багатограним живим феноменом, який породжується в суспільних відносинах, що не є сталими, а постійно розвиваються. Тому суддям потрібно бути наближеними до життєвих реалій і враховувати емпіричну дійсність при формулюванні судової аргументації для того, щоб досягти мети у віднаходженні справедливості. Значний акцент реалісти робили на важливості правотворчої функції судів, стверджуючи, що для звичайної людини правом виступає конкретне рішення суду з усіма фактами, які аналізувались у справі.

4. Скандинавські реалісти, здійснюючи пошуки правової реальності, заперечували будь-які прояви догматизму в аналізі правових явищ. У пошуках правової реальності вони знаходять її в психологічних складниках правовідносин. Правом визначається лише те, що відображається в думках людей і знаходить символічний вияв у реальному житті. За кожним юридичним формулюванням стоїть психологічна реальність. Представники скандинавської реалістичної течії заперечували існування дуалізму між емпіричними фактами та юридичними нормами, стверджуючи, що всі юридичні явища повинні відображати реальність, яка породжується у психіці людини. Вони критикували будь-які прояви метафізичних явищ у правовій реальності як такі, що є виявом ідеалізму й не підлягають емпіричному спостереженню.

5. Порівняльний аналіз засадничих ідей скандинавської та американської течій школи правового реалізму демонструє, що ці дві течії мають більше спільних рис, ніж відмінностей. Критерій відмінності щодо філософського та практичного спрямування є дуже поверхневим і, можливо, навіть синтетичним. Не можна стверджувати, що американська течія школи правового реалізму була абсолютно віддалена від дослідження філософських питань, оскільки для обґрунтування практичних надбань, що стосувались

діяльності суддів, реалісти намагались здійснити аналіз філософсько-правового явища – правової реальності, особливо це простежується в роботах Карла Ллевелліна. Цей аналіз не характеризувався такою глибиною, як у скандинавській течії школи, але все ж він мав місце. Своєю чергою, висновки, яких доходять скандинавські правові реалісти, полягають у необхідності детального аналізу суддями як норм права, так і фактів емпіричної дійсності.

6. Обидві течії школи правового реалізму були критичними рухами, які прагнули захистити свої правові системи від надмірного формалізму й догматизму. Американські реалісти стверджували, що перебувають у пошуках боротьби з формалізмом, який отримав поширення у межах ленгделліанської теорії в 19 столітті. Напрацювання скандинавських реалістів також були спрямовані на боротьбу з формалізмом, який у континентальній правовій сім'ї мав вираз у концепції, що отримала назву «*Begriffsjurisprudenz*» («Юриспруденція понять»). Хоч скандинавська течія, будучи філософсько-правовою школою, практичних інструментів боротьби з формалізмом не пропонувала, однак один із представників цієї течії Альф Росс зазначав, що правовий реалізм є міжконтинентальним рухом, спрямованим на реалістичну інтерпретацію права в контексті емпіричного виміру, і наполягав на необхідності обміну знаннями через звернення до напрацювань своїх американських колег.

7. Концептуальна різниця скандинавської та американської течій правового реалізму обумовлена відмінностями правових сімей, у яких вони формувались, передовсім відмінностями основних джерел права – нормативно-правового акту та правового прецеденту, наслідком чого стали різні акценти, зроблені у працях дослідників (представників) цих течій. Незважаючи на те, що скандинавська течія школи правового реалізму займалася пошуками правової реальності як філософсько-правової категорії, а американські реалісти шукали практичні механізми для вдосконалення судової аргументації, фундатори обох течій доходять висновку, що правознавство є емпіричною наукою, не

відірваною від реального життя. Тому, можна стверджувати, що обидві течії доходять одного й того самого висновку, але різними шляхами.

8. Сформований емпіричний підхід до сприйняття реальності в межах школи на практиці виступав рекомендацією для суддів підходити відповідально до аналізу реальних фактів кожної конкретної справи. Судді не повинні аналізувати справу та вирішувати спір відсторонено від реального життя, виводячи абстрактні судження на підставі формального аналізу змісту норм права. Це пов'язано з розумінням того, що суспільні відносини перебувають у процесі постійного розвитку, а законодавство, яке містить абстрактні норми, не настільки досконале й динамічне, щоб передбачити кожну конкретну ситуацію.

9. Дослідження двох течій правового реалізму демонструє шлях, яким йшла й розвивалася школа від радикального емпіризму до пошуку балансу між аналізом правових норм та фактів емпіричної дійсності. Перші фундатори двох течій школи намагались віднайти інструменти протидії нормативізму, який проголошувався позитивістами, шляхом абсолютизації емпіричної дійсності. Їхні послідовники розуміли, що така концепція призведе до свавілля в діяльності суддів, проявів некомпетентності та можливих неправомірних мотивів. Тому вони наполягали на необхідності існування писаного права, розуміння й аналізу його норм суддями та формулювання рішення таким чином, щоб наблизити до життєвих реалій.

10. Правові реалісти стверджували, що досягнення правової визначеності шляхом механічного застосування фіксованих правил до людської поведінки є ілюзією. Тому наполягали на необхідності пошуку компромісу між врегулюванням суспільних відносин писаними нормами права та наданням суддям в необхідній мірі свободи розсуду для розгляду справ не формально, а шляхом індивідуального підходу до кожної із детальним аналізом фактів, які мають відношення до неї.

11. Найбільший прояв дискреційних повноважень суддів реалісти вбачали у процесі встановлення фактів по кожній конкретній справі. В умовах змагальності судового процесу, коли сторони мають рівні права у представленні своєї позиції та її доведенні, коли факти справи є суперечливими, внутрішнє переконання судді та його реакція на показання свідків, інших учасників процесу буде відігравати вирішальну роль у встановленні фактів.

12. Школа правового реалізму наголошувала на важливості особистості судді у віднаходженні справедливості, оскільки прийняте рішення завжди не просто ґрунтується на вже сформованих прецедентах та інших правових джерелах, а й відображає особисті погляди та індивідуальні риси судді, що впливають на пізнавальний процес, за допомогою якого він встановлює, що саме певні факти мали місце в реальності та можуть бути враховані при ухваленні рішення. Тому ідеалом судді для реалістів є абсолютно сформована особистість з погляду інтелекту, психології та життєвого досвіду.

13. На думку реалістів, для досягнення цілей ефективного соціального регулятора, правознавству варто зупинитися в переслідуванні мети всезагальності та «наднауковості», що виявляється у суворому догматизмі. Натомість необхідно наблизитися до реальних проблем життя, зокрема, шляхом вивчення міждисциплінарних зв'язків з етикою, економікою, політологією, соціологією, психологією, історією та філософією.

14. Ознаки юридичного формалізму притаманні і характеризують нинішню українську правову реальність. Це, передусім, виявляється в тому, що для українських судів правова норма є альфою і омегою в процесі розгляду справи та прийняття рішення, що виявляється у відірваності від реалій життя, поверхневому аналізі фактів справи та у використанні методу дедукції при аналізі правових норм та силогістичній побудові аргументації. Судді не звичні до детального аналізу фактів і, застосовуючи дедуктивний підхід при прийнятті рішення, ігнорують те, що має основне значення для справи, - факти конкретної

справи. Це зумовлено різними чинниками. Передусім, недоліками освіти у вищих навчальних юридичних закладах, відсутністю знань наукових здобутків школи правового реалізму через ізоляцію в радянський період, яка ще не подолана; особливостями правового менталітету, правової культури та, подекуди, низькими моральними, етичними стандартами. Для вітчизняної юриспруденції характерна зосередженість на статистиці норм законодавства, а ось динамічним елементам, які становлять факти, приділяється другорядне значення.

