

М. Цвік, академік АПрН України,
Д. Вовк, аспірант НЮА України

Про місце санкціонування у процесі формування права

В сучасній юридичній науці питання про зміст, роль і види санкціонування не виокремлюється як самостійна теоретична проблема. Воно, зазвичай, розглядається як допоміжний до встановлення норм засіб формування права, що застосовується у вузьких межах. Такий підхід був особливо характерним до періоду перебудови. Він відображав етатистське розуміння права, за допомогою якого будь-яке свавілля влади могло набувати правової форми і оточуватися правовим ореолом.

Лідер радянської юридичної науки А. Вишинський визначав у правах «сукупність правил поведінки, які відображають волю пануючого класу, встановлені в законодавчому порядку, а також звичаїв і правил соціалістичного співжиття, що санкціоновані державною владою»¹. Отже, всупереч історичним фактам і світовій практиці санкціонування в цей період пов'язувалось головним чином з наданням юридичної сили звичаям. Його застосування на практиці майже виключно обмежувалось дозволом радянської держави керуватися нормами адату та шаріату на території окремих місцевостей Північного Кавказу. Щоправда, надалі, починаючи з 60-х років, обсяг поняття санкціонування було дещо розширено. До нього почали включати практику громадських організацій зі створення норм, які набували юридичного характеру або за попередньою санкцією, або на основі згоди органів держави на їх видання (попереднє і подальше санкціонування)². С. Братусь вважав, що дозвіл громадським організаціям видавати нормативні акти засновано на законах держа-

¹ *Вышинский А. Я.* Основные задачи науки советского социалистического права // Основные задачи науки советского социалистического права. — М., 1938. — С. 138

² Див.: *Горшенев В. М.* Участие общественных организаций в предварительном санкционировании. — М., 1963. — С. 17; *Вильнянский С. И.* Правовые и социальные нормы в период развернутого строительства коммунизма // Правоведение. — 1962. — № 4. — С. 18; *Июффе О. С., Шаргородский М. Д.* Вопросы теории права. — М., 1965. — С. 127—129; *Корельский В. М.* О характере норм, создаваемых общественными организациями // Сов. государство и право. — 1963. — № 9. — С. 103.

ві, тому він завжди делегований громадській організації і має, як і вся правотворчість у цілому, державний характер¹.

Невеликою була практика санкціонування державою актів громадських організацій, котра розглядалась у той час як важливий напрям розширення демократії. Свого розвитку вона не одержала, в основному зникла і санкціонування знов стало вважатись нетиповим явищем.

Однією з причин таких підходів до обсягу поняття санкціонування є те, що воно вважається побудованим на можливості закріплення державою в праві лише окремих соціальних норм і тільки в межах окремо взятої правової системи. При такому підході не враховується можливість визнання суспільних відносин, що склалися, обов'язковими, тобто безпосереднього їх санкціонування. Не береться до уваги і можливість перенесення у порядку санкціонування у конкретну діючу правову систему норм, що вже діяли у минулому або діяли чи діють в інших правових системах.

Все це свідчить про необхідність ширшого підходу до категорії санкціонування. Його доцільно означити як *перенесення в певну правову систему і офіційне надання юридичної сили відносинам і нормам, що склалися поза її межами*. В основі санкціонування лежать державне визнання і захист певних відносин та норм. Йдеться про політичні, економічні, сімейні, особистісні, соціальні, процесуальні та інші відносини, юридичним виразом яких стають відповідні правові відносини, що внаслідок їх повторення набувають нормативного характеру.

Юридичну природу санкціонування необхідно досліджувати, спираючись на сучасне праворозуміння і розглядаючи цей феномен в аспекті вчення про формування права.

З огляду на різні неоднозначні поняття праворозуміння доречним є застереження, що розуміння права вважається вихідним у цій статті. Право в ній розуміється як суспільне явище, що втілює всезагальну справедливість і лише потім — як прояв життєдіяльності держави, котра захищає правові цінності, що відповідає її вимогам. Йдеться про право як систему офіційно визнаних і захищених, справедливих за змістом норм, основа яких складається в процесі багаторазового повторення суспільних відносин². При цьому враховуєть-

¹ Див.: Общая теория советского права / Под ред. С. Н. Братуся и И. С. Самошенко. — М., 1965. — С. 158.

