

Міністерство освіти і науки, молоді та спорту України

Національний університет
«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВознавство

Підручник

За загальною редакцією академіка НАПрН України
О. В. Петришина

*Затверджено Міністерством освіти і науки,
молоді та спорту України*

Харків
«Право»
2012

ББК 67.9(4 УКР)0я73
П59

*Затверджено Міністерством освіти і науки,
молоді та спорту України як підручник для студентів вищих навчальних закладів
(лист 1/11-4539 від 03.06.2011 р.)*

*Рекомендовано до видання редакційно-видавничою радою Національного універси-
тету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»
(протокол № 1 від 31.01.2011 р.)*

Рецензенти:

О. Р. Дашковська — доктор юридичних наук, професор кафедри загальнотеоретичних дисциплін Полтавського юридичного інституту Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»;

С. І. Максимов — доктор юридичних наук, професор кафедри філософії Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»;

В. В. Лемак — доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри теорії та історії держави і права юридичного факультету Ужгородського національного університету, член-кореспондент Національної академії правових наук України

Порівняльне правознавство : підручник / С. П. Погребняк, Д. В. Лук'янов,
П59 І. О. Биля-Сабадаш та ін. ; за заг. ред. О. В. Петришина. – Х. : Право, 2012. – 272 с.

ISBN 978-966-458-228-2

Підручник підготовлено викладачами кафедри теорії держави і права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» відповідно до навчальної програми з порівняльного правознавства для юридичних вищих навчальних закладів України. У ньому розглядається широке коло питань, які стосуються історії становлення та розвитку порівняльного правознавства, сучасного стану досліджень у цій галузі. Особлива увага приділяється проблемам класифікації та типології сучасних правових систем і їх видам. Докладно розглядаються чотири основні правові сім'ї: романо-германського, англо-американського, релігійного та традиційного права, що являють собою всі типи права, які існують у сучасному світі. Окрема увага приділена питанню визначення місця правової системи України на правовій карті світу.

Для студентів, аспірантів та викладачів навчальних закладів юридичного профілю, а також тих, хто цікавиться питаннями сучасного порівняльного правознавства.

ББК 67.9(4 УКР)0я73

© Погребняк С. П., Лук'янов Д. В.,
Биля-Сабадаш І. О. та ін., 2012

© «Право», 2012

ISBN 978-966-458-228-2

Зміст

Вступ.....	6
------------	---

Розділ 1

Порівняльне правознавство: загальна характеристика

§ 1. Порівняльне правознавство як метод, наука та навчальна дисципліна.....	10
§ 2. Виникнення порівняльного правознавства.....	12
§ 3. Об'єкт, предмет, метод і структура порівняльного правознавства.....	13
§ 4. Функції порівняльного правознавства.....	16
§ 5. Місце порівняльного правознавства в системі юридичних наук.....	17
§ 6. Значення порівняльного правознавства.....	20
§ 7. Види досліджень у порівняльному правознавстві.....	22
Питання для самоконтролю.....	25

Розділ 2

Правові системи та правові сім'ї як основні об'єкти порівняльного правознавства

§ 1. Поняття, риси та структура правової системи.....	26
§ 2. Загальна характеристика правової карти світу.....	29
§ 3. Поняття «правова сім'я».....	30
§ 4. Класифікація та типологія правових систем.....	32
§ 5. Мішані правові системи.....	38
§ 6. Європейське право.....	42
§ 7. Правова система України серед правових систем сучасності.....	52
Питання для самоконтролю.....	60

Розділ 3

Загальна характеристика романо-германської правової сім'ї

§ 1. Особливості романо-германської правової сім'ї.....	61
§ 2. Основні етапи розвитку романо-германської правової сім'ї.....	64
§ 3. Роль науки (університетів) у розвитку романо-германського права.....	72
§ 4. Зв'язок романо-германської правової сім'ї з римським правом.....	77
§ 5. Вплив канонічного права на формування романо-германського права.....	83
§ 6. Публічне і приватне право.....	86
Питання для самоконтролю.....	88

Розділ 4

Джерела права романо-германської правової сім'ї

§ 1. Норми права в романо-германській сім'ї.....	89
§ 2. Джерела права в романо-германській сім'ї, їх види.....	92

§ 3. Нормативно-правові акти в романо-германській правовій сім'ї.....	94
§ 4. Закон як джерело права в романо-германській сім'ї.....	97
§ 5. Загальні принципи в романо-германській правовій сім'ї.....	100
§ 6. Звичай у системі джерел романо-германського права.....	102
§ 7. Доктрина в романо-германській правовій сім'ї.....	105
§ 8. Судова практика в романо-германській правовій сім'ї.....	107
Питання для самоконтролю.....	110

Розділ 5

Правові системи, що тяжіють до романо-германського типу

§ 1. Правові системи Скандинавських країн.....	111
§ 2. Правові системи держав Латинської Америки.....	120
Питання для самоконтролю.....	127

