

Міністерство освіти і науки України
Національний університет «Києво-Могилянська академія»
Факультет правничих наук
Кафедра загальнотеоретичного правознавства та публічного права

Магістерська робота
освітній ступінь – магістр

на тему: **«КОНЦЕПЦІЯ ЕКОНОМІЧНОГО АНАЛІЗУ ПРАВА РІЧАРДА
ПОЗНЕРА ТА ПЕРСПЕКТИВИ ЇЇ ЗАСТОСУВАННЯ В УКРАЇНІ»**
**«RICHARD POSNER'S CONCEPT OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AND
PROSPECTS OF ITS APPLICATION IN UKRAINE»**

Виконав: студент 2-го року навчання,
Спеціальності 081 Право
Зуб Олександр Юрійович

Керівник: Козюбра Микола Іванович
доктор юридичних наук, професор

Рецензент _____
(прізвище та ініціали)

Магістерська робота захищена
з оцінкою _____

Секретар ЕК _____
«___» _____ 2022 р.

Київ – 2022

Декларація
академічної доброчесності
студента НАУКМА

Я Зуб Олександр Юрійович, студент 2 року навчання факультету правових наук, спеціальність Право, адреса електронної пошти: oleksandr.zub@ukma.edu.ua

- підтверджую, що написана мною магістерська робота на тему "Концепція економічного аналізу права Річарда Фогера та переконливі її застосування в Україні" відповідає вимогам академічної доброчесності та не містить порушень, передбачених пунктами 3.1.1 – 3.1.6 Положення про академічну доброчесність згодуваних НАУКМА від 07.03.2018, зі змінами щодо опрацювання;
- підтверджую, що надала свою електронну версію роботи в останню і юнову до перевірки;
- згоден на перевірку моєї роботи на відповіднісні критерії академічної доброчесності, згідно з яким надаю, у мою честь порівняння з іншою роботою та гарнування збігу подібності за допомогою електронної системи AntiCheck;
- даю згоду на архівування моєї роботи в репозитарій на сайті даного університету для порівняння мєї та майбутніх робіт.

16.06.2022



O. W. Zub

ЗМІСТ

ВСТУП.....	4
РОЗДІЛ 1. Загальні підвалини економічного аналізу права.....	8
1.1. Генеза ідей про економічний аналіз права.....	8
1.2. Природа права в концепції економічного аналізу права.....	16
1.3. Підстави концепції економічного аналізу права.....	21
1.4. Нормативна теорія судочинства в концепції економічного аналізу права...28	
Висновки до розділу.....	33
РОЗДІЛ 2. Основні положення економічного аналізу права за Річардом Познером.....	34
2.1. Поняття економічного аналізу права.....	34
2.2. Позитивний та нормативний аспекти економічного аналізу права.....	40
2.3. Критика поглядів Річарда Познера на економічний аналіз права.....	44
Висновки до розділу.....	46
РОЗДІЛ 3. Практичне застосування економічного аналізу права.....	48
3.1. Зарубіжний досвід застосування економічного аналізу права.....	48
3.2. Перспективи застосування економічного аналізу права в Україні.....	52
Висновки до розділу.....	58
ВИСНОВКИ.....	59
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	62

ВСТУП

Актуальність дослідження. Двадцяте століття стало для усього людства періодом революційної перебудови міжнародного співтовариства, переосмислення суспільних та правових цінностей, а також періодом створення та розвитку нових філософських, правових, економічних та інших концепцій і доктрин. Величезна кількість новітніх поглядів і підходів, з різною глибиною та шириною дослідження в сфері права, повернули людство до питання: «Яку ціль (цілі) переслідує право?»¹. Одним із напрямків, який дає відповідь на це питання, став економічний аналіз права.

Виникненню цього напрямку правової думки завдячує дослідження взаємодії економіки та права. Природньо, що право упродовж багатьох століть, у тій чи іншій мірі, здійснює правове регулювання економічної діяльності в кожній державі, але в такому контексті мова радше йде про реалізацію політики в сфері економіки й інструментів економічного управління. Взаємна ж кореляція права та економіки майже не була предметом дослідження, і, тим паче, практичного застосування. Річард Познер першим у світовому масштабі системно виклав свої погляди на міждисциплінарну сферу дослідження права та економіки, де мова йшла про вплив прийняття того чи іншого нормативно-правового акту на економіку, а економічні зміни могли вести до зміни правового регулювання. Очевидно, поява такої теорії була невідворотною, зважаючи на укорінення ідей капіталізму в фундаменті глобалізованого світу. І «дух» ринкової економіки, свідомо чи несвідомо, втілюється в інститутах права та юридично-значимій поведінці людей на шляху максимізації добробуту людства та окремих людей.

Попри зовнішню очевидність об'єктивного зв'язку правової та економічної реальності, тяжкість у дослідженні економічного аналізу права завжди, переважно, лежала в сфері суб'єктивності. Суб'єктивна складність у дослідженні економічного аналізу права лежить у площині об'єктивної міждисциплінарності, тобто у кардинальній різниці правових і економічних знань². Це прослідковується і в різних

¹ Карапетов А. Г. Экономический анализ права [Електронний ресурс] / Артем Георгиевич Карапетов // М.: Статут. 2016. URL: <https://www.estatut.ru/download.php?trid=2424>.

² Kaplow L., Shavell S. Chapter 25. Economic Analysis of Law. Handbook of Public Economics. 2002. Vol. 3. P. 1663 [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1573442002800295>; La Porta

базових постулатах економічних та правових знань, підходах до дослідження економіки та права, психології професійної діяльності юристів та економістів, правилах економічної та юридичної діяльності тощо. Лише системний погляд на право та економіку, їх взаємовитікаюче застосування, уможливорює дослідження економіко-правового аналізу та втілення в життя результатів такого дослідження.

Ця концепція дає своє розуміння цілей та цінностей права, а також досліджує питання способів та засобів – як цих цілей можна досягти. З огляду на те, що розвиток економічного аналізу права може стати важливим кроком для підвищення якості політико-правового аналізу і, відповідно, правового регулювання. Дослідження цієї теми уможливить посилення розуміння взаємного впливу права та економіки з подальшим втіленням результатів дослідження у законодавчій та практичній діяльності.

Отже, **актуальність** обраної теми полягає у необхідності дослідження поглядів на економічний аналіз права Річарда Познера задля поглиблення теоретичних знань про кореляцію економіки та права, а також дослідження перспектив утілення результатів дослідження у вітчизняному законодавстві.

Стан дослідження. Дослідженням проблематики економічного аналізу права займалася велика кількість науковців. Найбільш вагомий внесок зробили Дженіфер Арлені, Льюїс Каплов, Артем Карапетов, Вільям Ландез, Артур Леф, Стівен Медема, Ніколас Меркуро, Річард Познер, Мітчел Полінський та Стівен Шавел та ін. Однак, незважаючи на значну кількість наукових напрацювань зарубіжних дослідників, в Україні тема економічного аналізу права залишається мало дослідженою, а результати таких досліджень не втілені у законодавство та практичну діяльність.

Метою цієї роботи є дослідження концепції економічного аналізу права Річарда Познера та вивчення можливостей для втілення засад економічного аналізу права у вітчизняному законодавстві та практичній діяльності в Україні.

Для досягнення поставленої мети необхідно виконання наступних **завдань**:

- дослідити історію становлення ідей про економічний аналіз права;

- здійснити аналіз підходів до розуміння природи права в концепції економічного аналізу права;
- вивчити підстави права відповідно до концепції економічного аналізу права;
- дослідити сутність нормативної теорії судочинства в концепції економічного аналізу права;
- визначити поняття економічного аналізу права відповідно до постулатів закладених Річардом Познером;
- опрацювати позитивний і нормативний аспекти економічного аналізу права згідно з поглядами Річарда Познера;
- дослідити критичні погляди на концепцію економічного аналізу права Річарда Познера;
- опрацювати зарубіжний досвід імплементації ідей економічного аналізу права;
- дослідити перспективи впровадження ідей економічного аналізу права у вітчизняному законодавстві та практичній діяльності в Україні.

Об'єктом дослідження виступають ідеї економічного аналізу права.

Предметом дослідження виступає концепція економічного аналізу права за Річардом Познером та перспективи їх втілення у законодавстві та практичній діяльності.

Методи дослідження. У ході дослідження було використано такі методи, як: аналіз, синтез, аксіологічний, антропологічний, біхевіористичний, світоглядний та метод правового прогнозування. Аналіз та синтез сприяють ефективному дослідженню наукової літератури, пов'язаної з тематикою дослідження. Аксіологічний метод дозволяє визначити економічне благополуччя та економічну ефективність, як соціально-правові цінності, що існують на рівні з цінністю людини, її життя та здоров'я, честі і гідності. Антропологічний метод дозволяє дослідити проблематику роботи через призму пізнання людини, як такої. Біхевіористичний метод використаний задля встановлення закономірностей прийняття людиною раціональних (ірраціональних) рішень, що дозволяє встановити основні цінності для людини, а також визначити цілі права, за економічним аналізом права. Метод правового прогнозування дозволяє встановити перспективи використання

економічного аналізу права під час здійснення правосуддя, правотворчої, правозастосовної та інших видах юридичної діяльності.

РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНІ ПІДВАЛИНИ ЕКОНОМІЧНОГО АНАЛІЗУ ПРАВА

У цьому розділі будуть досліджені основні положення елементів, які складають фундамент, на якому базується концепція економічного аналізу права. По-перше, мова буде йти про історію розвитку ідей про економічний аналіз права. По-друге, оскільки концепція економічного аналізу права базується на непересічних погляд на право, то виникає необхідність дослідити природу права за концепцією економічного аналізу права. По-третє, співіснування й, відповідно, співврахування економіки та права в концепції економічного аналізу права впливає на підстави права. По-четверте, буде аналізовано нормативну теорію судочинства, яка має використовуватися в ході втілення економічного аналізу права в площині судової практики.

1.1. Генеза ідей про економічний аналіз права

Ідеї пов'язані, тим чи іншим чином, з економічним аналізом права знаходили своє втілення в працях вчених з початку ХХ ст. Так, були створені цілі школи, кожна з яких досліджувала взаємодію економіки та права. Фокус такого дослідження завжди був проблемним, точки дотику, переважно, між собою не могли віднайти економісти та юристи. Останні найбільше не погоджувалися з пропонованими ідеями кореляції економіки та права³. Можливо, зокрема, і тому, що часто предмет дослідження зводився не до виявлення та дослідження глибинних зав'язків величних сфер людського буття – права та економіки, а до пошуку моделі вдалого законодавчого регулювання економіки в конкретній країні.

Утілення ідей економічного аналізу права з позиції права спостерігалися в роботах Джона Коммонса (у 1924 р. він опублікував свою книгу присвячену дослідженню правових засад капіталізму, де присвятив увагу взаємозв'язку права та економіки у капіталістичних державах)⁴ та Роберта Хейла (у 1952 р. він досліджував контроль публічної влади за приватними утвореннями й здійснював дослідження в

³ Штуца В.М. Концепція економічного підходу до права // Актуальні проблеми політики. 2005. Вип. 56. С. 59-60 [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://app.nuoua.od.ua/archive/56_2015/9.pdf.

⁴ Commons R. John. Legal Foundations of Capitalism. New York: MacMillan, 1924. 394 p. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/commons/LegalFoundationsCapitalism.pdf>.

логічному трикутнику «економічна ліберальність-держава-нерівність», які надалі більш широко досліджувалися в працях Френціса Фукуями⁵ та Норберта Больца⁶)⁷, де економічні підходи та принципи були вперше перенесені в площину права в її зародковому стані. У працях Роберта Коуза (у 1960 р. досліджував шкідливий вплив діяльності бізнесу, який полягав у забрудненні навколишнього середовища, що призводило до нанесення шкоди жителям місцевості, і проводив економіко-правові паралелі згаданих подій з механізмом відшкодування шкоди для потерпілих в категоріях застосування принципу пропорційності між позитивним економічним і соціальним ефектом діяльності таких компаній, з одного боку, та розміром можливої форми та виду компенсації, з другого боку, які б були не тільки співмірними із суб'єктивною справедливістю постраждалого індивіда, але й з відповідністю економічній вигоді такої компанії від завданої шкоди)⁸ та Гвідо Калабрезі (у 1961 р. досліджував застосування розподілу ризиків в контексті застосування механізмів деліктного права, що в подальшому вплинуло на втілення ідей економічного аналізу права у страховій діяльності)⁹ були відображені схожі думки про застосування окремих аспектів економічного аналізу права, зокрема, у сфері деліктного права¹⁰.

Суттєво розширено застосовність економічного аналізу права в працях Беккера¹¹, який застосовував цей підхід до вивчення злочинної поведінки та кримінального права. Основною заслугою Беккера є саме перехід застосування підходів економічного характеру до дослідження расової дискримінації на ринку праці, дослідження шлюбу та розлучення тощо.

⁵ Фукуяма Ф. Конец истории и последний человек [Електронний ресурс] / Фрэнсис Фукуяма // Издательство АСТ, 2004. URL: <http://www.lib.ru/POLITOLOG/FUKUYAMA/konecistorii.txt>.

⁶ Больц Н. Размышление о неравенстве. Анти-Руссо. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2014. 272 с.

⁷ Robert L. Hale. Freedom Through Law. Public Control of Private Governing Power. New York. 592 p. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://www.perlego.com/book/1359262/freedom-through-law-public-control-of-private-governing-power-pdf>.

⁸ Coase, R. H. The Problem of Social Cost. The Journal of Law & Economics, 1960. № 3, 1–44 p. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.jstor.org/stable/724810>.

⁹ Calabresi G. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. The Yale Law Journal. Vol. 70 (4). 1961. P 499–553 [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://doi.org/10.2307/794261>.

¹⁰ Kornhauser Lewis. The Economic Analysis of Law. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2022 Edition), Edward N. Zalta (ed.) [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/legal-econanalysis/>.

¹¹ Becker Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. Journal of Political Economy. Vol. 76, №. 2. 1968. P. 169–217. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.jstor.org/stable/1830482>; Doepke M. Gary Becker on the quantity and quality of children // Journal of Demographic Economics. 2015. Vol. 81. № 1. P. 59–66 [Електронний ресурс]. Режим доступу: https://www.researchgate.net/publication/277573188_Gary_Becker_on_the_quantity_and_quality_of_children.

Найбільш комплексно та повно ідеї економічного аналізу права були представлені Річардом Познером у своїй славетній книзі «Економічний аналіз права» (опублікована в 1972¹² і яка вже, наразі, витримала свою дев'яту редакцію), де було системно представлені ідеї економічного аналізу права для обговорення перед академічною громадськістю. Скориставшись «трампліном» Беккера в широті сфер застосування підходів економічного аналізу права¹³, Річард Познер перейшов на небувалий рівень застосування економічного аналізу права до інститутів права, і не тільки його. За виразом Н. Меркуро та С. Медеми, «його праця сприяла не тільки розвитку цього напрямку далеко за межами класичного застосування економічної теорії до права власності, договірному, деліктного та кримінального права, але й довів свої ідеї до такого розуміння суті предмета дослідження, що це дозволило внести досліджуваний напрям у план школи права»¹⁴. Глибинне розуміння Познером економічного аналізу права дозволило йому досліджувати в цьому контексті різноманітні напрями, зокрема: право, література, старіння, евтаназія, секс, епідемія СНІД, захворювання, що передаються статевим способом, свобода віросповідання, усиновлення, клонування, роль Верховного Суду США в справі Буша проти Гора під час виборів 2000 р., гомосексуальність, сурогатне материнство і багато інших більш традиційних аспектів суспільного життя, до чого в різній мірі конкретизації було застосовано економічну теорію¹⁵.

Прикметно відзначити, що коліскою ідей економічного аналізу права були країни переважно загального права, де панує радше сфера суддівського активізму та судового прецеденту, аніж законодавча активність та кодифікація нормативно-правових актів. Видається необхідним відповісти на запитання про допустимість використання концепції економічного аналізу права лише в країнах загального права

¹² Posner R. Economic analysis of law. Ninth Edition (Aspen Casebook). 2014. 1056 p. [Електронний ресурс]. Режим доступу: https://www.amazon.com/Economic-Analysis-Ninth-Aspen-Casebook-dp-1454833882/dp/1454833882/ref=mt_other?_encoding=UTF8&me=&qid=1653425785.

¹³ Alain Marciano, Sophie Harnay. Posner, Economics and the Law: From Law and Economics to an Economic Analysis of Law. Journal of the History of Economic Thought. 2009. Vol. 31. № 2. P. 215-232.