² Див.: Цвік М. Про сучасне праворозуміння // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 4.

ся, що право існує нібито на двох рівнях. Перший рівень, який становить основу права, складають правовідносини і норми, що виникають безпосередньо на базі фактичних відносин, які склались у суспільстві. Як юридичний вираз цих відносин і завдяки своїй повторюваності вони набувають ознак нормативності. На другому рівні держава сама формулює правові норми, на базі яких виникають правові відносини, що реалізують їх.

При такому праворозумінні несумісним є змішування формування права з категоріями правотворчості або законотворчості, тобто зведення його до процесу встановлення правових норм державними органами на шкоду їх санкціонуванню. У такому сенсі категорія правотворчості, на жаль, застосовується і зараз майже у всіх підручниках з теорії держави і права, не кажучи вже про галузеві дисципліни.

Посилання на правотворчість як на єдине джерело виникнення права означає по суті повернення до первісних, давно подоланих юридичною наукою тверджень фундаторів позитивізму Д. Остіна та І. Бенґама, які зводили право до простого наказу суверена. Таке розуміння невинно виявилось придатним для обґрунтування свавілля, якому надано правову оболонку, в умовах тоталітарного режиму.

Заслуговує на увагу критика старопозитивістських положень сучасною наукою, де справедливо визначається можливість існування права як у державі, так і безпосередньо в суспільстві¹.

Спрощене розуміння процесу формування права заперечує принцип його верховенства, який закріплено в Україні на конституційному рівні (ст. 8). Воно веде до висновку, що головним творцем права виступає виключно держава. Тим часом з верховенства права випливає пріоритет права перед державою, в тому числі в процесі формування нормативного змісту права. Правильним є твердження про те, що «право як таке не передбачає певної правотворчості»². Ця теза фактично підтримується багатьма юристами, хоча деякі з них за інерцією вживають цей «віджилий» термін. Так, Ф. Хаєк виходить з виникнення права внаслідок суспільного розвитку, визнає його старшим від законодавства, яке ним розглядається як засіб виправлення права³.

¹ Див.: Поляков А. В. Общая теория права. Курс лекций. – СПб., 2001. – С. 358.

² Гюффе О. Розум і право. – К., 2003. – С. 35.

³ Див.: Хаєк Ф. А. Право, законодавство та свобода. – К., 1999. – С. 15, 127.

Спроба визначити право як обов'язкове для всіх породження офіційної влади є невдалою, бо веде до вже згаданого поширеного в літературі висновку, що абсолютна більшість правових норм є встановленими, а не санкціонованими державою.

Слід виходити з того, що право твориться не державою, а існує і розвивається з розвитком суспільних відносин. Будь-які, навіть суто термінологічні, посилання на правотворчість створюють враження про суб'єктивну природу процесу формування права, тобто маскують його об'єктивний характер.

Навряд чи доцільно говорити про виникнення права і в результаті законотворчості. Хоча, на відміну від правотворчості, законотворчість дійсно є засобом закріплення державної волі, але ця воля не породжує право, а лише надає офіційного характеру вже існуючим відносинам. І. Сабо слушно зазначав, що санкціонується результат суспільної або юридичної практики, а не одиничний акт правотворчості¹. Широке розуміння терміна «законотворчість» непридатне і тому, що суперечить фактично загальновизнаному юридичною наукою положенню про неприпустимість отождолення права з законом, який є лише зовнішньою формою існування прав. Тим часом поряд із законотворчістю існують інші правові форми закріплення права (прецедент, договір тощо).

На відміну від форм свого існування право як система правових відносин і норм є «означеною твердою реальністю, об'єктивною даністю»², що виникла на основі багаторазового повторення суспільних відносин. Таким чином, право «знаходиться не в законі... а в соціумі»³. Звідси випливає, що провідна роль у формуванні права належить не правовстановленню, а правозакріпленню, яке здійснюється шляхом санкціонування певних норм і відносин, що склалися у суспільстві.

Отже, право є породженням не держави, а суспільства. Процес його формування характеризується низкою принципів і ознак. Головними з них є тривалість цього процесу, його безперервність, поступовість, повторювальність, вирішальна роль суспільної практики, перевага правозакріплення (санкціонування) перед правовстановленням.

