

вкрай бажаними є їх ініціативна розробка в наукових установах, окремими науковцями, їх групами, участь останніх в робочих групах і державних комісіях з підготовки проектів, проведення ними попередніх і наступних експертиз проектів правових актів.

З викладеного випливає висновок про те, що саме проблема санкціонування є центральною і найбільш важливою складовою частиною у вченні про формування права.

*Надійшла до редколегії 20.05.04*

*С. Погребняк, доцент НЮА України*

## **Вплив судової практики на юридичні акти в англо-американському праві**

Однією з головних особливостей англо-американської сім'ї традиційно вважається суддівський за своєю природою та змістом характер англо-американського права. Без перебільшень можна говорити про те, що основу англосаксонської правової системи було закладено завдяки діяльності судів. Особливо помітною є роль суддів у створенні загального права та права справедливості. Отже, вплив судової практики на юридичні акти в англо-американському праві не викликає жодних сумнівів.

Багатомісячний англо-американський досвід щодо цього питання є вельми корисним для нас, попри те, що сучасна правова система України є правовою системою перехідного типу, яка тяжіє до романо-германської сім'ї. Крім традиційних аргументів щодо наукового і практичного значення порівняльно-правових досліджень, корисність цього досвіду обумовлюється тим, що сьогодні за судами в романо-германських правових системах все частіше визнається як додаткова правотворча функція. Так, на нашу думку, український суд у складних ситуаціях правозастосування вимушений доповнювати і виправляти закони, тобто займатися правотворчістю, «добудовою» права, деякою мірою повторюючи шлях англо-американських судів.

Розв'язання даної проблеми започатковано у теоретичних і порівняльно-правових дослідженнях представників вітчизняної та зарубіжної юридичної науки, зокрема С. Алексеєва, Г. Дж. Берма-

на, В. Бернхема, І. Богдановської, П. Виноградова, Р. Волкера, Р. Да-вида, Е. Дженкса, С. Загайнової, Р. Кросса, Д. Ллойда, М. Марчен-ка, А. Романова, А. Саїдова, К. Цвайгерта, С. Шевчука. Тому при ро-боті над цією статтею автор спирався на їх публікації. Проте дослід-ження зазначеної проблеми, як правило, здійснювалися в контексті загальної характеристики англо-американської сім'ї, або ж аналіз су-дової практики не пов'язувався з проблемою юридичних актів.

Метою цієї статті є вдосконалення теоретичних знань про вплив судової практики на юридичні акти в межах англо-амери-канській правовій сім'ї. Для досягнення зазначеної мети автор ста-вив перед собою такі завдання: проаналізувати історичну роль су-дової практики у формуванні англо-американського права; дослі-дити роль судової практики у створенні прецедентів; з'ясувати вплив судової практики на акти законодавства; вивчити її взаємо-дію з іншими джерелами права; зробити висновки щодо ролі судо-вої практики в англо-американській правовій сім'ї.

Викладемо основні положення нашого дослідження. Вплив су-дової практики на юридичні акти в англо-американському праві відбувався протягом усієї історії формування цієї правової сім'ї. Так, основна частина норм загального права (common law) склалася внаслідок самостійної нормотворчої діяльності англійських суддів. Коли королівські судді почали у другій половині XII ст. вирішувати спори, вони не знайшли формально встановлених норм, які могли б застосувати. Парламенту ще не існувало, він виник лише у 1265 р. — через століття після того, як суди розпочали регулярну діяльність<sup>1</sup>. Королі взагалі не вважали регулярне видання нових законів одним із своїх обов'язків<sup>2</sup>. За таких умов судді були виму-шені в юридичних актах — судових рішеннях — самостійно вста-новлювати норми, виходячи з того, що ці правила поведінки відпо-відають звичаям суспільства, що давно існували.

Розуміння сутності загального права не можливе також без дек-лараторної теорії права, або теорії незалежного існування права, основні положення якої сформулювали М. Хейл та В. Блекстоун:

1) судді не створюють право, а лише декларують або відкрива-ють його. Норми права існують об'єктивно і незалежно від суддів. Судді — це «оракули» права. Їхні рішення — найбільш авторитетні свідчення існування права. З цих позицій загальне право є не чим

<sup>1</sup> Див.: Дженкс Э. Английское право / Пер. с англ. — М., 1947. — С. 28.