¹⁴ Меркуро Н. Экономическая теория и право: от Познера к постмодернизму и далее / Н. Меркуро, С. Медема. Москва: Институт Гайдара, 2019. С. 179-180; Minda G. The Lawyer - Economist at Chicago: Richard A. Posner and the Economic Analysis of Law. Ohio State Law Journal. 1978. Vol. 39. 440-475 p. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://core.ac.uk/download/pdf/159579753.pdf>.

¹⁵ Ibid, c. 180.

чи по всьому світу. Відповідь на це запитання надав Річард Познер, який зазначає, що «найбільш амбіційним теоретичним аспектом застосування економічного підходу до права була пропозиція уніфікованої економічної теорії права»¹⁶, яка могла б бути застосованою будь-де. При цьому, із загального духу праць Познера та інших представників чиказької школи економічного аналізу права випливає, що економічний аналіз права краще втілюється в країнах загального права саме через те, що правотворення й правотлумачення в більшій мірі здійснюється саме суддями, а не політиками та законодавчими органами. Зв'язок між роллю суддів та кращим втіленням ідей економічного аналізу права, і, відповідно, кращої ефективності захисту прав, випливає з того, що судді менш вразливі до політико-правових процесів, які негативно впливають на законодавчі органи, що змушує їх бути менш ефективними.

У вищевикладеній частині підрозділу мова йшла про представників однієї із багатьох шкіл економічного аналізу права – чиказької школи економічного аналізу права, яка відрізнялася, з поміж інших, застосуванням мікроекономічного аналізу до права. У цілому, представники цієї школи базують ідеї на таких постулатах: 1) кожний індивід прагне максимізувати своє задоволення на конкурентному ринку й поза ним, 2) стимулом для індивіда на ринку є ціна, яку він платить за отримання тієї чи іншої вигоди, 3) застосування та результативність правових норм оцінюється з точки зору досягнення індивідуальної вигоди суб'єкта правовідносин¹⁷.

Якщо чиказька школа економічного аналізу вела мову про його сферу застосування переважно в судовій діяльності, то прихильники школи теорії громадського вибору досліджували застосовність ідей економічного аналізу до політичної діяльності та поведінки виборців. Серед представників цієї школи варто відзначити Джеймса Б'юкенена та Роберта Толсона (які у ряді праць 1972 р. та 1984 р. досліджували застосування економічного аналізу до питань визначення податків,

¹⁶ Richard A. Posner. Law and Economics in Common-Law, Civil-Law, and Developing Nations. Ratio Juris. 2004. Vol. 17. № 1. Р. 39 [Електронний ресурс]. Режим доступу: https://www.researchgate.net/publication/227651858_Law_and_Economics_in_Common-Law_Civil-Law_and_Developing_Nations.

¹⁷ Меркуро Н. Экономическая теория и право: от Познера к постмодернизму и далее / Н. Меркуро, С. Медема. Москва: Институт Гайдара, 2019. С. 180.

здійснення політики та проведення виборів різних рівнів)¹⁸, Дункана Блека (який у 1987 р. опублікував роботу, де досліджував способи прийняття рішень у державних комітетах, коли не можливо прийняти одностайне рішення)¹⁹, Ентоні Даунса (у 1957 р. у своїй статті досліджував різні демократичні процеси з метою використання економічного аналізу)²⁰ та багато інших. Представники цієї школи сприймали право як соціальну конструкцію й поведінкову систему, які глибоко впроваджені в інститути та культуру, а також у вираження людських соціальних цінностей і зобов'язань. Громадський вибір важливий для права та економіки, оскільки право та судові рішення є політичними. Уподобання є ендегенними, вони формуються під впливом законів, інститутів, культури, а також політичних процесів. Право та управління взаємопов'язані; ігнорування управління робить такий аналіз дуже неповним. Глибоке дослідження вимагає розуміння стимулів і мотивів прийняття всіх рішень. Важко припустити, що державні агенти є роботами, які слідують законам²¹, а це змушує аналізувати їх поведінку не тільки у світлі чинного законодавства, але із застосуванням економічних моделей прогнозування.

Інший напрям дослідження економічного аналізу права – інституційний підхід до «права та економіки», у більшій мірі спрямований, по-перше, на дослідження стійких структур економіки та права і взаємозв'язок між ними, по-друге, вивчення механізму утворення альтернативних варіантів вибору в конкретній справі. Представниками цього напрямку економічного аналізу права можна вказати Генрі Картера Адамса (який у 1954 р. виклав свої думки про взаємодію економіки та права)²², Ворена Самуельса (у 1971 р. досліджуючи взаємодію економіки та права, приділяв увагу висвітленню проблеми альтернативності та пропорційності в практиці

¹⁸ Meade J. E., Buchanan J. M. and Tollison R. D. Theory of Public Choice: Political Applications of Economics. The Economic Journal. Vol. 82, № 328. 1972, P. 1423–1425 [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://doi.org/10.2307/2231328>.

¹⁹ Black Duncan. The Theory of Committees and Elections. 1987. 256 p.

²⁰ Downs Anthony. An Economic Theory of Political Action in a Democracy. Journal of Political Economy. Vol. 65, № 2. 1957. P. 135–150 [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.jstor.org/stable/1827369>.

²¹ Benno Töglér. The power of public choice in law and economics. Journal of economic surveys. 2022. № 1 [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/joes.12490>.

²² Henry Carter Adams. Relation of the State to Industrial Action and Economics and Jurisprudence. Two Essays, New York Chichester, West Sussex: Columbia University Press, 1954. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://doi.org/10.7312/adam92584>.

судів)²³ та ін. Підхід Ворена Самуельса можна побачити через вивчення його аналізу судової справи Міллера проти Шена²⁴. У цій справі мова йшла про застосування закону 1914 р. у Штаті Вірджинія Сполучених Штатів Америки. Річ у тім, що згаданим законом місцевий ентомолог наділявся правом здійснювати розслідування, накладати арешт і в подальшому знищувати насадження вірджинського ялівця без виплати компенсації власнику за знищені насадження. Таким правом ентомолог наділявся через те, що вірджинський ялівець перебуває у симбіозі з іржавим грибок, який не завдає ялівцю ніякої шкоди, але є вкрай шкідливим для насаджень яблуні (які знаходяться на відстані до двох миль) й веде до знищення таких дерев. Так, у досліджуваній справі власники знищеного ялівцю поскаржилися до суду за знищення їх власності без виплати належної компенсації, що є порушенням Конституції США. Справа дійшла до Верховного Суду США, де суд у задоволенні позову відмовив і вказав наступне: «Вивчивши докази, ми можемо погодитися з рішенням Верховного апеляційного суду, відповідно до якого штат зіткнувся з необхідністю вибору збереження одного з двох видів власності, коли вони обоє знаходяться в небезпечній близькості один до одного. Вибір все одно був би зроблений, якщо б замість прийняття такого закону штат, у результаті своєї бездіяльності, дозволив би безперешкодно продовжувати наносити серйозну шкоду яблуневим садам у межах своїх кордонів. Вимушений прийняти подібне рішення, штат, не перевищив наданих йому конституційних повноважень, вирішивши знищити один вид власності для рятування іншого її виду, який, на думку законодавця, є більш цінним»²⁵.

Самуельс критично віднісся до такої думки й зазначив наступне: «Штат мав вирішити не тільки те хто формально був правий, але й те, чиї права насправді в такій ситуації будуть реалізовані. Суд, як частина штату, мав прийняти рішення про те кому із власників було нанесено шкоду, а хто буде захищений. Штат і в кінцевій ситуації суд мали вирішити, які можливості для примусу іншої сторони будуть у кожної зі

²³ Warren J. Samuels. Interrelations between Legal and Economic Processes // The Journal of Law and Economics. Vol. 14, № 2. 1971 [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/466717>.

²⁴ Miller v. Schoene, 276 U.S. 272 (1928) [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/276/272/>.

²⁵ Меркуро Н. Экономическая теория и право: от Познера к постмодернизму и далее / Н. Меркуро, С. Медема. Москва: Институт Гайдара, 2019. С.423-424.

сторін, де під примусом мається на увазі вплив однієї сторони на дії іншої. Виник прямий конфлікт між двома приватними інтересами (між двома приватними претендентами на право), який вимагав здійснення вибору, і вибору на основі певного (розумного) критерію. У цьому випадку мав бути на увазі критерій, який законодавець і суди втілили в поняття суспільного інтересу, суспільної цінності чи суспільного добробуту, чи приписали йому в кінцевому рахунку за допомогою механізму охорони державного правового порядку»²⁶. Далі вчений указує на те, що в цій справі на власників ялівцю покладається занадто великий правовий тягар, який полягає у необхідності пересвідчитися (на стадії здійснення насаджень або купівлі земельної ділянки з ялівцем) у відсутності яблунь на відстані двох миль, далі остерігатися насаджень таких яблунь, бо це, потенційно, потягне за собою знищення насаджень ялівцю, і при цьому не отримати жодних компенсацій. І це мало змусити суд передбачити обґрунтовану альтернативність, на противагу судового ствердження явно не вигідної ситуації для власників ялівцю.

Хоча інституціоналісти зацікавлені у визначенні альтернатив, відкритих для політики та намагаються сказати щось про їх наслідки, вони неохоче замінюють свої переваги перевагами фактичних юридичних та економічних суб'єктів, які беруть участь у процесах вироблення рішень самостійно та для себе. Право і економіка розрізняється в працях інституціоналістів «права та економіки»: а) ринкова економіка (як правило, змішана ринкова економіка), б) концептуальний ринок (ринок, який зазвичай характеризується нечітко описуваним «мінімалістичним урядом» у контексті «чистої конкуренції»), і в) ринки в цілому (як правило, евфемізм, який використовують, щоб уникнути важливих факторів і деталей, притаманних двом попереднім концепціям ринку), з одного боку, і г) фактично інституціоналізовані ринки, з іншого. Відповідно, представники цього напрямку ставлять під сумнів сліпу залежність від «ринку» – типу а, б чи в для вирішення проблем, оскільки інституціоналізовані ринки, в їх баченні, це функціонально спроможні інституції, тобто сфера функціонування інституцій та владних структур, які формують і діють через них. Підтверджувати рішення на «ринку» разом із результатом, який

²⁶ Ibid, с. 424.

досягається і який, нібито, є оптимальним, означає ввести в дію конкретну структуру закону, прав і, отже, влади і таким чином порушувати оперативне питання²⁷.

Представники нової інституційної економіки продовжили й видозмінили напрацювання попередньо дослідженої школи. Рудольф Ріхтер зазначає, що цей напрям досліджень економічного аналізу права включає аналіз прав власності, економіку трансакційних витрат, теорію контрактів та новий інституційний підхід до історії. Напрями досліджень у рамках нової інституційної економіки є проявом «підходу видимої руки до інституційної економіки», який описує, за термінологією Хайєка, «конструйовані» порядки. Представниками нової інституційної економіки після Рональда Коуза, який першим зрозумів інституційні наслідки трансакційних витрат, стали Олівер Вільямсон і Дуглас Норт. Обидва підкреслюють важливість трансакційних витрат, невизначеності, недосконалої раціональності, методологічного індивідуалізму. Підходи кожного суттєво відрізняються за методами та об'єктами дослідження. Олівер Вільямсон зосереджується на обмеженому завданні, щоб показати, що нестандартні контракти купівлі-продажу не обов'язково є результатом монополістичних махінацій. Він звертає увагу на ігноровану економістами поведінку сторін після укладення договору, тобто на процес контролю виконання контрактів. Основні проблеми є результатом інвестицій, що стосуються контракту, невизначеності Найта і, отже, неминучої неповноти контрактів. Щоб мінімізувати пост-опортунізм партнерів у контракті, обидві сторони доповнюють, вже виниклі правовідносини, додатковими приватними замовленнями²⁸.

Поруч із згаданими напрямами економічного аналізу права необхідно згадати нью-хейвенську школу (займається пошуком економічного обґрунтування дій держави, проводить реалістичний аналіз політичних і бюрократичних процесів, намагається знайти й обґрунтувати практичну роль суду в сучасній системі формування державної політики), сучасний громадський республіканізм (цей напрям

²⁷ Steven G. Medema, Nicholas Mercuro, Warren J. Samuels. Institutional Law And Economics. Encyclopedia of Law & Economics. 1998. P. 448-449 [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/0520-institutional-law-and-economics.pdf>.

²⁸ Rudolf Richter. The New Institutional Economics: Its Start, Its Meaning, Its Prospects. European Business Organization Law Review. Vol. 3. № 6. P. 23 [Електронний ресурс]. Режим доступу: https://www.researchgate.net/publication/228261489_The_New_Institutional_Economics_Its_Start_Its_Meaning_Its_Prospect_s.

займається вивченням використання економічних знань в оцінці існування й правомірності громадських цінностей і загального благополуччя, використання громадського обговорення як головного інструменту демократичного прийняття рішення, законної ролі держави в ході виховання у людей громадських цінностей), австрійський підхід у дослідженні економічного аналізу права (у ході дослідження права через економічний підхід використовують спрощені теоретичні моделі абстраговано від важливих аспектів соціальних явищ реального світу заради аналітичної зручності; як правило, кожен із застосовуваних інструментів цього напряму ґрунтується на методологічному індивідуалізмі, розглядаючи індивіда як базову одиницю аналізу, а не соціум)²⁹.

Отже, у рамках цього підрозділу було коротко досліджено історію розвитку ідей про застосування економічного аналізу у праві, згадані та охарактеризовані основні школи економічного аналізу права: чиказьку школу «права та економіки» (яка перебуває у фокусі дослідження цієї роботи через дослідження концепції чи не найвідомішого її представника – Річарда Познера), теорію громадського вибору, інституційну школу «права та економіки», нову інституційну економіку, згадані нью-хейвенська школа, сучасний громадський республіканський та австрійський підходи. У рамках кожної школи було згадано її найвідоміших представників. Втілення кожної школи з дослідження та використання економічного аналізу права різниться широтою й глибиною застосування економічних знань у різних інститутах правах, що зумовлює оригінальність отримуваних результатів та перспективність використання у практичній діяльності.

1.2. Природа права в концепції економічного аналізу права

Природньо, що дослідження, які претендують на те, щоб пропонувати певний вклад у дослідженні права мають ґрунтуватися на певному праворозумінні, що є фундаментом, на якому вибудовується та чи інша концепція. Не став винятком і

²⁹ Меркуро Н. Экономическая теория и право: от Познера к постмодернизму и далее / Н. Меркуро, С. Медема. Москва: Институт Гайдара, 2019. С. 508, 522, 536.

економічний аналіз права, який є продовженням певного праворозуміння, про яке далі піде мова у цьому підрозділі.

Джеремі Міллер у своїх працях достатньо ґрунтовно розкриває сутність концепції права, яка закладена в основу економічного аналізу права і яка, особливо, прослідковується в працях Річарда Познер. Так, Міллер зазначає, що достатньо довго дві теорії права суперечили одна одній. Одна концепція зосереджується на суті закону, тобто на його змісті. Інша концепція наголошує на зовнішній формі чи методі аналізу закону, тобто на процедурі прийняття закону. Первинна концепція права, яка зосереджується на сутності, намагалася окреслити яким має бути право, і з перших днів пов'язувала право з етикою. Етика, як особистий, неюридичний, суб'єктивний принцип – це просто робити «добрі» дії. Іншими словами, етика полягає у уникненні тієї поведінки, яка, як відомо, є неправильною. Добро – це базове поняття, яке якщо не самовизначається, то безглузде. Намір дії та сама дія є найважливішими питаннями етики. Етика в законі не просто сприяє доброті правових норм. Натомість він пропагував кілька фундаментальних людських цінностей. Етична концепція добра переведена на менш вимогливу юридичну концепцію: справедливість. Закон, на відміну від етики, не вимагає належної поведінки. Натомість він забороняє дуже погану поведінку і залишає за людиною свободу волі вибирати чи робити добро³⁰.

У подальшому підхід справедливості був закладений у багатьох підходах розвитку права³¹. Одна школа юриспруденції зосереджувала свою увагу на змісті правових норм і, коротше кажучи, вимагала, щоб юридичні норми були «справедливими». Ця школа була відома як школа «природного права» через її віру в те, що правильне право ґрунтується на вічних якостях, закладених у природі, і на вічних якостях, заснованих на природі людини³². Цей концепт надзвичайно повно охарактеризував Гуго Гроцій, коли сказав, що права є властивістю кожної особи, і

³⁰ Jeremy M. Miller. Economic Analysis of Legal Method and Law: The Danger in Valueless Values. Gonzaga Law Review. Vol. 21, Issue 2, 1986. P. 426 [Електронний ресурс]. Режим доступу: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=925951.

³¹ Gregg, S. Economics and Natural Law. In T. Angier (Ed.), The Cambridge Companion to Natural Law Ethics (Cambridge Companions to Philosophy, 2019. p. 215-234 [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://www.cambridge.org/core/books/abs/cambridge-companion-to-natural-law-ethics/economics-and-natural-law/684B7696BD9E3213329268D3F85C50D3>.

