

## ЛЕКЦЯ ШОСТА

### Джерела права англо-американської правової сім'ї

План лекції:

1. Поняття та види джерел англо-американського права
2. Прецедент як джерело права в сім'ї англо-американського права
3. Закон як джерело права в сім'ї англо-американського права
4. Делеговане законодавство в сім'ї англо-американського права
5. Звичай в англо-американському праві
6. Інші джерела англо-американського права
7. Джерела права країн Співдружності Націй

#### 1. Поняття та види джерел англо-американського права

На погляд Рене Давіда, у своїй основі і у своєму ставленні до права позиції романо-германської правової сім'ї і сім'ї загального права співпадають. Не торкаючись зараз більш детального розгляду різних проявів спільності і особливості даних правових сімей, перш за все слід зосередити увагу лише на розкритті основних джерел англосаксонського права. Якими є ці джерела? Що вони собою представляють? Яким є їхній зміст і яку роль вони відіграють в англосаксонській правовій сім'ї?

Англійське право, створене історичними судами (загальне право) і канцлерським судом (право справедливості) є правом судової практики не тільки за своїм походженням. Оскільки вплив університетів і доктрини в Англії було значно слабкішим, ніж на континенті, а загальний перегляд права ніколи не здійснювався законодавцем у формі кодифікації, англійське право зберегло стосовно джерел права і свою структуру, і свої первісні риси. Це – типове прецедентне право. І вивчення його джерел слід розпочати саме із вивчення судової практики.

Закон (по-англійськи – статут) традиційно відіграє в англійському праві другорядну роль. Він обмежується лише внесенням корективів чи доповнень у право, створене судовою практикою. Це положення значною мірою змінилось у наш час.. У сьогоднішній Англії Закон і підзаконні акти не можуть вважатись другорядними. Фактично вони відіграють таку ж роль, як аналогічні джерела права на Європейському континенті. В той же час, в силу історичних особливостей ця роль здійснюється в Англії дещо інакше. Структура англійського права перешкоджає вважати законодавчу діяльність еквівалентною кодексам законів континентальної Європи. Інші джерела права – звичай, доктрина, розум – відіграють у порівнянні з судовою практикою та законом у сучасному англійському праві другорядну роль. Однак зневажати цю роль не варто: ці джерела також мають значення.

Право США, як і англійське право, - це в основному право судової практики. Це положення, безумовно правильне п стосовно структури права і самого поняття норми права, потребує деяких застережень, якщо взяти до уваги значення, яке має для права нашого часу відповідно законодавство і судова практика. Розвиток диригентських тенденцій у США, як і в Англії, викликає зростання значення закону. Адже розвиток права віднині у численних і дуже важливих сферах скеровується законодавством. Однак цей феномен, що відносно недавно проявився в Англії, не є новиною для США. Він проявився у США у цілій серії фактів, які сприяли після завоювання незалежності ролі писаного права. Найважливішим із таких фактів є існування федеральної Конституції, створеної на базі Декларації прав – основи основ американських інститутів і публічних свобод в США.

Деякі вчені-правознавці розділяють джерела права США на *обов'язкові* (нормативні) і *необов'язкові* (ненормативні). До *обов'язкових* джерел права належать: Конституція, судовий<sup>1</sup> прецедент, закони-статути, підзаконні акти, справедливість, торговий звичай, міжнародн<sup>7</sup>і договори, приватні правові операції (договір та інші). До *необов'язкових* джерел права належать:

доктрина (науковий і практичний коментар), закон зарубіжних країн, рішення зарубіжних судів, судова практика.

Правова система США своїм корінням сягає в англійську систему загального прецедентного права, в якій основним джерелом права є *судовий прецедент*. Згідно з існуючими правилами, суд при рішенні будь-якого питання є формально зв'язаним з рішенням аналогічного питання, винесеного вищим судом або ж судом тієї ж інстанції. Але фактично у процесі вибору відповідного прецеденту, його тлумачення, прийняття або неприйняття під приводом значної відмінності обставин справи, що розглядається, від раніше розглянутої і такої, що стала прецедентом, суд в цілому і окремі судді володіють значною свободою. Таким чином, визнання прецеденту джерелом права дозволяє фактично створювати нову норму права.

Необхідно підкреслити, що дія прецедентного права в правовій системі США, як вже наголошувалось, має свою специфіку, що полягає у *гнучкому характері його застосування* відповідно до політичних і соціально-економічних умов суспільства. Крім того, специфічною рисою, що відрізняє американську правову систему від англійської, є тяжіння прецедентного за своєю природою права США до кодифікації та особливості судової діяльності і прецедентної практики, що спочатку спираються на Конституцію і закладені в ній імперативи прав людини, а також на високі духовні, моральні засади права.

Необхідно звернути увагу на такий суттєвий момент. Судова практика і судовий прецедент, як вже наголошувалось, не тотожні, хоча в більшості наукових досліджень ці явища і поняття розглядаються як ідентичні, що виступають за загальним правилом та під однією і тією ж назвою «прецедент». Коли мова йде про судову практику як джерело права, то маються на увазі два її значення. По-перше, це діяльність судів, пов'язана більшою мірою не з правозастосуванням, а з правотворчістю, вираженою у виробленні в процесі розгляду конкретних справ загальнообов'язкових

правил поведінки. По-друге, судова практика – це самі вироблені у процесі судової діяльності загальнообов'язкові рішення. Коли мова йде про прецедент як джерело права, то необхідно мати на увазі не стільки процес судової діяльності, скільки результат цієї діяльності, тобто вироблені судовою. Практикою загальні правові положення. У даному випадку мається на увазі діяльність тільки вищих судів на рівні федерації (Верховний суд США) і на рівні штатів (верховні суди штатів).

У другій половині ХХ ст. законодавчі джерела права почали відігравати дедалі більш значну роль та нарівні із судовим прецедентом стали головними джерелами американського права не тільки на федеральному рівні, але й на рівні штатів. Особлива роль законів у системі американського права, на відміну від англійського, полягає у прийнятті Конституції, значення якої важко переоцінити. Крім того, за всю історію США в цілому було прийнято 146 конституцій штатів. Вони приймались в різний час. Найстарішою з них є Конституція штату Массачусетс 1780 р., а найновішою – Конституція штату Джорджія 1982 р.

Характерним є те, що жодна із чинних конституцій штатів не має значних рис схожості з федеральною конституцією. Це пояснюється різними причинами, серед яких можна виділити такі: конституції штатів у порівнянні з федеральною конституцією володіють спрощеним порядком внесення до них змін. Вони значно більші за обсягом, мають складнішу внутрішню структуру, відображають у своїх текстах реалії політико-правового життя суспільства.

Необхідно звернути увагу на **кодифікацію**, яка здійснювалась упродовж всієї історії розвитку правової системи США. У 1848 р. у Нью-Йорку було видано кодекси Цивільного і Кримінального судочинства, які потім стали зразком для інших штатів. Усі ці кодекси були побудовані, головним чином, на загальному праві. В системі законодавства США зустрічається чимало кодексів, яких не знало англійське право. У кількох штатах діють цивільні кодекси, у 25 штатах – цивільно-процесуальні» у всіх штатах – кримінальні, у

деяких – кримінально-процесуальні. У кодексах бачать плід консолідації, а не підґрунтя для вироблення і розвитку нового права, як у країнах романо-германської правової системи. Але особливого розвитку цей процес набув у «новому курсі» Ф.Д.Рузвельта, коли Конгрес і легіслатури штатів почали інтенсивну діяльність із видання законів. Щорічно Конгрес приймає до 900, а легіслатури штатів – до 30 тисяч законодавчих актів.

У наш час федеральне законодавство відіграє роль визначального джерела права в регулюванні питань економіки, фінансів, оборони, трудових відносин, охорони природи та інших загальнодержавних проблем, а також митних правил, торгівлі між штатами, авторських прав, патентних відносин тощо. Підготовку проектів законів і кодексів здійснює Загальнонаціональна комісія представників штатів спільно з Американським інститутом права Американською асоціацією адвокатів. Для того, щоб проект став законом, він повинен бути прийнятим як такий штатами.

Серед кодексів першим і найбільш відомим є *Єдиний торговий кодекс*, який був ухвалений у 1962 р. У ньому – 10 розділів і 400 статей. Він не охоплює все торгове право, але те, що увійшло до нього, регламентоване достатньо детально, особливо норми про продаж товарів, про оборотні документи, забезпечення операцій.

Що стосується співвідношення судових прецедентів і законодавчих актів, то судді, спираючись на загальне право, розглядають законодавчі акти як такі, що мають спеціальні норми права, які можуть застосовуватись тільки в чітко встановлених випадках. Усі інші ситуації, не передбачені законодавчими актами, повинні розглядатись з позицій загального права.

Джерелом американського права є також делеговане законодавство, тобто нормативні акти, що видаються найвищими виконавчими органами США, право на ухвалення яких делегується найвищими законодавчими органами США. У США час від часу порушується питання про правомірність делегування повноважень на видання відповідних актів, оскільки даний

процес, на думку супротивників делегованого законодавства, суперечить духу теорії розподілу властей.

Певне місце в системі джерел американського права посідає також звичай, хоча через історичні причини він не зміг зберегти свої висхідні позиції. Проте в системі американського права в регулюванні певних питань досить часто враховуються звичаї як корінного населення, так і інших категорій населення, що іммігрували в США.

Поняття «джерело права» в англо-американській сім'ї значною мірою збігається з аналогічним поняттям, що використовується в інших правових сім'ях, перш за все у романо-германській. Зокрема, цим терміном у англо-американській сім'ї можуть позначатись:

1) *літературні джерела* – конкретний документ, звернувшись до якого можна знайти ту чи іншу норму права (наприклад, статут Парламенту, судовий звіт);

2) *формальне джерело права* – це орган влади, що приймає правове рішення (наприклад, Парламент, уряд, суд);

3) *історичне джерело права* – те, звідкіля та чи інша норма права бере свій історичний зміст (наприклад, загальне право, право справедливості, римське чи канонічне право);

4) *юридичне джерело* – ті конкретні процедури, форми та процеси, за допомогою яких право набуває реальності (законодавчий процес, судова практика, процес формування звичаю тощо).

Усі джерела англо-американського права можуть бути поділені на первинні і вторинні.

*Первинні джерела* містять владні, обов'язкові правові приписи й у свою чергу поділяються на три групи: законодавство як право, створене Парламентом або за його згодою (статути та делеговане законодавство), прецедент не право як право, створене судами, та інші джерела (правовий звичай, розум). Для англійського права первинним джерелом є також правові документи Європейського Союзу.

*Вторинні джерела* є коментарями первинних джерел. Такими джерелами права можна вважати правову доктрину, збірники прецедентів та практики, підручники тощо.

## **2. Прецедент як джерело права в сім'ї англо-американського права**

Відповідаючи на питання про сутність англосаксонського права, дослідники традиційно виходять з того, що англосаксонська правова сім'я – це сім'я типового суддівського, а точніше – прецедентного права, у якій історично визначальна роль належить такому джерелу права, як судова практика чи прецедент. І слід пам'ятати, що мова тут ведеться лише про судовий, а не про адміністративний чи будь-який інший прецедент.

Необхідно також звернути увагу на судову практику і судовий прецедент. Строго висловлюючись, ці два явища і поняття, що їх відображають, не є ідентичними феноменами. Адже, коли мова йде про судову практику як джерело права, то мається на увазі, як мінімум, два її смислові значення. В одних випадках – це діяльність судів, пов'язана стільки з правозастосуванням, скільки з правотворчістю, виробленням у процесі розгляду конкретних справ *загальнообов'язкових правил поведінки*. В інших випадках судова практика – це самі вироблені у процесі судової діяльності *загальнообов'язкові рішення*. Під судовою практикою вчені-правознавці розуміють положення у вигляді правил, принципів, вказівок та визначень, які володіють певним ступенем загального визнання і обов'язковості.

