

УДК 340.143



## ВТОРИННІ ДЖЕРЕЛА АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКОГО ПРАВА

**І. В. СЕМЕНІУК,**

*канд. юрид. наук,*

*асистент кафедри теорії держави і права,*

*Національний юридичний університет*

*імені Ярослава Мудрого,*

*м. Харків*

*Розглянуто основні підходи до тлумачення поняття «джерело права» в англо-американській юриспруденції, охарактеризовано різні види джерел права, наведено основні їх класифікації. Особливу увагу приділено дослідженню вторинних джерел права та неюридичних джерел. На основі аналізу судової практики в країнах англо-американського права встановлено, що судді при здійсненні судочинства не обмежуються виключно статутами та прецедентами. При вирішенні складних справ, інтерпретації статутів, зміні прецедентів, у конституційному судочинстві судді часто звертаються до неправової інформації й вторинних джерел права, безпосередньо цитуючи їх у судових рішеннях, що робить їх правову позицію більш обґрунтованою й переконливою.*

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

У зв'язку з масштабним реформуванням організації та функціонування вітчизняної правової системи, розбудовою демократичної, правової, соціальної держави, активною участю України в європейських інтеграційних процесах перед юридичною наукою постають відповідальні завдання щодо розробки конкретних рекомендацій і пропозицій, які б сприяли реалізації ефективної правової політики у процесі євроінтеграції та повноцінному входженню нашої країни до єдиного європейського правового простору. У зв'язку з цим практично значущою є подальша «глобалізація» вітчизняного правознавства, що виступає однією з тенденцій його розвитку на сучасному етапі. На думку П. М. Рабіновича, це виявляється в тому, що «об'єктом правознавства – окрім національних держав та їхніх правових систем – все більшою мірою стають також їхні «сім'ї» (групи, різновиди), а також системи міжнародно-правові –

причому різних рівнів: як всесвітнього, так і регіонального» [9, с. 76].

Сучасна правова дійсність чітко демонструє, що шлях національної ізоляції заводить у глухий кут, він не має майбутнього, адже правовий прогрес, вирішення глобальних проблем людства можливі за наявності міжнародно-правового діалогу і співробітництва. Вивчення зарубіжного правового досвіду дозволяє об'єктивно й критично оцінювати власну національну правову систему, бачити її досягнення і недоліки, прогнозувати шлях її майбутнього розвитку. Тож роль і значення порівняльно-правових досліджень важко переоцінити, адже вони допомагають з'ясувати, як вирішується одна й та ж правова проблема в різних країнах, озброїти вітчизняних юристів ідеями та аргументами, які неможливо отримати при пізнанні лише національного права. С. П. Погребняк слушно зауважує, що це, з одного боку, дозволяє запозичити все те корисне, що виправдало себе за кордоном при вирішенні певної проблеми, рятує від марної праці «винаходити велосипед», а з іншого – дає можливість урахувати негативні аспекти іноземного досвіду, запобігти неефективності тих чи інших правових рішень [7, с. 21].

У зв'язку з цим актуальним і корисним є вивчення зарубіжних моделей джерел права. Проте слід пам'ятати, що іманентні тій чи іншій правовій системі джерела права відображають її унікальність: їх структура, взаємозв'язки, взаємодія з іншими елементами правової системи зумовлені історичними, економічними, соціально-культурними особливостями тієї правової сім'ї, до якої вона належить. Тому механічне запозичення, копіювання іноземних зразків без урахування національних особливостей може виявитись не тільки неефективним, а й навіть шкідливим. Так, Б. В. Малишев зазначає, що в умовах швидкої інтеграції України до світового співтовариства різко підвищилася інтенсивність розробок щодо імплементації до національного права тих чи інших юридичних конструкцій, принципів, що належать до найкращих правових надбань провідних західних країн. При цьому автори таких розробок, як і особи, які безпосередньо забезпечують імплементаційні процеси, як правило, не враховують того, що без необхідних модифікацій вказані

конструкції не можуть ефективно функціонувати в інших умовах, ніж ті, де вони виникли. Тому навіть вдале їх перенесення на новий ґрунт може не дати очікуваних результатів. Визначення «глибини» і напрямків вказаних модифікацій має відбуватися на основі застосування теоретико-правових знань, адже лише останні здатні надати необхідну інформацію та відповідний інструментарій для виявлення у кожному конкретному випадку особливостей співвідношення та взаємної обумовленості «частини» (у вигляді конструкцій, які планується імплементувати) і «цілого» (у вигляді правової системи, в умовах якої виникли такі конструкції) [4, с. 61].

Модернізація української державності на засадах демократії, проведення економічної, політичної, правової реформ, формування громадянського суспільства вимагають переосмислення, інвентаризації та вдосконалення системи джерел права, адже, як відомо, джерело права – один з основних елементів, що впливає на всі без винятку сегменти права, є своєрідною комунікаційною основою правового спілкування людей (саме джерела права моделюють структури різних правовідносин), і багато в чому визначає рівень правового розвитку суспільства і держави. Вирішення цих важливих завдань є фактично неможливим без вироблення логічно послідовної і внутрішньо не суперечливої теоретичної моделі джерела права, виявлення вертикальних та горизонтальних зв'язків між різними джерелами права, тенденцій їх розвитку, особливостей взаємодії з іншими елементами правової системи. Втілення в життя принципу верховенства права потребує нового теоретико-методологічного опрацювання основних засад джерел права, проведення комплексних теоретичних досліджень поняття, видів і тенденцій розвитку системи джерел права в Україні. Важливість розв'язання цих питань зумовлена також активізацією досліджень проблем розуміння права та форм його прояву, що має стати основою розвитку правової системи [6, с. 4].