<sup>2</sup> Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. — М., 1998. — С. 413.

іншим, як правом, декларованим суддями за всю історію існування суду<sup>1</sup>;

2) право — це звичай, що є виразником певних цінностей народу. Тому виключний засіб доведення певного правила поведінки як норми загального права полягає у посиланні на докази існування цього правила як звичаю, якого завжди додержувались суб'єкти правовідносин. Загальне право, розвиток якого триває протягом багатьох століть, близьке до звичаєвого права;

3) розумність — це життя права. Ототожнення загального права з розумністю є наслідком розвитку теорії природного права. Згідно з англійською традицією до принципу розумності завжди ставились як до питання факту, що передається на розгляд присяжних<sup>2</sup>;

4) прийняття судового рішення, в якому міститься положення, що раніше не декларувалось суддями, не змінює правову систему. Це пояснюється тим, що суд використовує право таким, яким воно було до моменту винесення рішення.

Англійське право справедливості (*equity law*) виникає і розвивається починаючи з XIV ст. Поява самої ідеї права справедливості пояснюється тим, що норми загального права не дозволяли звертатися до суду з деякими типами позовів, необхідність у яких виникла в той період, коли середньовічне загальне право вже сформувалося. Розчаровані у загальному праві люди починають звертатися до короля з численними петиціями про вирішення питання «по справедливості і як виняток, тому що суди їм відмовляли у справедливості і правосудді на основі права». Як правило, англійські королі доручали розглядати такі петиції своїм лордам-канцлерам. У міру розвитку практики вирішення спорів за нормами права справедливості правосуддя на його основі стало здійснюватися в загальноприйнятому порядку, але в особливому суді — Суді канцлера (Канцлерському суді справедливості), який очолював лорд-канцлер короля, і на підставі особливих принципів — максимум права справедливості. Суперечність між загальним правом та правом справедливості було усунуто шляхом створення у 1873 р. єдиного для обох систем вищого суду: Високий суд правосуддя замінив обидва колишні вищі суди<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Романов А. К. Правовая система Англии. — М., 2000. — С. 97.

<sup>2</sup> Див.: Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції. — К., 2001. — С. 55.

<sup>3</sup> Див.: Загайнова С. К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. — М., 2002. — С. 9.

Аналізуючи співвідношення між загальним правом та правом справедливості у сьгоднішні часи, слід зазначити таке:

1) право справедливості та загальне право — це різновиди англійського прецедентного права, які продовжують залишатися різними мегагалузлями англійського права;

2) право справедливості не входить у загальне право; це своєрідне «рукотворне доповнення» до загального права, його свідоме вправлення в тій частині, в якій останнє виявлялося застарілим або мало прогалини. Отже, прецеденти у праві справедливості створюються не на основі норм загального права, а ніби на додачу до них;

3) загальне право ґрунтується на звичаєвих правилах і вимогах, а в основі права справедливості лежать суб'єктивні уявлення про належне у праві та про справедливість;

4) загальне право продовжує багато в чому суворо додержуватись юридичної форми, тобто формальні вимоги в ньому переважають над сутністю справи. Право ж справедливості в окремих випадках пропонує інший принцип, згідно з яким не можна наполягати на праві заради самого права;

5) у праві справедливості основна увага приділяється моральним, а не правовим і суто нормативним аспектам. Це стає очевидним при зверненні до принципів права справедливості — його максимум, які дозволяють коригувати загальне право, наприклад: право справедливості не залишить будь-яку неправильну поведінку без відповідальності; до права справедливості може звертатися лише той, у кого «совість чиста»; рівність є справедливість; затримка з розглядом справи знищує справедливість<sup>1</sup>;

6) праву справедливості притаманні деякі засоби судового реагування і захисту, невідомі загальному праву. До найважливіших засобів судового захисту, які невідомі загальному праву, але передбачені правом справедливості, належать судова заборона, виконання в натурі, ректифікація та анулювання<sup>2</sup>.