В той же час, коли мова йде про судовий прецедент як джерело права, то мається на увазі не стільки процес судової діяльності, в ході якого формуються «правові положення», скільки результат цієї діяльності, тобто самі ці загальні «правові положення, які виробляються судовою діяльністю».

Однак, не дивлячись на очевидні протиріччя і розходження дослідників у розумінні «судової практики» і «судового прецеденту» - в більшості

наукових досліджень ці явища і поняття розглядаються як ідентичні і такі, що замінюють одне одного, виступають по спільному правилу і під спільною назвою.

***Відмінність від континентальної Європи.*** У французькому праві та в других романо-германських правових системах принципи права завжди можна було знайти в установленій сукупності норм. Спочатку таким джерелом був Кодекс Юстиніана, а тепер – ціла низка кодексів. Судова практика в країнах «писаного права» відіграє зазвичай другорядну роль. Не конкретні казуси, а закони мають юридичну силу. Судові рішення можуть володіти певним авторитетом, однак вони не розглядаються, окрім надзвичайних випадків, як фіксація норм права. І справді, незалежно від судової практики тут вже склалось цілком самодостатнє право.

Зовсім іншою є ситуація в Англії, де ніколи не визнавався авторитет римського права, як це було на континенті. Загальне право в Англії було створено королівськими Вестмінстерськими судами. І це *було право судової практики*. Судова практика в Англії не тільки застосовує, але й створює норми права. Природно, що в цих умовах судова практика набуває іншого значення, ніж в континентальній Європі.. Правила, що містяться в судових рішеннях, повинні застосовуватись і в майбутньому. Інакше буде порушено стабільність загального права і поставлено під загрозу саме її існування.

Обов'язок дотримуватись правил, які вже містяться в судових рішеннях (*stare decisis*), поважати судові прецеденти є цілком логічним для права, створеного судовою практикою. Однак необхідність стабільності і міцності не завжди розумілись однаково. І фактично правило прецеденту, що зобов'язує англійських суддів дотримуватись рішень, ухвалених їхніми попередниками, стійко вкоренилось лише з першої половини XIX ст.. До цього часу також піклувались про забезпечення узгодження судової практики і при рішенні справ спів ставляли фактичні обставини, але не висуваючи при цьому принципу обов'язкового дотримання прецеденту. Легалістська тенденція у XIX ст., виражена у Франції школою екзегезів,



призвела в Англії до більш строгого трактування правила прецеденту. Уведення Актами про судоустрій більш чіткої судової структури і підвищення якості збірників прецедентів також значною мірою сприяли упровадженню цього правила.

**Значення і межі дії правила прецеденту.** Правило прецеденту доктриною наступними трьома досить простими положеннями: 1) рішення, винесені палатою лордів, складають обов'язкові прецеденти для всіх судів; 2) рішення, ухвалені Апеляційним судом, є обов'язковими для всіх судів нижчої інстанції і (крім кримінального права) для самого цього суду; 3) рішення, ухвалені Високим судом, є обов'язковими для нижчих судів і, не будучи строго обов'язковими, мають досить важливе значення і зазвичай використовуються як керівництво різними відділками Високого суду і Судом Корони.

Ці положення досить спрощують проблему. У наші дні намітилась деяка тенденція, не зменшуючи значення вказаних правил, збільшити число винятків, які в них містяться, або чіткіш визначити випадки, у яких вони застосовуються. До 1966 р. вважалось, що палата лордів строго зв'язана своїми прецедентами. Однак, як це витікає із урочистої заяви лорд-канцлера, зробленої у 1966 р., палата лордів на майбутнє відмовилась від цього правила у випадках, коли особливі міркування вимагають досить зважено використати це нововведення. Вона заперечно поставилась до того, що Апеляційний суд відмовився слідувати одному із своїх рішень, вважаючи, що суд поступив так через свою неухважність.

Отже, необхідно знову підкреслити, що обов'язкові прецеденти створюють тільки рішення, що виходять із високих судів, тобто Верховного суду та палати лордів.. Рішення інших судів і квазісудових органів можуть слугувати прикладом, але не створювати обов'язкового прецеденту.

**Форма англійських судових рішень.** Щоб зрозуміти, що ж то є обов'язковий прецедент, необхідно розглянути, як складаються в Англії

судові рішення. За формою вони істотно відрізняються від рішень чи вироків французьких судів.

Англійське судове рішення, строго говорячи, зводиться до простого викладу ухваленого по спору рішення: X повинен сплатити таку-то суму У, договір, укладений між X і У, розірваний, спадок X необхідно передати такому-то. Англійські судді не мотивують свої рішення, вважаючи це приниженням їхньої гідності. Вони наказують і не повинні обґрунтовувати своїх наказів.

В той же час у дійсності англійські судді – у будь-якому випадку, у Високих судах – достатньо широко викладають мотиви своїх рішень і роблять це у формі вільного міркування, далекій від стислості і строгості викладу мотивів рішення французьких судів. При цьому суддя нерідко формулює загальні положення, що виходять за рамки даної справи. Усе це має важливе значення для техніки розрізнення.

**Техніка розрізнення.** Правило прецеденту вимагає від англійського юриста прискіпливого аналізу раніш ухвалених судових рішень. У поясненнях (reasons) суддів, даних в обґрунтування рішень, англійський юрист повинен відрізнити, з одного боку, те, що є необхідною підставою рішення (ratio decidendi), а з іншого боку, попутно сказане (obiter dictum). Ratio decidendi і складає правило, яке включається до складу англійського права і якого саме тому необхідно дотримуватись у майбутньому. Те, що сказано попутно (obiter dictum), не має подібного значення. Його мета – обґрунтувати переконливе рішення, що залежить від авторитету самого судді, від точності здійсненого ним аналізу та від інших обставин. Сам суддя визначає, що у рішенні ratio decidendi, а що – «попутно сказане». Це робить інший суддя, встановлюючи, чи виявляється це рішення прецедентом для справи, яку він розглядає.

У процесі проведення судових розглядів вирішується не тільки загальне питання про допустимість використання даної судової постанови (вироку, рішення) як прецеденту для справи, що розглядається, але разом з тим

аналізуються і більш часткові питання, які стосуються визначення головної ланки у даному рішенні, яка є нормою, принципом, а також – не головної ланки. Чіткість формулювань, переконливість доводів, логічність викладу матеріалу, який постає як прецедент судового рішення, має при цьому значення, яке трудно переоцінити.

Це виявляється тим більш важливим, якщо врахувати, що формування прецеденту у багатьох випадках – це не поодинокий, не короткочасний акт, а тривалий творчий процес. У більшості випадків прецедент створюється не одним, а декількома судовими рішеннями. Тільки в результаті розгляду цілої низки аналогічних справ і відповідних рішень судді визначаються головні ланки і доходять єдиної думки про те, що вважати загальним принципом або нормою, які при розгляді наступних справ потрібно далі розвивати і їх дотримуватись.

***Правило прецеденту у праві справедливості.*** Основною сферою застосування правила прецеденту в англійському праві є загальне право у точному значенні цього терміну. Право справедливості ставить іншу проблему: правило прецеденту могло бути цілковито у цій сфері тільки після того, як право справедливості втратило свій первісний характер, перестало бути справедливістю у прямому смислі слова і стало комплексом норм, що доповнюють або підкріплюють систему загального права. Дійсно в наш час існує невелика різниця між способом застосування правила прецеденту в області загального права чи права справедливості. Правило прецеденту у тому й іншому варіанті діє однаково. «Діскреційна» влада, якою володіють англійські суди стосовно застосування норм права справедливості, не повинна створювати ілюзій у цьому питанні: «діскреційна» влада судді здійснюється так, як це приписують численні прецеденти.

***Правило прецеденту і закон (statute law).*** Правило прецеденту застосовується і в питаннях тлумачення законів. Для цього немає жодних підстав і численні автори критикують таку практику. Результатом застосування правила прецеденту у даному випадку є те, що положення

англійського закону тонуть в решті решт у масі рішень судової практики, авторитет яких заміняє закон. Загальний дух закону і його мета ризикують бути забутими і загубленими у масі рішень, кожне з яких вирішує лише якась часткове питання. Спосіб застосування англійських законів судами в силу дії правил прецеденту викликав побоювання законодавця, і парламент здійснив заходи, що попереджають контроль вищих судів за тим, як інтерпретуються закони нижчими судами.

**Публікації прецедентів.** Деяке послаблення у правило прецеденту було внесено у зв'язку з умовами, що забезпечують публікацію судових рішень. При публікації здійснюється відповідний відбір: публікується 75 % рішень палати лордів, 25 % рішень Апеляційного суду і тільки 10 % рішень Високого суду. Таким чином, цілком можливо відсіяти ті рішення, які не варто вважати прецедентами. Внаслідок цього величезний потік рішень, здатний затопити англійських юристів і послаблюючий авторитет прецеденту, зменшується

**Прецеденти США.** В Англії з ХІХ ст. існує правило прецеденту, яке зобов'язує суддів у даних конкретних умовах слідувати нормам права, які витікають із рішень, винесених іншими суддями в аналогічних справах. В США також є подібне правило. Однак це американське правило – *stare decisis* – діє в інших умовах і не має тієї сили, як сучасне англійське правило прецеденту.

У США все дуже ускладнено через особливий елемент – федеративну структуру країни. Це перешкоджає правилу прецеденту діяти в США з тією ж силою, що і в Англії. Зрозуміло, є бажаним, щоб право забезпечувало стабільність правовідношень. І саме з цим є виправданим жорстке правило прецеденту. Але потрібно уникнути також утворення непереборних відмінностей між правом, що застосовується у різних штатах. Для цього необхідно пом'якшувати правила прецеденту.. Перед стіною цих суперечливих вимог американські юристи не посіли досить чіткої позиції. В

залежності від обставин вони роблять наголос або на необхідній жорсткості, або на необхідній гнучкості прецедентного права.

**Можливості зміни судової практики.** Усе, що можна сказати визначеного про правило прецеденту, у США зводиться до наступного: на відміну від Англії, Верховний суд США і верховні суди штатів не зобов'язані слідувати власним рішенням і можуть, таким чином, змінити свою практику. Крім того, штати – суверенні, і правило прецеденту відноситься до компетенції штатів у межах судової системи цього штату.

Зміни судової практики не є рідкістю, якщо звернутись до діяльності Верховного суду США. Вони виражаються головним чином у тій гнучкості, з якою цей суд дає тлумачення Конституції США. У верховних судах штатів зміни судової практики мають інше пояснення. Вони відбуваються у більшості випадків під тиском думки юристів і у зв'язку з бажанням спрямувати право штату у ту панівну течію, яка встановилась в інших штатах. Саме цим відбувається єдність загального права США.

Верховний суд США ґрунтовно реалізував ті можливості, які він мав для внесення змін у судову практику. Він пристосував своє тлумачення Конституції США до ідеологічних течій та економічних потреб сучасності. Це сприяло стабільності американських політичних інститутів, дозволило США жити при Конституції, змінити яку досить трудно. Верховний суд США зміг завдяки цьому подолати вороже ставлення до себе, яке існувало до 1936 р. і було породжене схильністю суддів до принципів, що відживають свій вік. Зараз Верховний суд є елементом прогресу народу, хоча у 30-ті роки таке твердження звучало б парадоксально.

