

ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 340.143

І. В. Семеніхін

кандидат юридичних наук, асистент кафедри теорії держави і права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЮРИДИЧНА НАУКА (ДОКТРИНА) ЯК ДЖЕРЕЛО АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКОГО ПРАВА

У статті аналізуються роль і значення юридичної науки як вторинного джерела англо-американського права. У цьому сенсі поняття «юридична наука» вживається, як правило, у значенні результатів наукових досліджень, оформлених як наукові трактати, юридичні енциклопедії, юридичні словники, статті, опубліковані в юридичних журналах та оглядах судової практики. На основі аналізу судової практики встановлено, що судді при здійсненні правосуддя часто звертаються до надбань юридичної науки та цитують наукові праці у судових рішеннях, що робить їх правову позицію більш обґрунтованою і переконливою.

Ключові слова: англо-американське право, вторинне джерело права, юридична наука, судова практика, практика цитування.

В статье анализируются роль и значение юридической науки как вторичного источника англо-американского права. В этом смысле понятие «юридическая наука» используется, как правило, в значении результатов научных исследований, оформленных в виде научных трактатов, юридических энциклопедий и словарей, статей, опубликованных в юридических журналах и обзорах юридической практики. На основе анализа судебной практики установлено, что судьи при осуществлении правосудия часто обращаются к достижениям юридической науки и цитируют научные работы в судебных решениях, что делает их правовую позицию более обоснованной и убедительной.

Ключевые слова: англо-американское право, вторичный источник права, юридическая наука, судебная практика, практика цитирования.

In the article the role and significance of legal scholarship as a secondary source of Anglo-American law have been determined. From that point of view the notion of legal scholarship is used in the sense of results of scientific investigations – treaties, legal encyclopedias, legal dictionaries, law articles published in legal journals and law reviews. On the base of the analysis of the court practice it has been ascertained that judges while administering justice quite often turn to the achievements of the legal science and use citation of scientific works in their court decisions. By this it makes their legal position more reasonable and convincing.

Key words: Anglo-American law, secondary source of law, legal scholarship, judicial practice, citation practice.

Модернізація української державності на засадах демократії, верховенства права, проведення економічної, політичної, правової реформ, становлення громадянського суспільства вимагає перо-осмислення, інвентаризації та вдоскона-

лення системи джерел вітчизняного права, які за сучасних умов розвитку правової системи стають більш різноманітними (плюралістичними). П. М. Рабінович зазначає, що такі зрушення в державно-юридичному регулюванні

дозволяють при вирішенні юридичних справ брати до уваги особливості кожної життєвої ситуації, ретельніше враховувати й повніше реалізовувати індивідуальні інтереси суб'єктів правовідносин, забезпечувати не тільки законність і обґрунтованість, але й справедливість правозастосовочого рішення [5, с. 24]. У зв'язку з цим видається важливим вихід за межі вузькоюридичних форм осягання юридичних явищ і процесів. Практично значущим є доктринальне переосмислення права як явища, його сутності, витоків, форм об'єктивації, котрі не зводяться виключно до нормативно-правового акта (законодавства). Слушною видається позиція тих авторів, які наголошують на необхідності розгляду права як різноджерельного феномену та впровадження в Україні концепції різноджерельного права, ефективного функціонування якої можливе лише за умови її збагачення та ускладнення недержавними антропними джерелами права, посилення договірної регуляції, визнання судової правотворчості. погоджуємося з думкою Н. А. Гураленко про те, що за умов функціонування системи джерел права на принципах гетерогенності та комплементарності, ефективної взаємодії закону із джерелами права недержавного походження, такими як правовий звичай, нормативно-правовий договір, правова доктрина, можливе формування правової держави, ефективного регулювання суспільних відносин, усунення прогалин у законодавстві та удосконалення судового захисту прав і свобод людини [2, с. 9].

У процесі вдосконалення системи джерел права актуальним і корисним є вивчення зарубіжного правового досвіду та запозичення з урахуванням національних історичних, соціально-культурних особливостей відповідних іноземних зразків (моделей джерел права). У зв'язку з цим значний інтерес викликає дослідження англо-американської правової сім'ї як однієї з найстаріших та найпоширеніших груп національних правових

систем сучасності, під регулятивним впливом якої знаходиться майже третина населення планети. Спочатку цьому сприяла світова експансія Британської імперії, на території якої виникло й розвивалося загальне право, роль і значення якого останніми десятиліттями не тільки не зменшились, а, навпаки, зросли. Посилення інтеграційних процесів в економічній, політичній та інших галузях ще більше сприяло зростанню ролі та впливу загального права. Значним поштовхом для цих процесів стала так звана глобалізація по-американськи та створення двох найбільших інтеграційних об'єднань на європейському континенті – Європейського Союзу і Ради Європи, які функціонують переважно на основі прецедентного права. Останнє стало предметом численних досліджень вітчизняних авторів, які аналізують роль і значення судового прецеденту як у західних країнах, передусім у США та Великій Британії, так і в Україні. Разом із тим малодослідженими залишаються правові системи інших держав, що входять до англо-американської правової сім'ї (Ірландія, Канада), у тому числі країни-члени Британської Співдружності (Австралія, Нова Зеландія), так само як і джерела англо-американського права, які прийнято відносити до вторинних, зокрема розум (*reason*) та правова доктрина.