15. Серед визначальних аспектів, які варто враховувати й використовувати у вітчизняній судовій практиці у світлі здобутків школи правового реалізму, слід виокремити:

- (i) відповідальний підхід суддів до аналізу справи та побудови судової аргументації, що ґрунтується не на формально-логічній силогістиці, а на глибокому розумінні контексту спору;
- (ii) відведення у зв'язку з цим значної частини судового рішення ретельному дослідженню та аналізу фактів конкретного спору;
- (iii) надання правового обґрунтування в рішенні не через механічне застосування законодавства, а з глибоким і компетентним розумінням матеріальних і процесуальних норм, які слід застосувати в розрізі встановлених фактів;
- (iv) переосмислення значення логіки та її методів, які не мають бути кінцевою метою у здійсненні правосуддя; натомість логічна узгодженість може слугувати одним із вагомих інструментів, але не визначальних, яким повинен володіти суддя у процесі віднаходження справедливості та надання ефективного судового захисту.

16. Позитивні досягнення школи правового реалізму доцільно використати у вітчизняному навчальному процесі для вдосконалення методології і методики в підготовці майбутніх юристів в українському правознавстві задля наближення юридичної освіти до практики.

17. У процесі реформування вітчизняної системи юридичної освіти варто звернути увагу на методику викладання шляхом аналізу судових рішень, наведеної в них юридичної аргументації, вивчення правових і позаправових фактів справи; використовувати сократівський метод опитування для виявлення рівня розуміння та аналізу фактів справи, юридичних питань і викладеної аргументації. Для розвитку навиків формулювання юридичної аргументації потрібно вдосконалювати й розвивати інститут «правничих клінік», що був заснований реалістами, запроваджувати та заохочувати студентів до участі в курсах моделювання та судових дебатах.

18. Висновки реалістів мали значний вплив на формування теорії юридичної аргументації, тобто тієї частини українського загальнотеоретичного правознавства, якої надзвичайно бракує науці і освіті. Для цього доцільно, по-перше, напрацювання правових реалістів зробити предметом вивчення студентами юридичних факультетів. По-друге, враховуючи особливості національної правової системи, культури, історичного розвитку, необхідно розробити і впровадити спеціальний курс теорії юридичної аргументації, який поки що в переважній більшості вищих юридичних закладів не викладається.

19. Попри те, що вітчизняна правова система традиційно тяжіє до континентальної правової сім'ї, це не відмежовує її від можливості використання практичних висновків американської течії школи правового реалізму, що зародилася і розвивалася в системі загального права. Як зазначав Роско Паунд, висновки правових реалістів можуть бути корисними для континентальної правової сім'ї, оскільки сприяють розумінню того, що кожна ситуація індивідуальна й тому може бути вирішена не одним встановленим способом. Необхідно у зв'язку з цим переоцінити значення та розуміння судової правотворчості як тонкого, філігранного мистецтва, а не виключно технічної діяльності, обмеженої методами формальної логіки.

20. За всієї привабливості й корисності здобутків школи правового реалізму їх не слід механічно переносити у правову систему України. Важливо враховувати історичні, культурні, ментальні та інші критерії, особливості національної правової культури та правового мислення. Лише за таких умов надбання школи правового реалізму можуть досягнути результату, який сприятиме утвердженню принципу верховенства права в Україні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ І ЛІТЕРАТУРИ

Нормативно-правові акти та інші акти державних органів:

1. Про виконавче провадження: Закон України від 21.04.1999 р. N 606-XIV. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 24. Ст. 207. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/606-14/ed20161005> (дата звернення: 15.10.2016).
2. Кодекс законів про працю України: Закон України від 10.12.1971 р. № 322-VIII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1971. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08> (дата звернення: 7.12.2018).
3. Податковий кодекс України: Закон України від 02.12.2010 № 2755-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 13, / № 13-14, № 15-16, № 17. С. 556, Ст. 112. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17> (дата звернення: 8.12.2018).
4. Порядок здійснення державного контролю за додержанням законодавства про працю: Постанова Кабінету Міністрів України від 26 квітня 2017 р. № 295. *Офіційний вісник України*. 2017. №38. Ст. 1205. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/295-2017-%D0%BF> (дата звернення: 7.12.2018).
5. Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 02.06.2016 р. № 1401-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 28. Ст. 532.
6. Про судоустрій і статус суддів: Закон України викладений у новій редакції від 02.06.2016 р. № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.
7. Типове положення про юридичну клініку вищого навчального закладу України: Наказ Міністерства освіти і науки України від 03.08.2006 р. № 592. *Офіційний вісник України*. 2006. № 32. С. 417, Ст. 2365. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0956-06> (дата звернення: 29.01.2017).

8. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40-42. Ст. 492. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/print> (дата звернення: 05.12.2018).

Судова практика Україна

9. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 26 вересня 2018 р., судова справа №822/723/17, URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76695525> (дата звернення: 7.12.2018).

10. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 4 вересня 2018 р., судова справа № 823/2042/16, URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77969515> (дата звернення: 10.03.2019).

11. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 18 грудня 2018 р., судова справа № 761/5894/17, URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78979581> (дата звернення: 10.03.2019).

12. Спільна окрема думка суддів Великої Палати Верховного Суду на постанову від 4 вересня 2018 р., судова справа № 823/2042/16 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78192870> (дата звернення: 10.03.2019).

13. Ухвала Голосіївського районного суду м. Києва від 03.02.2016 р., судова справа № 752/13830/15-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57334793> (дата звернення: 7.10.2016).

14. Ухвала Голосіївського районного суду м. Києва від 07.04.2016 р., судова справа № 752/14863/15-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57334722> (дата звернення: 7.10.2016).

Європейський Суд з прав людини

15. *Eşim v. Turkey*, Judgment delivered by a Chamber. Application no. 59601/09. ECHR. 17 September 2013.

URL: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-126355&filename=001-126355.pdf> (Last accessed: 21.06.2019).

16. *Kartv. Turkey judgment*, Judgment delivered by a Grand Chamber. Application no. 8917/05. ECHR. 3 December 2009. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:\[%22859056%22\],%22itemid%22:\[%22001-96007%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:[%22859056%22],%22itemid%22:[%22001-96007%22]}) (Last accessed: 21.06.2019).

17. *Zubac v. Croatia*, Judgment delivered by the Grand Chamber. Application no. 40160/12. ECHR. 5 April 2018. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181821> (Last accessed: 20.06.2019).

Сполучені Штати Америки

18. *Harris v. Superior Court (Smets)* (1992) 3 Cal. App. 4th 661 [4 Cal. Rptr. 2d 564], para. 664-667. URL: <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/3/661.html> (Last accessed: 26.09.2015).

19. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html> (Last accessed: 15.05.2017).

20. *Riggs v. Palmer*, 115 N. Y. 506. URL: http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm (Last accessed: 10.09.2017).

Спеціальна література:

21. Адыгезалова Г. Э. Социологическая юриспруденция в США в XX веке. Санкт-Петербург: Юридический центр– Пресс, 2012. 167 с.

22. Алаїс С. І. Проблема праворозуміння в основних школах права: автореф. дис ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Національна академія внутрішніх справ України. Київ, 2003. 20 с.

23. Антонов М. В. Скандинавская школа правового реализма. *Российский Ежегодник Теории права*. 2008. № 1. С. 645–668.