Наприкінці XVIII- у XIX ст. стало зрозумілим, що погляд на суддів як на простих інтерпретаторів права — пустий забобон. Сучасна теорія загального права виходить уже з того, що судді є творцями загального права. Судді творять загальне право, закріплюючи його в юридичних актах, виходячи із своїх уявлень про те, що є прийнятним з погляду громадськості. Якщо існує правило, яке ґрунтується на прецедентних судових рішеннях, то до нього необ-

<sup>1</sup> Див.: Романов А. К. Вказ. праця. — С. 111–114.

<sup>2</sup> Див.: Там само. — С. 108–111.

хідно звернутися. Проте у випадках вироблення цілком нового рішення судді неминуче нав'язують суспільству певну точку зору. Саме це і дає сучасним дослідникам підстави вважати, що судді все ж таки творять загальне право або певним чином беруть участь у процесі його творення та розвитку<sup>1</sup>.

Таким чином, судова практика в сім'ї загального права виконує правотворчу функцію, а особливістю судових рішень як юридичних актів англо-американського права є офіційне визнання за ними статусу прецедентів.

**Судова практика і прецеденти.** Судовий прецедент як джерело права з'являється в англійській правовій системі завдяки судовій практиці. Судовий прецедент — це таке рішення суду в конкретній справі, що підказує іншим суддям, яке рішення слід прийняти при вирішенні аналогічних справ у майбутньому.

Доктрина прецеденту ґрунтується на принципі *stare decisis* («стояти на вирішеному»), згідно з яким суди не можуть переглядати прецеденти за своїм розсудом. Судді додержуються принципу *stare decisis* не стільки через загрозу санкцій (звільнення з посади), стільки для того, щоб судова практика досягла високого ступеня єдності. Це необхідно, щоб не порушувався принцип справедливості, забезпечувалися ті необхідні сталість і впевненість, які нерозривно пов'язані з самим поняттям права.

Зміст принципу *stare decisis* становлять дві істотні вимоги — підкореності та переконливості, на яких і ґрунтуються судові рішення. Ці вимоги внаслідок їх загального характеру також часто іменують принципами. Принцип підкореності означає, що суд повинен додержуватись правила, встановленого під час розгляду попередньої справи. У свою чергу принцип переконливості означає, що суд може, але не зобов'язаний, додержуватись раніше встановленого правила, якщо його аргументація є достатньо переконливою<sup>2</sup>. Оскільки щодо конкретного прецеденту можуть діяти різні принципи *stare decisis* — підкореності або переконливості, можна зробити висновок про те, що судова практика може породжувати два види судових прецедентів: обов'язкові та необов'язкові (переконливі).

У судових рішеннях як юридичних актах містяться дві складові судового прецеденту: *ratio decidendi* та *obiter dictum*. *Ratio decidendi* (з лат. — підстава для вирішення) міститься у мотивувальній частині

<sup>1</sup> Див.: Бернхем В. Вступ до права та правової системи США / Пер. з англ. — К., 1999. — С. 47.

<sup>2</sup> Див.: Там само. — С. 69.

і є стандартом, поясненням, чому саме так було вирішено конкретну справу. Він фіксує правову основу, що має силу закону, і повинен застосовуватися при вирішенні всіх наступних справ, причому щодо всіх інших осіб, а не тільки сторін у даній справі. Таким чином, саме *ratio decidendi* є нормою прецедентного права, закріпленою в судовому рішенні — юридичному акті. Для обґрунтування *ratio decidendi* судді застосовують норми законодавства, попередні прецеденти та міркування (мотивацію) суддів при їх прийнятті, цитати з авторитетних доктринальних джерел, посилання на іноземні прецеденти чи законодавство тощо<sup>1</sup>.