Термін «доктрина» в країнах англосаксонського права хоча і загальноживаний, однак асоціюється не з поглядами учених-юристів на певні проблеми правового регулювання чи їх авторитетними працями, як у континентальній Європі, а передусім з доктриною прецеденту чи сформованими в результаті винесення судами серії однотипних рішень судовими доктринами (доктрина «чистих рук», «розумної людини», «фіктивних операцій»). Те, що в континентальній правовій традиції вважається правовою доктриною (англ. – «*legal doctrine*»; нім. – «*Rechtsslehre*»; фр. – «*doctrine juridique*»), в англо-американському праві прийнято позна-

чати поняттям «*legal scholarship*» [13; 27; 33; 37]. Значно рідше у цьому значенні використовується термін «*legal science*» (юридична наука) [36].

У США та Великій Британії опубліковано чимало наукових праць, присвячених дослідженню юридичної науки як особливого соціально-правового явища, що відіграє важливу роль у правовому житті суспільства, активно впливає на процеси формування права і правореалізацію. У наукових розробках відповідної тематики ключовим є питання щодо можливості визнання за юридичною наукою статусу джерела права та його використання в різних галузях юридичної практики, передусім судової. Йдеться про наукові праці таких учених, як Ф. Чезайро, Ф. Шауер, Н. Дексбері, М. Радін, Дж. Хаско, Е. Марголіс, Ф. Шауер, Д. Шварц, Б. Ньютон, М. Зендер.

Юридичну науку в англо-американській юриспруденції прийнято відносити до вторинних, необов'язкових, переконливих джерел права (*secondary, persuasive sources*). У цьому сенсі поняття «юридична наука» (*legal science, legal scholarship*) вживається, як правило, у значенні результатів наукових досліджень, оформлених як наукові трактати (*treaties*), юридичні енциклопедії (*legal encyclopedias*), юридичні словники (*legal dictionaries*), статті (*law articles*), опубліковані в юридичних журналах (*legal journals*) та оглядах юридичної практики (*law reviews*). Як зазначає Ф. Чезайро, чимало академічних праць підпадає під категорію *legal scholarship*, і це не тільки прикладні дослідження у сфері юридичної догматики. У найбільш широкому розумінні цього терміна можна говорити і про наукові розвідки в галузі філософії права, соціології права, порівняльного правознавства, історії права, міжнародного права, де основним предметом дослідження (*central subject matter*) є право в різноманітних його формах і проявах та взаємодії з економікою, політикою, ідеологією, релігією тощо (тут і далі – переклад наш. – І. С.) [33, р. 59–60].

Традиційно наука (доктрина) як джерело англо-американського права асоціюється з т. зв. авторитетними книгами. Тривалий час коло авторів, на роботи яких посилалися англійські судді, було обмеженим приблизно дванадцятьма іменами: Гленвілл, Бректон, Коук, Хейл, Хоукінс, Блекстоун та ін. Саме їх праці, за образним висловом А. К. Романова, «витримали перевірку часом» [6, с. 129]. Деякі з цих праць, наприклад, юриста XV ст. Лільтона «*Tenures*», отримали назву *books of authority* і на початкових етапах розвитку загального права мали значення абсолютного нормативного авторитету в судовій практиці [3, с. 466]. Такі твори здебільшого містили аналіз позитивного права, зокрема викладення правових звичаїв та судових прецедентів, тобто мали переважно описовий, а не творчий характер. Іншими словами, старовинні керівництва, авторитетні книги розглядаються як свідчення, фіксація прецедентів, які неможливо знайти в судових звітах (як відомо, т. зв. щорічники (*the Year Books*) з'являються лише наприкінці XIII ст.). Для суду має значення не сама доктринальна література, а зафіксовані прецеденти, інформації про які немає в інших джерелах. Важливе практичне значення таких літературних джерел пов'язане з відсутністю інших письмових джерел давнього англійського права [3, с. 91; 8, с. 190–191].