24. Аристотель. Сочинения: в 4 т. Москва: Мысль, 1983. Т.4: Политика. 832 с.
25. Афонасин Е. В., Дидикин А. Б. Философия права: учеб. пособие. Новосибирск: Новосиб.гос.ун-т, 2006. 92 с.
26. Бачинин В. А., Сандулов Ю. А. История западной социологии: учебник. Санкт-Петербург: Издательство «Лань», 2002. 384 с.
27. Бернхем В. Вступ до права та правової системи США / ред. В. Денисенко. Київ: Україна, 1999. 554 с.
28. Бурдяк В. І. Становлення і розвиток соціологічних концепцій права: навч. посіб. Чернівці: Рута, 2001. 84 с.
29. Ващук О. Л., Гера Р. Ю. Посібник для консультанта юридичної клініки. Львів: ПАІС, 2008. 248 с.
30. Вдовина Г. А. Розвиток філософії права в ХХ ст. (англо-саксонська традиція): автореф. дис ... канд. юрид. наук: 12.00.12 / Національна академія внутрішніх справ України МВС України. Київ, 2002. 16 с.
31. Вильнянский С. И. Значение судебной практики в гражданском праве. *Ученые труды ВШЮН*. Москва, 1947. Вып. IX. С. 239–290.
32. Галай А. Становлення юридичної клінічної освіти в Україні та у деяких інших країнах світу. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2014. № 4. С. 39–48.
33. Гегель Г. Ф. В. Философия права. Москва: Мысль, 1990. 524 с.
34. Георгіца А., Меленко С. Євген Ерліх – Основоположник соціологічного праворозуміння (до 150-річчя від дня народження). *Право України*. 2012. № 9. С. 445–454.
35. Глазырин В. А. Методологические основания становления социологии права в западноевропейской социологии XIX начала XX веков: автореф. дис. ... д-ра соц. наук: 22.00.01 / Уральский государственный университет им. А. М. Горького. Екатеринбург, 2006. 49 с.

36. Гураленко Н. А. Ціннісно-сміслові константи суддівського пізнання: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.12 / Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича. Чернівці, 2017. 393 с.
37. Гурвич Г. Д. Философия и социология права: Избранные сочинения / пер.: М. В. Антонова, Л. В. Ворониной. Санкт-Петербург: Издательский Дом С.-Петерб. Гос. Ун-та, 2004. 848 с.
38. Давид Р., Жоффе-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В. А. Туманов. Москва: Междунар. отношения, 1999. 400 с.
39. Данильян О. Г. Философия права: учебник / О. Г. Данильян и др.; общ. ред. О. Г. Данильян. Москва: Изд-во Эксмо, 2005. 416 с.
40. Дашковська О. Судовий прецедент і судова практика як джерела права. *Вісник Академії правових наук України*. 2011. № 1(64). С. 34–41.
41. Дворкин Р. О правах всерьез / ред. Л. Б. Макеева. Москва: «Российская политическая энциклопедия» (РОССПЭН), 2004. 392 с.
42. Дубчак Н. С. Юридичні клініки в системі захисту прав і свобод людини та громадянина: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Національний педагогічний університет імені М. П. Драгоманова. Київ, 2014. 20 с.
43. Дубчак Н. С. Юридичні клініки Європи: Загальний огляд діяльності. *Часопис Академії адвокатури України*. 2015. Т. 8, № 1(26). С. 89–90.
44. Загальна теорія права: підручник / за заг. ред.: М. І. Козюбри. Київ: Ваіте, 2016. 392 с.
45. Зивс С. Л. Источники права. Москва: Наука, 1981. 237 с.
46. Иконникова Г. И., Ляшенко В. П. Основы философии права. Москва: ИНФРА-М, Издательство «Весь мир», 2001. 256 с.
47. История политических и правовых учений: учебник для вузов / под общ. ред. В. С. Нерсисянца. 4-е изд., перераб. и доп. Москва: Норма, 2004. 944 с.

48. Кампо В. Конституційні принципи правової держави та проблеми їх реалізації у практиці Конституційного Суду. *Віче*. 2010. № 16. С. 4–7.
49. Кант И. Метафизика нравов в двух частях. *Сочинения в 6 т.* Москва: Мысль, 1965. Т. 4. Ч. 2. С. 107–438.
50. Карапетов А.Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. Москва: Статут, 2011. 308с.
51. Кельзен Г. Право, государство и справедливость в чистом учении о праве. *Известия высших учебных заведений. Правоведение*. 2013. № 2. С. 226–240.
52. Коваленко Г. В. Філософсько-правові погляди Роналда Дворкіна: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.12 / Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Харків, 2014. 20 с.
53. Козюбра М. І., Лисенко О. Євразійська або слов'янська правова сім'я: реальність чи міф. *Українське право*. 2003. № 1. С. 7–16.
54. Козюбра М. І. Моделі (типи) юридичної аргументації. *Наукові записки НаУКМА*. 2013. Т. 144-145, *Юридичні науки*. С. 3–8.
55. Козюбра М. І. Основні форми буття права та взаємовідносини між ними. *Право України*. 2001. №8. С. 21–31.
56. Козюбра М. І. Особливості правової системи України і їх вплив на втілення європейських правових стандартів у національну законодавчу й правозастосовну практику. *Проблеми застосування міжнародних стандартів у правовій системі України* / під заг. ред.: Є. Б. Кубка. Київ: ПрАТ «Юридична практика», 2013. С. 75–94.
57. Козюбра Н. И. Понятие и структура методологии юридической науки. *Методологические проблемы юридической науки*: Сб. научн. тр. АН УССР Институт государства и права. Киев: Наук. думка, 1990. С. 5–19.
58. Козюбра М. І. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя. *Право України*. 2016. №10. С. 38–48.

59. Козюбра М. І. Теорія юридичної аргументації: становлення, стан та перспективи у вітчизняній юриспруденції *Наукові записки НаУКМА*. 2012. Т. 129, *Юридичні науки*. С. 3–10.
60. Козюбра М. І. Теорія юридичної аргументації та її особливості в конституційному судочинстві. *Вісник Конституційного Суду України*. 2016. № 6. С. 167–181.
61. Копоть В. О. Концептуальні основи правового реалізму: автореф. дис ... канд. юрид. наук: 12.00.12 / Київський національний ун-т внутрішніх справ. Київ, 2008. 15 с.
62. Костицький В. В., Кобан О. Г. Соціологія права: науково-теоретична спадщина Євгена Ерліха і проблема сучасної науки / Інститут законодавчих передбачень та правових експертиз. Київ; Дрогобич: Коло, 2015. 228 с.
63. Кривицький Ю. В. Праворозуміння як світоглядний і методологічний фундамент правової реформи. *Право і суспільство*. 2017. № 5 (ч 2). С. 25–30.
64. Кузнєцов В. І. Філософія права. Історія та сучасність: навч. посіб. Київ: ВД «Стилос»: ПЦ «Фоліант», 2003. 382 с.
65. Лапаева В. В. Социология права как юридическая дисциплина. *Социологические исследования*. 1999. № 7. С. 47–57.
66. Лейст О. Э. История политических и правовых учений. Москва: Издательство «Зерцало», 1999. 576 с.
67. Лейст О. Э. История политических и правовых учений: учебник для вузов / под ред. О. Э. Лейста. Москва: Издательство «Зерцало», 2006. 568 с.
68. Лоджук М. Т. Генеза становлення інституту юридичних клінік в Україні та світі. *Порівняльно-аналітичне право*. 2013. № 3-1. С. 39–43.
69. Лоджук М. Т. Правове регулювання діяльності юридичних клінік в Україні: загальнотеоретичне дослідження: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Національний університет «Одеська юридична академія». Одеса, 2014. 313 с.