Розділ 6

Загальна характеристика англо-американської правової сім'ї

§ 1. Особливості англо-американської правової сім'ї.....	128
§ 2. Основні етапи розвитку англійської правової системи.....	132
§ 3. Виникнення та реформування загального права.....	136
§ 4. Загальне право: поняття та особливості.....	142
§ 5. Право справедливості та його співвідношення із загальним правом.....	146
Питання для самоконтролю.....	149

Розділ 7

Джерела права англо-американської правової сім'ї

§ 1. Поняття та види джерел англо-американського права.....	150
§ 2. Прецедент як джерело права в сім'ї англо-американського права.....	151
§ 3. Закон як джерело права в сім'ї англо-американського права.....	157
§ 4. Делеговане законодавство в сім'ї англо-американського права.....	162
§ 5. Звичай в англо-американському праві.....	165
§ 6. Інші джерела англо-американського права.....	168
Питання для самоконтролю.....	170

Розділ 8

Особливості правових систем США та країн Співдружності Націй

§ 1. Формування правової системи США.....	171
§ 2. Сучасна правова система США.....	175
§ 3. Правові системи країн Співдружності Націй.....	179
Питання для самоконтролю.....	193

Розділ 9

Релігійні правові системи

§ 1. Загальна характеристика правових систем релігійного типу	194
§ 2. Мусульманське (ісламське) право	195
§ 3. Індуське право	209
§ 4. Іудейське (сврейське) право	219
§ 5. Канонічне право	228
Питання для самоконтролю	238

Розділ 10

Традиційні правові системи

§ 1. Загальна характеристика правових систем традиційного типу	239
§ 2. Правові системи країн Далекого Сходу	240
§ 3. Правові системи держав Африки	256
Питання для самоконтролю	262

Рекомендована література	263
---------------------------------------	-----

Предметний покажчик	270
----------------------------------	-----

Вступ

Порівняльне правознавство як наука та навчальна дисципліна є відносно новим для вітчизняних юридичних вищих навчальних закладів: воно почало системно досліджуватися та викладатися з початку 90-х років ХХ ст. Перша систематизована праця з цієї дисципліни на пострадянському просторі — «Курс порівняльного правознавства» Ю. О. Тихомирова — була видана лише у 1996 р. Водночас слід зазначити, що системні порівняльно-правові дослідження в Європі почали з'являтися вже на початку ХІХ ст. (праці Фейєрбаха, Лермін'є, Міттермайєра, Бурга та ін.); окрема кафедра порівняльного правознавства була заснована в 1831 р. у Коледж де Франс. Відтоді порівняльно-правові дослідження посідають важливе місце серед юридичних наук у всіх розвинутих країнах, а викладання відповідного навчального курсу є невід'ємною складовою якісної підготовки юристів.

Сьогодні порівняльне правознавство є однією з наук, що найбільш динамічно розвивається на пострадянському просторі. Багато правників, перш за все теоретиків права, займаються складними проблемами взаємодії різних правових систем, вивчають їх особливості, досліджують актуальні методологічні питання цієї науки. Завдяки їх діяльності формуються потужні наукові школи, засновуються спеціалізовані наукові установи, відкриваються кафедри для викладання відповідного навчального курсу.

Останніми роками в Україні видано кілька ґрунтовних монографічних праць із проблем порівняльного правознавства, авторських та колективних підручників із цієї дисципліни; Українською асоціацією порівняльного правознавства щорічно проводяться наукові конференції та семінари, видається Міжнародний науковий журнал «Порівняльно-правові дослідження». Порівняльне правознавство офіційно визнане

окремим напрямом дослідження в галузі теорії держави і права. Наразі активно обговорюється питання виділення порівняльного правознавства в окрему юридичну науку, розробляється проект відповідного паспорту спеціальності.

До найбільш актуальних напрямів, які досліджуються у межах порівняльного правознавства, належать особливості правових систем світу, їх види, структура, специфіка функціонування, класифікація та типологізація правових систем сучасності, їх поділ на правові сім'ї, особливості взаємодії національних та наднаціональних правових систем, зокрема міждержавних та релігійних, формування нових правових систем, у тому числі мішаних систем, процеси конвергенції різноманітних правових систем.

Подібний інтерес до порівняльного правознавства не є випадковим. Розвиток різноманітних зв'язків між державами та народами в масштабах усієї земної кулі приводить до посилення взаємодії національних правопорядків, вимагає пошуку компромісних шляхів вирішення існуючих суперечностей між цими правопорядками. Належний розвиток економічних, політичних, соціальних, культурних та інших відносин є неможливим без знання особливостей правового регулювання, правозастосування та правової культури країн-партнерів. Порівняльно-правові дослідження набувають особливої важливості для успішної інтеграції України у європейський правовий та культурний простір та сприяють вступу нашої держави до Всесвітньої організації торгівлі.