У Шотландії суди часто цитують юридичні трактати, котрі мають «інституційне значення» (англ. – «*institutional writings*»). Набуття тим чи іншим трактатом статусу джерела права зумовлюється не тільки його фундаментальністю і загальним визнанням, а й «інституційністю». У таких працях, як «*Regiam Majestatem*» (трактат XIII ст., де викладені основні принципи судового процесу в королівському суді), «Інституції шотландського права» Стейра (1681), «Інституції шотландського права» професора Джона Ірскіна (1753), «Інституції Маккензі» (1684), «Коментарі шотландського права» професора Белла (1804), містяться

загальний виклад шотландського права чи коментарі до окремих його галузей відповідно до системи, прийнятої в «Інституціях» Юстиніана [1, с. 126; 19]. Як вважає В. Тетлі, значення цієї «доктрини» як одного з видів джерел права, які використовуються шотландськими суддями, не менше, а, можливо, навіть більше, ніж прецеденту [39, р. 602]. На думку інших дослідників, вагомість цих праць можна порівняти зі статусом правової доктрини, який вона мала на європейському континенті до періоду проведення кодифікаційних робіт у XIX ст. [23, р. 111].

Сьогодні, як відзначається в юридичній літературі, не тільки і не стільки старовинні керівництва із загального права, скільки праці сучасних юристів здійснюють значний вплив на юридичну практику, розвиток права в цілому. Поширеною є практика цитування праць нині живих авторів [16, р. 67; 18, р. 670; 37, р. 202; 43, р. 56–57]. Існування відповідного неформального правила (*better read when dead*) пояснювалось тим, що мертвий автор вже ніколи не змінить своєї позиції щодо тієї чи іншої правової проблеми. Відповідно суддя, який використає його ідеї, не буде змушений вступати з ним у дискусію чи змінювати винесене рішення. Сучасними вченими-юристами, яких доволі часто цитують у судах, є Р. Кросс, Р. Дворкін, Р. Познер, С. Брайер, Л. Фрідмен, Дж. Вігмор та ін. М. Зандер та К. Стентон наводять такі статистичні дані: якщо в 1955 р. в Палаті лордів при розгляді апеляційних справ адвокати цитували праці учених-юристів тільки 9 разів, а праці лордів-суддів – 6, то в 1971 р. число таких цитувань збільшилось майже втричі. Протягом 1990–2009 рр. «Law Quarterly Review» та «Modern Law Review» – одні з найбільш авторитетних юридичних оглядів – цитувалися у судових рішеннях 58 та 17 разів відповідно [37, р. 224–225; 44, р. 371]. Саме через цитування у судових рішеннях тих чи інших джерел відбувається їх

легітимізація. Ф. Снайдер та М. Бобінські у зв'язку з цим зазначають, що коли судді звертаються до певних джерел, використовуючи їх як юридичну базу для вирішення справи, вони їх фактично легітимізують [12, р. 965; 35, р. 454]. Як зазначає Ф. Чезайро, для того щоб однозначно стверджувати, чи є те чи інше явище джерелом права, слід проаналізувати, яким чином судді аргументують свої рішення. Той факт, що певний правовий текст становить частину суддівської аргументації, є визначальним для кваліфікації певного явища як джерела права [33, р. 25]. Які ж саме правові тексти (наукові праці з питань права) використовують судді?

В англо-американській юриспруденції джерелом права вважається та частина юридичної науки, що визначається юристами як «стандартна», чи «традиційна», «конвенційна» (*standard, conventional, traditional legal scholarship*). З позиції Ф. Чезайро, вона виступає як модель (взірець) для іншої частини юридичної науки та як своєрідний критерій оцінки її якості та переваг. По-перше, вона має прескриптивний характер. По-друге, «споживачами» стандартної юридичної науки є не тільки науковці, але і юристи-практики (суб'єкти, уповноважені приймати юридично значущі рішення), передусім судді. По-третє, в її основі лежить дискурс, що є типовим і зрозумілим для юристів [33, р. 62].

Прескриптивність юридичної науки полягає не в тому, що вона встановлює, визначає належне в праві. Йдеться, скоріше, про те, що науковці пропонують конкретні шляхи вирішення певних правових питань, спираючись передусім на догму права, чинні законодавчі приписи, прецеденти, інтерпретуючи положення останніх [33, р. 62–63]. Наприклад, якщо вчений намагається довести, що судове рішення є неприйнятним, суперечить морально-ціннісним засадам права, він не може вибудовувати свою аргументацію суто на дослідженні моральних

питань, уникаючи тлумачення чинних правових норм та релевантних джерел права. Наукові положення є також прескриптивними, навіть якщо вони ґрунтуються на абстрактних теоретичних викладах, проте на їх основі автор робить (або читач може зробити) певні висновки щодо вирішення конкретних правових проблем. Наприклад, викладення аргументів на користь певної інтерпретації конституційної норми цілком ймовірно може починатися з дослідження природи та визначення функцій конституції.