**Дійсне значення правила прецеденту.** За винятком вказаних раніш моментів, верховні суди штатів, не бажаючи порушувати стабільність правовідношень, з великою обережністю допускають зміни судової практики. Їх позиція є досить близькою до тієї, яка існувала і в англійській судовій практиці дог тих пір, доки не було визнано у XIX ст.. обов'язковим правило прецеденту. Правило прецеденту у строгому його розумінні не є абсолютною

необхідністю для загального права. Його обов'язковість у юридичному плані практично мало чим відрізняється від добровільного сприйняття суддями доктрин, висунутих їхніми попередниками. В сутності, це скоріш питання юридичної психології, ніж питання права. Деякі американські автори, бажаючи прискорення еволюції права, вважають, що правило прецеденту не є обов'язковим для сучасного американського права. Інші ж, більш консервативні автори стверджують, що це правило складає найважливіший елемент сучасної системи.

За усіх розбіжностей цих теоретичних концепцій більш важливою є позиція суддів, їх бажання допустити чи не допустити розходження, вважати себе зв'язаними принципом, який застарів, чи, навпаки, більше прислуховуватись до теорії розвитку права, керуватись консервативними чи новаторськими настроями. Для всіх цих думок можна знайти аргументи, які постійно зростають – 350 томів на рік збірників судової практики. Америка з її різноманітним і не єдиним корпусом юристів представляє собою у даному питанні картину, де нюанси більш численні і розходження більш очевидні, ніж в Англії. Однак у практичному плані між цими країнами не помітно великої різниці у даному питанні. І там, і тут, як і у Франції, в решті решт встановлюється рівновага між суперечливими потребами стабільності і еволюції, які є постійними величинами в житті права.

Підбиваючи підсумок сказаному стосовно прецедентного права, можна зазначити наступне. Відповідно до традиції загального права судові рішення в США відіграють вирішальну роль. В той же час тут не практикується, з такою ж невідворотністю, як в Англії, метод дотримання прецедентів. Зазначається, що в США доктрина *stare decisis* є менш абсолютною і більш гнучкою, ніж доктрина *binding case*, що застосовується в Англії.

Багато причин пояснюють те, що спостерігачі описують як послаблення авторитету прецеденту в Сполучених Штатах. Перш за все існує важлива історична деталь: під час уведення в США загального права прецеденти в Англії ще не володіли тією силою якою наділила їх Палата лордів у XIX ст..

У другу чергу, американський менталітет, який цінує і теперішність, і майбутнє, більш ніж минуле, не схильний до сприйняття доктрини *stare decisis*, яку розуміють як абсолютне правило. Нарешті, з технічної точки зору, коли кожного року до вже значної маси рішень додається ще 12 томів нових прецедентів, практика застосування доктрини *stare decisis* стає все складнішою.

Багато спеціалістів, до числа яких входять найбільш кваліфіковані правознавці США, вважають, що судові рішення мають більш рекомендаційне, ніж імперативне значення. В той же час це потребує уточнення. Існують консервативні штати, де практика застосування *stare decisis* наближається до англійської. Також необхідно проводити розмежування в залежності від областей. У сферах з підвищеною правовою безпекою (кримінальне право, договірне право) спостерігається загальне і постійне дотримання прецедентів. До того ж юристи мають велику схильність до відшукування потоку рішень, якими можна буде обґрунтувати рішення, ніж виділяти одне рішення, яке своєю *ratio decidendi* зв'язало б суддю, який розглядає схожу с праву. Суддя Холмс, «священна корова» права ХІХ-ХХ століть, який зробив значний внесок у формування ворожого ставлення до прецедентів, писав: «Право для мене полягає у передбаченні судів і нічого більше».

Необхідно підкреслити, що рішення, ухвалені в одному штаті, часто мають вплив в інших штатах., Наприклад, постанова по справі «Грімен проти Юба Пауер Продакт», винесена Верховним судом Каліфорнії у 1963 р., стало визначальним для рішень, які виносяться сьогодні у більшості штатів. Ця постанова визнала відповідальність заводу-виробника, який поставляв на ринок продукт, що виявився дефективним і таким, що наносив збиток особі, хоча було попередньо відомо, що цей продукт використовуватиметься без попереднього огляду.

### 3. Закон як джерело права в сім'ї англо-американського права

*Класична теорія закону.* Другим джерелом англійського права поряд із судовою практикою є закон – закон у прямому розумінні змісту цього слова (statute, Act of Parliament), а також різні підзаконні акти, ухвалені на виконання закону. Англійські автори об'єднують останні під загальні найменуванням: делеговане, або допоміжне, законодавство. Як відомо, В Англії немає писаної конституції, і те, що англійці називають конституцією, складає собою комплекс норм законодавчого, а ще частіше судового походження, які гарантують основні свободи громадян і покликані обмежувати свавілля влади. Сам парламент не знає інших обмежень своєї всемогутності, крім контролю з боку громадської думки, яка у цій країні з її демократичними традиціями та духом мають реальне значення.

Класична теорія бачить у законі, у строгому розумінні цього слова, лише другорядне джерело права. Згідно з цією теорією, закон привносить лише низку поправок і доповнень до права, створеного судовою практикою. У ньому слід шукати не принципи права, а лише рішення, які уточнюють або підкріплюють принципи, вироблені судовою практикою. Створені суверенним органом, що представляє націю, - парламентом, закони заслуговують повної поваги і повинні у точності застосовуватись суддями. Разом з тим вони тільки вносять деякі винятки у загальне право і, відповідно примлів'ю - **exceptio est strictissimae interpretationis** – (винятки слід тлумачити строго обмежено). Деякі англійські автори дають характерні приклади такого подвійного принципу тлумачення писаного закону, коли, з одного боку, вимагається тлумачення буквальне, а з іншого – обмежене. З цим тісно пов'язана техніка редагування англійських законів.

Однак, головне полягає не в указаних прикладах, досить яскравих, але таких, що носять самі по собі винятковий характер, якщо залишити в стороні кримінальне право. Головне – те, що закон, згідно з традиційною англійською концепцією, не вважається нормальною формою вираження



права, а завжди є стороннім тілом в системі англійського права. Судді, зрозуміло, застосовують закон, але норма, яку він містить, сприймається доконечно, інкорпорується в англійське право лише після того, як вона буде неодноразово застосована і витлумачена судами, і у тій формі, а також у тому ступені, яку встановлять суди. В Англії завжди цитуватимуть замість закону судові рішення, які застосовують цей закон. Тільки за наявності таких рішень англійський юрист дійсно знатиме, що ж хотів сказати закон, оскільки саме у цьому випадку норма права постане у звичайній для нього формі судового рішення.

Такою є класична теорія закону, що відповідає англійській традиції. Разом з тим постає питання: а чи не потребує вона нині перегляду?

**Важливість закону в наш час.** За останнє століття, і особливо після другої світової війни, в Англії відбувався інтенсивний розвиток законодавства. Виникало все більше законів диригентського толку. Вони істотно модифікували старе право і створювали новий розділ в англійському праві. Усі ці закони спрямовувались на створення нового суспільства, а саме: закони в областях соціального забезпечення, охорони здоров'я і освіти, або закони, що регулюють розвиток економіки, транспорту, міст. Вони такі далекі від традиційної системи, що не може бути й мови про застосування до них традиційних англійських методів тлумачення. Закон про правову комісію 1965 р. створив новий орган, якому було доручено вивчити питання про необхідні реформи англійського права. Одна із проблем, яку комісія включила у програму своїх робіт, - тлумачення законів. Однак досить тяжко змінити усталений погляд суддів і юристів на закон. І навряд чи можна чекати, що видання нових технічних правил щось тут змінить.

**Традиційне загальне право і нове право.** Таким чином, поряд із загальним правом в Англії виникає система додаткових норм права (у певних областях), встановлених законодавцем чи виконавчою владою. І ці норми цілком можна зрівнювати з французьким адміністративним правом. Як відомо, в Англії не існує системи адміністративної юрисдикції,

відокремленої від звичайної юрисдикції. Судова влада суверенно контролює застосування нових законів. Але цілком можливо, що цей контроль буде обмеженим і зведеним лише до перевірки порядку розгляду адміністрацією спорів без контролю за винесеним рішенням по сутності.

Нове право, що застосовується різними адміністративними органами, цілком може створити право адміністрації, на відміну від права юристів, хоча лише другий термін вживається сьогодні. Саме це нове право часто більш безпосереднім чином цікавить громадян (пенсійне право, право на соціальне забезпечення тощо), більше зачіпає економіку країни (господарське право), ніж право, застосування якого залишається цілковито в руках юристів і традиційної юрисдикції.

Не можна правильно оцінити роль закону в Англії без врахування цього нового елемента, значення якого в наші дні є першорядним. У зв'язку з цим можна сказати, що закон у сьогоденній Англії відіграє не меншу роль, ніж судова практика. Однак англійське право залишається правом судової практики з двох причин. По-перше, судова практика продовжує керувати розвитком права у різних, досить важливих галузях. По-друге, звикнувши до вікового панування судової практики, англійські юристи до сих пір не звільнились від впливу традиції. Для них норма права стане справжньою лише тоді, коли вона постане на фоні конкретного випадку і виявиться необхідною для вирішення спору. Ця прихильність до традиції і перешкоджає англійським законам посісти таке ж місце, як закони та кодекси на Європейському континенті.

**Спосіб цитування законів.** Зазвичай англійські закони цитуються без вказівки точної дати їх видання. Дається лише їх коротка назва, передбачена спеціальною статтею у кожному законі. Тексти законів можна знайти в серії «Статути» або у збірнику «Статути Англії». Найбільш важливі закони і парламентські документи публікуються окремими брошурами. До речі, в Англії немає офіційного органу опублікування законів, подібно до тих, які існують в інших країнах.

**Законодавство США.** Закони США – це, з одного боку, федеральні закони, а з іншого – закони штатів. В США важливого значення набуло статутне право. До статутів, запозиченим із Англії, приєднались нові, які могли витіснити англійські. Американські юристи наповнились повагою до статутів швидше, ніж це зробили англійські юристи.. Схильність до писаних текстів існувала в колоніях ще до отримання незалежності, оскільки федеральна Конституція і конституції штатів завжди були актами, які ухвалювались як найважливіші підвалини права. До того статuti краще інтегрувались у правову систему через розширення, у порівнянні з Англією, прийомів їх тлумачення. Так, досить швидко почали вдаватись до аналізу підготовчих робіт. Підготовчими роботами були і самі парламентські дебати, досить обмежені, але частіш матеріали комісій Конгресу. Багато штатів здійснювали компіляцію своїх статутів, яка часто була лише простою класифікацією статутів в алфавітному порядку, але яка, не дивлячись ні на що, полегшувала вивчення норм, які мають величезне значення у правовому житті. Ця робота розпочалась ще у 1830 р. виданням «Виправлених статутів Нью-Йорку 1830 р.» та «Виправлених статутів Массачусетсу 1836 р.». Деякі штати , зокрема, у деяких правових сферах, здійснили справжню кодифікацію.

**Конституція США.** Серед федеральних законів особливе місце посідає Основний закон, тобто Конституція США. Проголошена у 1787 р. Конституція представляє для американців дещо значно більше, ніж для французів французька Конституція. Це – акт заснування країни, а не тільки її політична хартія. Американська Конституція говорить не тільки про організацію політичних інститутів країни. Виходячи з ідеї природного права та суспільного договору, вона урочисто встановлює межі повноважень федеральних органів у їхніх відношеннях із штатами та окремими громадянами. Ці межі, зокрема, уточнені у перших десяти поправках, прийнятих у 1789 р., які утворюють Декларацію прав американського громадянина.. Конституція США також проголошує у XIII, XIV і XV

поправках, прийнятих у період Громадянської війни, що «невід'ємні права» громадян не порушуватимуться або не скасовуватимуться властями штатів.