³² Ibid, p. 427.

природне право походить від незалежного існування таких прав особи³³. Сергій Головатий, продовжуючи характеристику цього напрямку праворозуміння зазначає, що «правила стосовно прав – це результат застосування людськими істотами свого розуму. Тому найправильніше для людських істот – жити в мирі один з одним, взаємно поважаючи права одне одного»³⁴.

Дещо затінивши природне право, позитивізм набув свого поширення й постійних дебатів, що в подальшому було взято до уваги й Познером. Левіс Корнхаузер так охарактеризував розвиток ідей позитивного права як підвалини економічного аналізу права. «З моменту початкового виклику Дворкіна позитивізму Гарта в середині 1960-х років, серйозні й невирішені дебати, щодо концепції права, розколюють філософію права. Гарт дивився на цю дискусію з деяким здивуванням, оскільки вважав, що обидві сторони в дискусію не вступили. Більше того, він вважав, що нема про що сперечатися, оскільки відчував, що вони з Дворкіним поставили два різні запитання; і, отже, пояснив два різні поняття права. Дворкін (у 1986 р.) вважав виявлення підстав права центральним питанням філософії права. Підстави права визначають умови істинності положень права. На це питання відповіла доктринальна концепція права. Таким чином, для нього юриспруденційні дебати зосередилися на тому, чи включали підстави права моральні принципи чи ні. Отже, Дворкін неявно інтерпретував Гарта (періоду 1961 р.) як центральне вирішення цього доктринального питання. Гарт, навпаки, не розумів свій проект як централізовано зосереджений на законі. Гарт (періоду 1961 р.) запропонував різні, нееквівалентні характеристики свого центрального завдання. На початку своєї концепції, він пропонує як головну мету диференціацію права від низки інших явищ, зокрема моралі, релігії та примусу. У передмові, однак, Гарт припускає, що його дослідження можна розглядати як есе з «описової соціології». Відповідь на перше запитання буде спиратися на те, що Дворкін (у 2006 р.) назвав таксономічною концепцією права, яка відрізняє право від інших соціальних явищ; останнє питання, навпаки, вимагає того, що Дворкін назвав

³³ John Charvet and Elisa Kaczynska-Nay. The Liberal Project and human rights. The Theory and Practice of a New World Order. Cambridge University Press. 2010. P. 36 [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://www.cambridge.org/core/books/liberal-project-and-human-rights/23D200E67BD5D1DADF5B2F3595A9C96A>.

³⁴ Головатий С. Про людські права. Лекції. К.: Дух і літера, 2016. С. 67.

соціологічною концепцією права, що сприяє досягненню цілей суспільної науки. Перш ніж визначити подальші поняття права, важливо зрозуміти, чим відрізняються таксономічна та соціологічна концепції права. Таксономічна концепція права виконує дві функції. Як зазначалося, відрізняє правові норми в суспільстві S від інших норм цього суспільства. По-друге, і похідно, це робить можливим порівняльне право. Порівняльне право має визначити, які правила та інститути порівнювати в різних суспільствах. Наприклад, порівняльне дослідження деліктного права повинно бути в змозі визначити, які норми в країні X є правовими нормами, що регулюють нещасні випадки між незнайомцями, щоб порівняти їх з правовими нормами, що регулюють нещасні випадки між незнайомцями в країні Y. Соціологічна концепція, навпаки, повинна служити потребам соціальних теоретиків, які прагнуть зрозуміти суспільство і соціальну поведінку. Це буде технічна концепція, яка випливає з теорії або теорій, які найкраще пояснюють явища, які вивчає соціальний теоретик. Варто зауважити, крім того, що суспільствознавцю може знадобитися більше ніж одна концепція права. Описову соціологію Гарта можна інтерпретувати як пропозицію функціональної концепції права. Антропологів, навпаки, часто більше цікавить виразна концепція права. Доктринальні, таксономічні та різні соціологічні концепції права не вичерпують можливих концепцій, які можуть бути корисними. Очевидно, нам потрібна, наприклад, оцінна концепція права, яка визначає цінність законності. Подібним чином деякі філософи права, такі як Раз і Коулман, розуміють дослідження як дослідження народної концепції права, яка лежить в основі звичайного використання цього терміна. Ця народна концепція буде відрізнятися від інших концепцій права, але на неї можуть вплинути (або, можливо, зіпсовані) інші, зокрема доктринальні та оціночні концепції. Корнхаузер пропонує концепцію досягнення права, згідно з якою право є умовним досягненням функціонуючої системи управління в конкретних обставинах. Це усвідомлює певну цінність законності. Складна мережа відносин може з'єднати ці різні поняття. Теорія Гарта дає підставу права, а, отже, і доктринальну концепцію, з його соціологічною чи таксономічною концепціями. Те, що робить пропозицію закону істинною, для Гарта, — це її родовід, який, у кінцевому рахунку, має тягтися до правила визнання в суспільстві. Подібним

чином ми можемо створити таксономію, розглянувши, чим підстави права відрізняються від підстав моралі чи релігії. Таксономія безпосередньо впливає з порівняння умов істинності для положень закону з умовами істинності для положень моралі. Однак жодного необхідного відношення між поняттями немає. Можна мати соціологічну концепцію права, яка не спирається на доктринальну концепцію права, оскільки їх підстави дуже різні. Те, що робить пропозицію права істинним, не має явного відношення до того, які концепції можуть пролити світло на питання, що цікавлять соціальних теоретиків»³⁵.

Очевидно, у своїх працях Річард Познер взяв на озброєння удосконалені Гартом позитивістські теорії Остіна Бентама. Відповідаючи на критику про те, що люди повинні прийняти закон, щоб він мав силу, Гарт перевизначив закон як, приблизно, наказ суверена, прийнятий народом і запроваджений за допомогою санкцій. Крім того, через критику того, що утилітаризм допускає індивідуальну несправедливість через свою заклопотаність «найбільшою кількістю», Гарт впровадив у свій сучасний позитивізм принцип свободи. У цьому він мало відрізнявся від квазілібертаріансько-утилітарної філософії Джона Стюарта Мілля. Економічний аналіз права набагато краще вписується в цю останню позитивістську структуру, ніж він, можливо, хотів би визнати³⁶.

Отже, філософсько-правовим підґрунтям економічного аналізу права, узагалі, та теорії економічного аналізу права Річарда Познера, зокрема, необхідно вважати ідеї природнього права, які мали велике значення на ранніх етапах розвитку та правової думки та пізні теорії права Дворкіна та Гарта.

³⁵ Kornhauser Lewis. The Economic Analysis of Law. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2022 Edition), Edward N. Zalta (ed.) [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/legal-econanalysis/>.

³⁶ Jeremy M. Miller. Economic Analysis of Legal Method and Law: The Danger in Valueless Values. Gonzaga Law Review. Vol. 21, Issue 2, 1986. P. 430 [Електронний ресурс]. Режим доступу: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=925951; Eli Salzberger. The Economic Analysis of Law - The Dominant Methodology for Legal Research?! SSRN Electronic Journal. 2007 [Електронний ресурс]. Режим доступу: https://www.researchgate.net/publication/228242625_The_Economic_Analysis_of_Law_-_The_Dominant_Methodology_for_Legal_Research.

1.3. Підстави концепції економічного аналізу права

Якщо у попередньому підрозділі мова йшла про правові основи, на яких будується концепція економічного аналізу права, то в цьому розділі дослідження буде присвячено явищам, які лежать в основі економічного аналізу права, але які за своєю природою не завжди є правовими. Так, далі необхідно вести мову про три феномени: 1) теорія раціонального вибору; 2) правові норми як стимул для зміни поведінки; 3) обмеженість раціональності.

Теорія раціонального вибору була взята в дослідженнях теорії права з економічної теорії та поведінкової економіки, яка присвячена вивченню психологічних та соціологічних особливостей поведінки людини, що в кінцевому результаті призводить до побудови економічних моделей та збільшення прибутку. Х.С. Передало, Ю.В. Огерчук та Ю.С. Лібенко розуміють поведінкову економіку як галузь економічної теорії, яка ґрунтується на врахуванні психологічних особливостей (когнітивних, емоційних, соціальних аспектів) людських дій, рішень та сприйняття у різноманітних економічних ситуаціях³⁷. Річард Познер повсякчасно використовує поведінкові особливості людей у побудові своїх теорій. Принагідно зазначити, що свій підхід до сприйняття особливостей поведінки Познер відображає у своїй книзі – «Як судді думають»³⁸. Так, зокрема, як зазначає К.А. Корольова, «причини неправильного розуміння судової поведінки Познер бачить частково у власному бажанні суддів зберігати таємничість процесу ухвалення рішення. Секретність судових розглядів є прикладом професійної містифікації. Такі професії, як юриспруденція та медицина, надають важливі послуги, які важко зрозуміти та оцінити стороннім. Професіоналам це подобається, бо допомагає підтримувати привілейований статус. Познер стверджує, що судді переконали багатьох людей, у тому числі й самих себе, у тому, що вони використовують лише їм зрозумілі матеріали та методи, щоб будувати доктрини, які не затьмарені політикою чи невіглаством. Автор висловлює думку, що судовий менталітет не становив би

³⁷ Передало Х.С., Огерчук Ю.В. та Лібенко Ю.С. Поведінкова економіка та можливості застосування технік її впливу в сучасних організаціях // Ефективна економіка. 2019 [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.economy.nayka.com.ua/pdf/12_2019/96.pdf.

³⁸ Richard Posner. How judges think. Harvard University Press. 2010. 387 p.

великого інтересу, якби судді застосовували чіткі норми права, створені законодавцями, адміністративними органами та іншими позасудовими джерелами, до фактів, які судді та присяжні визначають без упередженості чи упереджень. Тоді суддів можна буде замінити на цифрові програми штучного інтелекту. Проте треба зазначити, що, маючи все вищезгадане, представникам романо-німецької системи права не менш цікаво, ніж керуються судді при винесенні рішень, що сильно варіюються часом у рамках одних норм. Починає автор з обговорення існуючих теорій пояснення поведінки (світоглядної, стратегічної, організаційної, економічної, психологічної, соціологічної, прагматичної, феноменологічної та легалістичної) та аргументів «за» та «проти» кожної. І саме акцент, який він робить на психології, призводить до того, що книга дає право розмірковувати про те, як судді думають, а не про судову поведінку. Познер враховує риси характеру, темперамент, расу та стать, а також особистий та професійний досвід. Політичні чи ідеологічні фактори, що впливають на винесення судового рішення можуть бути побічними продуктами особистих факторів, а не продуктами суспільних проблем (наприклад, є різниця у винесених рішеннях судді, який був раніше адвокатом або прокурором). З іншого боку, у судових рішеннях враховуються стратегічні міркування, які обов'язково пов'язані з політичними поглядами чи особистими особливостями судді. Суддя може приєднатися до позиції громадськості у резонансній справі не тому, що він згоден з ним, а тому, що вважає, що публічна незгода посилить ефект, привертаючи до нього увагу»³⁹.

Теорія раціонального вибору, по суті, є частиною поведінкової економіки і в загальному вигляді вказує на те, що середньостатистична людина при звичайних умовах буде поводитися так, щоб при максимальному збереженні своїх ресурсів досягти якомога більшого результату в сфері своєї потреби. Очевидно, це формулювання економіко-психологічного характеру може бути враховано в багатьох сферах людського буття, окрім теми цього дослідження.

³⁹ Королева Е.А. Влияние экономического анализа права на юридическое мышление // Российский журнал правовых исследований. 2019. № 3. Том 3. С. 110. [Електронний ресурс]. Режим доступу: https://www.researchgate.net/publication/340382859_The_impact_of_economic_analysis_of_law_on_legal_thinking.

Рафаель Вітек пояснює підвалини теорії раціонального вибору наступним чином. «Ключові ідеї теорії можна простежити до праць таких філософів моралі, як Адам Сміт. Згодом ядро теорії було розроблено тим, що зараз називають неокласичною економікою. Важливими є три припущення: 1) люди мають егоїстичні переваги, 2) вони максимізують свою власну корисність і 3) вони діють незалежно на основі повної інформації. Ці припущення також зустрічають все більшу критику з боку економіки, що призвело до коригування та народження «поведінкової економіки». Ця галузь використовує знання психології та когнітивної нейронауки, щоб уточнити надто спрощену й дуже стилізовану концептуалізацію *Homo Economicus*. Замість того, щоб відкидати відхилення від моделі як когнітивні аномалії, які скасовують одна одну, коли їх агрегувати на колективному рівні, поведінкова економіка та суміжні галузі намагаються розробити більш реалістичний поведінковий мікрофундамент»⁴⁰.

В.М. Штуца викладає своє бачення теорії раціонального вибору в наступний спосіб. «Постулат раціональності базується на тезі, що індивіди реагують на зміни чистого доходу, що відбувається в результаті вибору з альтернативних можливостей. Цінність в економічній теорії визначається перевагами (в умовах обмеженості), підкріпленими готовністю платити за допомогою відмови від альтернативного вибору. До цього напряму належать два піднапрями: маржинальний та *ex ante*. Метою маржинального піднапрямку є аналіз прирістних змін у системі, яка в цілому стабільна, бо він не може бути ефективним в разі глибоких змін у правових чи/або соціальних системах. Маржиналізм знову може використовуватися, коли подібна зміна відбулася для вивчення ефективності прирістних правових чи/або соціальних змін при новому положенні речей. Піднапрямок *ex ante* концентрує увагу на стимулах, суб'єктивних очікуваннях і рідко досліджує питання про те, чи були реалізовані очікувані вигоди»⁴¹.

⁴⁰ Wittek R. Rational Choice Theory. Theory in Social and Cultural Anthropology: An Encyclopedia. 2013. P. 688 [Електронний ресурс]. Режим доступу: https://www.researchgate.net/publication/281206368_Rational_Choice_Theory.

⁴¹ Штуца В.М. Концепція економічного підходу до права // Актуальні проблеми політики. 2005. Вип. 56. С. 63 [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://app.nuoua.od.ua/archive/56_2015/9.pdf.

Френк Ловет, підсумовуючи сказане у своїй праці, дещо критично ставиться до теорії раціонального вибору й зазначає, що «теорія раціонального вибору не є єдиною, монолітною, універсальною теорією соціальних явищ. Швидше, це набір інструментів, які іноді допомагають суспільствознавцям у їхніх зусиллях зрозуміти та пояснити соціальні явища. Аналогію зі статистичними методами множинної регресії варто повторити: ніхто не говорить про «проект множинної регресії» так, ніби множинна регресія — це якась широка теорія про те, як складається соціальний світ, щось, що може бути підтверджено або відхилено доказами. Також той факт, що ці інструменти не завжди корисні, не є підставою для того, щоб ми їх викинули. Зрозуміло, можуть бути надмірно захоплені практики статистики, а також теорії раціонального вибору, які продовжують використовувати свої улюблені методики, навіть якщо вони менш корисні. Що ще гірше, можуть бути навіть ті, хто стверджує, що соціальні явища, які не можна вивчати за допомогою їхніх улюблених методів, мають бути нецікавими, неважливими, не є дійсним предметом соціальних наукових досліджень або навіть не існувати. Тоді вина лежить на практиках, а не в інструментах, які вони використовують. Можна уявити собі теорію — назовемо її «теорією раціонального вибору», — яка замінила б доктрину психологічного егоїзму чи щось інше замість припущень теорії корисності. Тоді суспільствознавці можуть спробувати використати теорію раціонального вибору для побудови навмисних пояснень деяких соціальних явищ. Принаймні в деяких випадках вони можуть досягти успіху. Критична робота над теорією раціонального вибору є цінною, щоб показати нам, наскільки обмеженими ми повинні очікувати таких успіхів. Звісно, з цього не випливає, що навмисні пояснення як такі є проблематичними. Для будь-якого такого соціального явища не може бути жодного, одного чи кількох гарних пояснень. Коли є хороші пояснення, найкращим може бути навмисне, а іноді навмисне пояснення саме з психологічного егоїзму. Проте вкрай мало ймовірно, що коли-небудь існувало б одне і тільки одне найкраще пояснення для всіх можливих соціальних явищ (і, звичайно, не навмисні пояснення з психологічного егоїзму).

Швидше, теорія раціонального вибору використовується лише як набір інструментів, корисних для розробки прямих причинно-наслідкових пояснень соціальних явищ»⁴².

Хоча теорія раціонального вибору є підвалиною економічного аналізу права, сам Познер неоднозначно ставиться до цього концепту й інколи сам вказував, що хоча ця теорія сприймається як закономірність, це все ж лише теорія⁴³. З іншого боку, сам по собі факт існування теорії раціонального вибору дозволяє враховувати її як певну константу в площині прогнозування й мінливості пересічної людини, яка полягає у варіативності поведінки.