У країнах англо-американського та континентального права судді, спираючись на авторитет юридичної науки, апелюють, як правило, до тих наукових положень, що набули поширення та визнання серед представників юридичної спільноти. Як зауважує Л. Еннекерус, суддя не відкине з легким серцем те, що усіма визнається правильним [10, с. 154]. Наприклад, у рішенні Верховного суду Канади щодо конституційності *British Columbia Motor Vehicle Act* (1979) серед іншого було зазначено, що «...існує п'ять головних цілей кримінального покарання, котрі сьогодні є загальновизнаними (курсив наш. – І. С.) серед представників науки пенології...». При цьому Суд посилається на працю Н. Уолкера («*Sentencing in a Rational Society*», 1969), котрий узагальнив та чітко виокремив існуючі в науці основні підходи до визначення цілей кримінального покарання [29]. У справі *R. v. Karp*, що розглядалась Верховним судом Канади у 2008 р., суддя J. Bastarache вказує на те, що «практично всі автори (курсив наш. – І. С.) згодні з тим, що ст. 25 Конституційного акта 1982 р. спрямована на захист прав аборигенів» (англ. – «operates as a shield»). У рішенні Суду наводяться імена дев'яти авторів (з указівкою на конкретні сторінки їх праць), котрі висловлюють аналогічну точку зору (B. Wildsmith, B. Slattey, N. Zlotkin, K. McNeil, P. Hogg, D. Sanders, P. Cumming, N. Lyon, K. Lysyk), а також

тих науковців, котрі мають відмінну позицію у цьому питанні (B. Schwartz, R. Bartlett) [20]. Отже, те, що певна точка зору популярна серед юристів, апіорі робить її більш надійною, такою, що заслуговує на довіру. Тому юристи для підтвердження власної позиції користуються науковими положеннями, які асоціюються з поглядом більшості, що, наприклад, у Німеччині позначається таким поняттям, як «*herrschende Meinung*» (домінуючий погляд) [24, р. 352]. У Бразилії суди, використовуючи наукові положення як засіб додаткової аргументації, зазвичай вживають конструкцію «доктрина більшості» (англ. – «*the doctrine of the majority*») [33, р. 88]. Коли ж судді посилаються на конкретних науковців, то надають перевагу тим, котрі є визнаними та користуються повагою серед юристів або займають провідні позиції у престижних університетах [33, р. 89].

Представники англо-американської юриспруденції застерігають, що суддям слід з обережністю використовувати наукові джерела. Існує ймовірність, що вироблені вченими концепції, підходи можуть ввести в оману представників суддівського корпусу, якщо вони занадто розпливчасті і не дозволяють зробити однозначні висновки, необхідні для вирішення справи. Так, Верховний суд Канади при обґрунтуванні правової позиції у питанні тлумачення статутів погодився (процитувавши одну з праць у своєму рішенні) з твердженням ученого Е. Дрідгера, що сьогодні єдиним загальновизнаним принципом чи підходом до тлумачення текстів статутів є той, який передбачає системний і граматичний способи тлумачення з обов'язковим урахуванням мети прийняття відповідного акта, предмета правового регулювання та намірів парламенту. Проте Ф. Чезайро зауважує, що у цьому разі залишається відкритим питання щодо чіткого визначення мети прийняття акта та, власне, можливості з'ясування намірів парламенту [33, р. 65].

Яскравим прикладом використання суддями наукових джерел є вищезгадана справа *R. v. Carr* (2008). Позивачі – рибаки з числа неаборигенів – стверджували, що в результаті надання представникам трьох місцевих корінних груп населення ліцензії на виключне право вилову лосося було порушено принцип рівності, передбачений ст. 15 (ч. 1) Канадської хартії прав і свобод (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*): «Кожна особа рівна перед законом і має право на рівний захист і рівні пільги, що надаються за законом, без усякої дискримінації і, зокрема, дискримінації за ознакою расового, національного чи етнічного походження, кольору шкіри, релігії, статі, віку, розумових чи фізичних вад». Така ліцензія була видана в рамках запровадженної федеральним урядом програми *Pilot sales Program*, що надавала право окремим групам аборигенів-індіанців здійснювати обмежений комерційний вилов риби. На думку позивачів, цим групам було надано завідомо несправедливі пільгові умови (*unfair preferential opportunities*). Проте Суд кваліфікував відповідні заходи як такі, що не мають дискримінаційного характеру та правомірно запроваджені відповідно до ст. 15 (ч. 2) Канадської хартії прав і свобод: «Не перешкоджається впровадження будь-якого закону, програми чи виду діяльності, спрямованих на поліпшення умов існування вадних осіб чи груп, включно з тими, хто має невігоди через расове, національне чи етнічне походження, колір шкіри, релігію, стать, вік, розумові чи фізичні вади». Суд докладно проаналізував та виклав у своєму рішенні існуючі у судовій практиці та юридичній науці підходи до визначення змісту принципу рівності та правомірних підстав його обмеження. Суд також апелює до ідеї справедливої рівності можливостей, формального та змістового аспектів справедливості, аналізує доцільність та необхідність здійснення заходів позитивної дискримінації, до яких вдається дер-