Важливим є доктринальне переосмислення самого феномена права, вихід за межі вузькоюридичних форм осягання юридичних явищ і процесів. Право повинно розглядатися не як «наказ суверена», а як засіб забезпечення суспільної

гармонії, узгодження точок зору різних суспільних суб'єктів, як справедлива і рівна міра свободи. Р. Б. Тополевський переконаний, що це стає можливим при розгляді права як різноджерельного феномена, який формується не лише внаслідок цілеспрямованих зусиль законодавця, але також через інші соціальні канали [11, с. 4]. Твердження про те, що право не зводиться до приписів нормативно-правових актів і має різні форми об'єктивації, є загальноприйнятим у сучасній західній юриспруденції. Такий підхід до розуміння права набуває поширення й у вітчизняній юриспруденції. Як зазначає С. В. Шевчук, однією з останніх тенденцій розвитку правової системи України є подолання вузьконормативного (формального) підходу до розуміння права, яке вже не розглядається лише з позицій позитивістської школи права, тобто як воля держави, або як команда суверенної державної влади, що втілена у нормативно-правовому акті [13, с. 74].

Сьогодні закон справедливо розглядається як найбільш розвинена форма закріплення юридичних норм. Унаслідок чіткості викладення правових норм він є кращим технічним способом їх закріплення в епоху, коли складність суспільних відносин висуває на перший план точність і ясність їх формулювання. Разом із тим, ідея абсолютного суверенітету закону в романо-германській правовій сім'ї є фікцією. Р. Давід підкреслює, що нині цей підхід не визнається ані теорією, ані практикою. Сьогодні ніхто не вважає закон єдиним джерелом права, суто логічне тлумачення якого може забезпечити прийняття правильного правового рішення. Юристи і сам закон теоретично визнають, що законодавчий порядок може мати прогалини. Закон є лише скелетом правопорядку, повноцінне функціонування якого значною мірою забезпечується іншими факторами [2, с. 87, 107]. Тому за умов недостатньої якості законодавства, наявності у ньому колізій та прогалин судді не можуть покладатися виключно на законодавчі приписи і змушені звертатися до принципів права, прецедентного права, правової доктрини, «шукати» право в інших його проявах (джерелах права). Така позиція є цілком звичною для юристів англо-американського права, де закон ніколи не був відправною

точкою в професійній юридичній діяльності, у наукових дослідженнях, у підготовці юридичних кадрів. Показовими в цьому відношенні є слова американського автора М. Радіна: «Де судді знаходять право? Де будь-яка особа шукає право? У складному процесі пошуку суддею права особливого значення набувають не тільки його почуття справедливості, освіта, оточення, а й книги, і не тільки ті, що містять статuti та судові рішення. Судді часто звертаються до наукових праць, написаних фахівцями у тій чи іншій галузі права» (тут і далі – переклад наш. – *I. С.*) [38, с. 415].

Як відомо, правосуддя не вчиняється автоматично, це складний процес здійснення права. І від того, чи здійснюватимуть і як саме здійснюватимуть його суди, залежить довіра до права, гарантувати реалізацію якого покликана судова система держави [8, с. 12-13]. Тому позиції суддів у справах, що розглядаються, повинні мати належне обґрунтування, адже їх рішення мають бути сприйнятні суспільством. Судді змушені чітко формулювати мотиви прийняття того чи іншого рішення, адже текст прецеденту завжди включається до звітів і тому аргументація кожного судді стає відкритою для аналізу та критики з боку науковців, практиків та преси. «Така прозорість процесу правотворчості забезпечує належний контроль за діями суддів», – підкреслює Б. В. Малишев [3, с. 106]. В. Берхнем у свою чергу зауважує, що від суддів чекають аргументованих рішень, які відповідали б усталеній практиці аргументації й обґрунтування. «Я це так відчуваю» не може вважатися прийнятним поясненням [1, с. 51]. Особливо це стосується вищих судових інстанцій, і передусім органів конституційної юрисдикції, рішення яких здійснюють значний вплив не тільки на розвиток правової системи, а також на суспільно-політичне життя в країні. У цьому відношенні судді в країнах англо-американської правової сім'ї більш «відкриті» при прийнятті рішень, ніж їх колеги на континенті. Аргументаційна техніка, стиль написання судових рішень у країнах континентальної Європи відрізняється, як правило, стислістю та лаконізмом. Натомість при формулюванні власної позиції у справі судді вищих англійських та американських судів активно апелюють до традицій,

суспільних цінностей, моралі, вимог доцільності, справедливості. Вони звертаються до різноманітних джерел, у тому числі неюридичних, та намагаються враховувати політичні, соціальні, культурні зміни, які відбуваються в суспільстві, його настрої та очікування. Таким чином, традиції, звичаї, норми моралі, релігії, етики безпосередньо включаються судовою практикою через прецедентне право в єдину структуру правового регулювання. Суди знаходять чи «виявляють» їх в соціальній дійсності і використовують, якщо вони відповідають суспільним потребам та не суперечать інтересам правлячих сил [3, с. 87].

Самі судові рішення, як правило, є розлогими і включають детальний аналіз доказів, чітку аргументовану позицію суддів щодо спірних фактів, мотиви, якими вони керувалися при винесенні рішення. В обґрунтуванні своєї позиції судді активно використовують літературно-публіцистичну, історико-правову, порівняльно-правову, міжнародно-правову аргументацію. В. Берхнем зазначає, що рішення американських суддів нерідко містять розлогі цитати текстів прийнятих раніше рішень, посилання на додаткові джерела, такі як журнальні статті і монографії [1, с. 142]. Судді нерідко вдаються до екскурсу в історію та аналізують, яким чином вирішувалась та чи інша правова проблема в різних країнах. Наприклад, суддя Верховного суду США Блекмен справі *Roe v. Wade* (1973) щодо права на аборт для підтвердження вибору «правильної» групи цінностей, вкладених у поняття «свобода», провів ретельний аналіз законодавства про аборти, починаючи з стародавніх греків, і розглянув усі медичні, філософські та релігійні аспекти цього питання [1, с. 331]. Саме через цитування у судових рішеннях тих чи інших джерел відбувається їх легітимізація. Вони набувають юридичного значення, коли стають складовою частиною мотивувальної частини судового рішення, де міститься *ratio decidendi*. Ф. Снайдер та М. Бобінські у зв'язку з цим зазначають, що коли судді звертаються до певних джерел, використовуючи їх як юридичну базу для вирішення справи, вони їх фактично легітимізують (*legitimize*) [17, с. 965; 44, с. 454]. Цікавою є думка Д. Шварца та Л. Петербріджа: «Коли суддя звертається