Іншою економіко-правовою підвалиною економічного аналізу є правова норма як стимул для зміни поведінки. Суттєвих успіхів у дослідженні цього питання в юридичних колах досягнув А.Г. Карапетов, зазначаючи наступне. Той факт, що як мінімум у розвинених країнах, де до правотворчості ставляться серйозно загалом, і загалом право досить ефективно регулює, модифікує та контролює людську поведінку, це є добрим доказом відносної прогнозованості та передбачуваності поведінкових реакцій більшості людей цих країн на правові стимули. Таким чином, другим наріжним каменем економічного аналізу права після моделі раціонального вибору є теза про те, що люди реагують на зовнішні стимули і такими стимулами можуть бути правові норми. Безумовно, згідно з описаною вище закономірністю учасники обороту будуть множити величину таких регуляторних витрат і вигод на відсоток ймовірності їх виникнення (тобто враховувати їх очікуване, а не номінальне значення), але, як мінімум, якщо ймовірність спрацьовування (фактичного застосування) правових норм скільки-но значуща, то величина очікуваних регуляторних витрат і вигод виявляється вище нуля і починає надавати певний вплив на поведінку. При цьому, чим вище або номінальне значення витрат і вигод, або можливість спрацьовування таких норм, тим більше цей регуляторний вплив⁴⁴. Між

⁴² Lovett F. Rational Choice Theory and Explanation. Rationality and Society. 2006. Vol. 18. № 2. P. 265-266 [Електронний ресурс]. Режим доступу: https://www.researchgate.net/publication/228350783_Rational_Choice_Theory_and_Explanation.

⁴³ Познер Р. Рубежи теории права / Ричард Аллен Познер. Москва: Издательский дом Высшей школы экономики, 2017. С. 272-273.

⁴⁴ Карапетов А. Г. Экономический анализ права [Електронний ресурс] / Артем Георгиевич Карапетов // М.: Статут. 2016. URL: <https://www.estatut.ru/download.php?trid=2424>.

іншим, у цьому контексті значимість правової визначеності підкріплюється не тільки вимогами законодавства та справедливості, а й економіко-соціальними факторами.

Обмеженість раціональності є третьою досліджуваною в цій роботі підвалиною економічного аналізу права, яка є протилежним напрямом розвитку людської раціональності, що є, швидше, результатом еволюції та збереження збалансованості інтелектуальної діяльності людини. Адже обмеженість раціональності, з огляду на тему дослідження та контекст підрозділу, полягає в тому, що за певних умов індивід з тих чи інших підстав перестає поводитися об'єктивно раціонально, що має свідчити про постійну необхідність закладати похибку дотримання правових норм, які створювалися з використанням ідей економічного аналізу права.

При цьому, обмеженість раціональності проявляється у її суб'єктивній та об'єктивній ірраціональності. Під об'єктивною ірраціональністю необхідно розуміти природні фізичні, хімічні, біологічні, психологічні, соціальні межі, перетнувши які середньостатистична людина об'єктивно втрачає можливість поводитися раціонально. Це так звані «мертві зони» людського буття, потрапивши куди людина, з раціональної точки зору, є вразливою. Суб'єктивна ірраціональність полягає у суб'єктивних (диференційних) межах конкретного індивіда, перетнувши які він чи вона втрачає можливість раціонально поводитися. У цьому контексті мова може йти про різні маргінальні групи, споживачів конкретної інформації, яка робить групу людей вразливими тощо.

Також різновидами раціональної обмеженості є когнітивні помилки, до яких час від часу вдаються люди. Карапетов А.Г. їх систематизував та охарактеризував. Так, до когнітивних помилок, які свідчать про раціональну обмеженість належать: надмірний оптимізм (численні експерименти сучасних західних дослідників підтверджують, що в середньому люди схильні переоцінювати свої можливості та недооцінювати ризики, формуючи свої плани на майбутнє. Зокрема, витрати конкретного економічного рішення, настання яких у майбутньому не гарантовано, більшість людей схильні патологічно недооцінювати. При цьому можливість отримання вигоди від здійснення трансакції люди часто схильні суттєво

переоцінювати)⁴⁵, неадекватна оцінка малої вірогідності (наша свідомість важко справляється з адекватним реагуванням на обставини, ризик виникнення яких вкрай незначний. Як зазначалося, з погляду логіки оптимального вибору ми повинні спиратися на очікуване значення витрат і вигод, тобто. множити номінальне їх значення суб'єктивно оцінюваний відсоток ймовірності їх матеріалізації. Але люди часто не здатні чітко оцінювати невеликі показники ризику: ми або повністю їх ігноруємо, або надаємо їм занадто велике значення)⁴⁶, неприємна втрата (Д. Канеман і А. Тверски свого часу вказали, що ставлення реальних людей до ризику набагато складніше і суперечливіше, ніж може здатися на основі простих уявлень про послідовність раціонального вибору. З погляду класичної моделі раціональності люди або схильні до ризику, або прагнуть його уникати. Але, як показує біхевіо-економічний аналіз, дуже часто одна і та сама людина може виявляти стратегію уникнення ризику в ситуаціях, коли йдеться про ризик виникнення збитків, і одночасно стійку схильність до ризику тоді, коли йдеться про ймовірність отримання вигоди (так званий ефект уникнення втрат, *loss aversion*). Розлади, спричинені виникненням втрат, емоційно сильніші, ніж радість від аналогічного за обсягом виграшу)⁴⁷, ефект рамки (те, як подаються насправді ідентичні альтернативи, у якій рамці структурується вибір, сильно впливає реальний вибір людей)⁴⁸, ігнорування альтернативних втрат (тісно пов'язаний з проблемою неприйняття втрат та інший збій людської раціональності, який проявляється у систематичному ігноруванні альтернативних витрат (*opportunity costs*) при здійсненні оцінки витрат та вигод різних альтернатив поведінки)⁴⁹, вибір бездіяльності (багато людей, стикаючись з вибором між бездіяльністю, яке завдає шкоди з певною ймовірністю, і таким, що завдає таку ж шкоду з тією ж ймовірністю дією, швидше в силу особливостей нашої психіки виберуть перше (так зване *omission bias*)⁵⁰, ефект володіння (суть полягає в тому, що те благо, яким людина володіє, або те право, яке за нею визнається, ним

⁴⁵ Ibid, p. 70.

⁴⁶ Ibid, p. 73.

⁴⁷ Ibid, p. 75.

⁴⁸ Ibid, p. 77.

⁴⁹ Ibid, p. 79.

⁵⁰ Ibid, p. 80.

оцінюється вище, ніж те, що він був би готовий віддати за це благо чи право, якби воно належало іншому)⁵¹, помилка ретроспективного погляду (ця особливість нашого мислення полягає в тому, що ми перебільшуємо *ex ante* ймовірність події, коли оцінюємо його *ex post* після того, як воно вже відбулося. Ретроспективно, *ex post* люди схильні перебільшувати передбачуваність того, що фактично сталося)⁵², ігнорування апріорної вірогідності (люди у своїй масі відчують великі складності щодо ймовірності тих чи інших обставин ще й тому, що наша свідомість патологічно ігнорує апріорну ймовірність і покладається на легкодоступні стереотипи, відступаючи від так званої байєсіанської теорії ймовірності. Згідно з байєсіанською моделлю визначення ймовірності, якою в теорії повинен слідувати ідеально раціональний індивід, перш ніж визначити ймовірність якоїсь обставини, ми повинні суб'єктивно оцінити вихідну ймовірність (поширеність того чи іншого явища), а потім, додаючи нові специфічні чи експериментальні дані, з урахуванням них коригувати нашу вихідну оцінку)⁵³, здатність враховувати малу кількість змінних⁵⁴, обмежені математичні здібності⁵⁵ та проблема самоконтроля⁵⁶.

Отже, економічний аналіз права має свій фундамент, до якого входять не тільки правові концепції та феномени, але й постулати інших наук, такі як: теорія раціонального вибору, правові норми як стимул для зміни поведінки, обмеженість раціональності.

1.4. Нормативна теорія судочинства в концепції економічного аналізу права

Природньо, що будь-яка теорія права, як і норма права є дієвою й «живою» на стільки, на скільки вона є захищеною судом. Концепція економічного аналізу права вибудовувалася, у тому числі, на судовому механізмі захисту прав. Чи не найвідоміший представник економічного аналізу права – Річард Познер, сам постійно

⁵¹ Ibid, p. 81.

⁵² Ibid, p. 83.

⁵³ Ibid, p. 84-85.

⁵⁴ Ibid, p. 86.

⁵⁵ Ibid, p. 86.

⁵⁶ Ibid, p. 87.

суміщав свою наукову роботу з суддівською. І присвятив чимало праць професії судді та дослідженню взаємодії постулатів економічного аналізу права та суддівської діяльності.

Левіс Корнхаузер ґрунтовно підійшов до аналізу судочинства, одного з базових елементів існування економічного аналізу права. Він сформулював дві теорії судочинства: судочинство в політичній економії та в аналізі політики. Так, він вказує наступне в характеристиці цих теорій.

«Політична економія напряму економічного аналізу права містить два напрямки, які суперечать один одному. З одного боку, напрямок радикальної політичної економії прагне лише пояснити юридичні явища, а не прописати структуру правових інститутів чи зміст окремих правових норм. У цьому напрямі політичної економії можна знайти позитивну теорію судового розгляду, але не нормативну теорію. Дійсно, позитивна теорія стверджує, що судді прагнуть відстоювати свої інтереси. Зазвичай ці інтереси визначають як політичні інтереси, тобто інтереси просування певної політики. Другий напрям політичної економії, конституційна політична економія, має нормативні цілі. Передбачається, що політичні суб'єкти будуть діяти в корисливих умовах в рамках існуючих політичних інститутів, але агенти будуть діяти більш неупереджено при розробці політичних інститутів, у рамках яких вони працюватимуть. Нормативна теорія судового розгляду справді виникає з цього напрямку політичної економії, але вона суттєво відрізняється від нормативної теорії, схваленої напрямком аналізу політики в економічному аналізі права. Для конституційної політичної економії нормативна теорія судового розгляду має бути структурною; він повинен описувати структуру судового розгляду. Таким чином, теорія не може прямо диктувати судову мотивацію, оскільки, відповідно до політичної економії, судді завжди будуть діяти в корисливих інтересах. Однак судові інституції можуть бути розроблені таким чином, щоб краще узгоджувати інтереси суддів з інтересами розробника конституції»⁵⁷.

⁵⁷ Kornhauser Lewis. The Economic Analysis of Law. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2022 Edition), Edward N. Zalta (ed.) [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/legal-econanalysis/>.

«У 1975 році Ландес і Познер запропонували обґрунтування незалежності судової влади, яку часто розуміють як нормативну теорію судового розгляду в рамках традицій конституційної політичної економії. На думку Ландеса і Познера, незалежна судова влада служить інтересам законодавців, які намагаються нав'язати свою політику юрисдикції на період, який перевищує тривалість їхньої більшості в законодавчому органі. Як наслідок, вони вважають, що в їхніх інтересах, щоб судова влада забезпечувала виконання початкової угоди, укладеної в усіх законодавчих актах. Цей аргумент містить нормативну теорію тлумачення закону. Судді повинні забезпечити виконання угод, досягнутих законодавчим органом, який прийняв статут. У зв'язку з цим суддя ігнорує думку чинної законодавчої більшості. Вона також уникає тлумачення статуту з точки зору її власних політичних уподобань. Слід зазначити, що з точки зору конституційної політичної економії аргументація Ландеса і Познера є неповною. Свою теорію незалежності суддів вони обґрунтовують інтересами законодавців. Інтереси законодавців у існуючих законодавчих інституціях можуть не збігатися з інтересами розробника конституції»⁵⁸.

Власне, у зазначеній характеристиці теорії судочинства наріжним каменем виступає функція суду, а також визначення способу телеологічного тлумачення права.

Далі Левіс Корнхаузер продовжує. «Нормативна теорія судового розгляду, яка присутня як в аналізі політики, так і в доктринальному аналізі, впливає з раннього твердження Познера про те, що загальне право має бути ефективним. Теорії по суті ідентичні. Ці два проекти відрізняються лише серйозністю, з якою вони сприймають реальну поведінку. Аналіз політики ґрунтується на поведінковій претензії і, отже, має розглядати фактичну поведінку, викликану юридичними нормами, тоді як доктринальний аналіз часто, здається, спирається лише на «ефективність» в рамках певної визначеної моделі. Нормативна теорія судового розгляду була однією з найперших заяв, висунутих в економічному аналізі права. Познер (1973, 1979, 1980, 1985, 1990, 1995) стверджував, що загальне право має бути ефективним. Він інтерпретував ефективність як «максимізацію багатства», але потім інтерпретував

⁵⁸ Ibid.

максимізацію багатства як «готовність платити». Ця інтерпретаційна позиція привела до аргументу, що судді у справах (загального права) повинні обрати юридичну норму, яка максимізує відношення вигод до витрат, виміряних сумою індивідуальних готовностей платити»⁵⁹.

«Твердження Познера викликали великі суперечки наприкінці 1970-х і на початку 1980-х років. Двадцять років потому Каплоу та Шавелл відновили та переглянули твердження Познера. Перегляд мав дві складові. По-перше, і найголовніше, вони обрали соціалізацію загалом, а не аналіз витрат і вигод, зокрема, як нормативну основу для винесення рішення. Таким чином, аналіз витрат і вигод є формою оцінки добробуту; але аргумент Каплоу та Шавелла дозволяє їм уникнути різноманітної критики аналізу витрат і вигод. По-друге, Каплоу і Шавелл не виступають насамперед за нормативну теорію судового розгляду. Швидше, вони стверджують, що оцінка правових норм та інститутів науковцями має бути соціологічною. Проте вони припускають, що судді загалом мають такі ж обов'язки щодо оцінки, як і сторонні аналітики»⁶⁰.

Принагідно зазначити, що економічний аналіз права все більше використовується судами під час розгляду справ. Так, за підтримки Міжамериканського Банку Розвитку було розроблені рекомендації судам як треба застосовувати економічний аналіз права у судочинстві. Окрім картельних справ, застосування законодавства про конкуренцію завжди в тій чи іншій формі передбачає економічний аналіз. Важливим елементом, як правило, є розмежування відповідного ринку, і остаточне питання полягає в тому, чи мала підозрювана поведінка антиконкурентний ефект, чи, ймовірно, матиме антиконкурентний ефект. Для розумного та переконливого розмежування ринку або оцінки конкурентного впливу необхідний різного роду економічний аналіз. Економічний аналіз надає не тільки конкретні інструменти, корисні для аналізу конкретних питань, але й важливу логіку, яка наводить порядок у хаосі фактичних обставин реального світу. Таким чином, успішне подання (некартельної) справи про конкуренцію судді вимагає ефективної

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid.

передачі економічного аналізу в спосіб, зрозумілий для тих, хто не обов'язково мав спеціальну економічну підготовку та хто може не мати попереднього досвіду роботи з конкурентним законодавством. Це часто є важким завданням. Хоча найкраща практика в будь-якій конкретній справі буде залежати від особливостей справи та застосовних процедурних правил, досвід правоохоронних органів США пропонує три загальні принципи ефективного та результативного представлення суддям складного економічного аналізу. По-перше, економічний аналіз має бути повністю інтегрований у презентацію справи. Загалом контрпродуктивно розглядати економічний аналіз як окремий і дискретний елемент доказу. По-друге, економічний аналіз має бути повністю і ретельно пояснений у зрозумілих термінах, інакше суддя навряд чи покладатиметься на нього. По-третє, думки економістів мають міцно ґрунтуватися на моделях та методах економіки та, коли це доречно, бути емпірично підтвердженими. Економісти є найбільш переконливими, коли не виходять за межі сфери своєї компетенції та не займають позицію адвоката, зокрема, у судових спорах⁶¹.

Отже, здійснення судочинства є одним із фундаментальних засад економічного аналізу права. Більше того, суд є безпосереднім майданчиком для практичного застосування концепції економічного аналізу права та дозволяє відокремити ефективні інструменти застосування економічного аналізу права від неефективних.

⁶¹ The Role of Economic Analysis in Judicial Decisions. Note by the United States. LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM. 2008. P. 2-3 [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/us-submissions-oecd-and-other-international-competition-fora/economicanalysis.pdf>.

Висновки до розділу

У розділі досліджено підвалини економічного аналізу права – постулати на яких виник, розвивається й функціонує економічний аналіз права. У ході історичного дослідження ідей економічного аналізу права було з'ясовано, що цей концепт досліджувався й надалі розробляється в рамках різних правових шкіл: чиказької школи «права та економіки», теорії громадського вибору, інституційної школи «права та економіки», нової інституційної економіки, згадано нью-хейвенську школу, сучасний громадський республіканський та австрійський підходи.