жава для забезпечення рівності можливостей різних категорій осіб. На основі викладеного Суд складає тест, яким слід керуватися для визначення того, чи порушують дії уряду принцип рівності: такі дії (акти, програми) уряду вважаються недискримінаційними, якщо вони провадяться з метою поліпшення чи виправлення (корегування) несприятливих умов, в яких перебувають певні категорії осіб. Проте, на думку окремих вчених (А. Bayefsky, М. Eberts, R. Juriansz), позиції яких наводяться в рішенні Суду, цей тест є недосконалим, адже уряд при прийнятті потенційно (чи відверто) дискримінаційного акта може декларувати (чи навіть безпосередньо включити відповідне положення до його тексту), що він спрямований на усунення несприятливих умов, у яких перебувають певні групи населення (жінки, люди з особливим фізичними потребами, представники національних меншин та ін.). У зв'язку з цим Суд зауважує, що у таких випадках передусім слід системно аналізувати текст законодавчого акта та на основі цього робити висновок про справжню мету його прийняття. Усього Судом було процитовано (з указівкою на конкретні сторінки) 54 (!) наукових джерела – праці монографічного характеру, наукові статті, юридичні словники [20].

Отже, є підстави констатувати існування тісного зв'язку юридичної науки та практики, активне використання суддями надбань юридичної думки, що є важливою і невід'ємною складовою англо-американської традиції судочинства. Показовою у цьому сенсі є позиція судді лорда Кейта у справі *Wallace Edward Rowling and The Attorney General v. Takaro Properties Limited* (1987), що розглядалась Судовим комітетом Таємної Ради (*The Judicial Committee of the Privy Council*). Лорд Кейт зауважив, зокрема, що серед наведених доводів у касаційній скарзі не було жодних посилань на академічну літературу з питань відповідальності органів влади за недбалість. На його

думку, вивчення цих джерел може бути корисним для суддів, коли вони стикаються з дискусійними питаннями, пов'язаними з тими галузями права, котрі, як і у випадку з недбалістю, постійно знаходяться у стані розвитку. Більш того, «їх Світлість вважає таку позицію адвокатів неприйнятною і схильна сприймати як невивічливу» [40]. Аналогічні зауваження (адресовані передусім адвокатам сторін) висловлюють також суддя П. Гібсон у справі *State Bank of India v. Sood* (1997) та суддя лорд Гофф у справі *White v. Jones* (1995) [38; 42].

Контент-аналіз рішень американських, англійських, канадських, новозеландських судів свідчить, що саме статті є найбільш затребуваною та цитованою категорією вторинних джерел права. У судових рішеннях найчастіше зустрічаються посилання на статті, опубліковані в юридичних журналах та юридичних оглядах, що належать до категорії елітних (*elite journals, law reviews*). В Австралії такими вважаються «*Australian Law Journal*», «*Sydney Law Review*», «*University of Melbourne Law Review*», «*Australian Journal of Law and Society*», «*Law in Context*» [13, р. 721]. У США до категорії елітних належать «*Harvard Law Review*», «*California Law Review*», «*Yale Law Review*», «*Columbia Law Review*», «*Stanford Law Review*», «*Michigan Law Review*». Наприклад, американські федеральні суди, якщо брати статистику 70–90-х рр. ХХ ст., цитували статті з «*The Harvard Law Review*» більше семи тисяч разів [22]. Ці фахові друковані видання поділяються на дві основні групи.

До першої групи належать професійні журнали та газети, орієнтовані на представників юридичної спільноти, передусім практикуючих юристів. У них публікуються професійні новини (ділова інформація про юридичні компанії, окремих адвокатів, призначення юристів на ті чи інші посади тощо), огляди змін у законодавстві і судовій практиці, актуальні інтерв'ю, висвітлення резонансних

судових процесів, рейтинги найбільших юридичних компаній, тексти судових рішень і т. п. Так, у найавторитетнішій щоденній юридичній газеті «*The New York Law Journal*» публікуються судові рішення більшості судів, юрисдикція яких поширюється на територію штату Нью-Йорк. Тож для адвокатів, які практикують у цих судах, традиційною стала практика цитування прецедентів та їх тлумачення з посиланням саме на це джерело. Такі видання, як «*The New York Law Journal*», «*American Lawyer*», мають передусім практичну спрямованість і не є науковими у точному значенні цього слова: теоретична частина, історія питання, розробка понятійно-категоріального апарату у статтях цих журналів та газет зведені до мінімуму.