70. Лоджук М. Т. Понятие и назначение юридической клиники. *Lege si Viata*. 2013. № 11/2(263). С. 158–164.
71. Лоджук М. Т. Юридичні клініки в Україні: освіта та правова допомога: монографія. Одеса: Фенікс, 2015. 328 с.
72. Максимов С. І. Всесвітні конгреси з філософії права (2003-2009): аналітичні огляди. *Філософія права: сучасні інтерпретації: Вибрані праці: статті, аналітичні огляди, переклади (2003-2010)*. Харків: Право, 2010. 336 с.
73. Максимов С. И. Правовая реальность как предмет философского осмысления: дис. ... д-ра. юр. наук.: 12.00.12 / Национальная юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого. Харків, 2002. 406 с.
74. Максимов С. І. Філософія права Роберта Алексі. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. 2016. № 1(28), С. 89–97.
75. Малинова И. П. Философия права (от метафизики к герменевтике). Екатеринбург: Изд-во Уральской государственной академии, 1995. 128 с.
76. Малишев Б. В. Судова правотворчість як засіб досягнення мети правосуддя. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2011. № 1(5). С. 47–62.
77. Мальцев Г. В. Понимание права. Подходы и проблемы. Москва: Прометей, 1999, 419 с.
78. Маник А. З. Ідеї концепції "живого" права Євгена Ерліха у розвитку сучасного міжнародного права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11 / Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Київ, 2018. 209 с.
79. Манык А.З. Актуализация проблемы свободного правоопределения в творчестве Е. Эрлиха. *Закон и жизнь. Международный научно-практический правовой журнал*. Министерство юстиции Республики Молдова. Кишинэу: SRL «Cetatea de Sus». 2014. № 7/2(271). С. 88–91.
80. Мартинишин Г. Й. Логіко-філософські основи правозастосування: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.12 / Львівський державний університет внутрішніх справ. Львів, 2017. 200 с.

81. Марчук В. П. Євген Ерліх – основоположник соціології права. *Проблеми філософії права*. 2005. Т. 3, № 1-2. С. 147–151.
82. Марчук В. П. Євген Ерліх: сторінки життя і творчості. *Ерліхівський збірник*. Чернівці, 1994. Вип. I. С. 5–10.
83. Марчук В. П. Соціологічні теорії права в Німеччині: історія і сучасність / Чернівецький держ. ун-т ім. Ю. Федьковича. Чернівці: ЧДУ, 1998. 128 с.
84. Мельник М. О. Американська та скандинавська школи правового реалізму: порівняльний аспект. *Наукові записки НаУКМА*. 2013. Т. 144-145, *Юридичні науки*. С. 67–69.
85. Мельник М. О. Вплив висновків школи правового реалізму на теорію юридичної аргументації. *Наукові записки НаУКМА*. 2017. Т. 193, *Юридичні науки*. С. 26–30.
86. Мельник М. О. Історія виникнення та розвитку школи правового реалізму. *Наукові записки НаУКМА*. 2016. Т. 181, *Юридичні науки*. С. 73–76.
87. Мельник М. О. Реформування методології викладання у вищих навчальних юридичних закладах у контексті здобутків школи правового реалізму. *Наукові записки НаУКМА*. 2015. Т. 168, *Юридичні науки*. С. 42–45.
88. Мельник М.О. Рецепція та розвиток ідей «живого права» Євгена Ерліха у школі правового реалізму: від захисту інтересів союзів до людиноцентризму. *Антропосоціокультурна природа права: матеріали наукової конференції*. Чернівецький нац. ун-т, 2016. С. 69–73.
89. Мельник М. О. Школа правового реалізму та використання її висновків для вдосконалення правосуддя в Україні. *Часопис Київського університету права*. 2016. № 1. С. 56–59.
90. Мельник М. О. Школа правового реалізму: пошук балансу між визначеністю норм писаного права і судовою дискрецією. *Наукові записки НаУКМА*. 2018. Т. 2, *Юридичні науки*. С. 44–48.

91. Молдован В. В., Кацавець Р. С. Юридична клініка: навч. пос. Київ: Центр учбової літератури, 2007. 224 с.
92. Моше Коэн-Элия, Порат И. Американский метод взвешивания интересов и немецкий тест на пропорциональность: исторические корни. *Сравнительное Конституционное Обозрение*. 2011. №3(82). С. 59–81.
93. Нанейшвили Г. А. Действительность права и опыт обоснования нормативных фактов. Тбилиси: Изд-во Тбил. ун-та, 1987. 104 с.
94. Нерсисянц В. С. История политических и правовых учений. Москва: НОРМА, 2004. 944 с.
95. Нерсисянц В. С. Общая теория права и государства: учебник для юридических вузов и факультетов. Москва: НОРМА, 2001. 552 с.
96. Нерсисянц В.С. Проблемы общей теории права и государства: учебник для вузов. Москва: Норма, 2004. 832 с.
97. Паттаро. Э. Реалистский подход к объективности норм и права. *Проблеми філософії права*. 2005. Т. III, № 1-2. С. 14–23.
98. Петражицкий Л. И. Теория государства и права в связи с нравственностью. Санкт-Петербург: Лань, 2000. 608 с.
99. Погребняк С.П. Правовий реалізм. *Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. / Нац. акад. прав. наук України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків: Право, 2017. Т. 2: Філософія права / редкол.: С. І. Максимов (голова) [та ін.]. С. 673–677.*
100. Подковенко Т. О. Судовий прецедент та проблеми визнання його джерелом права в Україні. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: Юридичні науки*. Херсон, 2013. Вип. 6, № 1. С. 7–10.
101. Поляков А. В. Коммуникативный подход к общей теории права. *Проблеми філософії права*. 2006-2007. Вип. 4-5. С. 60–67.
102. Синха С. П. Юриспруденция. Философия права. Краткий курс / пер. с англ. В. М. Ашмарин. Москва: Издательский центр "Академия", 1996. 304 с.

103. Сердюк В.О. Судова правотворчість в контексті здійснення правової реформи в Україні. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2013. Вип. 21, № 1. С. 90–93.
104. Сердюк О. В. Соціологічний підхід у сучасному правознавстві: пізнання соціальності права: монографія. Харків: Яшма, 2007. 320 с.
105. Ситар І. М. Діалектичний взаємозв'язок між соціологічним праворозумінням і правовим прецедентом в контексті акультурації у праві. *Право і суспільство*. 2014. № 5-2. С. 59–61.
106. Скоробогатов А. В. Современные концепции правопонимания: учебно-практическое пособие. Казань: Познание, 2010. 158 с.
107. Современная буржуазная политико-правовая идеология: критический анализ / В. А. Туманов, Н. И. Козюбра, В. К. Забигаило и др.; ред. В. А. Туманов (пред.) и др. Киев: Наукова думка, 1985. 272 с.
108. Соколенко О. Л. Юридична клініка в правоосвітній діяльності. *Вісник Академії митної служби України. Сер.: Право*. 2009. № 1. С. 40–44.
109. Старченко А. А. Философия права и принципы правосудия в США. Москва: Высшая школа, 1969. 120 с.
110. Судебная практика в советской правовой системе / под ред.: С.Н. Братуся. Москва: Юрид. лит., 1975, 328 с.
111. Тимошенко В.І. Реалізм правовий. *Юридична енциклопедія: у 6 т./* Нац. акад. прав. наук України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Київ: Укр. енцикл., 2003. Т. 5: / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) [та ін.]. С. 246
112. Тимошина Е. В. Правовое регулирование в ситуациях конкуренции прав человека: Концепция “Взвешивания” Р. Алекси. *Правовое регулирование: проблемы эффективности, легитимности, справедливости: сборник трудов международной научной конференции (г. Воронеж, 2-4 июня 2016 г.)*. Воронеж: НАУКА-ЮНИПРЕСС, 2016. С. 73–85.