до юридичної науки, цитуючи певні наукові праці у судових рішеннях, навіть якщо він їх критикує, це означає, що ці джерела є складником процесу прийняття рішення. Так цей вибір [судді] стає складовою частиною права» [36, с. 1354]. Як зазначає Ф. Чесайро, для того, щоб однозначно стверджувати, є те чи інше явище джерелом права, слід проаналізувати яким чином судді аргументують свої рішення. Той факт, що певний правовий текст є частиною суддівської аргументації, є визначальним для кваліфікації певного явища як джерела права [41, с. 25].

В англо-американській юриспруденції для позначення джерел права використовуються такі поняття як «*legal authority*» та «*source of the law*». «*Legal authority*» вживається у широкому і вузькому значеннях. У вузькому значенні відповідне поняття означає книгу або інший подібний репозитарій (джерело зберігання інформації), до яких звертаються у пошуках необхідної норми права, або ще у більш вузькому значенні – збірники судових рішень. У широкому значенні – це «вплив» або «сила» (влада), яка визнається за тим чи іншим положенням, твердженням. Останні можуть бути імперативними, обов'язковими для суду (*imperative, mandatory, binding upon the courts*) чи переконливими (*persuasive*) [28, с. 12]. Подібне визначення поняття «*authority*» наведено у авторитетному американському словнику юридичних термінів Блека. «*Authority*» тлумачиться як юридична праця (документ), письмове джерело, що використовується в юридичній аргументації (статути, судові звіти, договори, наукові трактати, огляди юридичної практики) [16, с. 153]. Таким чином, *legal authorities* можна визначити як письмові джерела (правові тексти), що є «резервуаром» принципів, конструкцій, норм, правил чи авторитетних тверджень юристів, котрі використовуються у юридичній аргументації і на основі яких суддя приймає рішення у справі. Ф. Шауер вказує, що юридична сила цих джерел залежить передусім від їх походження, а не від їх змісту [39, с. 1931, 1934]. Так, суддя, розглядаючи певну справу, є зв'язаним (*bind*) судовими прецедентами вирішення подібних справ вищими судами. Обов'язковість прецеденту залежить саме від ієрархічного становища суду, що

його створив, а не від аргументації позиції судді, який постановив відповідне рішення [31, с. 914].

В англо-американській юриспруденції також вживається поняття «*source of the law*». С. П. Погребняк, узагальнюючи існуючі підходи до тлумачення цього терміна, зазначає, що у англо-американській правовій сім'ї ним позначаються: 1) літературні джерела – конкретні документи, звернувшись до яких можна знайти ту чи іншу норму права (наприклад, статuti парламенту, судові звіти); 2) формальні джерела права – органи влади, що приймають правові рішення (наприклад, парламент, уряд, суд); 3) історичні джерела права – те, звідкіля та чи інша норма права бере свій історичний зміст (наприклад, загальне право, право справедливості, римське чи канонічне право); 4) юридичні джерела – ті конкретні процедури, форми та процеси, за допомогою яких право набуває реальності (законодавчий процес, судова практика, процес формування звичаїв тощо) [7, с. 150].

У зв'язку з тим, що стиль юридичного мислення англо-американських юристів має прагматичний, орієнтований на вирішення конкретних життєвих ситуацій характер, питання джерел права досліджуються переважно саме з практичної точки зору. Л. Фуллер зазначає, що в юридичній літературі проблема джерел права так чи інакше пов'язана з питанням: де суддя знаходить норми, на основі яких він вирішує справи? У цьому сенсі до джерел права зазвичай відносять статuti, судові прецеденти, звичаї, думки експертів, мораль та рівність. У дослідженнях у галузі права вони аналізуються в рамках визначення умов, за яких те чи інше джерело підлягає застосуванню для вирішення правових спорів [26, с. 69]. Важливим з цієї точки зору є поділ джерел права на первинні (основні) та вторинні (додаткові).

До першої групи належать офіційні рішення (акти), прийняті уповноваженими органами виконавчої, законодавчої, судової гілки влади: конституції (у випадку США – федеральна конституція та конституції штатів), законодавчі акти (статuti), судові рішення прецедентного характеру. Вони встановлюють, змінюють чи скасовують норми права. Первинні джерела права



можуть мати як обов'язковий, так і переконливий (необов'язковий) характер. Це залежить як від юрисдикції того органу, що прийняв відповідний акт, так і від юрисдикції органу, що його застосовує [23, с. 25–27]. Так, норми Конституції США мають найвищу юридичну силу і повинні застосовуватись усіма судами незалежно від їх місця в судовій ієрархії та незалежно від власної оцінки конституційних норм суддями й можливих результатів їх використання при вирішенні справи. Натомість прецедентне рішення, наприклад, Верховного суду Монтани не є обов'язковим для Верховного суду штату Пенсільванія. Проте останній може використати відповідне рішення як приклад вирішення певної правової проблеми у разі відсутності релевантного джерела права.