До другої групи юридичної періодики належать суто наукові, академічні видання. Найпоширенішим видом подібних видань є юридичні огляди (*law review*), що видаються школами права (юридичними факультетами) американських університетів і користуються серед юристів великим авторитетом. Фактично кожна відома школа права має свій науковий журнал, який прийнято називати «провідним», «флагманським» [7, с. 83–84]. Редакційний колектив складається зі студентів шкіл права, які також готують публікації – коментарі чи замітки, в яких аналізується судова практика, зокрема фабули знакових судових справ, щоб виявити причини прийняття судом того чи іншого рішення. Центральне місце в юридичних оглядах займають наукові статті (*articles*), авторами яких є професори цих університетів, а також судді, адвокати, так чи інакше пов'язані з відповідною школою права. Відмінною рисою наукових статей є глибока доктринальна й теоретична розробка актуальних питань у галузі конституційного права, податкового права, деліктного права, цивільного права. Важливе значення мають аналітичні статті, в яких розглядається вплив ідей різних право-

знавців на розвиток прецедентної практики і законодавства, окреслюються перспективні напрями та шляхи подальшого вдосконалення правового регулювання в тих чи інших галузях права. А. Ліптак зауважує, що аналітичні статті не просто впливають на розвиток права, вони допомагають юристам-практикам у пошуку переконливих аргументів. Положення кращих доктринальних статей часто ставали джерелом права при вирішенні справ, що розглядалися у Верховному суді США та Верховних судах штатів [22]. Найстарішим таким журналом є «Юридичний огляд університету Пенсільванії» («The University of Pennsylvania Law Review»), що видається з 1853 р. Існують також журнали, як, наприклад, «Journal of Legislation», котрі присвячені передусім актуальним суспільно-політичним питанням та їх законодавчому врегулюванню (судова практика та прецеденти майже не аналізуються). На сторінках цих журналів розбираються різні законопроекти, обговорюються реформи у галузях державного управління, адміністративної політики держави, національних та міжнародних організацій [7, с. 89].

Верховний суд США цитує, як правило, найостанніші публікації. За підрахунками Л. Дж. Сіріко, у 1996–98 рр. майже половина з усіх процитованих Судом журнальних статей опублікована після 1990 р. [34, р. 1015]. Це пояснюється тим, що, як видається, судді вважають такі статті переконливими та прийнятними, адже більш точно відображають сучасний стан розвитку права. На думку судді А. Скаліа, «життя» статті в середньому дорівнює приблизно п'яти рокам, потім вона втрачає свою актуальність [30, р. 8]. Проте окремі публікації, наприклад стаття С. Уоренна та Л. Брандейса «Право на приватність», не тільки не втрачали своєї актуальності протягом багатьох років, а й фактично змінили уявлення про право, окремі правові інститути, підходи до правової регламен-

тації певних суспільних відносин [41]. Опублікована у 1890 р. праця випускників Гарвардської школи права С. Уоренна та Л. Брандейса, яку, за даними пошукової системи Westlaw станом на 2013 р., було процитовано 3124 рази, фактично відкрила новий інститут права, який завдяки практиці Верховного суду США та законотворчості Сенату постійно розвивається та доповнюється новими компонентами [9, с. 132].

Як свідчить статистика, останнім часом збільшилось цитування статей, опублікованих у менш авторитетних і відомих юридичних журналах, кількість яких значно зросла. До того ж у зв'язку з появою та набуттям популярності таких баз даних, як Westlaw і Lexis, судді та клерки мають більший доступ до неелітних юридичних оглядів [25, р. 414–415]. Наприклад, у 1940 р. Верховний суд США у своїх рішеннях посилався на юридичну періодику 31 раз, зокрема процитувавши 17 разів (54,8 % загальної кількості таких посилань) статті, опубліковані в «Harvard Law Review», «Yale Law Journal», «Columbia Law Review». У рішеннях Суду, що датуються 1993 р., кількість таких посилань є набагато меншою. Із загальної кількості (108) посилань на юридичні огляди менше третини (31, що складає 19,4 %) є цитатами з вищезазначених елітних видань [15, р. 31]. Втрата позицій елітними юридичними оглядами пояснюється передусім змінами у змістовому наповненні публікацій. Ф. Шапіро зазначає, що юридичні огляди є основною формою поширення наукових ідей серед представників юридичної спільноти. Саме публікації в юридичних оглядах є важливою передумовою та засобом кар'єрного росту авторів як науковців. У зв'язку з цим вони, як правило, обирають найбільш авторитетні юридичні огляди для своїх публікацій [31, р. 389; 32, р. 397]. М. Ден-Коен, у свою чергу, порівнює науковців та суддів з акторами та глядачами, які прийшли на виставу. Як і актори, котрі не залучають глядачів