113. Тихомиров О.Д. Цінність порівняльного правознавства в сучасних умовах інтеграції національних правових систем. *Альманах права*. 2015. Вип. 6. 36–40 с.
114. Тихомиров О.Д. Компаративний вимір юридичної психології. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2017. № 1 (13). 130–137 с.
115. Тихонравов Ю. В. Основы философии права: учебное пособие. Москва: Вестник, 1997. 604 с
116. Туманов В.А. Критика современной буржуазной теории права. Москва: Государственное издательство Юридической литературы. 1957. 176 с.
117. Фігель Ю. О. Роль юридичних клінік у формуванні вмінь реалізації права студентами юридичних спеціальностей: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Львівський державний університет внутрішніх справ. Львів, 2011. 198 с.
118. Франк Д. Право и современное сознание. Антропология мировой правовой мысли: в 5 т. Москва: Мысль, 1999. Т. 3. 687 с.
119. Чабур С. В. Функціонування механізму правотворчості: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Приватний вищий навчальний заклад Університет Короля Данила. Івано-Франківськ, 2018. 234 с.
120. Черненко З. С. Юридична клініка як форма підготовки студентів-правників: на прикладі викладання медичного права. *Вісник Академії адвокатури України*. 2013. № 3(28). С. 68–74.
121. Чернявський С. С., Титко А. В. Юридична клінічна освіта: досвід національної академії внутрішніх справ. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2015. № 2(10). С. 5–15.
122. Четвернин В. А. Введение в курс общей теории права и государства: учебное пособие. Москва: Институт государства и права РАН, 2003. 204 с.

123. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні: монографія. Київ: Реферат, 2007. 640 с.
124. Щербина О. Ю. До питання про аргументацію як метод юридичного міркування. *Вісник Харківського національного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди. Філософія*. Харків, 2013. Вип. 40(1). С. 243–259.
125. Щербина О. Ю. Способи міркувань юристів країн романо-германського та англо-американського права. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. 2010. Вип. № 98. С. 39–43.
126. Эрлих О. Судейское нахождение права на основании правового предложения. Четыре отрывка из незавершенной работы «Теория судейского нахождения права». Эрлих О. *Основоположение социологии права* / пер. с нем. М.В. Антонова; под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. Санкт-Петербург: ООО «Университетский издательский консорциум», 2011. С. 520–579.
127. Эрлих О. Основоположение социологии права / пер. с нем. М.В. Антонова; под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. Санкт-Петербург: ООО «Университетский издательский консорциум», 2011. 704 с.
128. Юридична аргументація: Логічні дослідження. Колективна монографія / О. М. Юркевич та ін.; за заг. ред. О. М. Юркевич. Харків: [б.в.], 2012. 211 с.
129. Abbott A. Existing Questions on Legal Education. *The Yale Law Journal*. 1983. Vol. 3, No. 1. P. 1–16.
130. Ackerman B. A. “Law and Modern Mind” by Jerome Frank. *Daedalus*. 1974. Vol. 103, No 1. P. 119–130.
131. Alexey R. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *Ratio Juris*. 2003. Vol. 16, No. 2. P. 131–140.
132. Allen S. D. Democracy, Inc: the press and law in the corporate rationalization of the public sphere. Urbana-Champaign: University of Illinois Press, 2005. 216 p.

133. Apple J. J., Deyling R. P. A primer on the civil-law system. Washington, DC: Federal Judicial Center, 1995. 70 p.
134. Barzun L. C. Jerome Frank and the Modern Mind. *Buffalo Law Review*. 2010. Vol. 58. P. 1127–1174.
135. Benditt M. T. Law as Rule and Principle: Problems of Legal Philosophy. Stanford, CA: Stanford University Press, 1978. 195 p.
136. Bernitz U. What is Scandinavian Law? Concept, Characteristics, Future. *Stockholm Institute for Scandinavian Law*. Vol. 50. 2007. P.13–30.
137. Bertilsson M. T. On Law, Power and Society: A View of a Moral Dialectic. *Scandinavian Studies in Law. Series: Law and Society*. 2008. Vol. 53. P. 33–44.
138. Bix B. H. Legal Philosophy in America. *The Oxford Handbook of American Philosophy* / Ed. C. Misak. Oxford: Oxford University Press, 2008. P. 551–577.
139. Bix B. Ross and Olivecrona on Rights. *Minnesota Legal Studies Research Paper*. № 06-14; *Australian Journal of Legal Philosophy*. 2009. Vol. 34. 103–119 p.
140. Black's Law Dictionary / editor in chief.: B. A. Garner. 9-th ed., West Publishing Co., 2009. 1920 p.
141. Brown R. B., Kimball B. A. When Holmes Borrowed from Langdell: The 'Ultra Legal' Formalism and Public Policy of Northern Securities (1904). *The American Journal of Legal History*. 2001. Vol. 45, No. 3. P. 278–321.
142. Cardozo B. N. The Nature of the Judicial Process. New Haven, CN: Yale University Press, 1921. 188 p.
143. Cohen F. S. Field Theory and Judicial Logic. *The Yale Law Journal*. 1950. Vol. 59. P. 238–272.
144. Coleman, G. The Scandinavian legal realists: A critical analysis. *University of Toronto Faculty of Law Review*. 1960. Vol. 18, No. 1. P. 152–162

145. Cook W. W. 'Facts' and 'Statements of Fact'. *The University of Chicago Law Review*. 1937. Vol. 4, No. 2. P. 233–246.
146. Dias R. W. B., Dias R. W. M. *Dias Jurisprudence*. New Delhi: Aditya Prakashan, 1985. 520 p.
147. DiMatteo L.A., Flaks S. Beyond Rules. *Houston Law Review*. 2010. Vol. 47, № 2. P. 297–365.
148. Dworkin R. *Taking Rights Seriously*. London; New York: Bloomsbury, 2013. 448 p.
149. Ehrenzweig A. A., Horvath B. Inquiries into the Nature of Law and Morals by A. Hägerström, Karl Olivecrona, C. D. Broad. *The American Journal of Comparative Law*. 1954. Vol. 3, No. 1. P. 116–119.
150. Ehrlich E. *Fundamental principles of the sociology of law*. New Brunswick U.S.A. and London: Transaction Publishers, 2009. 541 p.
151. Faralli C. The Legacy of American Legal Realism. *Scandinavian Studies in Law*. 2005. Vol. 48. P. 75–82.
152. Frank J. *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*. Princeton: Princeton University Press, 1973. 441 p.
153. Frank J. *Law and the Modern Mind*. New York: Brentano's Publishers, 1930. 368 p.
154. Frank J. *Law and the Modern Mind*. Steven's & Sons Limited 1949. 438 p.
155. Frank J. Modern and Ancient legal pragmatism – John Dewey & Co vs. Aristotle: I. *Notre Dame Lawyer*. 1950. Vol. 25, No. 2. P. 207–257.
156. Frank J. Why not a clinical lawyers-school? *University of Pennsylvania Law Review*. 1933. Vol. 81, No. 8, P. 907–923.
157. Freeman, M. D. A. *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*. London: Sweet & Maxwell, 1994. 1384 p.
158. Gardner J. A. The Sociological Jurisprudence of Roscoe Pound (Part I). *Villanova Law Review*. Vol 7, Iss. 1, 1961, Art.1, P. 1–26.