Існування писаної Конституції, що містить Декларацію прав. – це один із елементів, який глибоко відрізняє право США від англійського права. Американське конституційне право тим більше відрізняється від конституційного права Англії, що у США ухвалено принцип, невідомий в Англії, - принцип судового контролю за конституційністю законів. Хоча жодною статтею таке право не надано, Верховний суд США увів у 1803 р. принцип судового контролю за конституційністю законів, у тому числі і федеральних.

Умови, в яких було встановлено принцип судового контролю за конституційністю законів, заслуговує на більш докладний розгляд. Услід за одним із президентів-федералістів (тобто прихильників сильної федеральної влади), Джоном Адамсом, було обрано на посаду президента представника опозиційної партії (республіканських демократів) – Томас Джефферсон. Протягом кількох місяців, що передували приходу до влади його наступника, Джон Адамс зробив два призначення. Він призначив свого державного секретаря Джона Маршалла главою Верховного суду США, а другого члена своєї партії, Мербарі, - на посаду федерального судді. Постанову про призначення Мербарі схвалив сенат. Вона була оформлена і скріплена державною печаткою США. Але вона не була ще надіслана Мербарі, коли Джефферсон вже став президентом. Новий державний секретар Джефферсона Медісон не надіслав Мербарі постанову про його призначення. Мербарі звернувся до Верховного суду з проханням дати розпорядження Медісону про надіслання йому вказаного призначення. Закон, прийнятий у 1789 р. (Акт про судоустрій) є досить ясным і дозволяє Верховному суду давати у подібних випадках необхідні розпорядження.

Глава Верховного суду Джон Маршалл виніс по даній справі рішення Верховного суду, більшість членів якого належали, як і сам Маршалл, до партії федералістів. Він визнав, що Мербарі дійсно був призначений у

відповідності до закону. Він мав право отримати повідомлення про своє призначення: надіслання такого повідомлення не залежить від розсуду президента чи державного секретаря. Розпорядження, що пропонує державному секретареві передати Мербарі рішення про його призначення, може бути виданим. Але, проголосив Маршалл, Верховний суд не компетентний такі розпорядження. Конституція США передбачає, що Верховний суд – це тільки апеляційна інстанція, за винятком деяких випадків: Акт про судоустрій 1789 р., дозволяючи звертатись безпосередньо до Верховного суду з проханням дати розпорядження адміністрації, суперечить цьому положенню Конституції. Верховний суд не може визнати його дійсним.

Таким чином, судовий контроль за конституційністю законів встановився у США без особливих забруднень у зв'язку із справою, у якій Верховний суд визнав неконституційним закон, що надає йому певні повноваження. Тим самим Верховний суд не бажав підкреслювати свою перевагу.. Рішення у справі Мербарі проти Медісону, крім того, задовольняло виконавчу владу. Досить скромне застосування на практиці принципу судового контролю протягом XIX ст.. привело до того, що він ніколи не викликав серйозних спорів у США. В наш час він складає одну із головних відмінностей, які існують між американською конституційною системою, з одного боку, та англійською і французькою – з другого боку. Конституція США є досить серйозним не тільки політичним, але і юридичним документом.

***Конституційність судових рішень.*** Верховний суд США і під його контролем усі інші суди – федеральний і штатів, здійснюють контроль не тільки за конституційністю законів федерації і штатів, але й за застосуванням загального права. Будь-яке судове рішення може бути анульованим у випадку визнання його таким, що суперечить конституційній нормі. Цей конституційний контроль є досить важливим як засіб змусити усі судові інстанції (як і законодавця) поважати основні принципи і забезпечувати тим самим, настільки це необхідно, єдність права США. Щоб зрозуміти, як це

досягається, слід розглянути спосіб, за допомогою якого «інтерпретується» Конституція США.

*Тлумачення Конституції США.* Верховний суд США дуже давно визнав, що Конституція США не такий закон, як «всі інші». Закон зазвичай розглядається в країнах загального права як дещо чуже загальному праву, здатне тільки вносити у право деякі доповнення і уточнення. Конституцію США неможна розглядати під таким кутом зору. Вона – основний закон країни. І можна вважати, що саме загальне право черпає в ній свою силу у відповідності до ідей школи природного права, які панували в 1787 р. Конституція США – вираження суспільного договору, який об'єднує громадян, і легітимації влади. Вона – основний закон, що визначає підвалини (устої) суспільства. Неможна розглядати її на тому рівні, як і інші закони, спрямовані на доповнення або уточнення прав судової практики і формулювання деяких норм. Конституція США, яка панує над корпусом загального права, - це закон романського типу, який не переслідує безпосередньої мети розгляду спорів. Він встановлює норми загального права про організацію та поведження адміністрації. «Нам не треба забувати, - говорить Маршалл, - що ми тлумачимо Конституцію... Конституцію, яка існуватиме століттями і яка повинна, відповідно, бути пристосованою для різних форм людської діяльності».

Конституція США завжди тлумачилась, у принципі, з великою гнучкістю. Тут судді Верховного суду США своїми методами тлумачення випередили на 100 років «телеологічні» методи тлумачення, запроваджені у Франції Жоссераном. Як говорив суддя Хьюз, «Конституція – це те, що скажуть про неї судді». Увесь розвиток права США, відмінності між федеральним правом і правом окремих штатів були тлумаченням Верховного суду підігнані під відповідні формули Конституції США. У цьому питанні треба спеціально згадати статтю 1 розділу 8 Конституції, яка дозволяє Конгресу встановлювати податки для загального блага США і регулювати торгівлю з іноземними державами та між штатами.

Слід згадати також у поправку, яка встановлює, що ніхто не повинен позбавлятися життя, свободи чи майна без законного судового розгляду, а також формулу, яку містить XIV поправка, що стосується обмеження прав штатів. Та ж XIV поправка забороняє штатам відмовляти будь-кому з громадян, підпорядкованих їхній владі, у рівному для всіх захисті закону.. XV поправка проголошує, що ані США, ані штати не можуть позбавляти прав чи обмежувати у правах громадян у зв'язку із расою, кольором шкіри або їхнім попереднім перебуванням у рабстві. Стаття 1 10 розділу Конституції забороняє штатам ухвалювати закони, що порушують обов'язки по договорах.

Вказаним формулам федеральної Конституції було дано дуже гнучке тлумачення. Без врахування цього тлумачення шляхом одного лише ознайомлення із текстом закону неможна сказати, відповідає він Конституції США чи не відповідає ї, відповідно, яке розмежування компетенції між федеральним правом і правом США.

Приклад Конституції США є досить цікавим, оскільки він показує, що передові теорії, які існують стосовно тлумачення закону в країнах романо-германської правової системи, можуть іноді бути прийняті і в країнах загального права. У США без вагань відкинули, у тому, що стосується федеральної Конституції, класичні аксіоми, відповідно до яких в законі слід бачити лише поправки та доповнення до загального права і принципи обмежувального тлумачення законодавчих текстів.

**Торгове застереження.** Можна навести декілька прикладів, що показують, як інтерпретується Конституція США. Тлумачення торгового застереження свідчить перш за все про те, як модифікувались відносини між федеральним правом і правом штатів.

Стаття 1 розділу 8 Конституції надає Конгресу право регулювати торгівлю з іноземними державами, між окремими штатами та індієськими племенами». У час укладання Конституції існувала в основному місцева торгівля. У наш час отримала широкий розвиток торгівля між штатами, а

також міжнародна торгівля. Торгівля ігнорує кордони між штатами, що і обумовило потребу регламентувати її одноманітність.

Торгове застереження завдяки тлумаченню отримало двоїстий розвиток. Перш за все був встановлений принцип, який не витікав прямо із нього, що закон штату є неконституційним і не повинен застосовуватись, якщо тим чи іншим чином він вносить ускладнення у міжнародну торгівлю чи у торгівлю між штатами. Пізніше було дане розширювальне тлумачення поняття торгівлі між штатами. Воно включило у поняття торгівлі і промисловість і визнання конституційності федеральних законів, спрямованих на покращання умов праці для працюючих чи на організацію національної економіки. Таким чином, за Конгресом та іншими федеральними органами визнані широкі повноваження в області економіки, а також і в сфері соціального законодавства. Фактично немає такого підприємства, яке з точки зору нинішньої судової практики не розглядалось би як заінтересоване у торгівлі між штатами.

Не дивлячись на досягнутий прогрес, у США не вдалося встановити у даному питанні одноманітної регламентації. Численні питання, що складають інтерес для торгівлі і які потрібно було б вирішити у загально федеральному масштабі, продовжують регулюватись правом окремих штатів. Торгові договори (купівля-продаж, представництво, перевезення, страхування), операції з цінними паперами регулюються сьогодні майже виключно судовою практикою кожного штату. Одноманітний торговий кодекс, вироблений недавно, є ніби просто типовим законом, пропонуваним законодавцям окремих штатів.

***Належна правова процедура.*** Ця ще одна формула, що дозволяє здійснювати контроль за законодавством і судовою практикою федерації і штатів. Вона ґрунтується на У і XIV поправках до Конституції. Згідно з цими поправками, ніхто не може бути позбавлений життя, свободи чи майна без «належної правової процедури». Вочевидь, ця формула, на думку її укладачів, не мала якогось особливого значення. Вона просто означала, що



позбавлення свободи чи експропріація повинні бути оформлені юридично. Однак, Верховний суд США використав цю формулу для здійснення нагляду за федеральним законодавством і законодавством штатів. Він вимагав, щоб закони, що замахуються на свободу чи власність громадян, були розумними. Результатом широкого тлумачення Верховним судом цієї формули виявилось істотне обмеження автономії штатів.

Наведемо приклади. У 1963 р. Верховний суд США у рішенні по справі Гідсон проти Вейнрайта дійшов висновку, що закон штату Флорида, не передбачивши можливості безоплатної участі адвоката неіміщого звинувачуваного, якому загрожувало п'ятирічне тюремне ув'язнення, порушив тим самим принцип «належної правової процедури». У другому рішенні, у справі Рой проти Уейд (1973 р.) Верховний суд визнав неконституційною норму закону одного із штатів, яка передбачала кримінальне покарання жінки за аборт. На думку суду, У і ХІУ поправки до Конституції включають право кожного за власним розсудом вести своє особисте життя, і тому числі і право жінки на переривання вагітності.

Ці два приклади показують, чому у США говорять про «правління суддів». В той же час наведені рішення потрібно спів ставити з обставинами справи, що їй покаже охоплену ними реальну сферу. Нагадаємо, що у першій справі мова йшла не про те, що будь-який звинувачуваний має право на безоплатний захист, а про конкретного звинувачуваного, якому загрожувало п'ять років тюрми. Точно так же і конкретні обставини другої справи не дають підстав вважати, що не може бути ситуацій, за яких аборт не виявиться під заборною.

***Рівний для всіх захист закону.*** Перед нами ще одна, третя, формула, яка свідчить про те, які різні варіанти може придати їй у контексті громадської думки практика Верховного суду США. Конституція США гарантує, що громадянин США у будь-якому штаті користується рівним для всіх захистом закону (ХІУ поправка). Як же розуміти цю формулу? Найрізноманітніші можливості використання підтверджує історія.

Якщо звернутись, наприклад, до расової проблеми, то Верховний суд починав з проголошення принципу «розділені, але рівні». Вимога Конституції вважалась реалізованою, оскільки у сфері освіти, на транспорті і тому подібне білі і чорні мали один і той же статус. Однак вони навчались у різних школах, користувались різними автобусами та лікарнями. Сьогодні від цього сегрегаційного принципу відмовились. Рівність перед законом у її теперішньому розумінні вимагає, щоб закон «сліпим до кольору», щоб у ньому не містилось жодних відмінностей, пов'язаних із расою чи кольором шкіри, подібно до того, як не повинні мати місця відмінності, пов'язані з релігією. Однак реалізація цього нового принципу є досить трудною.. І сам Верховний суд встановив, що у сфері освіти принцип повинен здійснюватись поступово.