до дій, що відбуваються на сцені, так само і вчені-юристи не розглядають суддів як безпосередніх учасників діалогу, наукового дискурсу [14, р. 589–592]. Науковець пише статтю і надсилає її до елітного журналу, сподіваючись, що вона отримає схвальні відгуки від редакційної колегії та рецензентів, які є такими ж представниками академічної спільноти. Розуміння того, що наукова публікація не буде опублікована без згоди інших вчених, значною мірою визначає його підхід до форми викладення та змісту матеріалу. Автор передусім намагається виявити свою ерудицію, широту мислення та переконати своїх колег у правильності власної позиції, що є запорукою зміцнення його позицій у науковому середовищі. Нерідко у публікаціях дослідники виносять на розгляд складні теоретичні або такі, що неоднозначно трактуються, питання, які є цілком зрозумілими й актуальними з точки зору вчених. Проте, на думку суддів, такого роду дискусії, які рясніють посиланнями на праці філософів і теоретиків права, є безплідними та нецікавими для практикуючих

юристів [17, р. 34–35; 21, р. 313; 27, р. 1314, 1320–1321]. Тому судді закликають професорів писати свої праці з актуальних питань та доктрин у доступній для розуміння формі. «Якщо академічна спільнота хоче змінити світ, вона повинна бути частиною цього світу», – наголошує суддя Апеляційного суду Нью-Йорка Ріна Реггі [22].

Отже, на основі аналізу й узагальнення судової практики в країнах англо-американського права можна зробити висновок, що результати наукових досліджень широко використовуються у правозастосуванні. Однак, на відміну від законодавчих приписів та прецедентів, вироблені юридичною наукою положення мають рекомендаційний характер, а сама юридична наука (*legal scholarship*) належить до вторинних (переконливих) джерел права. Оформлені належним чином у наукових працях правові погляди авторитетних учених використовуються суддями, у тому числі у формі прямого цитування у судових рішеннях, як різновид юридичної аргументації.

Література

1. Апарова Т. В. Суды и судебный процесс Великобритании. Англия, Уэльс, Шотландия / Т. В. Апарова. – М. : Триада, Лтд, 1996. – 157 с.
2. Гураленко Н. А. Судовий прецедент в системі джерел права: філософсько-правовий аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.12 / Н. А. Гураленко. – Л. : Львів. держ. ун-т внутр. справ, 2009. – 18 с.
3. Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії : монографія / Б. В. Малишев. – К. : Праксіс, 2008. – 344 с.
4. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности / Л. И. Петражицкий ; отв. ред. И. Ю. Козлихин, Ю. А. Сандулов. – СПб. : Лань, 2000. – 608 с.
5. Рабінович П. М. Трансформація методології вітчизняного праводержавознавства: досягнення і проблеми / П. М. Рабінович // Юрид. Україна. – 2003. – № 1. – С. 20–25.
6. Романов А. К. Правовая система Англии : учеб. пособие / А. К. Романов. – М. : Дело, 2002. – 334 с.
7. Тедеев А. А. Краткий обзор академических юридических изданий в США / А. А. Тедеев // Вопр. правоведения. – 2009. – № 2. – С. 83–89.
8. Уолкер Р. Английская судебная система : монография : пер. с англ. / Р. Уолкер. – М. : Юрид. лит., 1980. – 630 с.
9. Уоренн С. Право на приватність / С. Уоренн, Л. Брадейс // Право США. – 2013. – № 1–2. – С. 132–153.
10. Эннексерус Л. Курс германского гражданского права / Л. Эннексерус ; пер. с нем. К. А. Граве ; под ред. Д. М. Генкина, И. Б. Новицкого. – М. : Иностран. лит., 1949. – 436 с.
11. Ambro T. L. Citing Legal Articles in Judicial Opinions: A Sympathetic Antipathy / T. L. Ambro // American Bankruptcy Law Journal. – 2006. – Vol. 80. – P. 547–551.