159. Glenn H. P. Legal traditions of the world. Oxford: Oxford University Press, 2004. 456 p.
160. Gluckman M. The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia. Manchester, UK: Manchester University Press, 1955. 386 p.
161. Golding M. P. Rights, Performatives, and Promises in Karl Olivecrona's Legal Theory. *Ratio Juris*. 2005. Vol. 18, No. 1. P. 16–29.
162. Gordley J. The Jurists: A Critical History. Oxford: OUP Oxford, 2013. 336 p.
163. Grechenig K. R., Martin G. The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism. *Hastings International and Comparative Law Review*. 2008. Vol. 31, No. 1. P. 295–360.
164. Green M. S. Legal Realism as Theory of Law. *William & Mary Law Review*. 2005. Vol. 46, No. 6. P. 1915–2000.
165. Gregory S. Alexander. Comparing the Two Legal Realisms – American and Scandinavian. *The American Journal of Comparative Law*. 2002. Vol. 50. P. 131–174.
166. Guthrie C., Rachlinski J. J., Wistrich A. J. Blinking on the Bench: How Judges Decide Case. *Cornell Law Review*. 2007. Vol. 93, No. 1. P. 1–43.
167. Hägerström A. Inquires into the Nature Law and Morals. Uppsala: Almqvist & Wiksells boktr, 1953. 377 p.
168. Herman Oliphant. A Return to Stare Decisis. *American Bar Association Journal*. 1928. Vol. 14, No. 2. P. 71–76.
169. Hertogh M. Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich (Onati International Series in Law and Society). Oxford: Hart Publishing, 2009. 280 p.
170. Holmes O.W. Law in Science and Science in Law. *Harvard Law Review*. 1899, Vol.XII, № 7, P. 443–463.
171. Holmes O. W. The Collected Legal Papers. New York: Dover Publications, 2007. 320 p.

172. Holmes O. W. *The Common Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1881/1963. 289 p.

173. Holmes O. W. *The Common Law*. University of Toronto Law School, 2011, 381 p. URL: <http://www.general-intelligence.com/library/commonlaw.pdf> (Last accessed: 12.03.2018).

174. Holmes O. W. *The Path of Law*. *Harvard Law Review*. 1897, Vol. X, №8, P. 457–478.

175. Hondius E. Pro-active Comparative Law: The Case of Nordic Law. *Stockholm Institute for Scandinavian Law*. Volume 50. 2007. 143–156 p.

176. Hull N. E. H. Roscoe Pound and Karl Llewellyn. *Searching for an American Jurisprudence* Chicago: University of Chicago Press, 1997. 354 p.

177. Hutcheson J. C. The Judgment Intuitive: The Function of the “Hunch” in Judicial Decision. *Cornell Law Quarterly*. 1929. Vol. 14. P. 274–288.

178. Isaacs N. The Limits of Judicial Discretion. *Yale Law Journal*. 1923. Vol. 32, № 4. P. 339–352.

179. Johnston D. M. *The Historical Foundations of World Order: The Tower and the Arena*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008. 875 p.

180. Kastellec P. J. The Statistical Analysis of Judicial Decision and Legal Rules with Classification Trees. *Journal of Empirical Legal Studies*. 2010. Vol. 7, No. 2. P. 202–230.

181. Kelly J. M. *A Short History of the Western Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1992. 488 p.

182. Kennedy D., *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System*. New York: NYU Press, 2007. 223 p.

183. Knud W. Alf Ross 1899-1979: A Biographical Sketch. *European Journal of International Law*. 2003. Vol. 14. P. 661–674.

184. Koriath S. Legal Education in Germany Today. *Wisconsin International Law Journal*. 2006. Vol. 24, No. 1. P. 85–107.

185. Kozinski A. What I ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making. *Louisiana Law Review*. 1993. Vol. 26. P. 993–1000.
186. Leib E. J. A Comparison of Criminal Jury Decision Rules in Democratic Countries. *Ohio State Journal of Criminal Law*. 2007. Vol. 5. P. 629–644.
187. Leiter B. American Legal Realism. *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* / Eds. M. P. Golding, W. A. Edmundson. Oxford: Blackwell, 2005. P. 50–66.
188. Leiter B. Legal Realism and Legal Doctrine. *University of Pennsylvania Law Review*. 2015. Vol. 163. P. 1975–1984.
189. Leiter B. Legal Realisms, Old and New. *Valparaiso University Law Review*. 2013. Vol. 47, No. 4. P. 949–963.
190. Leiter B. Positivism, formalism, realism. *Columbia Law Review*. 1999. Vol. 99. P. 1138–1164.
191. Leiter B. Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence. *Texas Law Review*. 1997. Vol. 76, No. 2. P. 267–316.
192. Lieber F. Legal and Political Hermeneutics, or Principles of Interpretation and Construction in Law and Politics. Boston: Little Brown, 1839. 240 p.
193. Lindblom, P.H. Individual Litigation and Mass Justice: A Swedish Perspective and Proposal on Group Actions in Civil Procedure. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 45, no. 4. 1997. P. 805–831.
194. Llewellyn K. A Realistic Jurisprudence – The Next Step. *Columbia Law Review*. 1930. Vol. 30, No. 4. P. 431–465.
195. Llewellyn N. K. Jurisprudence: realism in theory and practice. New Brunswick: Transaction Publishers, 2008. 549 p.
196. Llewellyn K. Some Realism about Realism – Responding to dean Pound. *Harvard Law Review*. 1931. Vol. 44. P. 1222–1264.
197. Llewellyn K. The common Law Tradition: Deciding Appeals. Boston: Little, Brown & Co., 1960. 565 p.

198. Lodzhuk M. Legal Clinics in Ukraine: from Legal Education to Legal Practice: monograph. Odesa: Feniks, 2016. 98 p.
199. Lundstedt V. Legal Thinking Revised. My Views on Law. Stockholm: Almqvist and Wiksell, 1956. 420 p
200. Lysaker O., Jakobsen J. Recognition and Freedom: Axel Honneth's Political Thought. Boston: Brill Academic Pub, 2015. 286 p.
201. Mackey K. The Triumph of Legal Realism. *Michigan State University College of Law*. 2004. Vol. 1. P. 1–35.
202. Mann C. J. The Function of Judicial Decision in European Economic Integration. Nijhoff: The Hague, 1972. 567p.
203. Maris C. W. Critique of the Empiricist Explanation of Morality: Is there a Natural Equivalent of Categorical Morality? Dordrecht: Springer, 2013. 475 p.
204. Mayo T., Charles D. Breitel - Judging in the Grand Style. *Fordham Law Review*. 1978. Vol. 47. № 1. P. 5–26.
205. McCoubrey H., White D. N. Textbook of Jurisprudence. London: Blackstone Press, 1996. 299 p.
206. McHugh T. J. Comparative Constitutional traditions. New York: Peter Land Publishing, 2002. 235 p.
207. Melnyk M. School of Legal Realism and its prospects in Ukrainian jurisprudence. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2017. Vol. 1, No. 1. P.77–81.
208. Olivecrona K. Law as Fact. Copenhagen: Einar Munksgaard, 1939. 220 p.
209. Olivecrona K. Law as Fact, 2nd edn. London: Stevens & Sons, 1971. 321 p.
210. Olivecrona K. Legal language and reality. *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound* / Ed. R. A. Newman. Indianapolis: Bobbs-Merrill Co., 1962. P. 151–191.
211. Olivecrona K. The Legal Theories of Axel Hagerstrom and Vilhelm Lundstedt. *Scandinavian Studies in Law*. 1959. Vol. 3. P. 125–150.