Принцип рівності перед законом, проголошений Конституцією, став об'єктом і інших показових рішень Верховного суду США. Наприклад, він проголосив антиконституційними закони штатів, що передбачали такий розподіл їхньої території на виборчі округи, які не забезпечували рівного представництва виборців у Конгресі. Інші рішення мали своїм об'єктом деякі закони, в яких суд побачив дискримінацію жінок. Були здійснені кроки і щодо зрівняння законних дітей і позашлюбних як стосовно їхнього статусу, так і порядку їх усиновлення.

***Жорстокі і незвичайні покарання.*** Звернімося тепер до УІІ поправки до , яка забороняє накладання жорстоких і незвичайних покарань. У 1972 р. Верховний суд США проголосив неконституційним закон одного із штатів, який передбачав як міру покарання смертну кару. Преса різних країн схвалювала це рішення, вбачаючи у ньому скасування смертної кари. Однак рішення Верховного суду було ухвалено більшістю в один голос (5 проти 4). Багато хто критикував його, а переважна більшість виборчого корпусу Каліфорнії після рішення Верховного суду висловились за збереження смертної кари у штаті. Враховуючи таку реакцію, Верховний суд переглянув питання і в 1976 р. рішенням, ухваленим більшістю (7 проти 2), визнав

такими, що не суперечать Конституції закони штатів Флорида, Джорджія, Техас, які передбачали смертну кару як міру покарання.

*Тлумачення інших законів.* Гнучкі методи, що використовуються для тлумачення Конституції США, не були розповсюджені на конституції штатів. В той же час ці конституції не мали такого основоположного політичного значення, як федеральна Конституція. Вони часто представляли собою тільки конгломерат різноманітних положень, причину внесення яких у Конституцію трудно зрозуміти.

Повага до федеральної Конституції, значний масштаб писаних федеральних законів, з якими зіштовхуються юристи США, здавалось би, могли викликати у них інше ставлення до писаного закону, ніж у юристів Англії. Але цього не відбулось. Що стосується писаних законів (за винятком Конституції США) і тлумачення англійських законів, про які мова йшла раніше, можна сказати і про американські закони.

Як і в Англії, закони не інтегруються цілком у право США, доки їх значення не уточнене судовими рішеннями. Типовою є у цьому плані і позиція Верховного суду США. Він відмовляється вирішувати, чи відповідає закон штату Конституції США, якщо суди цього штату не уточнили тлумаченням дійсного значення даного закону. Федеральні суди у випадках, коли їм доводиться застосовувати право штатів, також виявляють нерішучість, якщо відповідні закони не були витлумачені судами даного штату.

Правил тлумачення, що відповідають традиції, як і раніш, дотримуються, навіть якщо конституції, кодекси та закони спеціально пропонували уникати їх. Провал руху за кодифікацію в США у другій половині XIX ст. відбувся завдяки опору американських юристів.

Адміністративне право. Вживані методи тлумачення призвели у США, як і в Англії, до розвитку у рамках нового адміністративного права великої кількості бюро, комісій і адміністративних судів. Однак цим не прагнули позбавити якихось функцій звичайні суди. Прагнули тільки, особливо в

економічній та соціальній сферах, забезпечити застосування нових законів у нових формах, що відповідають їхній специфіці, вилучивши звичайні методи, що застосовуються судами. Новий напрямок отримав розвиток і в федеральному праві, і в праві окремих штатів, але особливо широко – у федеральному праві. Найбільша кількість справ пов'язана із соціальним забезпеченням і запереченням податків.

У США теорія не вважає, що регламентна влада належить виконавчій владі. Сучасна доктрина вважає, що в суспільстві виникла четверта влада – адміністративна, яка відрізняється від трьох традиційних властей. Як і виконавча, ця влада належить Президенту США. Але, на відміну від виконавчої влади, вона здійснюється у співпраці і під контролем низки утворених Конгресом крупних комісій. Першою з таких комісій була Комісія з торгівлі між штатами, утворена у 1887 р. для контролю над залізницями і регламентації в цілому транспортного сполучення між штатами. Кількість крупних адміністративних комісій з того часу зросла. Серед них можна назвати Федеративну комісію з торгівлі, Національне бюро трудових відношень тощо. Ці постійні федеральні органи уповноважені укладати регламенти і вирішувати спори. Американське право у багатьох відношеннях неможна зрозуміти, не вивчивши роботи цих комісій, які можна розглядати як втілення розвитку принципів нової «справедливості». Це нове право – адміністративне право – носить напів-адміністративний, напів-судовий характер, як і колишнє право справедливості. Але воно вироблене і застосовується органами, які функціонують під контролем традиційних судів.

*Американські кодекси.* У сучасних США кількість законів постійно зростає. Як і в інших країнах, для цього необхідно було здійснення деяких заходів з метою приведення до порядку законодавства і полегшення громадянам та юристам ознайомлення з ним. Існує ціла низка збірників, офіційних і приватних, що охоплюють федеральне законодавство чи законодавство штатів. Є Кодекс законів США, що представляє собою систематизоване зібрання чинних федеральних законів. Усі ці збірники – не є

кодексами у французькому розумінні слова. Навіть з технічного боку викладення питань в алфавітному порядку досить відрізняє їх від європейських кодексів. Але головне те, що у них – інша мета, а саме: класифікувати американські закони (федеральні чи окремих штатів), не зачіпаючи загального права.

Не тільки систематичний виклад чинних законодавчих норм, але й кодифікація наполеонівського типу колись задумувалась у США. І це дало певні результати. Існують громадянські кодекси в низці американських штатів: у Каліфорнії, Північній і Південній Дакоті, у Джорджії і Монтані. У 25 штатах існують громадянсько-процесуальні кодекси. Але і тут не місце ілюзіям. Американські кодекси не ідентичні європейським. Їх і тлумачать інакше. У кодексах вбачають просто плід консолідації, а не основу для вироблення і розвитку нового права, як у країнах романо-германської правової системи. У передмовах говориться, що законодавець хотів зібрати у кодексі попередні норми, утворені судовою практикою. Закон не має смислу, доки він не зазнав тлумачення судами. Судові рішення, що не посиляються на судові прецеденти, а просто застосовують закони, носять винятковий характер.

Іншим є положення тільки у штаті Луїзіана, де зберігається романо-германська традиція. Штат Луїзіана у своїх ставленнях до кодексів, як і до самих фактів наявності таких кодексів. Цей штат, оскільки мова йде про громадянське право, не є країною загального права.

***Піклування про одноманітність американського права.*** Окрім проблем, які виникають в усіх країнах, зростання кількості законів породжує у США особливу проблему. Можна остерігатись, що одноманітність загального права буде порушена наявністю різноманітних законів, які виникнуть у різних штатах для зміни чинних норм чи їх доповнення. Небезпека, що законодавство штатів порушить одноманітність американського права, не виникала у XIX ст., коли почуття незалежності штатів було дуже сильним і коли реформи більше стосувались процесу, ніж матеріального права. Про це

почали думати лише у XX ст. Для подолання такої небезпеки застосовуються два засоби.

**Одноманітність законів штату.** Перший засіб полягає у тому, що штатам було запропоновано ухвалити типові одноманітні закони у тих питаннях, у яких практика визнавала необхідним законодавче втручання. Ця робота була проведена Національною конференцією представників для вироблення одноманітних законів штатів. І вона проводилась з тих пір протягом 20 років цією організацією разом з іншим органом – Американським інститутом права.

Таким чином, був вироблений у 1952 р. проект Торгового кодексу, що містить 400 статей. Він був переглянутий у 1958 і 1962 рр. Були створені типові кодекси з кримінального права і кримінального процесу, а також з показового права. Ці спроби дозволити досягти важливих результатів стосовно, наприклад, цінних паперів, купівлі-продажу рухомого майна. В той же час процес тут досить складний і повільний. Трудно досягти прийняття одноманітного закону. І з іншого боку, ніщо не гарантує, що одноманітний закон буде однаково тлумачитись в усіх штатах. Крім того, трудно змінити у випадку необхідності і ґрунтовної критики текст закону через страх порушити з трудом досягнуту одноманітність. Вочевидь, не слід чекати значних досягнень від застосування першого засобу.

**Розвиток федерального права.** Другий засіб полягає у втручанні Конгресу США чи федеральної адміністрації у всі питання, де необхідна одноманітність права. Загальні формули, використані Конституцією США так, як вони тлумачаться Верховним судом, дозволяють знайти законну підставу для такого втручання в усіх випадках, коли це потрібно. Значні модифікації мали за мету розширити сферу застосування федерального права, хоча і без всіляких формальних змін Конституції. Саме таким шляхом, розширюючи компетенцію федеральних властей, і досягається необхідна одноманітність права, коли це виявляється особливо необхідним.

#### 4. Делеговане законодавство в сім'ї англо-американського права

**Нормативні правові акти органів виконавчої влади** являють собою третє і постійно зростаюче по своєму значенню джерело американського права. Основою такого напрямку діяльності федерального апарату управління є повноваження, які делегуються органам виконавчої влади законодавчими органами. На практиці адміністративні акти (накази, правила, директиви, інструкції), які приймаються з метою конкретизації і деталізації законів, у багатьох випадках їх підмінюють. Це нове право (Administrative Law) носить напівадміністративний-напівсудовий характер, як і колишнє право справедливості, але воно вироблене і застосовується органами, які функціонують під контролем традиційних судів.

Виникнувши вперше у XVII ст. делеговане законодавство вже наприкінці XIX – на початку XX ст.. практично охопило більшість сфер суспільного життя і стало одним із найбільш поширених джерел права.

Розглянемо делеговане законодавство на прикладі Англії, де його розуміють як акти, прийняті іншим, ніж Парламент, органом, але за згодою Парламенту.

В Англії, на відміну від країн романо-германського права, виконавчі органи від самого початку були позбавлені повноважень приймати акти «на виконання закону». Для того, щоб прийняти такий акт, вони повинні бути наділені відповідними повноваженнями. Правомірність передачі повноважень Парламенту з прийняття законодавчих актів іншим органам не викликає сумнівів. Воно обґрунтовується доктриною верховенства Парламенту. Останній може або сам прийняти будь-який акт, або доручити зробити це будь-якому органу. Як правило, такими повноваженнями наділяються посадові особи уряду й органів держави, зокрема, міністри.

Делегування повноважень урядові за сучасних умов відбувається двома основними шляхами:

1) шляхом прийняття спеціального закону, який уповноважує уряд видавати ті чи інші акти у порядку делегованого законодавства;

2) шляхом видання таких законів, що складені у найзагальніших виразах («скелетне законодавство») і а рiогi вимагають для їх застосування прийняття відповідних урядових актів (наприклад, таким є право соціального забезпечення).

Акти делегованого законодавства розподіляють на:

1. **Накази в Раді**, які приймаються Королевою і Таємною радою. На практиці ж це робить уряд від імені королеви, а Таємна рада їх тільки санкціонує. Подібні акти приймаються, коли Парламент не засідає (відповідно до Акту про надзвичайні повноваження 1920 р.). Крім того, вони можуть вводити в дію акти права Європейської Спільноти (ЄС), відповідно до Акту про Європейські Спільноти 1972 р. Однак слід зауважити, що деякі дослідники відносять накази в Раді до первинного, а не делегованого законодавства. Вони звертають увагу на те, що за допомогою цих актів реалізуються повноваження суверена, які є його прерогативою.