Вивчено природу права, яка закладена в основу економічного аналізу права, і визначено значимість природнього та позитивного права. Проведено дослідження обміном думок між Г. Гартон та Р. Дворкіним, які висловили погляди на природу права, що було враховано в контексті дослідження економічного аналізу права.

Подальші дослідження обраної теми цієї роботи дозволили виділити та проаналізувати не правові підвалини права, які, фактично, потрапили в площину права з економічної теорії та мають базове значення для розвитку концепції економічного аналізу права, серед них: теорія раціонального вибору, правові норми як стимул для зміни поведінки, обмеженість раціональності.

В останньому підрозділі було коротко досліджено значимість суду та судочинства в процесі формування поглядів на економічний аналіз права, що відобразилося у формулюванні двох теорій судочинства.

РОЗДІЛ 2. ОСНОВНІ ПОЛОЖЕННЯ ЕКОНОМІЧНОГО АНАЛІЗУ ПРАВА ЗА РІЧАРДОМ ПОЗНЕРОМ

У цьому розділі будуть досліджені основні положення економічного аналізу права Річарда Познера, його погляди на економічний аналіз права. Буде проведено дослідження позитивного та нормативного аспектів економічного аналізу права, а також буде досліджено критика його поглядів на економічний аналіз права.

2.1. Поняття економічного аналізу права.

За словами Л. Роббінса, економічна теорія – це наука, яка досліджує людську поведінку, як співвідношення між цілями та обмеженими засобами, які мають альтернативні варіанти використання. При цьому, економічна теорія має низку емпіричних підтверджень деяких моделей поведінки людини, у той час як емпірики не вистачало великій кількості суміжних сфер, таких як, політологія та право⁶². Таким чином, цими сферами почалося запозичення методології економічної науки. У результаті цього, з'явилася велика кількість міжгалузевих дисциплін, серед яких і вищезгаданий економічний аналіз права.

Джон Мейнард Кейнс зазначав, що велика кількість людей, які займаються практичною діяльністю і вважать себе незалежними від зовнішнього когнітивного впливу, самі того не розуміючи стають рабами одного з економістів минулого. Система поглядів нормотворця, юриста, вченого напряму залежить від економічних поглядів, які він, можливо навіть несвідомо, засвоїв та закріпив у якийсь період свого життя. Це вказує на значущість впливу економічної теорії на правову науку¹.

Під економічним аналізом права розуміється система знань, яка вивчає шляхи досягнення економічного благополуччя через призму створення необхідних правових інституцій та впровадження відповідного законодавчого забезпечення, а також досліджує економічні передумови у будь-якій юридичній діяльності.

⁶² Роббінс Л. Предмет экономической науки [Електронний ресурс] / Лайонел Роббінс // Thesis. 1993. URL: https://igiti.hse.ru/data/058/314/1234/1_1_1Robb.pdf.

Річард Познер, застосовуючи економічний аналіз, розглядає право, як механізм ефективного розподілу ресурсів, при цьому ефективність варто розглядати як максимізацію економічного благополуччя⁶³. Дане твердження означає, що при вирішенні питання юридичної відповідальності, при прийнятті нормативно-правових актів, при винесенні судових рішень чи прийнятті будь-яких інших юридичних актів, перш за все, необхідно враховувати розмір можливої вигоди та витрат. Для підтвердження цієї тези та практичного застосування економічного аналізу права, розглянемо справу, наведену Річардом Познером у своїй роботі «Межі теорії права», яка ілюструє можливі умови обмеження свободи слова через призму економічного аналізу. Перш за все, він вводить наступні змінні: *B* – вигоди, які можуть мати місце від спірного вислову; *H* – реальні збитки (витрати), які спровокує спірний вислів; *O* – образливість вислову (пов'язується із завданням моральної шкоди; витрати), *p* – вірогідність настання реальних збитків, якщо спірне висловлювання буде дозволене; *d* – змінна, по якій дисконтуються майбутні вигоди чи витрати, у порівнянні із теперішнім часом; *n* – кількість років з моменту висловлювання до моменту понесення витрат; *A* – витрати, понесені із впровадженням заборони на дане висловлювання. За таких умов, висловлювання повинне бути дозволене, якщо,

$$B \geq pH / (1+d)^n + O - A.$$

Таким чином, спірне висловлювання повинне бути дозволене тоді, коли вигоди від вислову дорівнює або перевищує витрати⁶⁴. Ця формула слугує яскравим прикладом економічного аналізу права та його практичного застосування.

Основною ціллю права, з точки зору економічного аналізу права, є розвиток економічного благополуччя. Під економічним благополуччям варто розуміти сукупність економічних благ, кількість яких є обмеженою, порівняно з попитом на них, які в результаті цього стають об'єктом цивільного обороту і набувають певну грошову оцінку⁶⁵. Економічне благополуччя є важливим для суспільства, оскільки

⁶³ Познер Р. Экономический анализ права : В 2-х т./ Ричард Аллен Познер. Санкт-Петербург: Экономическая школа, 2004. Т.1. С. 3-20.

⁶⁴ Познер Р. Рубежи теории права / Ричард Аллен Познер. Москва: Издательский дом Высшей школы экономики, 2017. С. 70-105.

⁶⁵ Карапетов А. Г. Экономический анализ права [Електронний ресурс] / Артем Георгиевич Карапетов // М.: Статут. 2016. URL: <https://www.estatut.ru/download.php?trid=2424>.

воно призводить до процвітання, яке покращує становище соціуму, порівняно з тим, у якому стані соціум опинився б без такого процвітання⁶⁶. При цьому, для ефективного функціонування суспільства необхідні й інші цілі права, які іноді вступають у конфлікт з класичним розумінням економічного аналізу права.

Річард Познер зазначав: «Основна функція права з економічної точки зору, чи з точки зору максимізації благополуччя полягає у зміні стимулів». Мається на увазі те, що регулювання об'єму незаконної діяльності, яка проявляється у завданні шкоди з необережності чи умисно, порушенні умов договору чи вчиненні злочину, полягає у корегуванні цін, відображених у нормах права. Для зменшення об'єму такої діяльності необхідно просто підвищити її ціну за рахунок збільшення покарання, яке буде достатнім, щоб змінити поведінку індивідів на бажану⁶⁷.

Застосування економічного аналізу права можливе на практиці, так як ця концепція ґрунтується на біхевіористичних дослідженнях. В основі економічного аналізу права лежить теза, що людина є раціональною істотою, так звану «*homo economicus*» – людиною економічною, або людиною з обмеженою раціональністю, що підтверджується когнітивними дослідженнями, оскільки людина, маючи можливість отримати економічну вигоду, не завжди цією можливістю користується.

«Обмеженість раціональності» зумовлена психологічними та духовними особливостями людини, як істоти. Цієї думки притримувався Платон, на думку якого іноді нераціональна поведінка людини бере свій початок з «тимосу», однієї з частин людської душі, яка є проявом «праведної справедливості». У свою чергу, як зазначив Гегель, «тимос» проявляється у двох формах: ізотомії та мегалотомії. Ізотомія – це бажання людини бути визнаною на рівні з іншими людьми. Мегалотомія – бажання людини бути визнаною вище за інших⁶⁸. Таким чином, навіть бажаючи досягти економічного благополуччя, для людини має значення яким способом воно

⁶⁶ Меркуро Н. Экономическая теория и право: от Познера к постмодернизму и далее / Н. Меркуро, С. Медема. Москва: Институт Гайдара, 2019. С.126-210.

⁶⁷ Познер Р. Рубежи теории права / Ричард Аллен Познер. Москва: Издательский дом Высшей школы экономики, 2017. С.70-105.

⁶⁸ Фукуяма Ф. Конец истории и последний человек [Електронний ресурс] / Фрэнсис Фукуяма // Издательство АСТ, 2004. URL: http://www.lib.ru/POLITOLOG/FUKUYAMA/konec_istorii.txt.

досягнуте, тобто варто враховувати, окрім економічного, моральний і правовий аспекти цього питання.

Отже, використовуючи надбання біхевіористичних досліджень, застосування економічного аналізу права, теоретично, за конкретних умов, може передбачити потенційну поведінку людей. По-суті, економічний аналіз права став однією із перших концепцій, яка дозволила перевести мову права на новий рівень – рівень класичної науки та математичних формул.

Тим не менше, цей підхід зіштовхнувся з великою кількістю критики, так як не враховує деякі потреби держави та суспільства. Перш за все, застосування відособлено від інших концепцій економічного аналізу, нівелює людину, як самоцінність. Незважаючи на важливість економічного благополуччя, підґрунтям для його втілення є саме право людини на життя, людська гідність, і навіть порівнюючи певне економічне благо та життя людини, недопустимо віддавати перевагу благові.

Економічний аналіз права може бути застосовний при вирішенні певних питань лише як допоміжна концепція, яка не повинна суперечити основоположним принципам права, таким як законність, правова визначеність, заборона свавілля, доступ до правосуддя, дотримання прав людини, недискримінація та рівність перед законом та враховувати соціальні норми і мораль суспільства. У цей же час, економічний аналіз повністю нівелює застосування соціальних норм при вирішенні конкретних питань.

При цьому ситуація, коли головною ціллю права визнається економічне благополуччя, може призвести до неспроможності функціонування цієї системи, передумовою чого стане підриг інститутів громадянського суспільства, а держава та соціум перетворяться на суб'єктів, зацікавлених виключно у отриманні прибутку.

Рональд Дворкін зазначає, що нормативна неспроможність економічного аналізу права підриває позитивні аспекти даного підходу, оскільки економічна теорія за своєю природою є неповною. Щоб досягти розподілу ресурсів, яке створено вільним ринком, необхідно встановити призначення початкових прав на ці ресурси, оскільки розподіл встановить результат трансакційного процесу. Іншими словами,

заклучний розподіл прав призведе до надання такого права виключно особі, яка з цим правом зможе досягти найбільшої вигоди⁶⁹.

Таким чином, Дворкін вказує, що судді, приймаючи рішення, керуються швидше неекономічним розумінням права, ніж прихованим економічним⁷⁰.

Економічний аналіз права вводить нове розуміння справедливості, яке у полягає у тому, що рішення буде справедливим тоді, коли буде ефективним⁷¹. На нашу думку, справедливість рішення дійсно залежить від його ефективності, але частково. При прийнятті будь-якого акту, потрібно враховувати моральність, якої не вистачає економічному аналізу. Однак не всі науковці та практики підтримують цей підхід. Найчастіше, даний підхід суперечить визнаними державою та суспільством правом на життя, правом на повагу до честі та гідності і деяким іншим правам. Прикладом надання переваги праву на життя може слугувати Рішення Федерального Конституційного Суду Німеччини від 15 лютого 2006 року⁷², про яке детальніше ми говоритимемо у наступному розділі.

Загальна критика застосування суддею Познером економічного аналізу права, що виникає при вивченні його думок, полягає в тому, що Познер застосовував свої теорії таким чином, щоб пропагувати консервативну ідеологію⁷³.

Той факт, що застосування Познером економічного аналізу може підтримати деякі ліберальні позиції, не звільняє Познера від політичної упередженості у його застосуванні. Критика ж стосується не висновків Познера як таких, а, швидше, міркувань, що привели до таких висновків⁷⁴.

Познер використовував економічний аналіз лише в невеликій частині своїх думок. Науковець не завжди чітко зазначав про власне застосування економічного аналізу на практиці. Більше того, у своїх роботах він не висвітлював питання умов, за яких доцільно чи недоцільно використовувати економічний аналіз права⁷⁵.

⁶⁹ Познер Р. Утилітаризм, економіка и теория права / Ричард Аллен Познер. 2017. С. 46–89.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Sandel M. Justice: What's the right thing to do [Електронний ресурс] / Michael Sandel. URL: https://www.academia.edu/4110296/Justice_Whats_the_Right_Thing_to_Do_by_Michael_Sandel.

⁷² Избранные решения Федерального Конституционного Суда Германии. Москва: Инфотропик Медиа, 2018. С. 45-50.

⁷³ Cohen G. Posnerian jurisprudence and economic analysis of law: the view from the bench [Електронний ресурс] / George M. Cohen // University of Pennsylvania Law Review. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/190885473.pdf>.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid.

У низці проваджень, у яких головував Познер, суддя умисно не використовував економічний аналіз права, так як його використання призводило б до результату, з яким не погоджувався сам Познер. Наприклад, у справі «Сполучені Штати проти Елай»⁷⁶, суддя призначив захисника «від держави» малозабезпеченому підсудному, якому висунули звинувачення у продажі кокаїну. Потім суддя відхилив клопотання відповідача про заміну захисника, якого обрав обвинувачений. Апеляційний суд, в особі судді Познера, постановив, що не було порушено шостої поправки, і відповідно, не було порушено права на захист. Познер стверджував, що шоста поправка «спрямована не на максимізацію вільного вибору адвоката, а на запобігання несправедливому засудженню чи незаконному засудженню». Економічний аналіз права, у свою чергу, підтримує надання підсудному адвоката, якого він самостійно обрав у цій ситуації. Вибір власного адвоката зменшив би розмір витрат для сторін. Якби Познер використовував економічний аналіз, потрібно було дозволити підсудному обрати адвоката і розмір витрат зменшився б⁷⁷.

Окрім цього, Познер не визнавав обмеженість методології економічного аналізу права. Ним не було враховано фінансову та інформаційну обмеженість суб'єктів ринку, що може призвести до нездійсненності угоди, прикладом чого може слугувати справа «Мерріт проти Фолкнера»⁷⁸. Визначення умов та даних, необхідних для застосування економічного аналізу, робить цю концепцію дорогою. Більше того, належне виконання цього аналізу вимагає використання емпіричних даних, які в більшості випадків є недоступними⁷⁹.

За відсутності достатніх даних, аналіз не надає чітких результатів. Методологія Познера страждає не тільки від невизначеності, а й від неповноти. Ця слабкість найяскравіше проявляється в теорії Познера про конституційне тлумачення. Спираючись на свою теорію про «утилітарні уявлення» та «політичну розсудливість», Познер безуспішно шукає логічне, практичне та економічне обґрунтування

⁷⁶ United States v. Ely [Електронний ресурс]. 1998. URL: <https://casetext.com/case/us-v-ely-4>.

⁷⁷ Cohen G. Posnerian jurisprudence and economic analysis of law: the view from the bench [Електронний ресурс] / George M. Cohen // University of Pennsylvania Law Review. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/190885473.pdf>.

⁷⁸ Merritt v. Faulkner [Електронний ресурс] // 1982 URL: <https://casetext.com/case/merritt-v-faulkner-2>.

⁷⁹ Cohen G. Posnerian jurisprudence and economic analysis of law: the view from the bench [Електронний ресурс] / George M. Cohen // University of Pennsylvania Law Review. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/190885473.pdf>.

індивідуальних конституційних прав. Не дивно, що теорія Познера не є корисною для справ про конституційні права, оскільки конституційні права мають мало спільного з економікою, оскільки вони в першу чергу стосуються справедливості, а не ефективності. Економічна теорія просто не збігається з думкою, що воля більшості повинна визначати розподіл доходів і політичну владу в суспільстві. Верховний суд Сполучених Штатів Америки визнав, що захист прав особистості часто заважає волі більшості, проте він зазначив, що такий захист необхідний через невизначену легітимність існуючої структури влади⁸⁰.

Однак, більшість критики пов'язана не із встановленням недоліків економічного аналізу права, а з професійною діяльністю судді Познера та використанням концепції на практиці, що жодним чином не доводить незастосовність економічного аналізу права.

2.2. Позитивний та нормативний аспекти економічного аналізу права.

Економічний аналіз права варто розглядати у двох вимірах: позитивному та нормативному⁸¹.

Позитивний аспект економічного аналізу права націлений на дослідження питання, як право може забезпечити економічний розвиток населення та пошук правових рішень, за допомогою яких можна досягти економічного розвитку⁸².

Нормативний аспект економічного аналізу права направлений на дослідження правових інститутів, за допомогою яких можна досягти вже згаданого економічного розвитку⁸³.

Важливим елементом економічного аналізу, який допомагає певним чином оцінити вже пройдений етап на шляху до економічного благополуччя є економічна ефективність. До сьогодні, не існує єдиного підходу до розуміння ефективності і

⁸⁰ Дорохин В. С. Ричард Познер и его теория максимизации благосостояния [Електронний ресурс] / Виктор Саркисович Дорохин // Концепция права. 2017. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/richard-pozner-i-ego-teoriya-maksimizatsii-blagosostoyaniya/viewer>.

⁸¹ Познер Р. Экономический анализ права : В 2-х т. / Ричард Аллен Познер. Санкт-Петербург: Экономическая школа, 2004. Т.1. С.30-36.