12. Bobinski M. A. Citation Sources and the New York Court of Appeals / M. A. Bobinski // *Buffalo Law Review*. – 1985. – Vol. 34. – P. 965–1009.
13. Chesterman M. Legal Scholarship in Australia / M. Chesterman, D. Weisbrot // *Modern Law Review*. – 1987. – Vol. 50. – P. 709–724.
14. Dan-Cohen M. Listeners and Eavesdroppers: Substantive Legal Theory and Its Audience / M. Dan-Cohen // *University Colorado Law Review*. – 1992. – Vol. 63. – P. 569–594.
15. Daniels W. Far Beyond the Law Reports: Secondary Source Citations in United States Supreme Court Opinions October Terms 1900, 1940 and 1978 / W. Daniels // *Law Library Journal*. – 1983. – Vol. 76. – P. 1–47.
16. De Cruz P. *Comparative Law in a Changing World* / P. de Cruz. – London : Cavendish Publishing Limited, 1999. – 532 p.
17. Edwards H. T. The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession / H. T. Edwards // *Michigan Law Review*. – 1992. – Vol. 91. – P. 34–70.
18. Glasser C. Radicals and Refugees: the Foundations of the Modern Law Review and English Scholarship / C. Glasser // *Modern Law Review*. – 1987. – Vol. 50 (Issue 6). – P. 688–708.
19. Green L. Law and the Causes of Judicial Decisions [Електронний ресурс] / L. Green // *Oxford Legal Studies Research*. – 2009. – No. 14. – Режим доступу : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1374608.
20. Her Majesty The Queen v. John Michael Kapp [2008] [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/5696/index.do>.
21. Kaye J. S. One Judge's View of Academic Law Review Writing / J. S. Kaye // *Journal of Legal Education*. – 1989. – Vol. 39. – P. 313–321.
22. Liptak A. When rendering decision, judges are finding law reviews irrelevant [Електронний ресурс] / A. Liptak // *New York Times*. – 2007. – № 19. – Режим доступу: <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9A0CE2D81630F93AA25750C0A9619C8B63>.
23. Macmillan Rt. Hon. *Law and Other Things* / Rt. Hon. Macmillan. – Cambridge : University Press, 1937. – 284 p.
24. Markesinis B. Conceptualism, Pragmatism and Courage: A Common Lawyer Looks at Some Judgments of the German Federal Court / B. Markesinis // *The American Journal of Comparative Law*. – 1986. – Vol. 34. – P. 349–367.
25. Newton B. Law Review Scholarship in the Eyes of the Twenty-First Century Supreme Court Justices: An Empirical Analysis / B. Newton // *Drexel Law Review*. – 2012. – Vol. 4. – P. 399–416.
26. Petherbridge L. An Empirical Assessment of The Supreme Court's Use of Legal Scholarship / L. Petherbridge, D. Schwartz // *Northwestern University Law Review*. – 2012. – Vol. 106. – P. 995–1032.
27. Posner R. A. *Legal Scholarship Today* / R. A. Posner // *Harvard Law Review*. – 2002. – Vol. 115. – P. 1314–1326.
28. Post R. *Legal Scholarship and the Practice of Law* / P. Post // *University of Colorado Law Review*. – Vol. 19. – P. 405–422.
29. Reference Re Section 94(2) of the Motor Vehicle Act [1985] [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/100/index.do>.
30. Scalia A. The Legacy of Judge Howard T. Markey / A. Scalia // *John Marshall Review of Intellectual Property Law*. – 2009. – Vol. 8 (Special issue). – P. 1–8.
31. Shapiro F. R. The Most-Cited Law Reviews / F. R. Shapiro // *The Journal of Legal Studies*. – 2000. – Vol. 29. – P. 389–396.
32. Shapiro F. R. The Most-Cited Legal Books Published Since 1978 / F. R. Shapiro // *The Journal of Legal Studies*. – 2000. – Vol. 29. – P. 397–407.
33. Shecaira F. *Legal scholarship as a source of law: a thesis ... for the degree of doctor of philosophy* / F. Shecaira ; McMaster University. – Hamilton, 2011. – 157 p.
34. Sirico L. The Citing of Law Reviews by the Supreme Court: 1971–1999 / L. Sirico // *Indiana Law Journal*. – 2000. – Vol. 75 (Issue 3). – P. 1009–1039.
35. Snyder F. The citation practices of the Montana Supreme Court / F. Snyder // *Montana Law Review*. – 1996. – Vol. 57. – P. 453–491.
36. Somek A. Legal Science as a source of Law: A Late Reply by Puchta to Kantorowicz [Електронний ресурс] / A. Somek // *University of Iowa Legal Studies Research Paper Series*. – 2013. – № 13. – Режим доступу: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2175235.
37. Stanton K. *Use of Scholarship by the House of Lords in tort cases* / K. Stanton // *From House of Lords to Supreme Court* / ed. by J. Lee. – Oxford. : Hart Publishing, 2011. – P. 201–226.

38. State Bank of India v. Sood [1997] [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:2tTDaOP3pnEJ:www.cambridge.org/us/download_file/203487/+&cd=4&hl=ru&ct=clnk&gl=ua.
39. Tetley W. Mixed Jurisdictions: Common Law vs. Civil Law (codified and uncodified) / W. Tetley // Uniform Law Review. – 2009. – № 3. – P. 591–619.
40. Wallace Edward Rowling and The Attorney General v. Takaro Properties Limited [1987] [Електронний ресурс] // The British and Irish Legal Information Institute (Database). – Режим доступу: <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/uk/cases/UKPC/1987/2.html&query=Rowling+and+v+and+Takaro+and+Properties&method=boolean>.
41. Warren S. D. The Right to Privacy / S. D. Warren, L. D. Brandeis // Harvard Law Review. – 1890. – Vol. 4. – P. 193–220.
42. White v. Jones [1995] [Електронний ресурс] // The British and Irish Legal Information Institute (Database). – Режим доступу: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1995/5.html>.
43. Youngs R. English, French & German Comparative Law / R. Youngs. – London : Cavendish Publishing Limited, 1998. – 536 p.
44. Zander M. The Law-Making Process / M. Zander. – 6th ed. – London : Cambridge University Press, 2005. – 550 p.