Процес формування права складається з декількох етапів. На першому з них *формується і виникає нормативна основа права*. Ви-

¹ Див.: Сабо І. Социалистическое право. — М., 1964. — С. 51.

² Алексеев С. С. Восхождение к праву. — М., 2001. — С. 117.

³ Поляков А. В. Вказ. праця. — С. 358.

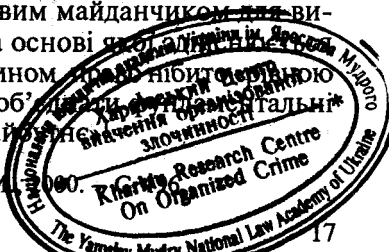
рішальна роль тут належить розвитку окремих, природних для свого часу видів суспільних відносин на базі їх повторення та набуття ними стану сталої зрілості. Як результат постійного повторення цих відносин і появи організаційних форм їх підтримки суспільством вони поступово перетворюються на правовідносини. На тій же базі складаються і відповідні загальні правила, чим закладається фундамент нормативної основи майбутнього права. Цей етап, який є початковим і характерним як для першовиникнення права, так і для його вдосконалення і розвитку, має свої різновиди.

Другим етапом є *правозакріплення*. Вирішальна роль тут належить санкціонуванню відносин, що склалися на першому етапі, тобто наданню їм офіційного характеру, набуття ними правової форми. Саме на цьому етапі остаточно складається і розвивається основа правового регулювання суспільних відносин — система правових інститутів властивих праву велінь, заборон, дозволів і стимуляторів. Поступово з'являється здатність суспільства з допомогою судів, а згодом законодавчих органів та інших юридичних установ перетворити ці відносини на правовідносини нормативного характеру, які стають юридичним виразом усієї існуючої системи суспільних відносин.

Правову завершеність система інституцій, що виникли на другому етапі, набуває на третьому, конкретизуючому етапі — *правовстановлення*. Характерним для нього є уточнення, доповнення і деталізація основ правового регулювання через правила, встановлені безпосередньо державою. Державні органи формулюють і надають формальній визначеності певній частині правил і інститутів, що були санкціоновані на попередньому етапі. Правильне розуміння цього етапу в загальному процесі формування права має принципове значення для уточнення співвідношення між санкціонуванням і встановленням правових норм.

Основоположною для процесу формування права, його структурних елементів на всіх згаданих етапах є оцінка суспільної практики. Остання складається як при формуванні правових норм і правовідносин, так і при правореалізації, що, в свою чергу, стає основою подальшого правового розвитку. Завершення процесу формування права є одночасно стартовим майданчиком для виникнення практики його реалізації, на основі якої відбувається подальший правовий розвиток. Таким чином, держава нібито першочерговою мірою прагне пристосуватися до часу, об'єктивно визначаючи параметри часу: минуле, теперішнє і майбутнє.

¹ Бержель Ж.-Л. Общая теория права. — М.



Першовиникнення як права, так і його санкціонування пов'язано з періодом розкладу первіснообщинного ладу. Не можна погодитися з намірами увіковічити право шляхом твердження, що воно існує вже в умовах родового ладу, який «має монополію на фізичний примус членів суспільства»¹.

Існування права, а відповідно, і його санкціонування, в первісному суспільстві виключаються вже тому, що його норми не диференційовані на окремі види, а є мононормами, більшості яких додержувались не свідомо, а інстинктивно. Внаслідок низького рівня суспільної свідомості суспільство не в змозі було проводити межу між обрядами, ритуалами, етикетом, звичаями, релігійними нормами², між переконанням і звичкою, між правами і обов'язками, що їм відповідають, між офіційним і неофіційним. Це не завжди враховується при спробах класифікації норм первіснообщинного ладу³. Існування права за цих умов виключено і тому, що властиві родовому ладу мононорми, як правило, застосовуються через їх додержання і виконання. Тим часом особливістю реалізації права є видання спеціальних індивідуалізованих правозастосовних актів, через які в кінцевому результаті здійснюється правове регулювання. Виділення окремих видів соціальних норм, у тому числі формування права, відбувається в процесі переходу до державного ладу.