До другої групи належать трактати (*treaties*), юридичні енциклопедії (*legal encyclopedias*), юридичні словники (*legal dictionaries*), модельні кодекси (*model codes*), зводи права (*restatements of the law*), загальні керівництва (*sentencing guidelines*), збірники судових рішень (*law reports*), юридична періодика (*legal periodicals*) – юридичні журнали (*legal journals*) та огляди юридичної практики (*law reviews*), де публікуються статті (*law articles*) студентів юридичних вузів, юристів-практиків та професорів [25, с. 793]. Як зазначено у словнику Блека, ці джерела не мають правотворчого значення, вони не встановлюють нових норм права [16, с. 153]. Вони використовуються для інтерпретації, пояснення чи розвитку (удосконалення) первинних джерел права та не є достатньою юридичною базою для вирішення справи [14, р. 2; 16, р. 153; 23, с. 439]. Ці джерела права є необов'язковими. Судді вільні у використанні та цитуванні вторинних джерел права: вони можуть звертатися до них, але не зобов'язані цього робити [25, с. 773; 39, с. 1937]. Судді найчастіше звертаються до цієї категорії джерел права при вирішенні так званих складних справ (*hard cases*), які не можуть бути вирішені шляхом простого посилання на формальні джерела права (закон, кодекс, міжнародний договір) або «простого нормозастосування» (застосування чітких та однозначних для розуміння норм права) і розглядаються в умовах наявності таких недоліків правової системи, як недостатня чіткість правових приписів, неоднозначність їх розуміння, наявність

прогалин у правовій регламентації відносин [13, с. 547]. МакКормік підкреслює, що в країнах загального права судді при вирішенні складних справ за відсутності обов'язкових джерел права використовують принципи, встановлені необов'язковими джерелами, такими як *obiter dicta* та юридичними працями, які заслуговують на довіру [30, с. 122]. Тож вторинні джерела права виконують функцію заповнення прогалин у праві (*gap-filling function*). Окрім цього, вторинні джерела права допомагають у пошуках первинних джерел права, а також дозволяють скласти загальне уявлення про існуючі в юридичній науці та практиці підходи до вирішення тих чи інших правових проблем.

У Великобританії та США існують певні відмінності у практиці використання вторинних джерел права. І. М. Хужокова зазначає, що британці підходили до цього питання з дуже консервативних позицій: аж до цього часу існував перелік так званих «найбільш авторитетних юристів», чиї роботи визнавалися джерелом права, а загальне право впродовж більшої частини своєї історії дотримувалося концепції, що на авторів, навіть найавторитетніших, не можна посилається за життя [12, с. 25]. Існування відповідного неформального правила (*better read when dead*) пояснювалось тим, що мертвий автор вже ніколи не змінить своєї позиції щодо тієї чи іншої правової проблеми. Відповідно суддя, який використає його ідеї, не буде змушений вступати з ним у дискусію чи змінювати винесене рішення [21, с. 78; 24, с. 76; 34, с. 17]. Хоча насправді англійські судді нерідко порушували це правило. Дане питання спеціально досліджувалось Н. Дексбері. Він наводить таких авторів, як Ф. Поллок і А. Гутхард, які користувалися глибокою повагою серед суддів навіть за життя [22, с. 84–101].

У порівнянні з Великобританією в США практика цитування (*citation practice*) вторинних джерел права є значно поширенішою, а заборона цитування праць живих авторів для американських суддів ніколи не була настільки беззаперечною, як для англійських юристів, на що звертає увагу М. Радін. Він зазначає, що на ранніх етапах становлення судової системи США судді хоча і покладалися переважним чином на Блекстона, але нерідко використовували і

праці живих на той час Сторі та Кента [38, с. 415]. І. М. Хужокова підкреслює, що суди в США досить вільно ставляться до цитування юристів, а їх праці нерідко стають основою судових рішень. У США, на відміну від аналогічної практики інших країн, до переліку авторів доктринальних творів, що визнані та активно цитуються судами, можна віднести широке коло юристів: від батьків-засновників Конституції США, авторів «Федераліста» та «антифедералістів» до студентів американських вузів, які публікують свої статті в сучасній юридичній періодиці, наприклад, у журналі *Harvard Law Review* та ін. [12, с. 26]. А останнім часом Верховний суд США охопила справжня манія цитування, особливо тлумачних словників та словників юридичної лексики. За підрахунками Л. Баума, цитування останніх у рішеннях Верховного суду США та у т. з. окремих думках суддів зросло з 3,3 % (1981 – 1986 рр.) до 33,3 % (2008 – 2010 рр.) [15, с. 578–580].

Контент-аналіз рішень американських судів свідчить про те, що статті, опубліковані в юридичних періодичних виданнях, є найбільш затребуваною та цитованою категорією вторинних джерел права. У судових рішеннях найбільш часто зустрічаються посилання на статті, опубліковані в юридичних журналах, що відносяться до категорії елітних (*elite journals*) – «*Harvard Law Review*», «*California Law Review*», «*Yale Law Review*», «*Columbia Law Review*». Наприклад, федеральні суди, якщо брати статистику 70-90-х рр. ХХ ст., цитували статті з «*The Harvard Law Review*» більше семи тисяч разів [29]. По-перше, це може бути пов'язано з тим, що судді вважають їх корисними і тому часто звертаються до них у своїй професійній діяльності. По-друге, судді звертаються до певних статей і тому, що на них посилалися адвокати у доповідних записках до суду (*briefs*) для посилення власної аргументації. Це також може бути наслідком того, що залучені до підготовки текстів судових рішень клерки здобували освіту в елітних юридичних школах, які мають свої наукові журнали. Тому клерки віддають перевагу саме їм. Теж саме стосується і суддів, переважна більшість з яких сьогодні має академічну юридичну освіту. Як свідчить статистика, останнім часом збільшилось цитування статей,

опублікованих у менш авторитетних і відомих юридичних журналах, кількість яких останнім часом значно зросла. До того ж, у зв'язку з появою та набуттям популярності таких баз даних, як Westlaw і Lexis, юристи мають більший доступ до цих джерел [33, с. 415].