212. Paton G. W. A textbook of jurisprudence. Oxford: Clarendon Press, 1972. 659 p.
213. Pihlajamäki H. Against Metaphysics in Law: The Historical Background of American and Scandinavian Legal Realism Compared. *The American Journal of Comparative Law*. 2004. Vol. 52, No. 2. P. 469–487.
214. Ponzetto G. A. M., Fernandez P. A. Case Law versus Statute Law: An Evolutionary Comparison. *Journal of Legal Studies*. 2008. Vol. 37. P. 379–430.
215. Pound R. An Appreciation of Eugen Ehrlich. *Harvard Law Review*. 1922. Vol. 36, No. 2. P. 129–130.
216. Pound R. An Introduction to the Philosophy of law. New Haven: Yale University Press, 1922. 307 p.
217. Pound R. Mechanical Jurisprudence. *Columbia Law Review*. Vol. 8. No. 8 (Dec., 1908). P. 605–623.
218. Pound R. Jurisprudence. Part I. Clark, N.J.: The Lawbook Exchange, Ltd., 1959. 3258 p.
219. Pound R. Justice According to Law. *Columbia Law Review*. 1913. Vol. 13. P. 696–713.
220. Pound R. Social control through law. New Haven: Yale University Press, 1996. 138 p.
221. Pound R. The Call for a Realist Jurisprudence. *Harvard Law Review*. 1931. Vol. 44, No. 5. P. 697–711.
222. Roederer, C., Moellendorf D. Jurisprudence. *Kluwer*, 2004. 667 p.
223. Ross A. On Law and Justice. Berkeley: University of California Press, 1959. 383 p.
224. Ross A. Towards a Realistic Jurisprudence: A criticism of Dualism in Law. Copenhagen: E. Munksgaard, 1946. 304 p.
225. Rowe W. V. Legal clinics and better trained lawyers – a necessity. New York: [n. p.], 1915. 24 p.

226. Rumble W. E. Legal Realism, Sociological Jurisprudence and Mr. Justice Holmes. *Journal of the History of Ideas*. 1965. Vol. 26, No. 4. P. 547–566.
227. Scordato M.R. Reflections of the nature of legal scholarship in the post-realist era. *Santa Clara Law Review*, 2008. Vol:48, № 2. P. 353–440.
228. Schofield W. Christopher Columbus Langdell. *University of Pennsylvania Law Review*. 1907. Vol. 55, No. 5. P. 273–296.
229. Schroeder T. Psychologic Study of Judicial Opinions. *California Law Review*. 1918. Vol. 6, No. 2. P. 89–113.
230. Schwenzer I., Hachem P., Kee C. Global Sales and Contract Law. Oxford: Oxford University Press, 2012. 1072 p.
231. Singer J. Legal realism now. *California Law Review*. 1988. Vol. 76. P. 465–544.
232. Spaak T. A Critical Appraisal of Karl Olivecrona's Legal Philosophy. Bern: Springer International Publishing, 2014. 288 p.
233. Spaak T. Realism about the Nature of Law. *Ratio Juris*. 2017. Vol. 30, No. 1. P. 75–104.
234. Sreeparvathy G. Scandinavian Realists. National Law University, Jodhpur, 2011 - 18p. URL: <https://ssrn.com/abstract=1829163> (Last accessed: 27.02.2017).
235. Stevens R. Law School: Legal Education in America from the 1850s to the 1980s. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1983. 334 p.
236. Stig J. On Concepts in Law. *Scandinavian Studies in Law*. 2009. Vol. 40. P. 135–143.
237. Strang J. Two Generations of Scandinavian Legal Realists. *Retfærd Årgang*. 2009. Vol. 32. No. 1/124. P. 62–82.
238. Sundell J.-O. Vilhelm Lundstedt – a Biographical Sketch. *Scandinavian Studies in Law*. 2005. Vol. 48. P. 465–478.

239. Tamanaha B. Z. Balanced Realism on Judging. *Valparaiso University Law Review*. 2010. Vol. 44, No. 4. P. 1243–1270.

240. Tamanaha B. Z. Beyond the Formalist-Realist Divide. Princeton: Princeton University Press, 2010. 264 p.

241. Tumonis V. Legal Realism and Judicial Decision-Making. *Mykolas Romeris University, Jurisprudence*. 2012. Vol. 19, No. 4. P. 1361–1382.

242. Twining W. Karl Llewellyn and the Realist Movement. *Cambridge University Press*. 2012. Law. 630 p.

243. Wacks R. Understanding Jurisprudence, An introduction to legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2005. 392 p.

244. Wahlgren P. Legal Reasoning - A Jurisprudential description. *The Swedish Law and Informatics Research Institute, University of Stockholm*. 1991. Vol. 106. P. 147–156.

245. Wahlgren P. Legal Reasoning: A Jurisprudential Model. *Stockholm Institute for Scandinavian Law*. 2000. Vol. 40. P. 199–282.

246. Weber M. Economy and Society. Berkeley: University of California Press, 1978. 1469 p.

247. White E. G. Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self, Oxford: Oxford University Press, 1995. 648 p.

248. Wizner S. The Law School Clinic: Legal Education in the Interests of Justice. *Fordham Law Review*. 2002. Vol. 70. Article 29. P. 1929–1937.

249. Zweigert K., Kötz H. An Introduction to Comparative Law. Oxford: Oxford University Press, 1998. 714 p.

Енциклопедичні та довідкові джерела

250. Асоціація юридичних клінік України. URL: <https://legalclinics.in.ua/> (Last accessed: 27.02.2017).

251. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/>.

252. Круглий стіл «Юридичні клініки України: сучасний стан та перспективи розвитку». URL: <http://kul.kiev.ua/novini/u-kijivskomu-universiteti-prava-nan-ukrajini-vidbuvsja-krugliy-stil-juridichni-kliniki-ukrajini-suchasniy-standa-perspektivi-rozvitku.html> (дата звернення: 17.03.2017).

253. Круглий стіл для представників клінічного руху <http://civic.ua/text/calendar/view.html?q=1765493> (дата звернення: 17.03.2017).

254. 20 років юридичному клінічному руху. URL: <https://legalclinics.in.ua/20-rokiv-yurydychnomu-klinichnomu-ruhu/> (дата звернення: 14.05.2017).

255. Реєстр юридичних клінік України. Офіційна база даних юридичних клінік, дійсних та потенційних учасників Асоціації юридичних клінік України, АЮКУ, 2019. URL: <https://legalclinics.in.ua/pro-nas/reystyr-yurydychnyh-klinik/> (дата звернення: 26.08.2019).

256. About Benjamin N. Cardozo. URL: <http://www.cardozo.yu.edu/about-cardozo/about-benjamin-n-cardozo> (Last accessed: 17.02.2017).

257. About the American Bar Association. URL: https://www.americanbar.org/about_the_aba/ (Last accessed: 17.04.2017).

258. Course Overview. Harvard Law School. URL: <http://hls.harvard.edu/dept/lrw/course-overview/> (Last accessed: 18.04.2017).

259. Evald Jens. A scientific approach to life. URL: <https://www.redalyc.org/pdf/279/27945658001.pdf> (Last accessed: 14.05.2018).