2. **Статутні інструменти**, які приймають міністри Уряду (переважно у формі інструкцій). Ці акти є найпоширенішою формою делегованого законодавства: щороку їх видається понад три тисячі. Наприклад, стаття 75 Закону про захист зайнятості 1978 р. встановлює максимальний поріг компенсації за несправедливе звільнення з роботи і передбачає, що державний секретар може підвищити цей поріг, видавши відповідний наказ через акт делегованого законодавства).

Ці акти фактично мають ту ж юридичну силу, що і закони Парламенту, відповідно до яких і на виконання яких вони приймаються. Це положення можна простежити у законодавстві. Закон про тлумачення 1978 р. встановив, що статутний акт повинен розглядатись як продовження акту, на підставі якого він прийнятий. Він має тлумачитись у світлі цього акту. Терміни, які використовуються в акті делегованого законодавства, мають те саме значення, що й у статуті. Статут і статутний інструмент читаються як один



закон: акт діє до того часу, доки діє статут. Скасування статуту призводить до втрати чинності всіх пов'язаних із ним актів.

**3. Постанови місцевих органів влади,** які приймаються місцевими органами для вирішення питань, що належать до їхньої сфери. Вони приймаються на підставі Акту про місцеве управління 1872 р. Дія таких актів поширюється лише на визначену територію. Досить поширеною є ситуація, коли акти місцевих органів потребують підтвердження з боку відповідних центральних міністерств та відомств.

**4. Постанови публічних корпорацій,** що приймаються корпораціями, наприклад, підприємствами транспорту, газовим управлінням тощо.

**5. Професійні правила,** які встановлюються у деяких професіях на підставі повноважень, наданих визначеним професійним об'єднанням. Наприклад, Загальній медичній Раді, Юридичному товариству, професійним спілкам тощо). Ці об'єднання мають можливості контролювати свою власну структуру та регулювати поведінку своїх членів. Як зауважують англійські юристи, парламентські повноваження передаються цим організаціям з метою встановлення добрих правил та мудрого правління.

**6. Судові правила,** які приймаються Комітетами з судових правил для встановлення процедур у різних судах на підставі Акту про Верховний суд 1981 р., акту про суди графств 1984 р., Акту про мирові суди 1980 р.

**Переваги делегованого законодавства** полягають у тому, що його практика дозволяє Парламенту заощаджувати час для вирішення більш масштабних і дискусійних політичних питань. Крім того, завдяки делегованому законодавству міністерства можуть оперативніше реагувати на ситуації, що потребують невідкладного втручання. Делеговане законодавство забезпечує також більшу гнучкість. Прийняті в межах делегованого законодавства правила час від часу можуть доповнюватись або змінюватись без прийняття відповідного акту Парламентом.

Разом з тим **делеговане законодавство має недоліки.** Головним з них є те, що воно виводить частину законотворчого процесу за межі прямого

контролю демократично обраних представників народу і передає її в руки чиновників уряду.

**Контроль делегованого законодавства** здійснюється в парламентській, судовій та адміністративній формах.

**Парламентський контроль** може здійснюватись у формі попереднього і наступного контролю. Так, деякі документи повинні подаватись у спеціальні комітети Парламенту у вигляді проекту, а деякі – вже на стадії, коли вони набули законної сили. Парламент може прийняти рішення про скасування такого акту. Інші статутні документи мають бути затверджені однією з палат Парламенту або знайти підтримку обох палат протягом 40 днів (якщо цього не відбувається, акт втрачає чинність).

Крім того, існує об'єднаний комітет Палати громад і Палати лордів із статутних інструментів. До його функцій належать розгляд цих документів і визначення того, які з них і на яких підставах мають бути подані Парламенту. Наприклад, не може бути нечітка редакція тексту статутного документу, запровадження непередбаченого податку тощо.

**Судовий контроль**, на відміну від парламентського, не має постійного характеру. Суд здійснює його тільки 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 із перевищенням їхніх повноважень і не має юридичної сили. Крім того, суд може, не вимагаючи скасування акту, просто його ігнорувати і відмовлятися застосовувати у справах, що розглядаються. Із часом таке правило стає мертвою літерою.

**Адміністративний контроль** здійснюється міністрами щодо актів місцевих органів. До речі, останні не підлягають парламентському контролю.

## 5. Звичай в американському праві

**Звичай.** Поряд із названими вище джерелами існує четверте джерело американського права - звичай (Custom). Його значення досить другорядне і не йде у порівняння з основними джерелами американського права.

Американське право не є правом звичаєвим. Хоча така думка виникла у багатьох європейських юристів тому, що вони дотримувались альтернативи: право може бути або писаним, заснованим на кодексах, або неписаним і, тим самим, звичаєвим. Американське право ніколи не було звичаєвим: це право судової практики.

Разом з тим звичай відіграв велику роль у становленні та еволюції правової системи. І зараз великим є його значення у сфері функціонування інститутів державної влади. Багато цих інститутів склались і функціонують в силу традицій політичної практики, а не на підставі прецедентного чи статутного права. Наприклад, такі інститути, як постійні комітети палат Конгресу США, політичні партії регламентуються звичаями, а не законами чи Конституцією, яка взагалі не передбачає їхнього існування.

Термін «звичай» в Англії використовується в кількох значеннях.

**По-перше,** звичай розглядається як *історичне джерело права*. В літературі традиційно підкреслюється велике історичне значення звичаю для формування сучасного права Англії. До виникнення загального права Англії саме численні місцеві звичаї і становили право. Звичаєве право дуже розрізнялось залежно від місцевості, у якій діяли його норми. Воно не було писаним, тому могло застосовуватись лише місцевими судами, тобто тими, хто безпосередньо був знайомим з існуванням певного звичаю. Із створенням королівського суду, на території всієї Англії поширюється єдине загальне право. Значення звичаєвого права як самостійного джерела стрімко зменшується. Проте виникнення багатьох принципів англійського загального права пояснюється саме середньовічними звичаями.

*По-друге*, термін «звичай» використовується для позначення традиційного *торговельного та ділового звичаю*. Раніше звичаї, прийняті серед купців та торговців, відігравали вирішальну роль у розвитку торговельного права. Проте в сучасних умовах залишилось мало можливостей для звичаїв вносити зміни до торговельного права. В Англії останній такий випадок датується 1898 роком, коли облігації на пред'явника були видані повноцінними обіговими документами саме на підставі торговельного звичаю. Сьогодні торговельний звичай впливає на право головним чином через комерційні контракти. Вважається, що умови таких контрактів є встановленням торговельного або що цей контракт був укладений на умовах вже існуючої практики в цій сфері бізнесу.

*По-третьє*, термін «звичай» використовується *у конституційному праві* та має велике значення для Англії, де не існує писаної Конституції. Так, практика автоматичного підписання монархом будь-якого біллю, що отримав підтримку Парламенту, або відставка прем'єр-міністра після того, як Палата громад відмовила йому у довірі, є важливими нормами конституції, недотримання яких вважається справою неможливою. Проте жодне з цих правил не є правовою нормою у суворому розумінні. Їх можна розглядати тільки у політичному та моральному аспектах, але не у правовому.

*По-четверте*, під терміном «звичай» англійські юристи розуміють *місцевий звичай*, тобто звичай, який застосовується тільки в певній місцевості. Саме у цьому значенні звичай і є особливим обов'язковим джерелом права, який знаходиться поряд із судовим прецедентом та законодавством.

У сучасному праві правовий звичай відіграє досить обмежену роль. Втім у деяких галузях сучасного англійського права йому надається самостійне значення. Наприклад, правовий звичай можна знайти серед норм, які регламентують окремі суб'єктивні права щодо використання земельної власності. Тут діють, зокрема, правові звичаї вільного проходу до церкви, права займатись спортом чи проводити вільний час на зеленій галявині, яка

належить селу, що розглядаються як джерело норм загального права, визнані судом і в наші дні. Прикладом використання звичаю є справа Мерсер проти Денна 1905 р.. У ній рибалкам було дозволено використовувати земельну ділянку на узбережжі для сушіння своїх тенетів на підставі старовинного звичаю використання цієї ділянки багатьма поколіннями рибалок.

Однак навіть тоді, коли звичай розглядається як самостійне джерело англійського права, його вважають джерелом, підпорядкованим прецеденту.. Так, адвокат дає консультації своєму клієнтові щодо чинності звичаю тільки виходячи з умов, встановлених прецедентом.

Звичай як джерело права припускає наявність у нього декількох ознак, якими він відрізняється від будь-яких звичаїв і традиційних форм нормативних приписів. Такими ознаками, класифікацію яких склав Блекстон, є існування звичаю з незапам'ятних часів, безперервність дії, розумність, визначеність, обов'язкова сила, використання із загальної миролюбної згоди, узгодженість.

*Існування звичаю з незапам'ятних часів* свідчить про існування його з того часу, про який людська пам'ять нічого не зберегла. Щоб довести в суді, що даний звичай може розглядатись як джерело права, необхідно підтвердити його існування до 1189 р. Це був перший рік правління Річарда I (Річард Левове Серце). Саме ця дата визначена як кінець «незапам'ятних часів» положеннями Першого вестмінстерського статуту 1275 р. Втім у більшості випадків досить просто обмежитись презумпцією стародавності звичаю.. До суду викликається один із найстаріших мешканців цієї місцевості, який підтверджує факт існування цього звичаю. Природно, що таке твердження буде відкинуте судом, якщо знайдуться свідчення про виникнення даного звичаю після 1189 р.

**Безперервність дії звичаю.** Для того щоб мати правову силу, звичай повинен зберігати свою дію без будь-яких перерв із «незапам'ятних часів» і

застосовуватись мирно, відкрито і правильно. Однак саме по собі незастосування звичаю не означає, що він припинив існувати.

**Розумність звичаю.** Ця вимога припускає, що звичай не буде підтриманий, якщо він суперечить статутному та загальному праву, принципам, що становлять фундамент правової системи, конфліктує з іншими звичаями, виник в силу довільного рішення і випадкових обставин. Наприклад, як милість монарха, а не з прав, що визнавались у давні часи. Так, Палата лордів відмовилась застосувати звичай, що надавав господарю маєтку можливість вчиняти вибухи на землі свого орендаря, не сплачуючи за шкоду, заподіяну будівлям останнього. Розумність звичаю повинна оцінюватись відповідно до критеріїв того часу, коли він виник, і часто передається на розсуд присяжних, які беруть участь у справі.

На думку окремих теоретиків права, вимога існування звичаю з незапам'ятних часів має на меті звести до мінімуму кількість чинних місцевих звичаїв, а завдання вимоги розумності – забезпечити судам значний ступінь контролю за прийняттям рішень щодо того, які звичаї наділяти юридичною силою, а які – ні.

**Визначеність звичаю.** Головна вимога, що висувається до визначеності, полягає в тому, що звичай повинен містити конкретне, чітке правило поведінки. Наприклад, не буде вважатись таким звичай, згідно з яким земельні орендарі можуть вносити торфу стільки, скільки їм може знадобитись. Інші вимоги до цієї ознаки передбачають визначеність природи звичаю, коло осіб, щодо яких повинен діяти звичай, місцевості, у межах якої він діє.

**Обов'язковість звичаю.** Якщо звичай не містить обов'язкових для виконання положень, він не може бути підтриманим судом. Вважається, що такий звичай не визнається правовим, оскільки не відповідає принципу верховенства права.

**Використання із загальної миролюбної згоди.** Звичай може існувати тільки із загальної згоди. Він не повинен виконуватись ані силою, ані таємно, ані за дозволом, який може бути скасовано.