Історія санкціонування в праві пов'язується з його першовиникненням. В умовах розкладу первіснообщинного ладу вона «відображає потребу охопити загальним правилом акти виробництва, розподілу та обміну продуктів», а також інших міжособистісних відносин, «що повторюються день у день»⁴. Це пов'язано з ускладненням суспільного життя, поступовим усвідомленням взаємних прав і обов'язків, необхідності їх кореспондування один одному, а також надійних засобів розв'язання конфліктів. Першою гілкою влади, що формується, стає судова влада. З допомогою судової практики вперше відбувається санкціонування тих відносин,

¹ Поляков А. В. Вказ. праця. — С. 145.

² Таку класифікацію для родового ладу, яка виглядає необґрунтованою, пропонує Г. Кашаніна. (див.: *Кашаніна Г. «Происхождение государства и права»*. — М., 1999. — С. 214—216)

³ Одні автори вважають їх первинним елементом звичаї, другі — релігійні норми, треті — мораль. Всі ці судження є непереконливими тому, що різниця між окремими соціальними нормами «не має значення для поведінки людей в первісному колективі». (Проблеми общей теории права и государства / Под ред. В. С. Нерсесянца. — М., 1999. — С. 53—54).

⁴ Маркс К., Энгельс Ф. Твори. — 2-е вид. — Т. 18. — С. 263.

необхідність захисту і розвитку яких перевірена практикою їх існування і повторення. Відносинам, що санкціонуються, надається якість офіційності і обов'язковості. На цій основі і формуються правовідносини як складова частина права, як юридичний вираз політичних, економічних, сімейних, процесуальних та інших фактичних суспільних відносин.

Санкціонування є основним засобом не тільки виникнення, а й подальшого розвитку права. Воно здійснюється різними шляхами, в різних формах і щодо різноманітних об'єктів. Санкціонуванню, тобто перенесенню в чинне право, підлягають усі види соціальних норм, у тому числі норми природного права, повторювальні суспільні відносини, державно-правова виконавча і правозастосовна практика, зарубіжні правові норми та інститути, правова доктрина, міжнародні договори та конвенції тощо. В усіх випадках йдеться про санкціонування суспільної практики, яка накопичується в сфері як формування права, так і правореалізації. Залежно від характеру цієї практики санкціонування може бути позитивним або негативним. На основі санкціонування позитивних відносин, тобто таких, що сприяють суспільному розвитку, законодавець формулює державні веління, дозволи, стимули. Позитивні відносини стають основою виникнення регулятивних інститутів і норм права. В порядку попереднього санкціонування законодавець може надавати захист тим позитивним відносинам, які ще не виникли.

Негативна повторювальна практика властива тим відносинам, які гальмують суспільний розвиток через свою застарілість або є шкідливими для суспільства. Вона має місце у двох випадках: при встановленні нових правових інститутів замість застарілих або при забороні певних дій. Систематичне негативне реагування на цю практику санкціонується шляхом офіційного встановлення заборонних норм або внесення змін до чинного законодавства і скасування його окремих приписів. Неодноразово за останні роки зміни законодавства, що відбуваються в Україні, викликаються саме негативною практикою дії відповідних приписів. Таке становище склалося, наприклад, у галузі податкового законодавства. Останні десятиріччя відбувалось зростання темпів негативної практики в галузі природоохорони, ставлення до рослинного і тваринного світу, що й призвело до значного розширення регулювання в цих сферах.

Санкціонування є характерним для всіх правових систем. Поряд з правозакріпленням самих суспільних відносин санкціонуються і норми, що склалися поза чинним правом. Необхідною є поста-

новка питання про санкціонування не тільки звичаїв, про що йдеться в літературі, а й інших норм, що складаються за межами певної правової системи, — моральних, релігійних, правових, які переносяться з іншої системи права.

Питання про можливість і засоби санкціонування звичаїв і створення звичаєвого права майже не викликає спорів. У більших або менших масштабах воно застосовується в практиці всіх правових сімей, на всіх етапах їх історичного розвитку, а також у міжнародному праві. Санкціонування здійснюється шляхом локального або загального сприйняття звичаїв законодавством, судовою і адміністративною практикою. Воно може мати не тільки локальний, а й загальний характер. Стаття 7 ЦК України закріплює можливість застосування звичаїв, які є усталеними в сфері цивільних відносин. У цьому випадку законодавець лише наводить сферу дії звичаїв, яким надається державний захист, не визначаючи їх окремо та санкціонуючи звичаї, які ще не виникли.