⁸² Карапетов А. Г. Экономический анализ права [Електронний ресурс] / Артем Георгиевич Карапетов // М.: Статут. 2016. URL: <https://www.estatut.ru/download.php?trid=2424>.

⁸³ Ibid.

навіть, незважаючи на їхню різноманітність, кожен із них має як свої недоліки, так і переваги. Найбільш відомими та значущими підходами є економічна ефективність за принципом Парето та економічна ефективність за принципом Калдора-Хікса⁸⁴.

Відповідно до економічної ефективності за принципом Парето, рівень економічного благополуччя буде зростати тоді, коли людина або певна група внаслідок здійснення певних дій, таких як укладення договору, чи внесення змін до законодавства, збільшить власне економічне благополуччя за умови, що інші не понесуть жодних втрат. Завдяки цьому, вільний ринок варто розглядати найкращим механізмом для досягнення ефективності за Парето. Іншими словами, створюючи реальні важелі забезпечення принципу свободи договору, кількість правочинів збільшиться і, як наслідок, певні блага швидше стануть власністю осіб, які зможуть раціонально та ефективно їх використовувати, що потягне за собою зростання економічного благополуччя⁸⁵.

Таким чином, завданням права стає створення необхідних умов для здійснення максимальної кількості транзакцій. Збільшення економічної ефективності за Парето можливе тоді, коли держава зможе на законодавчому рівні розширити обсяг принципу свободи договору, забезпечувати надійну систему захисту договірних прав. Для реалізації згаданих завдань право повинно підтримувати розвиток різноманітних інститутів, що здатні спростити пошук контрагентів, процедуру укладення договорів та гарантувати належний рівень судового захисту договірних прав⁸⁶.

Однак, застосування критерію максимізації економічної ефективності за даним принципом неможливе у повній мірі з огляду на наступне. Більшість правових норм на практиці діють по-іншому і не є за своєю природною «економічно-нейтральними», оскільки створення умов для розвитку економічного благополуччя однієї частини населення, призводить до економічних втрат та погіршення рівня економічного благополуччя для іншої частини (так званий «економічний пиріг»). Прикладом може слугувати введення обов'язкового страхування цивільної відповідальності для

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Карапетов А. Г. Свобода договора и её пределы [Електронний ресурс] / А. Г. Карапетов, А. И. Савельев // Статут. 2012. URL: <http://m-lawbooks.ru/wp-content/uploads/2018/11/005-kniga-1.pdf>.

⁸⁶ Ibid.

власників транспортних засобів. Безумовно, рівень економічного достатку страховиків та страхувальників, у яких настав страховий випадок, збільшується. Однак все це відбувається за рахунок падіння економічного благополуччя страховиків, у яких страховий випадок не настав і, відповідно, які не отримали жодної користі за сплачені кошти⁸⁷. Таким чином, говорити про абсолютну ефективність за принципом Парето, у сьогоденних реаліях, просто неможливо.

Розв'язання проблеми правових рішень, у результаті яких є сторона, що зазнала збитки, пропонується класичним утилітаризмом Джеремі (Ієремії) Бентама. За цієї концепцією, Бентам пропонував правотворцю порівнювати рівень щастя та задоволення, яке отримує переможець від рішення, зі стражданнями, які відчувають переможені. Однак запропонована ідея також має низку недоліків, серед яких основним виступає той фактор, що неможливо виміряти рівень щастя та страждань осіб, так як усі ці відчуття у людей індивідуальні та не існує певного мірила для визначення рівня, кількості чи інтенсивності цих відчуттів. Отже, порівняння «витрат» та «прибутків» може здійснюватися лише на основі інтуїтивного балансування інтересів та цінностей⁸⁸.

Другим підходом є економічна ефективність за принципом Калдора-Хікса. За даним принципом, економічно-ефективним та справедливим стане будь-яке рішення, яке приносить переможцям більшу вигоду, ніж розмір загальних витрат переможених. За таких умов, головним завданням права постає створення умов для максимізації загальної вигоди та мінімізації витрат, незважаючи на особу, на яку ці витрати покладаються⁸⁹.

Критика цього підходу вбачається у наступному. Цей критерій не враховує закон *diminishing marginal utility*, так як кожен новий долар, який отримує особа, що знаходиться за межею бідності, грає для неї велику роль, має надзвичайну цінність, що не можна сказати про долар, який надходить на рахунок мультимільйонера. Таким чином, неможливо врахувати суб'єктивну цінність певного предмету. Саме тому

⁸⁷ Карапетов А. Г. Экономический анализ права [Електронний ресурс] / Артем Георгиевич Карапетов // М.: Статут. 2016. URL: <https://www.estatut.ru/download.php?trid=2424>.

⁸⁸ Познер Р. Рубежи теории права / Ричард Аллен Познер. Москва: Издательский дом Высшей школы экономики, 2017. С. 37-69.

⁸⁹ Ibid.

класичний економічний аналіз права встановлює, що долар має однакову цінність, незалежно від особи, яка його отримала чи втратила. Це своєрідна фікція, яка є необхідною для функціонування економічного аналізу права⁹⁰.

На нашу думку, застосування принципу Калдора-Хікса може суперечити основоположній меті права. Називаючи рішення справедливим через призму його ефективності, економічний аналіз права не враховує інтересів фінансово-незабезпеченої верстви населення. Дж. Роулз у своїй роботі «Теорія справедливості» зазначає, що будь-яке рішення не повинно шкодити інтересам лише найбільш незахищеної частини населення та функціонувати за його рахунок⁹¹. Коли ми говоримо про певні акти, видані державою, вони повинні відповідати принципам рівності та справедливості (при чому справедливості відносно усіх суб'єктів, всеосяжної справедливості) і ніколи не можуть ігнорувати права та інтереси певної частини населення.

З точки зору економічного аналізу права, не прив'язуючись до жодного підходу розуміння ефективності, морально правильним і справедливим буде будь-яке рішення, яке призводить до економічного благополуччя. Однак це твердження є суперечливим, адже не враховує, що збільшення економічного благополуччя однієї частини людей може призвести до економічного пригнічення інших.

Розглянемо справу, яка відбулася у кінці XX століття і отримала назву справа «*Ford Pinto*». У 1970 році автомобільна компанія *Ford* презентувала нову модель *Pinto*. Під час краш-тесту було виявлено, що при зіткненні ззаду відбувається витік бензину із системи подання пального. Незважаючи на це, автомобіль було допущено до продажу. Результатом такого рішення стало близько 500 смертей, які трапилися через загоряння пального. Провівши усі необхідні розрахунки, компанія встановила, що витрати на внесення конструктивних змін до автомобіля складатимуть 121 мільйон доларів, у той час як витрати по виплаті компенсації жертвам аварій – 50

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Роулз Д. Теория справедливости [Електронний ресурс] / Джон Роулз. URL: <https://gtmarket.ru/laboratory/basis/6642>.

мільйонів доларів. У результаті проведених розрахунків, компанія *Ford* вирішила не відзивати автомобілі⁹².

Цей приклад ілюструє примат економічного благополуччя над забезпеченням права на життя і з точки зору економічного аналізу права таке рішення буде справедливим. Безумовно, справедливість цього рішення є сумнівним. Незважаючи на економічну ефективність цього рішення, у сучасній правовій державі людське життя не може мати грошову оцінку.

Окрім цього, за допомогою даних принципів можна виправдовувати деякі прояви суспільно-небезпечної поведінки. За принципом Калдора-Хікса можна виправдати крадіжку, якщо предмет злочину відіграє важливішу роль для злочинця, ніж для потерпілої сторони. Більше того, навіть добровільне повернення до рабства у деяких випадках може бути набагато ефективнішим, ніж наймана праця⁹³. Однак, навіть за таких умов, варто звертати увагу на довгострокові перспективи та не забувати про основоположні права людини і принципи правової держави.

2.3. Критика поглядів Річарда Познера на економічний аналіз права

Складність і багатогранність теорії економічного аналізу права свідчить про значні перспективи її використання у законодавчій і практичній діяльності. Але складність теорії Річарда Познера так само свідчить про наявність її недоліків.

Першим недоліком поглядів Річарда Познера є сприйняття теорії раціонального вибору як непохитної константи. Річ у тім, що в побутовому житті пересічні люди далеко не завжди демонструють себе як винятково раціональних істот. Це, зокрема, пов'язано й з тим, що рівень розвитку сучасного маркетингу досягнув такого рівня, що людина, майже, перманентно перебуває під інформаційним впливом, який підштовхує її до суб'єктивно ірраціональної поведінки. А.Г. Карапетов у цьому контексті зазначає, що теорія раціонального вибору не може сприйматися як непорушена істина ще й тому, «що, мабуть, немає підстав очікувати на формування

⁹² Sandel M. Justice: What's the right thing to do [Електронний ресурс] / Michael Sandel. URL: https://www.academia.edu/4110296/Justice_Whats_the_Right_Thing_to_Do_by_Michael_Sandel.

⁹³ Карапетов А. Г. Экономический анализ права [Електронний ресурс] / Артем Георгиевич Карапетов // М.: Статут. 2016. URL: <https://www.estatut.ru/download.php?trid=2424>.

такої критичної маси «раціональних споживачів», які зможуть своїми глибокими знаннями в економіці адекватно оцінювати співвідношення ціни та супутніх умов та зіставляти їх з умовами конкурентів і тим самим змусити постачальників конкурувати між собою не тільки щодо ціни, але й щодо периферійних умов договору, компаніям немає сенсу щодо таких умов намагатися догодити споживачеві. У результаті, навіть якщо окремий споживач виявиться надзвичайно розважливим і усвідомить всю небезпеку або ризики, які таїть цю умову, і спробує звернутися до конкурентів, то він, швидше за все, знайде у них або такі ж, або ще жорсткіші умови»⁹⁴.

Теорія економічного аналізу права Познера прагне до забезпечення «ефективності» заради задоволення потреб індивіда. Але сам науковець належно не обґрунтував чи такі погляди необхідно ототожнювати з утилітаризмом, який спрямований на задоволення потреб ціною навіть соціального блага.

Вбачається суперечливість «нормативного» аспекту економічного аналізу. Так, Річард Познер зазначав, що юрист-економіст не може бути творцем соціальних змін, хоча в інших місцях своїх робіт явно пропонує соціальні зміни на основі застосування економічного методу, а не етичного аналізу.

На думку, Джеремі Міллера, суд загального права сформувався з плином часу, як суд, що ухвалює рішення за нормами природного права, а Річард Познер безпідставно обґрунтовує появу суду саме загального права безпосередньо на підставі економічної еволюції, що є не зовсім переконливим⁹⁵. При тому, що сам суддя Познер не рідко був суб'єктом дорікань чому він розглядає свої справи керуючись не підходами економічного аналізу права, а моральними поглядами.

Отже, теорія економічного аналізу права Річарда Познера є настільки розлогою й далекоглядною, що поки не видається за можливе передбачити логічні зв'язки або їх відсутність та вплив цього на законодавчу й судову практику. Можливо, і сам суддя Познер з пересторогою вдається до застосування свого підходу.

⁹⁴ Ibid, с. 262.

⁹⁵ Jeremy M. Miller. Economic Analysis of Legal Method and Law: The Danger in Valueless Values. Gonzaga Law Review. Vol. 21, Issue 2, 1986. P. 435 [Електронний ресурс]. Режим доступу: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=925951.

Висновки до другого розділу

Підсумовуючи вищевикладене, економічний аналіз права варто розуміти як систему знань, яка вивчає шляхи досягнення економічного благополуччя через призму створення необхідних правових інституцій та впровадження відповідного законодавчого забезпечення, а також досліджує економічні передумови у будь-якій юридичній діяльності. Економічний аналіз права розглядається у позитивному та нормативному аспектах.

Економічна ефективність, яка є фундаментом економічного аналізу права, встановлюється за допомогою двох принципів: Парето та Калдора-Хікса.

Економічний аналіз права фактично запроваджує нові механізми прийняття правових рішень, заснованих на математичному підході. Це дозволяє встановити конкретні, наукові підходи до вирішення конкретних справ, що сприяє забезпеченню принципу правової визначеності.

Однак, досліджувана концепція піддана критиці, яка полягає у нормативній неспроможності аналізу, неможливості його використання без врахування принципів правової держави, а також у високій вартості використання концепції та складності отримання необхідної інформації для її застосування.

Застосування відособлено від інших концепцій економічного аналізу, нівелює людину, як самоцінність. Незважаючи на важливість економічного благополуччя, підґрунтям для його втілення є саме право людини на життя, людська гідність, і навіть порівнюючи певне економічне благо та життя людини, недопустимо віддавати перевагу благові.

При цьому ситуація, коли головною ціллю права визнається економічне благополуччя, може призвести до неспроможності функціонування даної системи, передумовою чого стане підриг інститутів громадянського суспільства, а держава та соціум перетворяться на суб'єктів, зацікавлених виключно у отриманні прибутку.

Економічний аналіз права може бути застосовний при вирішенні певних питань лише як допоміжна концепція, яка не повинна суперечити основоположним принципам права, таким як законність, правова визначеність, заборона свавілля, доступ до правосуддя, дотримання прав людини, недискримінація та рівність перед

законом та враховувати соціальні норми і мораль суспільства, які досліджувана концепція нівелює у повному обсязі.

Зроблені висновки тільки додатково підтверджуються окремими аспектами критичного погляду на концепцію економічного аналізу права Річарда Познера, що зумовлює обережність її застосування у законодавчій та практичній діяльності.

РОЗДІЛ 3. ПРАКТИЧНЕ ЗАСТОСУВАННЯ ЕКОНОМІЧНОГО АНАЛІЗУ ПРАВА

У цьому розділі буде досліджено практичні аспекти застосування економічного аналізу права у вітчизняних та зарубіжних галузях права. Буде відображено позитивні та негативні сторони практичного використання економічного аналізу права.

3.1. Зарубіжний досвід застосування економічного аналізу права.

Економічний аналіз права – це концепція, застосовна у великій кількості галузей права, серед яких цивільне право, трудове право, господарське право, кримінальне право, антимонопольне право, процесуальне право тощо.

Найбільшого поширення економічний аналіз права набув у судовій діяльності в Сполучених Штатах Америки (далі – США), так один із основоположників концепції – Річард Познер, був суддею Апеляційного суду США. При цьому, економічний аналіз права не набув достатньої популярної у сфері державного будівництва та самоврядування.

Одним із проявів застосування економічного аналізу права мав місце у справі *«Керолл Товінг Ко. Проти Сполучених Штатів Америки»*⁹⁶. У даній справі описано умови, за яких людина повинна вчинити дії, щоб уникнути нещасного випадку. Для цього суддя Лернд Хенд ввів наступні змінні: P – шанс настання випадку; L – збитки, понесені внаслідок випадку; B – витрати особи, направлені на уникнення випадку⁹⁷. Таким чином, маємо формулу:

$$B < PL.$$

За таких обставин, суд дійшов висновку, що коли $B < PL$, то особа вважається винною за невжиття заходів, так як понісши власні витрати (B), особа могла запобігти нещасному випадку, збитки від якого (у додатку з шансом настання) перевищують розмір витрат на запобігання. І відповідно навпаки, якщо розмір витрат для

⁹⁶ Carrol Towing Co., Inc. vs United States [Електронний ресурс]. 1947. URL: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/159/169/1565896/>.

⁹⁷ Познер Р. Рубежи теории права / Ричард Аллен Познер. Москва: Издательский дом Высшей школы экономики, 2017. С 37-69.

запобігання перевищує розмір збитків та шанс настання наслідків, то особа не буде нести відповідальності. Дана формула стосується завдання шкоди з необережності⁹⁸.

Річард Познер видозмінив формулу, яка в результаті стала застосовною і для питань щодо умисного завдання шкоди. При цьому, вона виглядає наступним чином:

$$-B < PL.$$

Формула відображає умови, у яких винна особа замість того, щоб нести витрати на уникнення завдання шкоди, навпаки витрачає ресурси для настання негативних наслідків. Оскільки $PL \geq 0$, а $-B < 0$, то можна прийти до висновку, що будь-яке завдання умисної шкоди завжди буде визнано незаконним⁹⁹.

Окрім цього, економічний аналіз права дає відповідь на питання, яким повинен бути розмір санкції за умисне завдання шкоди. Нехай G – вигода від протиправного діяння, S – санкція, P – вірогідність притягнення до відповідальності. Формула виглядає наступним чином¹⁰⁰:

$$S = G/P.$$

Таким чином, економічний аналіз права дозволяє використовувати математичні формули при встановленні питання про відповідальність.