Досить часто судді вдаються до зауважень (міркувань) щодо питань, які безпосередньо не входять до предмета судового рішення. Ці зауваження висловлюються для пояснення, ілюстрації і мають загальний характер. Так створюються *obiter dictum* (з лат.— сказане між іншим), які на відміну від *ratio decidendi* не формулюють той чи інший принцип права і не обґрунтовують рішення суду. *Obiter dictum* має додатковий, але необов'язковий характер і тому не становить обов'язкової прецедентної цінності для майбутніх справ. Ця частина рішення суду в справі покликана допомогти юристам у майбутньому, але вони не зобов'язані додержуватись висловлень, що містяться в ній.

Судова практика відіграє важливу роль не тільки у створенні прецедентів, а й у припиненні їх дії. Так, прецедент може бути:

1) переглянуто (скасовано) згідно з рішенням вишого суду в іншій справі. Вищий суд у цих випадках вважає, що право з часу проголошення попереднього рішення стало іншим. Тому рішення, прийняте на підставі старого прецеденту в іншій справі, залишається чинним, а новий прецедент, створений вищим судом, пошириться на всі справи, що розглядатимуться у майбутньому;

2) змінено вищим судом шляхом скасування рішення нижчого суду в порядку апеляційного перегляду справи. У цьому випадку відхилене рішення нижчого суду втрачає силу прецеденту, а прийняте судом апеляційної інстанції рішення стає новим прецедентом у цій справі;

3) відхилено судом, якщо запропонований прецедент не повною мірою відповідає фактичним обставинам розглянутої справи. Суд констатує, що прецедент не може бути застосований через істотні розбіжності обставин справи, розгляд якої привів до створення прецеденту, з обставинами справи, яку суд розглядає зараз<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Шевчук С. Вказ. праця. — С. 171–172.

<sup>2</sup> Див.: Романов А. К. Вказ. праця. — С. 170–173.

Зазвичай суди віддають перевагу відхиленню прецеденту, а не його перегляду (скасуванню). Вважається, що перегляд (скасування) прецедентів призводить до зростання невизначеності права і у цілому не сприяє цілям правосуддя та справедливості. Відхилення ж дозволяє у разі необхідності «відродити» «сплячий» прецедент<sup>1</sup>.

**Судова практика і законодавство.** Як відомо, законодавство — одне з двох основних джерел сучасного англо-американського права. До законодавчих актів належать закони і акти делегованого законодавства. Закон (статут) — це формальний, оформлений у письмовому вигляді акт, який виходить від вищого законодавчого органу влади (в Англії, Канаді та Австралії — це Парламент, у США на федеральному рівні — це Конгрес, на рівні окремих штатів — легіслатури). Акти делегованого законодавства — це підзаконні відомчі нормативні акти, прийняті відповідно до встановленого порядку та в межах повноважень, делегованих законодавцем певним органам.

Судова практика активно впливає на акти законодавства. Аналізуючи взаємодію між судовими рішеннями як актами судової практики і актами законодавства, слід враховувати такі моменти.

1. Прецеденти як норми, закріплені в судових рішеннях, за юридичною силою беззаперечно підкоряються законам. Сьогодні в Англії діє принцип верховенства статутного законодавства, який може бути підтверджено такими положеннями права:

1) суд не має права брати під сумнів законність прийнятих Парламентом актів. В Англії не існує системи судового контролю за законодавчим процесом і законами;

2) лише прийнятий Парламентом статут може прямо скасовувати статут, прийнятий ним раніше, або це може припускатися. До того моменту статуту вважаються незмінними і підлягають застосуванню суддями до їх формального скасування чи закінчення встановленого в них строку дії;

3) закон може змінювати або скасовувати положення чинного загального права (тобто судові прецеденти)<sup>2</sup>.

Проте дані правила не стосуються актів делегованого законодавства. Крім того, певні винятки існують у правовій системі США, де визнається можливість судового контролю за конституційністю законів.

2. Акти законодавства не домінують серед джерел права у кількісному аспекті. На практиці статуту здебільшого приймаються

<sup>1</sup> Див.: Богдановская И. Ю. Прецедентное право. — М., 1993. — С. 36.

<sup>2</sup> Див.: Романов А. К. Вказ. праця. — С. 133–134.