Викликає інтерес питання про можливість санкціонування норм моралі. Хоча в світовій літературі проблема співвідношення права і моралі посідає чільне місце, той її аспект, що нас цікавить, залишився поза увагою. Тим часом здається безспірним, що більшість правових норм фактично є санкціонованою державою мораллю, будується відповідно до неї. У цьому сенсі право за своїм змістом є моральною категорією, що забезпечує впровадження в дійсність певного мінімального добра¹. Збільшення моральних вимог до учасників суспільних відносин час від часу потребує додаткового санкціонування державою вимог моралі. Так, саме з етичних міркувань за останні роки дебатуються, а в Нідерландах вирішено питання щодо санкціонування евтаназії, встановлено відповідальність за знущання над тваринами тощо. В даному контексті йдеться про санкціонування державою норм загальнолюдської моралі. Санкціонування моралі окремих соціальних груп (наприклад, етнічної) потребує вкрай обережного підходу з метою запобігти порушенню прав інших груп населення та прийняттю неправових законів.

Санкціонуються також норми природного права. Останнє є діючим правом без урахування того, чи закріплені його положення в законодавстві. Проте саме санкціонування норм природного права (зокрема, природних прав людини) державою обумовлює їх найбільш ефективну реалізацію. Показовим у цьому аспекті є при-

¹ Див.: Соловьев В. Право и нравственность. — М.; Мн., 2001. — С. 34.

клад з правом людини на життя. Існування цього права незалежно від його визнання державою є беззаперечним. Але тільки після скасування смертної кари це право набуло свого повного звучання.

Достатньо широким є санкціонування релігійних норм. Вони досить часто визначають сторони суспільного буття, які потім набувають правового змісту. Заповіді, які містяться у Біблії, Корані, інших релігійних джерелах, без жодних суттєвих змін санкціоновані усіма державами. Санкціонування на релігійній основі торкнулось і сфери договірних відносин. На думку Г. Дж. Бермана, договірне право стало ефективним регулятором стрімко зростаючих відносин обміну лише тоді, коли в системі канонічного права порушення договору було проголошено гріхом. Саме канонічне право вперше проголосило, що узгоджене зобов'язання має обов'язкову юридичну силу і надало йому захист через систему церковних судів¹. Системою санкціонованих державою релігійних норм є мусульманське право, яке є однією з сторін ісламу².

Вплив релігійних норм на право відчувається і в тих країнах, де церква відокремлена від держави. Після набуття Україною незалежності держава санкціонувала дотримання традиційних релігійних свят, проголосивши найважливіші з них неробочими днями.

В основі усіх санкціонованих у праві норм лежить закріплення певних суспільних відносин. Поряд з цим об'єктом санкціонування виступають і самі нові суспільні відносини, повторення яких потребує правового закріплення. Цей процес є безперервним. У сучасних умовах набула свого розвитку повторювальна суспільна практика, що з'явилась з розвитком ринкової економіки, підвищенням ролі господарських договорів. Ця практика санкціонована в ЦК України. Для забезпечення свободи договорів і урізноманітнення їх змісту в ст. 6 ЦК України зафіксовано, що сторони можуть укласти договір, не передбачений актами цивільного законодавства, врегулювати у ньому відносини, які не передбачені цими актами, на власний розсуд. Виникнення нових за змістом санкціонованих норм може відображати нові досягнення в галузі науки і техніки. Йдеться про відносини, пов'язані з виходом людини в космос, використанням сучасних інформаційних систем, досягнень науки і медицини в галузі генетики, генної інженерії, клонування, трансплантації органів і

¹ Див.: Берман Г. Дж. Вера и закон: примирение права и религии. — М., 1999. — С. 230.

² Див.: Давид. Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. — М., 1999. — С. 308.

тканин тощо. Ту ж картину ми очікуємо і в політичній сфері. Одним з прикладів цього є правове закріплення тривалої практики існуючих у Верховній Раді України узгоджувальних процедур, які склалися до їх правового закріплення, урегулювання порядку їх роботи.