**Узгодженість.** Звичаї мають бути узгодженими один з одним у межах певної місцевості.

Підбиваючи підсумки проблемі, можна констатувати, що в наш час звичай має досить обмежене значення в англійському праві. Його роль не може бути значною в силу давно встановленого правила, відповідно до якого звичай можна вважати обов'язковим лише у тому випадку, якщо він має характер старовинного звичаю. Вимога, щоб звичай був старовинним, стосується лише місцевих звичаїв. На торгові звичаї вона не розповсюджується. У цій сфері головним чином діють після поглинання торгового права загальним правом юридично обов'язкові звичаї. Практика останнього часу свідчить про те, що із різних приводів виникають нові звичаї. Однак їхнє значення є досить незначним. До того ж, як тільки звичай санкціонується законом або судовою практикою, він втрачає характер звичаю, а разом з тим гнучкість і здатність еволюціонувати, тобто продовжувати виконувати свою роль. Він перетворюється на законодавчу норму або норму, створену судом і підпадає під дію правила прецеденту.

Однак з урахуванням всього сказаного неможна недооцінювати значення звичаю. Англійське суспільство, як і будь-яке інше, регулюється не тільки правом. Звичай, хоча і не має великого значення як джерело права, відіграє певну роль в житті англійців і глибоко впливає навіть на те, як право регулює це життя. Наприклад, у конституційному праві Англія, у багатьох аспектах строго юридично, є абсолютною монархією. Міністри - це слуги королеви, які можуть бути відкликаними, коли вона того побажає. Військові кораблі і публічні споруди є власністю королеви. Пенсії і навіть заробітна платня урядовців видаються їм милістю Її Величності королеви. Таким чином, англійське конституційне право виглядало б абсурдним, якщо б його викладати без врахування конституційних звичаїв, яким теоретично не

надається юридичний характер, але які панують в англійському політичному житті.

Та ж картина і в області кримінального права. Теоретично питання про залучення присяжних засідателів до розгляду справи вирішується суддею на його розсуд. Однак звичай строго регламентує участь присяжних у певних справах. Для француза таким усталеним звичаєм є право. Англієць же сумніватиметься у такому підході до проблеми і віддасть перевагу розгляду такого звичаю як усталеної практики (дещо аналогічне конституційному звичаю), якої ніхто не бажає зневажати, але яка, строго говорячи, не є правом. Монополія баристерів на допит свідків у вищих судах встановлена також не нормою, а практикою, заснованою на строгому дотриманні звичаю.

Взагалі суспільне життя пронизане правилами поведінки які традиційно не викликають сумніву. Ці конвенційні правила і практика, що склалась на їх основі, не вважаються джерелами права, доки вони не отримують санкції судді, хоча це інколи негативно впливає на розвиток та дію таких правил. Однак без їх врахування неможливо отримати правильної уяви про роль звичаю у житті країни.

Слід також додати наступне. В країнах континентальної Європи існує багато помилкових поглядів та забобонів відносно теорії джерел англійського права. Це викликає необхідність зробити коротке резюме, щоб уникнути різних невірних тлумачень. Необхідно відкинути перш за все досить розповсюджену думку про те, що англійське право – це право звичаєве. Така думка виникла у багатьох європейських юристів тому, що вони дотримуються альтернативи: право може або писаним, заснованим на кодексах, або неписаним, а тому, - звичаєвим. Англійське ж право ніколи не було звичаєвим: це право судової практики. Загальне право дійсно замінило англійське звичаєве право, що виражалось в існуванні різних місцевих звичаїв. Сучасна дія правила прецеденту ігнорує поняття усталеної судової практики, родинний поняттю звичаю. Обов'язковий прецедент створюється



одним – єдиним судовим рішенням, винесеним відповідним судовим рішенням.

## **6. Інші джерела англо-американського права**

**Правова доктрина.** Термін «доктрина» означає вчення, наукова чи філософська теорія, система ідей і поглядів, а в цілому – керівний теоретичний або політичний принцип. Правова доктрина – це правове вчення, правова теорія, система правових ідей і поглядів, керівний принцип у розгляді правових проблем. Значення доктрини недооцінюється в Англії ще більше, ніж на континенті, оскільки англійське право менше, ніж на континенті, є зобов'язаним ученим, а більше – суддям. Однак і тут необхідно остерігатись безумовних формулювань. Англія – країна, де деякі доктринальні праці, хоча й написані суддями отримали кваліфікацію авторитетних книг. Твори Гленвілла, Літлтона, Кока. Хейла, Хаукінса, Фостера, Іста, Фітцгерберта, Блекстоуна мають величезне визнання і можуть претендувати на те щоб бути визнаними джерелом права.. Їх викладання права свого часу мало в судах такий авторитет, як закони у Франції.

Після звільнення від формалізму XIX ст.. роль доктрини змінилась і виросла. Студенти-юристи у наш час, як правило, навчаються в університетах. Вони вивчають право, більшою мірою слухаючи лекції або читаючи праці своїх вчителів, більше штудіюючи підручники, ніж знайомлячись із роботою юристів-практиків. Вони отримують знання в області матеріального права, у той час як процес не завжди викладається в англійських школах права. А тому абсолютно неодмінно виникає нове ставлення до доктрини.

**Розум.** Загальне право спочатку ґрунтувалось на розумі, використовуючи фікцію загального старовинного звичаю королівства. До тих пір, доки не склались більш чіткі норми, що надавали велику стабільність суспільним

відносинам, розум був невичерпним джерелом, до якого звертались суди для заповнення прогалин в системі англійського права і його розвитку.

І принцип тут є однаковим і для Англії, і для країн, у яких склалась романська правова система. Однак існує одна дуже важлива відмінність. В країнах писаного права, де право виявляється головним чином продуктом законодавства і норми права носять загальний характер, розум зазвичай шукають в рамках самого діючого права у процесі його застосування і тлумачення. Наявність прогалин у праві визнається не охоче. Розум відіграє більш важливу роль у тлумаченні закону, ніж у тому, щоб поповнювати право. В англійському праві, створеному судовою практикою, положення інше. Казуїстичний аспект права передбачає багато прогалин, а розум визнається допоміжним джерелом права, покликаним заповнити ці прогалини. Техніка тлумачення права замінюється технікою винятку, за допомогою якого встановлюються нові, більш точні норми, а не застосовуються вже існуючі. Романо-германські правові системи є системами замкненими, а загальне право – відкритими системами, де постійно створюються нові норми, засновані на розумі.

Ця відмінність у підході представляє інтерес скоріше з точки зору теоретичної, ніж практичної. Навіть у країнах, де право створено судовою практикою, спостерігається тенденція висунути на перший план не розум як допоміжне джерело права, а юридичні принципи, що витікають з усього комплексу судових рішень. Розум використовується в основному для того, щоб визнати ці принципи, які і є його найбільш яскравим вираженням.

Що ж складає розум, про який йде мова? Це розумне вирішення спору, коли у даному питанні немає ані прецеденту, ані законодавчої норми, ані обов'язкового звичаю. Це перш за все пошуки рішення, яке найбільшою мірою відповідає нормам чинного права, а тому найбільш задовільно забезпечує порядок у поєднанні із справедливістю, яка і складає основу права. Пошук рішення на основі розуму не є довільним процесом. Необхідно перш за все керуватись загальними принципами чинного права, Саме у

цьому відіграє певну роль доктрина, а також, головним чином в Англії, попутні висловлювання суддів про право. Мають значення і судові рішення, що не є прецедентами. Якщо б у даному зв'язку мали значення тільки обов'язкові прецеденти, то роль правосуддя і справедливості була б досить обмеженою.

Таким чином, ми бачимо, що, хоча теоретично розум відіграє допоміжну роль, в дійсності він має першорядне значення. Заслуга загального права полягає у тому, що воно упродовж багатьох століть залишалось «удосконаленням розуму». Уникаючи небезпеки занадто строгого слідування прецедентам, англійські юристи, за винятком певних періодів, дотримувались твердження Кока, що «розум – це життя права, і загальне право є не щось інше, як розум». Однак розум не є якимось невизначеним почуттям справедливості конкретних індивідів. Це розум у тому вигляді, як він розуміється судьями, що піклуються перш за все про створення злагодженої системи права.

З особливою очевидністю англійське право постає перед нами як продукт історії, якщо ми подивимось на його категорії і концепції, а також звернемо увагу на особливу роль судової практики. Однак романські системи права є не меншим результатом історії, ніж англійське право, щоправда – іншої історії. У ній велика роль належить університетській освіті, доктрині і законодавству, в результаті чого структура права в країнах континентальної Європи є більш системною і, можливо, більш раціональна та логічна, ніж структура англійського права. Але ж чи насправді ж англійське право більш емпіричне і менш логічне, ніж романські правові системи? У цьому вчені серйозно сумніваються. Між емпіризмом англійців і логікою французів існує дещо середнє – поняття, яке їх примирює і є центром обох систем. І це поняття – розум.

Звичайно, англійське право було створене і уточнене у ході вирішення спорів, переданих у королівські суди. Однак коли ці суди розглядали спори, не емпіризм змушував їх ухвалювати по кожному спору справедливі

рішення. Щоб створити систему, яка стала загальним правом, потрібно було кожного разу шукати рішення найбільш розумне. А визначались такі пошуки бажанням забезпечити єдність судових рішень. І це неминуче схилило звертатись до логіки.

В Англії, як і у Франції, при всіх відмінностях шляхів формування права завжди існувала одна і та ж концепція основи права: право – це перш за все розум: (*Lex est aliquid rationis*). Ця концепція була відкинута на континенті у XIX ст. з торжеством правового позитивізму, коли злились поняття «право» і «закон». Однак у наші дні спостерігається тенденція до її відновлення. В Англії ця концепція зберігається, оскільки там право вважається плодом розуму і його відрізняють від закону.

Часто до слова «право» додають національний епітет: французьке право, бельгійське право тощо. Внаслідок цього багато у декого виникає сумнів: а чи існує право взагалі? Та думка, що право – це розум, викликає у англійців відповідно до традиції деяке почуття над національністю, чи скоріш – поза національністю права. Термін «загальне право» застосовується, як правило, без національного епітету. У загальному праві не хочуть бачити систему національного права. Воно – «спільний спадок усіх націй англійської мови», покликаний відігравати таку ж роль, яку відіграло у континентальній Європі римське право до епохи кодифікацій. Однак, практично існує відмінність між правовими системами різних країн загального права. І це добре видно при вивченні права США.

Закінчуючи екскурс в англійське право, логічно акцентувати ідею поза національного права, заснованого на розумі, яка характеризує загальне право. Ця ідея є протилежною радянській (більшовицькій) концепції права. Ця ідея є підвалиною, на якій досягається єдність правових систем західного світу: вона звільняє права від свавілля державної політики.

***Канонічне право (право Римської католицької церкви).*** Канонічне право посідає гідне місце серед історичних джерел сучасного англо-американського права. Це пояснюється тим, що в інститутах, поняттях і цінностях англо-

американського права історично знайшли своє закріплення релігійні погляди та уявлення.

*Духовною складовою канонічного права є догмати християнської релігії у західному трактуванні. Юридичним підґрунтям – норми Римського права.*

В правовій літературі виокремлюються два напрями найбільш помітного впливу канонічного права на розвиток англо-американського права:

1) *вплив на розвиток загального права і права справедливості.* Останні запозичували певні концепції, що існували в межах канонічного права. Наприклад, завдяки канонічному праву в загальному праві виникло покарання у вигляді позбавлення волі. Слід також пам'ятати про те, що своїм моральним змістом норми права справедливості зобов'язані канонічному праву;

2) *вплив на практику церковних судів.* На території Англії церковні суди діяли незалежно від королівських судів загального права і розглядали в основному справи про порушення моральності, подружніх обов'язків, спадкування, власності, справи про наклеп тощо.

Стосовно приватних фізичних осіб юрисдикція Церкви визначалась таким чином.