для внесення необхідних змін і доповнень до чинного права. Зокрема, статутне законодавство призначене для скасування чинного законодавства, доповнення встановлених положень загального права або права справедливості, перегляду наслідків рішень судів, а також запровадження нових положень з питань, що раніше не підлягали правовому регулюванню. Проте в сучасному англійському праві все ж таки можна помітити тенденцію до посилення ролі статутів, яка полягає у збільшенні їх питомої ваги в системі джерел права та розширенні сфери відносин, що регулюються ними. Наприклад, англійські закони, прийняті після 1948 р., мають обсяг у чотири рази більший, ніж закони, прийняті до того часу<sup>1</sup>.

3. Зв'язки статутів з прецедентами, закріпленими в судових актах, виглядають так: принципи англійського права встановлюються саме в суддівських актах, а статут лише деталізує їх. Такі своєрідні відносини між загальним правом та законодавчими актами обумовлені не стільки логікою, скільки інстинктивною реакцією на роль законодавчих актів в історії розвитку системи загального права. У період створення загального права законодавства було обмаль. У загальному праві містилися найбільш широкі та зрозумілі принципи, тому не було потреби включати в законодавчі акти якісь постійні норми. Замість цього законодавчі акти приймалися на основі *ad hoc* — тобто виходячи з вимог конкретної ситуації, яка обумовлює необхідність приймати рішення, не передбачене чинним правом. Отже, судді, спираючись на загальне право, не зверталися за базовими нормами до законодавчих актів, та й законодавці не вважали за потрібне включати такі положення до законодавчих актів, які вони приймали.

Судді, спираючись на загальне право, розглядають законодавчий акт як такий, що містить специфічні норми права, які можуть застосовуватися тільки у чітко визначених самим законом випадках. В усіх інших випадках, не охоплених законодавчим актом, судді на відміну від суддів романо-германської правової сім'ї не будуть виносити рішення за аналогією з цим законом. Це пояснюється тим, що, на думку суддів, якби законодавець збирався запровадити певне правило, воно було б наведене у тексті самого законодавчого акта. Отже, якщо певний законодавчий акт не зовсім підходить для вирішення якоїсь справи, можна звернутися до відповідних положень загального права, закріплених у судових актах.

4. Для статуту дуже важливим є його тлумачення в судах, оскільки судді привласнили право інтерпретувати статuti, посилаю-

<sup>1</sup> Див.: Богдановская И. Ю. Вказ. праця. — С. 97.



чись на те, що вони краще за інших можуть пояснити їх зміст. В Англії традиційно вважається, що прийнятий закон починає «жити», стає правовою заборонаю чи зобов'язанням тільки після того, як він буде застосований суддею.

5. Суд здійснює контроль щодо актів делегованого законодавства тоді, коли під час судового розгляду зустрічається з делегованим актом. Якщо буде встановлено, що міністр, департамент уряду або орган місцевого самоврядування своїм рішенням або прийнятим актом перевищують належні їм делеговані повноваження, суд має право визнати цей акт таким, що виданий з перевищенням їхніх повноважень (*ultra vires*), і не має юридичної сили. Крім того, суд може, не вимагаючи скасування такого акта, просто ігнорувати його і відмовлятися застосовувати у справах, що розглядаються. З часом це правило стає мертвою буквою.

Такий взаємозв'язок і взаємодія статуту та прецеденту в регулюванні суспільних відносин виключає можливість виділення серед них «головного» чи «другорядного», «основного» та «неосновного» джерела права.

**Судова практика і правові звичаї.** Термін «звичай» в Англії використовується в кількох значеннях: як історичне джерело права, як торговельний та діловий звичай, як конституційний звичай і як місцевий звичай<sup>1</sup>. Саме місцевий звичай, тобто звичай, що застосовується тільки в певній місцевості, є особливим обов'язковим джерелом права, який знаходиться поряд з судовим прецедентом та законодавством.