Цитування вторинних джерел права фактично є прямим і безпосереднім свідченням і проявом впливу юридичної науки на право, його тлумачення та застосування. В рамках здобуття юридичної освіти майбутні судді, адвокати, клерки вивчають не тільки чинне законодавство та судову практику. Вони вивчають право, читаючи наукові праці, відвідуючи лекції професорів, які намагаються систематизувати і впорядкувати значних масив норм статутів та судових рішень. Саме юридичні словники, енциклопедії, юридичні огляди, трактати є важливим засобом орієнтації в англо-американському праві. За образним висловлюванням М. Радіна, без них останнє нагадувало б непролазні хащі [38, с. 417]. Юридична наука виступає зв'язуючою ланкою між юридичними нормами та юристами-практиками. Ф. Чесайро у зв'язку з цим слушно зазначає, що результати нормотворчої діяльності доходять до суддів через «решето» інтерпретаційної діяльності науковців, які не тільки мовою доступних і зрозумілих термінів з'ясовують і доводять до читача зміст юридичних приписів. У разі необхідності вони доповнюють, удосконалюють, «очищують» їх від різноманітних дефектів – суперечностей, двозначності чи розпливчатості формулювань у юридичних актах тощо. «Таким чином, науковці є не просто «оракулами» права, вони роблять значний і важливий внесок у його розвиток, а сама юридична наука насправді є одним з найвпливовіших джерел права», – резюмує Ф. Чесайро [41, с. 75-76]. Не можна не погодитись з його думкою, що було б перебільшенням порівнювати закони і прецеденти з глиною, що її можна легко змінити руками скульпторів-науковців. Влада останніх, що ґрунтується виключно на авторитеті, не є безмежною: їх висновки жодним чином не впливають на чинність норм права, вони не уповноважені змінювати їх зміст [41, с. 76].

Коли юристи звертаються до певних джерел наукової правової

інформації, вони звертають увагу на те, в якому журналі опублікована стаття, хто є автором наукового трактату і навіть в якому видавництві побачив світ журнал. Те, що той чи інший автор асоціюється з певним університетом (школою права) або його ім'я має значну вагу серед юристів, не може не впливати на юристів, коли вони використовують відповідні джерела як додатковий засіб юридичної аргументації. Наприклад, судді, як правило, надають перевагу статтям, надрукованим в престижних юридичних оглядах. «Авторитет – це ще не все, але дещо», – зазначає М. Радін. Якщо на титульній сторінці вказані такі імена, як Паунд (Pound), Сторі (Story), Коук (Cook), Оліфант (Oliphant), то це багато про що говорить читачам. Серед останніх є й судді, які не можуть не зважати на авторитет цих авторів; для посилення правової позиції судді у своїх рішеннях нерідко посилаються на їх праці [38, с. 417-418]. Однак головне, на що звертають увагу судді, – змістове наповнення наукових публікацій, і зокрема їх корисність з точки зору вирішення конкретних правових проблем, з якими зустрічаються юристи у своїй професійній діяльності.

Голова Верховного суду США Дж. Робертс неодноразово заявляв, що не приділяє значної уваги статтям, які останнім часом з'являються на сторінках юридичних оглядів, адже чимало з них не є особливо корисними для суддів та адвокатів: вони занадто абстрактні та, на жаль, рідко присвячені дослідженню конкретних питань, а якщо й присвячені, то викладені у занадто теоретичній манері. Складається враження, що професори пишуть самі для себе [18; 29; 36, с. 1346–1347]. Таку позицію також поділяють інші члени Верховного суду, зокрема А. Скаліа та С. Брейер [19, с. 33; 20]. «Я роками не відкриваю юридичні огляди. Їх ніхто не читає і не обговорює», – якось зазначив суддя Апеляційного суду Нью-Йорка Д. Дж. Джекобс [29]. За підрахунками Т. А. Сміта, з усіх статей, розміщених у популярній електронній базі даних Lexis-Nexis, майже половина ніколи не цитувалася в інших статтях чи опублікованих судових рішеннях [43, с. 306, 309]. Звернемося до статистичних даних, що відображають реальну практику цитування суддями вторинних

джерел права. Йдеться про співвідношення кількості винесених судових рішень та посилань на наукові джерела у цих рішеннях. Так, Б. Ньютоном було оброблено 792 справи, вирішені Верховним судом США після пленарних обговорень у період з 1 січня 2001 р. по 31 грудня 2011 р. У 294 рішеннях Суду (37, 1 % загальної кількості розглянутих справ) зустрічається щонайменше одне посилання на статтю з юридичного огляду. У цих 294 рішеннях судді цитували різні статті 1023 рази. Тобто кожне таке рішення в середньому містить цитати 3,48 статей [33, с. 405–406]. У іншому дослідженні, проведеному Л. Петербриджем та Д. Шварцом, було проаналізовано 7730 рішень, прийнятих Верховним судом США у період з 1949 р. до 2009 р. Контент-аналіз судових рішень свідчить, що: 1) 32,21 % рішень Суду мають посилання на статті з юридичних журналів та юридичні огляди; 2) в середньому Суд цитував більш ніж одну наукову публікацію в кожному своєму рішенні (у 7730 рішеннях Суд посилався на статті 8152 рази); 3) існує загальна тенденція до збільшення використання результатів наукових досліджень Верховним судом США. У результаті проведеного дослідження автори доходять висновку, що Суд звертається до надбань юридичної науки достатньо часто. Більш того, він використовує її систематично в рамках своєї правотворчої діяльності при створенні прецедентів (*to support decisional lawmaking*) чи їх зміні (*whether a decision alters precedent*) та при розгляді більш складних чи важливих (резонансних) справ. Висновки й пропозиції учених набувають особливого значення в діяльності Верховного суду США, коли він здійснює перевірку конституційності правових актів, прийнятих федеральними органами державної влади та органами штатів. У період з 1949 р. до 2009 р. Судом усього було розглянуто 506 справ, в яких вирішувалось питання про конституційність актів Конгресу, законів штатів чи місцевих ордонансів. Причому майже половина рішень, в яких відповідні акти були визнані неконституційними, містить посилання на наукові джерела. На думку Л. Петербриджа та Д. Шварца, у цьому простежується прагнення Верховного суду США спертися на авторитет юридичної науки [35, с. 995–1032].