Не останнє місце в формуванні сучасних правових систем посідає обмін досвідом з зарубіжними країнами. Цей досвід є вельми корисним як для законодавця, так і для застосувача. На базі прискорення процесів глобалізації, взаємозв'язків між окремими країнами і посилення темпів розвитку порівняльного правознавства відбувається санкціонування (акультурація) зарубіжного досвіду¹. Особливо поширені ці процеси в країнах перехідного типу, в тому числі Україні. Першочерговим для них є запозичення у розвинутих країнах накопиченого ними досвіду в галузі використання норм і інститутів демократії шляхом їх перенесення у власну правову систему. При цьому типовим для такого санкціонування є відтворення змісту запозичених норм, а не механічне перенесення їх тексту з однієї системи права в іншу. Йдеться про правове закріплення режиму власності, договірних відносин, порядку формування окремих державних органів, установа заради здійснення поділу влади оптимальних взаємовідносин між її гілками, регулювання різних аспектів багатопартійності тощо. Саме за цими напрямками з урахуванням зарубіжного досвіду пропонується здійснення в Україні конституційної реформи.

Своєрідне запозичення має місце і тоді, коли санкціонування відбувається в порядку наступності. Відмінність цього виду санкціонування полягає в тому, що воно здійснюється не ззовні, а в межах національної правової системи, що повільно розвивається, відносно деяких старих інститутів і норм. Це відбувається в процесі оновлення як суспільних відносин, так і права, що відповідає їх змісту. Певна наступність характерна навіть при суттєвих змінах у державних формах або виникненні нової за своєю соціальною природою держави. Офіційне або мовчазне санкціонування, тобто збереження в оновленому праві окремих старих норм і інститутів, може мати постійний або тимчасовий характер, бути пов'язане з певними національними або державно-правовими традиціями. Офіційне санкціонування відбувається із «залученням раціональних регуляторів (законів, рішень, договорів)²». Воно може здійсню-

¹ Див., напр.: *Оборотов Ю. Н.* Традиции и новации в правовом развитии. — Одесса, 2001. — С. 69.

² Там само.

ватись як з найближчого, так і далекого минулого. Так, в основі збереження за парламентом та іншими представницькими самоврядними органами в Україні старого найменування «ради» лежить не стільки радянське минуле, скільки стародавні національні козацькі традиції. В Україні санкціоновано і, отже, поновлено як таке, що себе виправдало в минулі роки, правове становище багатодітних матерів, почесне звання «Мати-героїня». Відповідно до постанови Верховної Ради України від 12 вересня 1991 р. «Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР» в умовах перехідного періоду тимчасово санкціоновано застосування радянського законодавства.

Санкціонування може відбуватися і шляхом рецепції, тобто закріплення норм правових систем минулого. Відомою є рецепція римського права, санкціонування якого разом з іншими чинниками дозволило сформувавши базові положення цивільного права у західній традиції права.

Досить поширеним у сучасному світі є санкціонування у вигляді запозичення з міжнародних документів. Це особливо стосується правових систем країн, що розвиваються. Вони активно використовують міжнародно-правову практику, де міститься великий масив норм у галузі захисту прав людини, екології, інтелектуальної власності тощо, які без будь-яких змін імплементуються у законодавство багатьох держав. Згідно з ст. 9 Конституції України частиною її національного законодавства є чинні міжнародні договори, які санкціонуються шляхом надання Верховною Радою України згоди на їх обов'язковість.

Особливе значення при розгляді форм і напрямів санкціонування в праві має вплив правової доктрини. Вона є інтегруючим чинником, який діє при застосуванні усіх перелічених засобів санкціонуючої діяльності. Запорукою забезпечення належної якості законів, інших правових актів та ефективності їх дії є науковий підхід до їх формування і, зокрема, вибір пріоритетних форм санкціонування суспільних відносин і окремих різновидів нормативних матеріалів.

На відміну від мусульманського права, де правова доктрина може виступати як його офіційне джерело, на заході, в тому числі в Україні, вона є лише чинником, що скеровує діяльність законодавця. Ступінь санкціонування державною владою положень правової доктрини залежить від того, наскільки ці положення використовуються і покладаються в основу правових актів. Саме тому

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

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

Надійшла до редколегії 20.05.04

С. Погребняк, доцент НЮА України

Вплив судової практики на юридичні акти в англо-американському праві

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

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

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