Наступною важливою справою, яка показала роль економічного аналізу права було «*Екерт проти залізної дороги Лонг Айленду*»¹⁰¹. Суть справи полягала у тому, що чоловік побачив дитину, на яку по залізничній колії рухався потяг, яким керували з необережністю. Чоловікові вдалося відштовхнути і врятувати дитину, однак він сам загинув. Головним питанням провадження було, чи повинна залізниця нести відповідальність перед спадкоємцями загиблого за свою недбалість. Це питання було розглянуто через призму договірного права. Уявімо ситуацію, що залізниця могла б укласти договір, відповідно до якого людина, яка врятувала життя іншої особи, що потрапила в такі обставини через необережність залізниці, могла отримати компенсацію, якщо вона зазнає травм, чи загине. Нехай життя дитини коштує 100

⁹⁸ Cohen G. Posnerian jurisprudence and economic analysis of law: the view from the bench [Електронний ресурс] / George M. Cohen // University of Pennsylvania Law Review. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/190885473.pdf>.

⁹⁹ Познер Р. Рубежи теорії права / Річард Аллен Познер. Москва: Издательский дом Высшей школы экономики, 2017. С. 37-69.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Eckert v. the Long Island Railroad Co. [Електронний ресурс]. 1871. URL: <https://casetext.com/case/eckert-v-the-long-island-railroad-co>.

мільйонів гривень, у таку ж вартість оцінюється життя рятівника, вірогідність загинути у дитини складає 0 відсотків, а у рятівника – 10 відсотків. Таким чином, *ex ante*, залізниця уклала б такий договір. Її прибуток склав би 90 мільйонів гривень, оскільки в дев'яти із десяти випадків, вона економила 100 мільйонів гривень на відшкодування завданої шкоди, на яку мали б право спадкоємці рятівника. Базуючись на подібній гіпотетичній ситуації, спадкоємцям Екерта вдалося отримати від залізниці компенсацію¹⁰².

Окрім деліктного та договірного права, економічний аналіз права був застосований і у справах про свободу слова. У справі «*Абрамс проти Сполучених Штатів*»¹⁰³, відповідачі роздавали на вулиці людям листівки, у яких містилися заклики завадити проведенню військового призиву. Для вирішенні цієї справи було використано формулу, наведену в підрозділі 1 розділу 2¹⁰⁴:

$$B \geq pH / (1+d)^n + O - A.$$

У справі «*Комісія по освітньому телебаченню Арканзасу проти Форбс*»¹⁰⁵, державний канал мав намір спонсувати дебати кандидатів у президенти. Особливість полягала у тому, що лише двоє з десяти кандидатів не належали до непопулярних політичних партій. Якщо телеканал, маючи на меті дотримання свободи слова, запросив би усіх кандидатів до участі у дебатах, то час виступу лідерів передвиборчої гонки зменшився б. Оскільки у більшості кандидатів, які належали до непопулярних політичних партій, не маючи необхідного для перемоги рівня підтримки, немає шансів на перемогу, то для суспільства має значення лише те, що скажуть лідери гонки, як є потенційними переможцями. Дебати, у яких будуть брати участь виключно лідери передвиборної гонки, тобто потенційні переможці, зможуть залучити більш широку аудиторію, а також під час дебатів буде надано більше корисної для виборців інформації¹⁰⁶.

¹⁰² Познер Р. Рубежи теории права / Ричард Аллен Познер. Москва: Издательский дом Высшей школы экономики, 2017. С. 37-69.

¹⁰³ *Abrams v. United States* [Електронний ресурс]. 1919. URL: <https://www.oyez.org/cases/1900-1940/250us616>.

¹⁰⁴ Познер Р. Рубежи теории права / Ричард Аллен Познер. Москва: Издательский дом Высшей школы экономики, 2017. 480 с.

¹⁰⁵ *Arkansas Ed. Television Comm'n v. Forbes* [Електронний ресурс]. – 1998. – Режим доступу до ресурсу: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/523/666/#tab-opinion-1960317>.

¹⁰⁶ Познер Р. Рубежи теории права / Ричард Аллен Познер. Москва: Издательский дом Высшей школы экономики, 2017. С. 37-69.

Отже, обмеження свободи слова більшості непопулярних кандидатів може збільшити користь для свободи слова як такої¹⁰⁷.

Тим не менше, існує ряд ситуацій, за яких економічний аналіз права представники держави не застосовують. Яскравим прикладом цього може слугувати Рішення Федерального Конституційного Суду Німеччини від 15 лютого 2006 року про повноваження збити літак. Абзац 3 параграфу 14 Закону «Про авіаційну безпеку» надавав право збройним силам збивати літаки, які використовувалися проти життя людей. Передумовою цього рішення стало викрадення пасажирського літака терористами та погроза його падіння в людному місці, що призвело б до більшої кількості жертв та завданої шкоди. Фактично, перед державою стояли варіанти: знищити літак, разом з невинними пасажирами, не допустивши більшої кількості жертв, або не збивати його, наражаючи на небезпеку невинних людей, які можуть опинитися на місці падіння літака. Федеральний Конституційний Суд відмовився від використання математичного підходу, зазначивши, що право збройних сил на збиття літака, несумісне з правом на життя, якщо така операція зачіпає невинних людей¹⁰⁸.

Таким чином, не можна стверджувати, що економічний аналіз права є застосовним до будь-яких справ. Найбільшої популярності концепція набула саме при винесенні судових рішень судами Сполучених Штатів Америки, які стосуються договірної права, умисного та неумисного завдання шкоди, встановлення розміру покарання, та доцільності обмеження деяких прав людини. При цьому, економічний аналіз права складно застосовувати на практиці у справах, які є аналогічними «дилемі вагонетки»¹⁰⁹, оскільки при їхньому вирішенні важливою складовою є моральність, яку не враховує досліджувана концепція.

3.2. Перспективи застосування економічного аналізу права в Україні.

До сьогодні, неможливо знайти чи то рішень вітчизняних судів, чи то інших державних актів, які б відкрито говорили про застосування економічного аналізу

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Избранные решения Федерального Конституционного Суда Германии. Москва: Инфотропик Медиа, 2018. С. 45-50.

¹⁰⁹ Эдмондс Д. Убили бы вы толстяка? Задача о вагонетке: что такое хорошо и что такое плохо? М. : Изд-во Института Гайдара, 2016. С. 1-264.

права. Тим не менше, належність права в Україні не до англосаксонської правової сім'ї не заважає застосуванню його на практиці.

На нашу думку, найпершою із сфер, у яких буде доцільним застосування економічного аналізу прав є правотворча діяльність, направлена на розширення свободи договору. Принцип свободи договору повинен стати презумпцією *de facto* та *de jure*. До сьогодні, чинне законодавство України проявляє надмірний патерналізм – набір імперативних норм, які забезпечують базові права при конкретних правовідносинах. Особливо яскраво надмірний патерналізм проявляється у Цивільному кодексі України (далі – ЦК) та Кодексі законів про працю України (далі – КЗпП). Проявом такого явища у ЦК є стаття 625, яка встановлює право на отримання трьох процентів річних від розміру простроченої суми, у разі порушення грошового зобов'язання¹¹⁰. У КЗпП патерналізм проявляється шляхом заборони застосування стягнень, не передбачених законодавством¹¹¹. Патерналізм є доцільним у випадку нерівності сторін, коли мова йде про інформаційну чи фінансову нерівність. Якщо ж ми говоримо про рівних контрагентів, то заборона, передбачена у законі, врегулювати певні правовідносини лише сприяє деформації розвитку принципу свободи договору і, відповідно, сповільнює темпи ринкових відносин, що суперечить економічному підходу до права¹¹².

Окрім цього, економічний аналіз права може стимулювати та налагодити розвиток інститутів адміністративної та кримінальної відповідальності. До сьогодні, в українському законодавстві існує проблема щодо замалих розмірів санкцій. Дані норми фактично не виконують превентивної функції, тобто за умови притягнення до відповідальності правопорушника, вигода від скоєного все одно може перевищувати витрати, пов'язані із застосуванням санкцій. Так, у статті 51¹ Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП), передбачено стягнення за порушення прав на об'єкт права інтелектуальної власності у вигляді штрафу в розмірі

¹¹⁰ Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV [Електронний ресурс] // Відомості Верховної Ради України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15/conv/page>.

¹¹¹ Кодекс законів про працю України : закон України від 10.12.1971 № 322-VIII [Електронний ресурс] // Відомості Верховної Ради України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08>.

¹¹² Карапетов А. Г. Свобода договора и её пределы [Електронний ресурс] / А. Г. Карапетов, А. И. Савельев // Статут. 2012. URL: <http://m-lawbooks.ru/wp-content/uploads/2018/11/005-kniga-1.pdf>.

від 170 до 3400 гривень, у статті 53¹ КУпАП, за самовільне зайняття земельної ділянки передбачається штраф у розмірі від 170 до 850 гривень¹¹³. Стаття 171 Кримінального кодексу України за перешкоджання законній професійній діяльності журналістів передбачає покарання у вигляді штрафу до 850 гривень¹¹⁴. Очевидно, що потенційному правопорушнику економічно вигідно вчиняти такі правопорушення, так як отримана вигода перевищить витрати. Застосування економічного аналізу права для встановлення санкцій, дозволить зменшити кількість відповідних правопорушень, так як витрати за вчинення правопорушення перевищуватимуть потенційну вигоду.

Потенціал використання економічний аналіз права має також у правовідносинах, пов'язаних з відшкодуванням шкоди, завданої як умисно так і з необережності. Застосування формули Лернда Хенда, згаданої у попередньому підрозділі, дозволить встановити конкретні умови, засновані на математичному підході, за яких особа повинна нести юридичну відповідальність, а також встановить необхідний обсяг такої відповідальності. Застосування економічного аналізу права у таких правовідносинах буде сприяти встановленню принципу правової визначеності та зменшить кількість незаконних рішень, причиною яких стає неправовий підхід уповноважених суб'єктів до вирішення конкретного спору¹¹⁵.

Прикладом застосування економічного аналізу права у вітчизняній доктрині є праця Карнауха Б. П., що присвячена дослідженню вини як складової цивільної відповідальності. Дослідник сформулював наступні підходи. По-перше, цивільно-правову відповідальність можна розглядати як механізм перерозподілу витрат, коли вона «виконує функцію мінімізації сумарного обсягу втрат від фактів порушення суб'єктивних прав»¹¹⁶. У вигляді формули зазначена теза виглядає так:

$$\min (p(x) + d(x)),$$

¹¹³ Кодекс України про адміністративні правопорушення : закон України від 7.12.1984 № 8073-X // Відомості Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text>.

¹¹⁴ Кримінальний кодекс України : закон України від 05.04.2001 № 2341-III // Відомості Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.

¹¹⁵ Познер Р. Рубежи теории права / Ричард Аллен Познер. Москва: Издательский дом Высшей школы экономики, 2017. С.37-69.

¹¹⁶ Карнаух Б.П. Вина як умова цивільно-правової відповідальності: монографія. Х.: Право, 2014. С. 49.

де p — вартість застережних заходів, d — обсяг збитків, x — рівень дбайливості правопорушника¹¹⁷.

Найкраще наведений вираз пояснить запропонована автором гіпотетична ситуація: на одній з суміжних земельних ділянок власник будує скляну теплицю, а на другій — інший власник облаштовує поле для гри в крикет. З метою запобігання пошкодження теплиці м'ячем гравець в крикет зводить паркан. Однак одного дня м'яч перелітає паркан і влучає в теплицю. У цьому прикладі сумарний обсяг втрат буде залежати від двох показників: збитків і витрат на застережні заходи. Б. П. Карнаух підкреслює, що «вживати застережних заходів можна з більшою або меншою інтенсивністю, докладаючи до того більше або менше зусиль. У теорії економічного аналізу права умовний показник такої інтенсивності називають рівнем дбайливості порушника. [...] Розмір витрат на застережні заходи залежить від рівня дбайливості прямо пропорційно; розмір збитків — обернено пропорційно»¹¹⁸.

По-друге, автор описав базову формулу складу цивільного правопорушення, яка в контексті матеріального права являє собою «систему умов, яка є необхідною і достатньою для перенесення втрат потерпілого на порушника шляхом застосування до останнього заходів цивільно-правової відповідальності...»¹¹⁹, метою якої є, передусім, відновлення порушеного права та/або одержання справедливої компенсації.

Як відомо, умовами цивільної відповідальності є протиправна поведінка, шкода, причинний зв'язок між протиправною поведінкою і шкодою, вина. Зазначені елементи можуть бути відображені у вигляді виразу, у якому складові поєднані між собою логічною операцією кон'юнкції:

$$M \wedge D \wedge C \wedge F,$$

де M (від англійської «*misconduct*») означає протиправну поведінку, D («*damage*») — шкоду, C («*causation*») — причинний зв'язок, F («*fault*») — вину¹²⁰.

¹¹⁷ Ibid, с. 49.

¹¹⁸ Ibid, с. 48-49.

¹¹⁹ Ibid, с. 60.

¹²⁰ Ibid, с. 61.

Автор допускає застосовність базової формули щодо вимог відшкодування майнової (ст. 22, 1166 ЦК) та моральної (ст. 23, 1167 ЦК) шкоди; збитків, завданих порушенням зобов'язань (ст. 623 ЦК) та позадоговірної шкоди (ст. 1166, 11167 ЦК). Однак зазначена формула може зазнавати модифікацій в залежності від характеру вимог, заявлених у позові, і особливостей деяких видів деліктів. При цьому, обов'язково мають враховуватися розподіл обов'язків доказування, презумпції цивільного права, а також черговість з'ясування складових формули судом¹²¹.

Так, у випадку виникнення договірної відповідальності на позивача покладається обов'язок довести протиправність діяння (M), завдані збитки (D) та причинний зв'язок між ними. Логічна формула в такому разі виглядатиме так: $M \wedge D \wedge C$. У свою чергу, відповідач, який прагне уникнути відповідальності, має заперечити свою вину ($\neg F$). Водночас при розгляді справи про стягнення неустойки (штрафу, пені), до предмету доказування належатимуть факт протиправної поведінки (M) і вина відповідача (F), тобто $M \wedge F$. При цьому позивач нестиме тягар доказування щодо наявності M , а відповідач — відсутності F .

Можливі варіації модифікацій Б. П. Карнаух узагальнив у порівняльній таблиці¹²²:

Характер позовної вимоги	Склад цивільного правопорушення	Розподіл обов'язків доказування	
		Позивач повинен довести	Відповідач має змогу уникнути відповідальності, якщо доведе
Про відшкодування збитків, завданих порушенням зобов'язання (ст. 623 ЦК)	$M \vee D \vee C$	$M \vee D \vee C$	$\neg F$
Про стягнення неустойки (§ 2 глави 49 ЦК, статті 611, 624 ЦК)	$M \wedge F$	M	$\neg F$

¹²¹ Ibid, с. 62.

¹²² Ibid, с. 83.

Про стягнення неустойки, інфляційних втрат і трьох процентів річних за порушення грошових зобов'язань (ст. 625 ЦК)	M	M	—
Про відшкодування позадоговірної шкоди (статті 22, 23, 1166, 1167 ЦК)	$M \wedge D \wedge C \wedge F$	$D \wedge C$	$\neg M \vee \neg F$
Про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки (ст. 1187 ЦК)	$M \wedge D \wedge C \wedge F$	$D \wedge C$	$\neg M$ $\vee$ А. наявність непереборної сили В. наявність умислу потерпілого*
Умовні позначення: M — протиправна поведінка; D — шкода; C — причинний зв'язок; F — вина. * — для цього випадку: $(A \vee B) \leftrightarrow \neg F$			

Потенційною сферою застосування економічного аналізу права в Україні є також сфера заборони дискримінації. Це зумовлено тим, що в основі економічного аналізу знаходиться процес обміну благами. Проявляючи дискримінацію до певної частини населення за будь-якою ознакою, процес обміну сповільнюється, а то й взагалі зупиняється, що унеможливорює досягнення економічного благополуччя¹²³.

Фактично, застосування економічного аналізу в Україні, з урахуванням основоположних принципів права, не буде суперечити законодавству чи соціальним нормам, навпаки, це дозволить сформулювати конкретні механізми регулювання суспільних відносин, що засновані на економічному підході, які зможуть спростити вирішення конкретних справ, а також підвищить ефективність державної політики.

¹²³ Познер Р. Экономический анализ права : В 2-х т. / Ричард Аллен Познер. Санкт-Петербург: Экономическая школа, 2004. Т.2. С. 355-371.

Незважаючи на вищезазначені позитивні характеристики впровадження економічного аналізу права, ця сфера не є достатньо дослідженою серед вітчизняних науковців та практиків, що унеможливлює повноцінне застосування концепції.