Зважаючи на викладене, негативні висловлювання Дж. Робертса та інших представників суддівського корпусу щодо корисності та затребуваності наукових публікацій видаються занадто категоричними. Таку позицію суддів можна пояснити великими сподіваннями, які вони пов'язують з науковцями. Практикуючі юристи вбачають у них надійних партнерів, які, на жаль, не завжди виправдовують їх очікування, нерідко продукуючи далекі від життя наукові положення чи ідеї, позбавлені будь-якої практичної значимості. Як слушно зазначає А. М. Михайлов, англо-американським юристам не потрібні юридичні дефініції, дані у «чистому» вигляді, самі по собі, поза юридичною практикою, і саме тому в Англії та США непопулярним вважається написання юридичних трактатів, єдиною метою яких було б пояснення співвідношення різних юридичних категорій. Традиційно прагматичний розум англо-американських юристів не бачить у таких трактатах ніякого сенсу і завжди готовий висміяти їх як зайве пустослів'я [5, с. 20]. Тому судді закликають професорів писати свої праці з актуальних питань та доктрин у доступній для розуміння формі. «Якщо академічна спільнота хоче змінити світ, вона повинна бути частиною цього світу», – наголошує суддя Апеляційного суду Нью-Йорка Ріна Реггі [29]. Що цікаво, судді-ліберали в середньому частіше цитують вторинні джерела права, зокрема статті, ніж їх колеги-консерватори. На думку Б. Ньютона, це можна пояснити тим, що статті в юридичних оглядах, особливо ті, що написані професорами права, здебільшого відображають саме ідеологію суддів-лібералів [33, с. 409].

Важливо зазначити, що кількісні показники безпосереднього цитування вторинних джерел права у судових рішеннях не повною мірою відображають реальний вплив науки на юридичну практику, зокрема судову. По-перше, як вже було зазначено раніше, судді хоча й звертаються до тих чи інших наукових праць у своїй професійній діяльності, «надихаючись» оригінальними ідеями їх авторів, проте не завжди посилаються на них у текстах судових рішень. Так, лорд Гофф у своїй промові в справі *Hunter v Canary Wharf Ltd* зазначив: «Не хочеться, щоб читач вважав, ніби я не звертався при вирішенні цієї справи до

відповідних наукових праць. Звісно, звертався, більш того, для мене це звична повсякденна практика, коли я звертаюся до тих джерел, які підтверджують мою позицію, не критикуючи однак ті з них, які моїй позиції суперечать» [45, с. 207]. Ф. Чесайро у зв'язку з цим зауважує, що транспарентність судового рішення під питанням: воно не завжди є прозорим. Слід брати до уваги традиції суддівської діяльності та специфіку аргументації: суддя може фактично звертатися до тих чи інших джерел, проте у текстах рішень вони не завжди відображуються [41, с. 31].

По-друге, слід звернути увагу на такий вид цитування, який умовно можна назвати «прихованим» чи непрямим. Йдеться про випадки, коли судді посилаються на судові рішення, винесені їх колегами в минулому, що безпосередньо містять цитування юридичних праць. У результаті наукові положення, що були використані при створенні прецедентної норми права, інкорпорується в нові судові рішення, що у свою чергу також можуть набути нормативного значення. Ці судові рішення, в яких ми вже не знайдемо посилань на енциклопедії, словники, трактати, статті в періодичних виданнях, публікуються у збірниках судової практики і використовуються суддями при вирішенні аналогічних справ в майбутньому. Таким чином, наукові категорії, поняття, принципи й теорії немов «розчиняються» у судовій практиці, стають складовою частиною прецедентного права.

Широке розповсюдження мережі Інтернет та електронних джерел значно спростило доступ до неюридичної інформації, як наслідок, це призвело до збільшення цитування відповідних матеріалів юристами. Йдеться про інформацію, що безпосередньо не пов'язана з правом і не розрахована на аудиторію юристів, проте має важливе значення для вивчення та застосування права [31, с. 919]. Хоча прецеденти, статuti та рішення адміністративних агенцій залишаються, за образним висловом Е. Марголіс, «хлібом та маслом» судових рішень, проте останнім часом все частіше цитуються неюридичні джерела (*nonlegal sources*), що «розмиває» межі між традиційними та неюридичними джерелами права [31, с. 911]. М. Вітман та Е. Марголіс



зауважують, що в результаті змінюється зовнішній вигляд судових рішень і, можливо, саме право [31, с. 911–912; 47, с. 42]. До неюридичних джерел належать різноманітні газети та журнали, веб-ресурси, неюридичні словники та інші матеріали академічного й неакадемічного характеру [42]. «Враховуючи, що судді цитують лише те, що вважають авторитетним та законним, поширення практики цитування неюридичних джерел змушує по-новому поглянути не тільки на усталені підходи до розуміння судової аргументації, а й на природу і сутність юридичної інформації як такої», – підкреслює Дж. Хаско [27, с. 427]. Ф. Шауер та В. Вайс на позначення таких зрушень у праві та науковому дискурсі пропонують використовувати поняття «делегалізація права» (*delegalization of law*) [40, с. 495]. Неюридичні джерела, зокрема результати досліджень у соціально-гуманітарній, природничо-науковій сферах, стають у пригоді при вирішенні справ за відсутності прецедентів (*case of first impression*), при інтерпретації статутів, у конституційному судочинстві. Суді звертаються до неюридичних джерел для того, щоб врахувати соціально-економічні, політичні, культурні, релігійні аспекти справи, що стала предметом судового розгляду, і в результаті прийняти виважене та справедливе рішення в умовах швидкоплинного та надзвичайно складного й багатоаспектного сучасного життя [25, с. 816–817; 27, с. 428; 30, с. 218; 46, с. 472].