***По-перше***, вона поширювалась на всі судові спори за участю певних осіб: кліриків, студентів, хрестоносців, знедолених (бідняків, вдів, сиріт), євреїв у справах проти християн, мандрівників (у тому числі, купців і моряків), - якщо це було необхідно для їхньої безпеки.

***По-друге***, юрисдикція Церкви поширювалась як на мирян, так і на духівництво, у певних категоріях права. До них, зокрема, належали так звані «духовні справи», тобто справи, які виникли у зв'язку із: 1) здійсненням таїнств; 2) заповітами; 3) бенефіціями, включаючи управління церковною власністю, заняття церковних посад і церковне оподатковування у формі десятин; 4) клятвами; 5) гріхами, що заслуговують церковних покарань. Саме на цій підставі у XII ст. почали розвиватись різні галузі матеріального права: сімейне право (з юрисдикції щодо шлюбу), спадкове право (з юрисдикції

щодо заповітів, право власності (з юрисдикції щодо бенефіцію), договірне право (з юрисдикції щодо клятв) і деліктне право (з юрисдикції щодо гріхів).

*По-третє*, Церква також поширювала свою юрисдикцію на *інші категорії справ*, пропонуючи її усім, хто бажав нею скористатись. Це робилось через спеціальну процедуру (пророгацію), за допомогою якої сторони у будь-якій цивільній суперечці могли за взаємною домовленістю передати справу до церковного суду. Крім того, будь-яка особа могла подати позов у церковний суд чи перенести справу із світського суду у церковний, навіть проти бажання іншої сторони, на підставі «несправності світського правосуддя»,

Таким чином, *Церква пропонувала свою юрисдикцію будь-якій людині і у будь-якій справі*, але тільки за виняткових обставин, коли йшлося про правосуддя у його елементарному значенні.

Однією з особливостей канонічного права було визнання цивільної правосуб'єктності як за окремими фізичними особами, так і за їхньою сукупністю (юридичними особами, корпораціями). Поняття «корпорація» було запозичене з римського права. Однак у трактуванні кантоністів воно має низку істотних відмінностей. Загалом канон істика дотримувалась принципової точки зору, згідно якій спільнота не може існувати окремо і мати особливу волю, відмінну від волі її членів. Така позиція надавала достатньо нейтральну філософську основу для вирішення таких практично важливих питань як розподіл повноважень між посадовими особами корпорації та її членами.

Судочинство в єпархії здійснював єпископ. Але частіше цим займався спеціально призначений ним «офіціал». У суді єпископу (офіціалу) допомагали нотаріуси, секретарі, адвокати, судові виконавці, засідателі та інші судові чиновники. Що ж стосується процедури судочинства, то тут канонічне право багато запозичило з Римського права та з варварського звичаєвого права.

*Головні риси процесу у церковних судах* виглядали таким чином.

1. Цивільний процес можна було почати тільки поданням письмової скарги. Відповідач мав заперечувати претензії позивача теж письмово. Письмовою була й подальша судова процедура, так само як і судові рішення.

2. Свідчення, як письмові, так і усні давались під попередньо виголошеною присягою під загрозою суворого покарання за фальшування. Хоча «заприсягання» використовувалось і у більш ранніх системах права, але саме каноністика вперше обґрунтувала і систематизувала його застосування як засобу забезпечення істинного свідчення.

3. Сторони могли мати адвокатів, котрі, на відміну від класичного Римського і варварського права, виступали як юридичні представники своїх клієнтів, а не просто як їх помічники, радники тощо.

4. Допускалась подвійна процедура: ординарна, яка була урочистою і формальною, і сумарна – проста, зорієнтована на право справедливості.

**Сумарна процедура** застосовувалась для певних видів справ, включаючи справи, що стосуються бідних і гнаних. Ця процедура не вимагала адвоката, письмових доказів і письмових допитів свідків. «**Ординарна**» складна формальна процедура застосовувалась до інших (більшості) справ.

Суворі вимоги до наявності доказів і складність одержання свідчень шляхом письмових допитів свідків призвели до широкого застосування тактики відкладення справ. Тому з часом було встановлено обов'язкові процесуальні стадії, у кожній з яких суддя виносив окреме рішення. Крім того слабкі місця процедури канонічного судочинства частково нейтралізувались активною участю судді у процесі, і тим, що вирішення справи залежало від його розсуду.

Повертаючись до питань, які розглядались церковними судами, слід згадати шлюбно-сімейні відносини. Центральне місце у галузі шлюбно-сімейних відносин посідав інститут шлюбу. Його укладання та припинення приділялась значна увага. Зокрема, канонічне право розрізняло такі етапи укладання шлюбу: 1) обмін обіцянками одружитись у майбутньому (договір

заручин); 2) обмін обіцянками одружитись зараз (договір шлюбу); згода на статеві відносини після укладання шлюбу (заключна частина шлюбу).

Отже, правила про вираження згоди на шлюб були детальними і нагадували розділ договірного права. Згода мала бути дана «з доброї волі». Помилка щодо особи партнера нейтралізувала згоду і робила шлюб недійсним. Шлюб також вважався недійсним, якщо він був укладений під примусом чи в результаті обману, оскільки при цьому порушувалась вимога добровільності згоди. Шлюб не міг бути визнаним недійсним без пред'явлення позову, а коло осіб, що могли подати такий позов, було досить обмеженим. Це могла бути одна із сторін шлюбу (невинна у порушенні), близькі родичі, або, якщо близьких родичів не було, «особи», відомі своєю розсудливістю.

Канонічне право загалом забезпечувало захист дружини у шлюбі, ґрунтуючись на тому принципі, що перед Богом подружжя у шлюбі рівні, і мають однакові взаємні особисті зобов'язання (вірності, відданості тощо). Проте чоловік був главою дому і в силу свого становища міг обирати місце проживання, у розумних межах поправляти свою дружину і вимагати від неї виконання домашніх обов'язків, сумісних з її соціальним станом.

Класична каноністика при вирішенні питань спадкування ґрунтувалась на положеннях Римського приватного права, доповнивши їх тезою про святість бажань заповідача, які виражали його останню волю і були пов'язані з порятунком душі небіжчика-християнина. Тому вираження останньої волі розглядалось як релігійний акт, а сам заповіт (духівниця) як інструмент його реалізації. Зазвичай цей акт здійснювався в ім'я Отця, Сина і Святого духу і передбачав разом з передачею душі Богу і Діві Марії, а тіла – певній церкві, ще й передачу якоїсь частки майна церкві на помин душі покійного.

Каноністика того часу увела деякі зовсім нові поняття і норми права власності – самі ті, що справили істотний вплив на Західну традицію права. Вона розробила юридичну конструкцію за назвою «фонд» чи «корпорація майна» на противагу «корпорації осіб». Це поняття було відсутнє і у



Римському праві, і у варварському праві. Ідея вказаного інституту полягає у персоніфікації цілей, досягненню яких мали служити дана власність, гроші, земля і нематеріальні права. Так, лікарня, притулок для бідних, навчальний заклад могло розглядатись не тільки як корпорація осіб, але і як корпорація майна.

Важливим досягненням канонічного права можна вважати те, що було створено позов для поновлення володіння землею, майном і нематеріальними правами, за допомогою якого колишній власник, позбавлений їх насильно чи обманом, міг відновити володіння простим доказом неправомірного позбавлення володіння. Захист права володіння мав важливе значення у феодальному суспільстві, оскільки власність у ньому була, зазвичай, поділена між декількома особами (так зване «розділене право власності»).

Каноністи, крім того, удосконалили положення Римського права про набуття права на річ на підставі набувальної давності, надавши цьому інституту необхідної гнучкості та універсальності.

Нарешті, слід також додати, що канонічне право виявилось прикладом для торгового права. Під впливом каноністики проводилось розмежування між законною торгівлею, заснованою на сумлінності, і незаконною торгівлею, заснованою на жадібності. Між торгівлею, заснованою на задоволенні законних потреб, і торгівлею, заснованою на простому егоїзмі чи обмані, законними відсотками по позиках і лихварством, справедливою ціною і несправедливою.

***Римське право.*** Вплив римського права на англійське право протягом всієї історії його розвитку був вкрай незначним і не зачепив його основ.

Однак деякі загальні положення римського права все ж таки використовувались в англійській судовій практиці. Наприклад, згідно з максимами римського права не можна подавати позов на підставі угоди, яку укладено з аморальною метою. Цей принцип римського права був відтворений в англійському праві.

Найбільшою мірою вплив римського права позначився на діяльності церковних судів і у спадковому праві. Пояснюється це традиційно великою роллю церкви у вирішенні питань про визнання законності заповіту і перехід власності від померлих до інших осіб.

Підбиваючи підсумки сказаному про значення канонічного і римського права, слід зазначити, що у період Середньовіччя існували у різних часових і цивілізаційних вимірах. Римське право належить античності. Канонічне право – елемент середньовічної Західноєвропейської цивілізації. Римське право вже досягло віку свого розвитку, відійшло як елемент античної цивілізації і надалі існує як фантом (привид), як елемент загальної культури людства. Канонічне право виникло лише у Середньовіччі і розвивається разом з цією хронологічною цивілізацією. Римське право реципується у різних формах різними гілками середньовічного права, у той час як канонічне право, відігравши роль реципієнта, надалі продовжує виступати, насамперед, як моральний і політичний провідник трансформацій Західної традиції права. Іншими словами, *канонічне право значною мірою виявилось тим інструментом, за допомогою якого на матеріалі права Римського формується нове право Середньовічної Європи. У різних її частинах це явище проявилось по-різному.*

## **7. Джерела права країн Співдружності Націй**

Для цих країн, як і для Англії, характерним є взаємовплив та взаємопроникнення їх джерел права, можливість використання окремих джерел права у межах національних правових систем інших. Основними джерелами права цих країн є: *загальне право, статутне право, делеговане законодавство та звичай*. Означені чотири джерела права істотно різняться за своєю юридичною природою. Їхні основні характеристики обумовлюють як спільність, так і своєрідність правових систем досліджуваних країн, що вимагає їх порівняльного аналізу.

**1. Загальне право.** Воно отримало розвиток у рішеннях суддів вищої інстанції. Однак в цих країнах намагаються визначити підстави можливих змін старих та встановлення нових прецедентів. Федеративний устрій обумовив формування двох рівнів загального права – кожного суб'єкта і федерації. Це питання вирішується по-різному. Переконли вий прецедент іншої держави, підтверджений високою судовою інстанцією іншої країни, стає джерелом останньої, тобто відбувається «перетікання» прецедентів, що є поширеним явищем.

**2. Статутне право.** У ХХ ст. у названих країнах закон є основним джерелом права. В них ухвалені рішення про те, що акти англійського парламенту не розглядаються як частина внутрішнього права. Через федеративний устрій країн в них діють як федеральні закони, так і закони, видані суб'єктами федерації. Це викликає питання про розподіл сфер законодавчого регулювання між федерацією та її суб'єктами. І це вирішується також по-різному: в Австралії переважають федеральні закони, а в Канаді – закони суб'єктів. При цьому спільною рисою статутного права Канади, Австралії та Нової Зеландії є переважно консолідований характер цивільного, сімейного, трудового та суміжних з ними галузей права.. Високим ступенем кодифікації відрізняється кримінальне законодавство цих країн.

**3. Делеговане законодавство** посідає друге місце після загального права (прецеденту), перевершуючи статути. Найбільш поширеними формами делегованого законодавства є програми територіального та міського планування.

**4. Звичай** як джерело права майже невідомий в цих трьох країнах, оскільки тут до переселення «білого» населення не склалися правові звичаї. Однак звичаї, що виникли у резерваціях тубільців, починають поступово звертати на себе увагу.