Висновки до третього розділу

Отже, у зарубіжних державах економічний аналіз права застосовується, зазвичай, при здійсненні правосуддя, у справах про відшкодування шкоди завданої з необережності (*«Керолл Товінг Ко. Проти Сполучених Штатів Америки»*, *«Екерт проти залізної дороги Лонг Айленду»*), забезпечення права на свободу слова (*«Абрамс проти Сполучених Штатів»*, *«Комісія по освітньому телебаченню Арканзасу проти Форбс»*). Тим не менше, застосування економічного аналізу права також має місце у таких галузях, як: кримінальне право та процес, податкове право, корпоративне право, антимонопольне право, цивільне право, страхове право, сімейне право тощо.

В Україні не прослідковується відкрите застосування економічного аналізу права на практиці. Це зумовлено низьким рівнем дослідження цієї концепції серед вітчизняних науковців та практиків.

Тим не менше, наявні всі передумови для використання економічного аналізу права в Україні. Концепція може бути використана для реформування інститутів адміністративної та кримінальної відповідальності, що дозволить зменшити кількість конкретних правопорушень, для встановлення питання відповідальності у разі завдання шкоди з необережності, чи умисно, для регулювання свободи слова, а також у боротьбі з дискримінацією за расовими, гендерними чи іншими ознаками. У будь-якому разі, практичне використання економічного аналізу права в Україні не обмежується лише вищезгаданими правовідносинами.

Економічний аналіз права може стати додатковим механізмом задля якісної реалізації прав людини та дотримання принципу верховенства права.

ВИСНОВКИ

Економічний аналіз права Річарда Познера є проявом видатної правової думки ХХ століття, який об'єднав у собі економічний та правових підхід аналізу різних рівнів правової дійсності. Концепт економічного аналізу права пройшов довгий шлях історичного розвитку й надалі розширює й поглиблює свою застосовність. Як і будь-яка правова концепція, ідеї Річарда Познера про економічний аналіз права мають свій фундамент. Він складається з теоретико-правових доктрин природного та позитивного права, а також позаправових постулатів, які своє коріння мають в економічній теорії: теорія раціонального вибору, правові норми як стимул для зміни поведінки, обмеженість раціональності.

Економічний аналіз права варто розуміти як систему знань, яка вивчає шляхи досягнення економічного благополуччя через призму створення необхідних правових інституцій та впровадження відповідного законодавчого забезпечення, а також досліджує економічні передумови у будь-якій юридичній діяльності. Економічний аналіз права розглядається у позитивному та нормативному аспектах.

Економічна ефективність, яка є фундаментом економічного аналізу права, встановлюється за допомогою двох принципів: Парето та Калдора-Хікса.

Економічний аналіз права фактично запроваджує нові механізми прийняття правових рішень, заснованих на математичному підході. Це дозволяє встановити конкретні, наукові підходи до вирішення конкретних справ, що сприяє забезпеченню принципу правової визначеності.

Однак, досліджувана концепція піддана критиці, яка полягає у нормативній неспроможності аналізу, неможливості його використання без врахування принципів правової держави, а також у високій вартості використання концепції та складності отримання необхідної інформації для її застосування.

Застосування, відособлено від інших концепцій економічного аналізу, нівелює людину, як самоцінність. Незважаючи на важливість економічного благополуччя, підґрунтям для його втілення є саме право людини на життя, людська гідність, і навіть порівнюючи певне економічне благо та життя людини, недопустимо віддавати перевагу благові.

При цьому, ситуація, коли головною ціллю права визнається економічне благополуччя, може призвести до неспроможності функціонування цієї системи, передумовою чого стане підриг інститутів громадянського суспільства, а держава та соціум перетворяться на суб'єктів, зацікавлених виключно у отриманні прибутку.

Економічний аналіз права може бути застосовний при вирішенні певних питань лише як допоміжна концепція, яка не повинна суперечити основоположним принципам права, таким як законність, правова визначеність, заборона свавілля, доступ до правосуддя, дотримання прав людини, недискримінація та рівність перед законом та враховувати соціальні норми і мораль суспільства, які досліджувана концепція нівелює у повному обсязі.

У зарубіжних державах економічний аналіз права застосовується, зазвичай, при здійсненні правосуддя, у справах про відшкодування шкоди завданої з необережності (*«Керолл Товінг Ко. Проти Сполучених Штатів Америки»*, *«Екерт проти залізної дороги Лонг Айленду»*), забезпечення права на свободу слова (*«Абрамс проти Сполучених Штатів»*, *«Комісія по освітньому телебаченню Арканзасу проти Форбс»*). Тим не менше, застосування економічного аналізу права також має місце у таких галузях, як: кримінальне право та процес, податкове право, корпоративне право, антимонопольне право, цивільне право, страхове право, сімейне право тощо.

В Україні прослідковується лише поодинокі відкрите застосування економічного аналізу права на практиці. Це зумовлено низьким рівнем дослідження цієї концепції серед вітчизняних науковців та практиків. Тим не менше, наявні всі передумови для використання економічного аналізу права в Україні. Концепція може бути використана для реформування інститутів адміністративної та кримінальної відповідальності, що дозволить зменшити кількість конкретних правопорушень, для встановлення питання відповідальності у разі завдання шкоди з необережності, чи умисно, для регулювання свободи слова, а також у боротьбі з дискримінацією за расовими, гендерними чи іншими ознаками. Широкий потенціал застосування економічного аналізу права спостерігається у приватних галузях права. У будь-якому разі, практичне використання економічного аналізу права в Україні не обмежується лише вищезгаданими правовідносинами. Економічний аналіз права може стати

додатковим механізмом задля якісної реалізації прав людини та дотримання принципу верховенства права.

Список використаних джерел

1. Abrams v. United States [Електронний ресурс]. 1919. URL: <https://www.oyez.org/cases/1900-1940/250us616>.
2. Alain Marciano, Sophie Harnay. Posner, Economics and the Law: From Law and Economics to an Economic Analysis of Law. Journal of the History of Economic Thought. 2009. Vol. 31. № 2. P. 215-232.
3. Arkansas Ed. Television Comm'n v. Forbes [Електронний ресурс]. – 1998. – Режим доступу до ресурсу: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/523/666/#tab-opinion-1960317>.
4. Becker Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. Journal of Political Economy. Vol. 76, №. 2. 1968. P. 169–217. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.jstor.org/stable/1830482>.
5. Döepke M. Gary Becker on the quantity and quality of children // Journal of Demographic Economics. 2015. Vol. 81. № 1. P. 59-66 [Електронний ресурс]. Режим доступу: https://www.researchgate.net/publication/277573188_Gary_Becker_on_the_quantity_and_quality_of_children.
6. Benno Töglér. The power of public choice in law and economics. Journal of economic surveys. 2022. № 1 [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/joes.12490>.
7. Black Duncan. The Theory of Committees and Elections. 1987. 256 p.
8. Calabresi G. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. The Yale Law Journal. Vol. 70 (4). 1961. P. 499–553 [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://doi.org/10.2307/794261>.
9. Carrol Towing Co., Inc. vs United States [Електронний ресурс]. 1947. URL: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/159/169/1565896/>.
10. Coase, R. H. The Problem of Social Cost. The Journal of Law & Economics, 1960. № 3, 1–44 p. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.jstor.org/stable/724810>.

11. Cohen G. Posnerian jurisprudence and economic analysis of law: the view from the bench [Электронный ресурс] / George M. Cohen // University of Pennsylvania Law Review. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/190885473.pdf>.
12. Commons R. John. Legal Foundations of Capitalism. New York: MacMillan, 1924. 394 p. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/commons/LegalFoundationsCapitalism.pdf>.
13. Downs Anthony. An Economic Theory of Political Action in a Democracy. Journal of Political Economy. Vol. 65, № 2. 1957. P. 135–150 [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.jstor.org/stable/1827369>.
14. Eckert v. the Long Island Railroad Co. [Электронный ресурс]. 1871. URL: <https://casetext.com/case/eckert-v-the-long-island-railroad-co>.
15. Eli Salzberger. The Economic Analysis of Law - The Dominant Methodology for Legal Research?! SSRN Electronic Journal. 2007 [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://www.researchgate.net/publication/228242625_The_Economic_Analysis_of_Law_-_The_Dominant_Methodology_for_Legal_Research.
16. Gregg, S. Economics and Natural Law. In T. Angier (Ed.), The Cambridge Companion to Natural Law Ethics (Cambridge Companions to Philosophy, 2019. p. 215-234 [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://www.cambridge.org/core/books/abs/cambridge-companion-to-natural-law-ethics/economics-and-natural-law/684B7696BD9E3213329268D3F85C50D3>.
17. Henry Carter Adams. Relation of the State to Industrial Action and Economics and Jurisprudence. Two Essays, New York Chichester, West Sussex: Columbia University Press, 1954. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://doi.org/10.7312/adam92584>.
18. Jeremy M. Miller. Economic Analysis of Legal Method and Law: The Danger in Valueless Values. Gonzaga Law Review. Vol. 21, Issue 2, 1986. P. 426 [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=925951.

19. John Charvet and Elisa Kaczynska-Nay. The Liberal Project and human rights. The Theory and Practice of a New World Order. Cambridge University Press. 2010. P. 36 [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://www.cambridge.org/core/books/liberal-project-and-human-rights/23D200E67BD5D1DADF5B2F3595A9C96A>.
20. Kaplow L., Shavell S. Chapter 25. Economic Analysis of Law. Handbook of Public Economics. 2002. Vol. 3. P. 1663 [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1573442002800295>.
21. Kornhauser Lewis. The Economic Analysis of Law. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2022 Edition), Edward N. Zalta (ed.) [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/legal-econanalysis/>.
22. La Porta Rafael, Florencio Lopez-de-Silanes, and Andrei Shleifer. The Economic Consequences of Legal Origins. Journal of Economic Literature. Vol. 46. №. 2. 2008. P. 290 [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.jstor.org/stable/27646991>.
23. Lovett F. Rational Choice Theory and Explanation. Rationality and Society. 2006. Vol. 18. № 2. P. 265-266 [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://www.researchgate.net/publication/228350783_Rational_Choice_Theory_and_Explanation.
24. Meade J. E., Buchanan J. M. and Tollison R. D. Theory of Public Choice: Political Applications of Economics. The Economic Journal. Vol. 82, № 328. 1972, P. 1423–1425 [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://doi.org/10.2307/2231328>.
25. Merritt v. Faulkner [Электронный ресурс] // 1982 URL: <https://casetext.com/case/merritt-v-faulkner-2>.
26. Miller v. Schoene, 276 U.S. 272 (1928) [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/276/272/>.
27. Minda G. The Lawyer - Economist at Chicago: Richard A. Posner and the Economic Analysis of Law. Ohio State Law Journal. 1978. Vol. 39. 440-475 p. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://core.ac.uk/download/pdf/159579753.pdf>.

28. Posner R. Economic analysis of law. Ninth Edition (Aspen Casebook). 2014. 1056 p. [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://www.amazon.com/Economic-Analysis-Ninth-Aspen-Casebook-dp-1454833882/dp/1454833882/ref=mt_other?_encoding=UTF8&me=&qid=1653425785.
29. Richard A. Posner. Law and Economics in Common-Law, Civil-Law, and Developing Nations. Ratio Juris. 2004. Vol. 17. № 1. P. 39 [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://www.researchgate.net/publication/227651858_Law_and_Economics_in_Common-Law_Civil-Law_and_Developing_Nations.
30. Richard Posner. How judges think. Harvard University Press. 2010. 387 p.
31. Robert L. Hale. Freedom Through Law. Public Control of Private Governing Power. New York. 592 p. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://www.perlego.com/book/1359262/freedom-through-law-public-control-of-private-governing-power-pdf>.
32. Rudolf Richter. The New Institutional Economics: Its Start, Its Meaning, Its Prospects. European Business Organization Law Review. Vol. 3. № 6. P. 23 [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://www.researchgate.net/publication/228261489_The_New_Institutional_Economics_Its_Start_Its_Meaning_Its_Prospects.
33. Sandel M. Justice: What's the right thing to do [Электронный ресурс] / Michael Sandel. URL: https://www.academia.edu/4110296/Justice_Whats_the_Right_Thing_to_Do_by_Michael_Sandel.
34. Steven G. Medema, Nicholas Mercuro, Warren J. Samuels. Institutional Law And Economics. Encyclopedia of Law & Economics. 1998. P. 448-449 [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/0520-institutional-law-and-economics.pdf>.
35. The Role of Economic Analysis in Judicial Decisions. Note by the United States. LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM. 2008. P. 2-3 [Электронный

- ресурс]. Режим доступу: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/us-submissions-oecd-and-other-international-competition-fora/economicanalysis.pdf>.
36. United States v. Ely [Електронний ресурс]. 1998. URL: <https://casetext.com/case/us-v-ely-4>.
37. Warren J. Samuels. Interrelations between Legal and Economic Processes // The Journal of Law and Economics. Vol. 14, № 2. 1971 [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/466717>.
38. Wittek R. Rational Choice Theory. Theory in Social and Cultural Anthropology: An Encyclopedia. 2013. Р. 688 [Електронний ресурс]. Режим доступу: https://www.researchgate.net/publication/281206368_Rational_Choice_Theory.
39. Больц Н. Размышление о неравенстве. Анти-Руссо. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2014. 272 с.
40. Головатий С. Про людські права. Лекції. К.: Дух і літера, 2016. С. 67.
41. Дорохин В. С. Ричард Познер и его теория максимизации благосостояния [Електронний ресурс] / Виктор Саркисович Дорохин // Концепция права. 2017. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/richard-pozner-i-ego-teoriya-maksimizatsii-blagosostoyaniya/viewer>.
42. Избранные решения Федерального Конституционного Суда Германии. Москва: Инфотропик Медиа, 2018. С. 45-50.
43. Карапетов А. Г. Свобода договора и её пределы [Електронний ресурс] / А. Г. Карапетов, А. И. Савельев // Статут. 2012. URL: <http://m-lawbooks.ru/wp-content/uploads/2018/11/005-kniga-1.pdf>.
44. Карапетов А. Г. Экономический анализ права [Електронний ресурс] / Артем Георгиевич Карапетов // М.: Статут. 2016. URL: <https://www.estatut.ru/download.php?trid=2424>.
45. Карнаух Б.П. Вина як умова цивільно-правової відповідальності: монографія. Х.: Право, 2014. С. 49.
46. Кодекс законів про працю України : закон України від 10.12.1971 № 322-VIII [Електронний ресурс] // Відомості Верховної Ради України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08>.

47. Кодекс України про адміністративні правопорушення : закон України від 7.12.1984 № 8073-X // Відомості Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text>.
48. Королева Е.А. Влияние экономического анализа права на юридическое мышление // Российский журнал правовых исследований. 2019. № 3. Том 3. С. 110. [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://www.researchgate.net/publication/340382859_The_impact_of_economic_analysis_of_law_on_legal_thinking.
49. Кримінальний кодекс України : закон України від 05.04.2001 № 2341-III // Відомості Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.
50. Меркуро Н. Экономическая теория и право: от Познера к постмодернизму и далее / Н. Меркуро, С. Медема. Москва: Институт Гайдара, 2019. С. 179-180.
51. Передало Х.С., Огерчук Ю.В. та Лібенко Ю.С. Поведінкова економіка та можливості застосування технік її впливу в сучасних організаціях // Ефективна економіка. 2019 [Електронний ресурс]. Режим доступа: http://www.economy.nayka.com.ua/pdf/12_2019/96.pdf.
52. Познер Р. Рубежи теории права / Ричард Аллен Познер. Москва: Издательский дом Высшей школы экономики, 2017. С. 272-273.
53. Познер Р. Утилитаризм, экономика и теория права / Ричард Аллен Познер. 2017. С. 46–89.
54. Познер Р. Экономический анализ права : В 2-х т. / Ричард Аллен Познер. Санкт-Петербург: Экономическая школа, 2004. Т.1. С.30-36.
55. Роббинс Л. Предмет экономической науки [Электронный ресурс] / Лайонел Роббинс // Thesis. 1993. URL: https://igiti.hse.ru/data/058/314/1234/1_1_1Robb.pdf.
56. Роулз Д. Теория справедливости [Электронный ресурс] / Джон Роулз. URL: <https://gtmarket.ru/laboratory/basis/6642>.

- 57.Фукуяма Ф. Конец истории и последний человек [Електронний ресурс] / Фрэнсис Фукуяма // Издательство АСТ, 2004. URL: http://www.lib.ru/POLITOLOG/FUKUYAMA/konec_istorii.txt.
- 58.Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV [Електронний ресурс] // Відомості Верховної Ради України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15/conv/page>.
- 59.Штуца В.М. Концепція економічного підходу до права // Актуальні проблеми політики. 2005. Вип. 56. С. 59-60 [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://app.nuoua.od.ua/archive/56_2015/9.pdf.
- 60.Эдмондс Д. Убили бы вы толстяка? Задача о вагонетке: что такое хорошо и что такое плохо? М. : Изд-во Института Гайдара, 2016. С. 1-264.