У країнах загального права, передусім у США, де юридична думка розвивається переважно в руслі соціологічної юриспруденції, право розглядається як високоорганізована форма соціального контролю, що реалізується через судовий та адміністративний контроль. З позиції Р. Паунда, право слід розглядати у контексті соціального творення, перед яким стоять конкретні прагматичні цілі – з допомогою «соціальних інженерів» (правозастосовників, адміністративних органів, законодавців, науковців), юридичних приписів, принципів, концепцій, методів професійного мислення так організувати поведінку членів суспільства, щоб якомога повніше забезпечити задоволення і гармонізацію їх вимог, потреб, інтересів. Так можна запобігти чи мінімізувати соціальні суперечності [37, с. 153–157]. Відповідно

юридичні норми, інститути, процедури, доктрини оцінюються з точки зору їх соціальної ефективності й корисності, їх ролі у забезпеченні порядку, миру, соціальної злагоди. Такий підхід до розуміння права орієнтує правозастосовників на вихід за межі застиглих законодавчих норм у пошуках більш гнучких правових рішень, що відповідають складним і мінливим життєвим обставинам.

Твердження про те, що правозастосування, засноване на формально-догматичному підході до права та суто механічному застосуванні юридичних приписів, фактично унеможливує прийняття розумних і справедливих рішень, є визнаним серед юристів англо-американської традиції. Тому судді нерідко звертаються до неюридичної інформації та вторинних (додаткових) джерел права, передусім до наукових джерел. При цьому юридична наука впливає на правозастосування у двох основних формах. По-перше, коли наукові положення стають частиною правосвідомості суб'єктів правозастосування у ході вивчення ними наукових праць. У цьому випадку йдеться про опосередкований вплив наукової думки на прийняття суддями юридично значущих рішень. По-друге, за умови неоднозначної практики застосування норм права, наявності прогалин у законодавстві, колізійності юридичних приписів судові органи використовують наукові положення як засіб додаткової аргументації, посиляючись у своїх рішеннях на авторитетні праці юристів. Це робить їх правову позицію більш переконливою, логічною й обґрунтованою.

#### Список літератури:

1. Берхнем В. Вступ до права та правової системи США / В. Берхнем. – К. : Україна, 1999. – 366 с.
2. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спиннози ; пер. с фр. В. А. Туманова. – М. : Междунар. отношения, 2009. – 456 с.
3. Лафитский В. И. Основы конституционного строя США / В. И. Лафитский. – М. : НОРМА, 1998. – 272 с.
4. Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Б. В. Малишев. – К. : Київ. нац. ун-т. ім. Тараса Шевченка, 2002. – 229 с.
5. Михайлов А. М. Генезис континентальной юридической догматики: монография / А. М. Михайлов. – М. : Юрлитинформ, 2012. – 496 с.
6. Пархоменко Н. М. Джерела права: теоретико-методологічні засади : дис. ... д-ра

юрид. наук : 12.00.01 / Н. М. Пархоменко. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2009. – 442 с.

7. *Погребняк С. П.* Порівняльне правознавство: загальна характеристика // Порівняльне правознавство : підруч. / С. П. Погребняк ; за заг. ред. О. В. Петришина. – Х. : Право, 2011. – С. 10–25.

8. Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення : моногр. / А. М. Бернюков, В. С. Бігун, Ю. П. Лобода [та ін.] ; відп. ред. В. С. Бігун. – К. : 2009. – 316 с. – (Б-ка міжнар. часоп. «Пробл. філос. Права»).

9. *Рабінович П. М.* Проблеми трансформації методології вітчизняного правознавства: досягнення, втрати та перспективи / П. М. Рабінович // Методологічні проблеми правової науки : матеріали міжнар. наук. конф. (13-14 груд. 2002 р). – Х. : Право, 2003. – С. 75–78.

10. *Тедеев А. А.* Краткий обзор академических юридических изданий в США / А. А. Тедеев // Вопросы правоведения. – 2009. – № 2. – С. 83–89.

11. *Тополевський Р. Б.* Системні зв'язки юридичних джерел права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Р. Б. Тополевський ; Харк. нац. ун-т внутр. справ – Х., 2004. – 204 с.

12. *Хужокова И. М.* О цитировании юристов / И. М. Хужокова // Журн. зарубеж. законодательства и сравн. правоведения. – 2010. – № 6. – С. 18–31.

13. *Шевчук С. В.* Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи розвитку в Україні : моногр. / С. В. Шевчук. – К. : Реферат, 2007. – 640 с.

14. *Barkan S. M.* Fundamentals of Legal Research / S. M. Barkan, R. M Mersky. – 9<sup>th</sup> ed. – N. Y., Mineola : Foundation Press, 2009. – 860 p.

15. *Baum L.* Oasis or mirage: the Supreme Court's thirst for dictionaries in the Rehnquist and Roberts eras / L. Baum, J. Brudney // William & Mary Law Review. – 2013. – Vol. 55. – P. 483–580.

16. Black's Law Dictionary / ed.-in-chief : B. A. Garner. – 9<sup>th</sup> ed. – St. Paul, Minn. : West Publishing Co, 2009. – 1920 p.

17. *Bobinski M. A.* Citation Sources and the New York Court of Appeals / M. A. Bobinski // Buffalo Law Review. – 1985. – Vol. 34. – P. 965–1009.

18. *Bravin J.* Chief Justice Roberts on Obama, Justice Stevens, Law Reviews, More [Електронний ресурс] / J. Bravin // Wall Street Journal Law Blog. – Режим доступу : <http://blogs.wsj.com/law/2010/04/07/chief-justice-roberts-on-obama-justice-stevens-law-reviews-more/>.

19. *Breyer S. G.* Response of Justice Stephen G. Breyer / S. G. Breyer // New York University Annual Survey of American Law. – 2009. – Vol. 64. – P. 33–42.

20. *Dorf M. C.* Justice Scalia Suggest that the Legal Academy Is Out Of Touch: Is He Right? [Електронний ресурс] / M. C. Dorf. – Режим доступу : <http://writ.news.findlaw.com/dorf/20100308.html>.

21. *Duxbury N.* Jurist and Judges: an Essay on Influence / N. Duxbury. – Oxford : Hart Publishing, 2001. – 118 p.

22. *Duxbury N.* The Nature and Authority of Precedent / N. Duxbury. – N.Y.: Cambridge University Press, 2008. – 189 p.