260. Federal Judicial Center, Biographies, Judge Jerome Frank. URL: http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/tu_rosenberg_bio_judge_frank.html (Last accessed: 17.02.2017).

261. Federal Judicial Center, History of the Federal Judiciary, Frank Jerome New. URL: <https://www.fjc.gov/history/judges/frank-jerome-new> (Last accessed: 07.06.2019).

262. First Year Research and Writing Program at Georgetown Law. URL: <https://www.law.georgetown.edu/academics/courses-areas-study/legal-writing-and-student-scholarship/first-year-research-and-writing-program/> (Last accessed: 1.07.2019).

263. Harvard Law School, First-Year Legal Research and Writing Program. URL: <http://hls.harvard.edu/dept/lrw/course-overview/> (Last accessed: 19.04.2017).

264. History of New Legal Realism and the ABF. URL: <http://www.americanbarfoundation.org/research/summary/34> (Last accessed: 14.04.2017).

265. Kabir, I. Feature – A Guide to the Swedish legal system. URL: <https://www.llrx.com/2001/06/features-update-to-a-guide-to-the-swedish-legal-system/> (Last accessed: 31.07.2019).

266. Kaufman A. L. Cardozo. URL: <http://www.nytimes.com/books/first/k/kaufman-cardozo.html> (Last accessed: 17.02.2017).

267. Legal Reasoning and Argumentation. USC University of Southern California. URL: <https://summerprograms.usc.edu/programs/4-week/legal-reasoning/> (Last accessed: 19.04.2017).

268. Legal Reasoning, Research, and Writing. Columbia University. URL: <http://precollege.sps.columbia.edu/highschool/summer-immersion/new-york-city-3-week/courses/legal-reasoning-research-and-writing> (Last accessed: 18.05.2018).

269. LLM Program. Illinois College of Law. URL: <https://law.illinois.edu/academics/degree-programs/llm-program/> (Last accessed: 19.04.2017).

270. Members of the Supreme Court of the United States. URL: https://www.supremecourt.gov/about/members_text.aspx (Last accessed: 16.02.2017).

271. Member State Law – Finland, European Justice. URL: https://e-justice.europa.eu/content_member_state_law-6-fi-en.do (Last accessed: 31.07.2019).
272. New Legal Realism. URL: <http://www.americanbarfoundation.org/research/project/115> (Last accessed: 17.04.2017).
273. Oliver W. Holmes, Jr. URL: https://www.oyez.org/justices/oliver_w_holmes_jr (Last accessed: 16.02.2017).
274. Oliver Wendell Holmes. URL: <http://www.history.com/topics/oliver-wendell-holmes-jr> (Last accessed: 16.02.2017).
275. Spartacus Educational, American History, Jerome Frank. URL: https://spartacus-educational.com/NDjerome_frank.htm (Last accessed: 07.06.2019).
276. Texas Archival Resources Online. URL: <http://www.lib.utexas.edu/taro/ricewrc/00161/rice-00161.html> (Last accessed: 16.02.2017).
277. Telders International Law Moot Court Competition. URL: <http://teldersmoot.com> (Last accessed: 25.03.2018).
278. The Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot URL: <https://vismoot.pace.edu> (Last accessed: 25.03.2018).
279. The Historical Society of the New York Courts. Benjamin Nathan Cardozo. URL: <http://www.nycourts.gov/history/legal-history-new-york/luminaries-court-appeals/cardozo-benjamin-feature.html> (Last accessed: 17.02.2017).
280. University of Chicago Library. Guide to the Karl N. Llewellyn. Papers 1890-1983. URL: <https://www.lib.uchicago.edu/e/scrc/findingaids/view.php?eadid=ICU.SPCL.LLEWELLYNK> (Last accessed: 16.02.2017).
281. World Trade Organization. The ELSA Moot Court Competition on WTO law. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/emc2_maps_e.htm (Last accessed: 25.03.2018).

ДОДАТКИ

Додаток 1

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Мельник М. О. Вплив висновків школи правового реалізму на теорію юридичної аргументації. *Наукові записки НаУКМА*. 2017. Т. 193, Юридичні науки. С. 26–30.
2. Мельник М. О. Школа правового реалізму та використання її висновків для вдосконалення правосуддя в Україні. *Часопис Київського університету права*. 2016. № 1. С. 56–59.
3. Мельник М. О. Школа правового реалізму: пошук балансу між визначеністю норм писаного права і судовою дискрецією. *Наукові записки НаУКМА*. 2018. Т. 2, Юридичні науки. С. 44–48.
4. Мельник М. О. Американська та скандинавська школи правового реалізму: порівняльний аспект. *Наукові записки НаУКМА*. 2013. Т. 144–145, Юридичні науки. С. 67–69.
5. Melnyk M. School of Legal Realism and its prospects in Ukrainian jurisprudence. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2017. № 1/1. P. 77– 81.
6. Мельник М. О. Реформування методології викладання у вищих навчальних юридичних закладах у контексті здобутків школи правового реалізму. *Наукові записки НаУКМА*. 2015. Т. 168, Юридичні науки. С. 42–45.
7. Мельник М. О. Історія виникнення та розвитку школи правового реалізму. *Наукові записки НаУКМА*. 2016. Т. 181, Юридичні науки. С. 73–76.

Апробація матеріалів дисертації:

1. Мельник М. О. Вплив висновків школи правового реалізму на теорію юридичної аргументації та можливості їх використання у секторі фінансових відносин. Практичні приклади. *Юридична аргументація в публічному праві (у фінансовій, податковій та банківській сферах)*: науково-

практичний семінар що проводився в рамках Днів науки НаУКМА (м. Київ, 27 січ. 2017 р.). Київ, 2017.

2. Мельник М. О. Становлення американської течії школи правового реалізму та використання її висновків у національній юридичній науці. *Вплив юридичної науки на розвиток міжнародного та національного законодавства: тези доповідей міжнародної науково-практичної конференції* (м. Харків, 19-20 лют. 2016 р.). Харків: ГО «Асоціація аспірантів-юристів», 2016. С. 9–12.

3. Мельник М. О. Рецепція та розвиток ідей «живого права» Євгена Ерліха у школі правового реалізму: від захисту інтересів союзів до людиноцентризму. *Антропосоціокультурна природа права: тези доповідей наукової конференції* (м. Чернівці, 25-27 трав. 2016 р.). Чернівці: Чернівецький нац. ун-т, 2016. С. 69–73.

4. Мельник М. О. Необхідність міжкультурної комунікації в контексті вивчення досвіду викладання в юридичних школах та аналізу впливу здобутків правового реалізму на юридичну освіту в Сполучених Штатах Америки. *Юридичний дискурс в контексті міжкультурної комунікації та перекладу: тези доповідей науково-практичної студентсько-викладацької конференції* (м. Київ, 1 груд. 2016 р.). Київ: Академія адвокатури України, 2016. С. 27–29.

5. Мельник М. О. Школа правового реалізму та її вплив на правову систему України. *Сучасні проблеми правової системи України: тези доповідей VII міжнародної науково-практичної конференції* (м. Київ, 26 лист. 2015 р.). Львів: «Галицька видавнича спілка», 2015. С. 53–54.

6. Melnyk M. O. School of Legal realism against formalism and implementation of its achievements in Ukrainian legal system. *Europska tradicia v medzinarodnom prave: uplatnovanie l'udskych prav: abstracts of reports of medzinarodna vedecka konferencia* (Bratislava, 6-7 May 2016). Bratislava: «Paneuropska vysoka skola», 2016. P. 51–54.