У сучасному праві правовий звичай відіграє досить обмежену роль. Однак навіть тоді, коли звичай розглядається як самостійне джерело англійського права, його вважають джерелом, підпорядкованим прецеденту. Так, адвокат дає консультації своєму клієнту щодо чинності звичаю тільки виходячи з умов, встановлених прецедентами<sup>2</sup>. Суди мають значний обсяг контролю за прийняттям рішень щодо того, які звичаї наділяти юридичною силою, а які — ні<sup>3</sup>. Отже, судова практика істотно впливає на правові звичаї, фактично визначаючи в судових актах умови їх застосування.

<sup>1</sup> Докладніше про ці аспекти див.: Порівняльне правознавство / В. Д. Ткаченко, С. П. Погребняк, Д. В. Лук'янов; За ред. В. Д. Ткаченка. — Х., 2003. — С. 160–161.

<sup>2</sup> Див.: *Кросс Р.* Прецедент в англійском праве / Пер. с англ. — М., 1985. — С. 165.

<sup>3</sup> Див.: *Ллойд Д.* Идея права / Пер. с англ. — М., 2002. — С. 281–282.

**Судова практика та інші джерела англо-американського права.**

Судова практика тісно пов'язана з розвитком правової доктрини. На думку Р. Волкера, приблизно 12 англійських авторів можуть претендувати на те, щоб їх роботи були визнані джерелом права: зокрема Пленвіл, Бректон, Літлтон, Кок, Хейл, Хаукінс, Фостер, Іст, Фітцджерберт, Блекстоун<sup>1</sup>. Переважна більшість з них є авторитетними англійськими суддями, їх погляди, що складають правову доктрину, формувалися саме під впливом судової практики. Під впливом судової практики складаються також сучасні систематизовані правові доктрини (наприклад, доктрина (принцип) обов'язковості додержання прецеденту — *stare decisis*, доктрини «політичного питання» у США).

Судова практика впливає і на таке додаткове джерело англо-американського права, як розум. Він передбачає розумне вирішення спору, коли щодо цього питання немає ні прецеденту, ні законодавчої норми, ні обов'язкового звичаю. Винесення судового рішення на основі розуму — це насамперед пошуки рішення, яке найбільше відповідає нормам чинного права, а тому найбільш задовільно забезпечує порядок у поєднанні зі справедливістю, що і складає основу права. Проте не можна стверджувати, що пошук рішення на основі розуму є нічим не обумовленим, довільним процесом. У ході такого пошуку необхідно насамперед керуватися загальними засадами права, у чому відіграють певну роль доктрини, побічні висловлювання суддів про право (*obiter dictum*), судові рішення, що не є прецедентами<sup>2</sup>.

На підставі викладеного вище ми можемо сформулювати такі висновки.

1. Однією з головних особливостей англо-американської сім'ї є суддівський за своєю природою та змістом характер права. Особливо помітною є роль суддів у створенні загального права та права справедливості.

2. Судова практика в сім'ї загального права виконує правотворчу функцію. Особливістю судових рішень як юридичних актів англо-американського права є офіційне визнання за ними статусу обов'язкових чи необов'язкових (переконливих) прецедентів. Судова практика відіграє важливу роль не лише у створенні прецедентів, а й у припиненні їх дії.

<sup>1</sup> Див.: Уолкер Р. Английская судебная система / Пер. с англ. — М., 1980. — С. 192—196.

<sup>2</sup> Див.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Пер. с франц. — М., 1996. — С. 264—265.

3. Судова практика істотно впливає на акти законодавства, незважаючи на те, що прецеденти як норми, закріплені в судових рішеннях, за юридичною силою беззастережно підкоряються законам. Для статуту дуже важливим є його тлумачення у судових актах. Взаємозв'язок статутів і прецедентів, закріплених у судових актах, в регулюванні суспільних відносин полягає також у тому, що принципи англійського права встановлюються саме в суддівських актах, а статут лише деталізує їх. Усе це дає можливість вважати законодавство і прецеденти основними джерелами сучасного англо-американського права.

4. Судова практика істотно впливає на правові звичаї, фактично визначаючи в судових актах умови їх застосування.

5. В англо-американському праві судова практика відіграє значну роль у формуванні таких додаткових джерел права, як правова доктрина і розум.

*Надійшла до редколегії 20.04.04*