23. *Enquist K.* The Legal Writing Handbooks: Analysis, Researching and Writing / K. Enquist, K. Kunsch. – N.Y. : Aspen Law & Business, 1998. – 932 p.

24. *Farrar J. H.* Doctrine and Reputation / J. H. Farrar // Bond Law Review. – 2003. – Vol. 15. – P. 71–82.

25. *Friedman, L. M.* State Supreme Courts: A Century of Style and Citation / L. M. Friedman // Stanford Law Review. – 1981. – Vol. 33. – P. 773–818.

26. *Fuller L.* Anatomy of the Law / L. Fuller. – N.Y. : F. A. Praeger, 1968. – 122 p.

27. *Hasco J.* Persuasion in the Court: Nonlegal Materials in U.S. Supreme Court Opinions / J. Hasco // Law Library Review. – 2002. – Vol. 94. – P. 427–457.

28. *Lile W. M.* Brief Making and the Use of Law Books / W. M. Lile. – 3<sup>th</sup> ed. – St. Paul, Minn. : West Publishing Co, 1914. – 633 p.

29. *Liptak A.* When rendering decision, judges are finding law reviews irrelevant / A. Liptak // New York Times. – 2007. – № 19. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9A0CE2D81630F93AA25750C0A9619C8B63>.
30. *MacCormick N.* Legal Reasoning and Legal Theory / N. MacCormick. – Oxford : Clarendon Press, 1995. – 298 p.
31. *Margolis E.* Authority without Borders: The World Wide Web and the Delegalization of Law / E. Margolis // Seton Hall Law Review. – 2013. – Vol. 41. – P. 909–945.
32. *Margolis E.* It's Time to Embrace the New-Untangling the Uses of Electronic Sources in Legal Writing / E. Margolis // Albany Law Journal Sci.&Tech. – 2013. – Vol. 23. – P. 191–219.
33. *Newton B.* Law Review Scholarship in the Eyes of the Twenty-First Century Supreme Court Justices: An Empirical Analysis / B. Newton // Drexel Law Review. – 2012. – Vol. 4. – P. 399–416.
34. *Paterson A.* The Law Lords / A. Paterson. – L. : Macmillan Press, 1982. – 288 p.
35. *Petherbridge L.* An Empirical Assessment of The Supreme Court's Use of Legal Scholarship / L. Petherbridge, D. Schwartz // Northwestern University Law Review. – 2012. – Vol. 106. – P. 995–1032.
36. *Petherbridge L.* The Use of Legal Scholarship by the Federal Courts of Appeals: an Empirical Study / L. Petherbridge, D. L. Schwartz // Cornell Law Review. – 2011. – Vol. 96. – P. 1345–1374.
37. *Pound R.* Interpretations of Legal History / R. Paund. – Cambridge, Massachusetts. : Harvard University Press, 1946. – 171 p.
38. *Radin M.* Sources of Law – New and Old / M. Radin // Southern California Law Review. – 1928. – Vol. 1. – P. 411–421.
39. *Schauer F.* Authority and Authorities / F. Schauer // Virginia Law Review. – 2008. – Vol. 94. – P. 1931–1961.
40. *Schauer F.* Nonlegal Information and the Delegalization of Law / F. Schauer, V. Wise // The Journal of Legal Studies. – 2000. – Vol. 29 – P. 495–515.
41. *Shecaira F.* Legal scholarship as a source of law : a thesis ... for the degree of doctor of philosophy / F. Shecaira ; McMaster University. – Hamilton. – 2011. – 157 p.
42. *Sherman R.* Assessing the Changing Nature of Authority in the Web: The Citation Practices of Minnesota Supreme Court [Електронний ресурс] / R. Sherman // MLIS project, University of Washington Informational School. – Режим доступу : <https://lib.law.washington.edu/lawlibrarianship/CILLPapers/Sherman2013.pdf>.
43. *Smith T. A.* The Web of Law / T. A. Smith // San Diego Law Review. – 2007. – Vol. 44. – P. 309–354.
44. *Snyder F.* The citation practices of the Montana Supreme Court / F. Snyder // Montana Law Review. – 1996. – Vol. 57. – P. 453–491.
45. *Stanton K.* Use of Scholarship by the House of Lords in tort cases / K. Stanton // From House of Lords to Supreme Court / ed. by J. Lee. – Oxford : Hart Publishing, 2011. – P. 201–226.
46. *Whisner M.* Researching Outside the Box / M. Whisner // Law Library Journal. – 2003. – Vol. 95. – P. 467–73.
47. *Whiteman M.* The Death of Twentieth-Century Authority / M. Whiteman // UCLA Law Discourse. – 2010. – Vol. 58. – P. 27–63.

### **Семенихин И. В. Вторичные источники англо-американского права.**

*Рассмотрены основные подходы к толкованию понятия «источник права» в англо-американской юриспруденции, охарактеризованы различные виды источников права, приведены основные их классификации. Особое внимание уделено исследованию вторичных источников права и неюридических источников. На основе анализа судебной практики в странах англо-американского права установлено, что судьи при осуществлении правосудия не ограничиваются исключительно статутами и прецедентами. При разрешении сложных дел, при интерпретации статуты, при изменении прецедентов, в конституционном*

судопроизводстве судьи часто обращаются именно к неправовой информации и вторичным источникам права, непосредственно цитируя их в судебных решениях, что делает их правовую позицию более обоснованной и убеждающей.

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

***Semenihin I. V. Secondary sources of Anglo-American law.***

*The main approaches to the interpretation of the “source of law” in British and American jurisprudence are being examined; different types of sources of law and their classification are being viewed. Secondary sources of law and non-legal sources are the objects of the special attention of the article. The analysis of British and American judicial practice reveals that the judges do not implement only statutes and precedents for the decision making. To solve hard cases, for statutes interpretation and precedents alteration as well as for the purposes of constitutional legal proceeding the judges often treat non-legal data and secondary sources of law referring thereto in judgments that makes its legal position more well-grounded and convincing.*

**Key words:** Anglo-American law, source of law, judicial practice, legal science, citation practice.