Крім того, слід взяти до уваги той факт, що за сучасних умов ефективний розвиток правової системи будь-якої держави є неможливим без вивчення та врахування зарубіжного досвіду. Історія переконливо доводить, що ізоляціонізм у державному будівництві та правотворчості є шляхом у глухий кут, він відкидає країну на узбіччя суспільного прогресу. Слід також пам'ятати, що чимало державно-правових доктрин (верховенство права, поділ влади, демократична, соціальна, правова держава, права і свободи людини та ін.), які лише починають упроваджуватися у вітчизняну практику, вже не одне століття реалізуються в інших державах світу. Тому глибоке вивчення та зважене використання цього досвіду, безперечно, збагатить Україну. Усе це дає можливість зробити припущення, що сучасний юрист не може вважатися висококваліфікованим, якщо він не озброєний достатніми знаннями в галузі порівняльного правознавства.

На наше переконання, формуванню справжнього висококваліфікованого юриста сприятиме підручник «Порівняльне правознавство», підготовлений колективом кафедри теорії держави і права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». Нагадаємо, що кафедральний підручник з цієї дисципліни вже виходив у 2003 р. і одержав схвальні відгуки з боку як наукової громадськості, так і студентства¹.

Які ж особливості притаманні новому виданню? Насамперед слід звернути увагу на те, що в новому виданні розширено коло наукових проблем, зокрема тих, що стосуються правових систем.

По-новому розглянуто одне з ключових питань компаративістики — об'єднання правових систем у правові сім'ї. Так, для поділу правових систем запропоновано застосовувати не лише їх класифікацію, а й типологізацію. Остання здійснюється на основі правосвідомості — ключового та визначального для розвитку всіх інших елементів правової системи чинника. Виокремлено чотири сім'ї права — романо-германська, англо-американська, релігійна та традиційна, які являють собою чотири типи права, що існують на правовій карті світу. Правові системи конкретних держав та інших соціальних утворень сформували власні правові системи на основі одного з цих типів права або їх комбінації.

Запропоновано новий підхід до визначення різних видів правових систем. Так, ще Р. Давид визнавав спрощеним підхід, коли правову карту світу визначають як сукупність національних правових систем. Автори демонструють необхідність виокремлення національних та наднаціональних правових систем, пропонують використовувати новий термін «субнаціональні правові системи» для позначення відносно автономних систем, які входять до складу національних (наприклад правова система Квебеку в Канаді, Шотландії у Великій Британії). Крім того, звертається увага на існування наднаціональних правових систем, дія яких поширюється на кілька держав (наприклад, правова система Європейського Союзу). Наднаціональні, у свою чергу, поділяються на міждержавні та релігійні правові системи. Окремий параграф підручника присвячений дослідженню такого важливого феномену сучасного правового світу, як мішана правова система.

¹ Див., наприклад: Козюбра, М. Підручник, на який так довго чекали [Текст] / М. Козюбра, Є. Бурлай, М. Лисенко // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2004. – № 2 (37). – С. 223–230; Оніщенко, Н. М. Новий підручник з порівняльного правознавства [Текст] / Н. М. Оніщенко // Часоп. Київ. ун-ту права. – 2004. – № 2. – С. 101–102.

У підручнику значно розширено перелік окремих правових систем, які піддаються науковому аналізу. Так, наведено характеристику правових систем скандинавських та латиноамериканських країн, країн Співдружності націй (Австралія, Нова Зеландія, Канада та ін.), європейського права. Слід підкреслити, що розширення тематики відбулося без шкоди іншим правовим системам: у цьому підручнику, так само як і в його першому виданні, докладно висвітлюються історія становлення та характерні особливості романо-германської, англоамериканської, релігійної та традиційної правових сімей, дається огляд джерел їхнього права.

Значно більше уваги приділено порівняльно-правовим аспектам дослідження правової системи України. Так, в окремому підрозділі підручника були сформульовані характерні риси та особливості правової системи України, проаналізовані її джерела, визначене місце правової системи України серед правових систем сучасності.

Зміст підручника містить систематизоване викладення відповідної навчальної дисципліни, відповідає програмі дисципліни, має високий науково-методичний рівень, містить необхідний довідковий апарат та демонструє міжпредметні зв'язки з іншими дисциплінами, зокрема з курсом теорії держави і права. Слід також відзначити, що при підготовці підручника були враховані наукові публікації та законодавчі акти, які з'явилися після виходу в світ першого видання. Підручник написано в доступній формі, орієнтованій перш за все на студентів юридичних вищих навчальних закладів. Водночас можна сподіватися на те, що він також буде цікавим для аспірантів, здобувачів, науковців — компаративістів, усіх, хто досліджує загальні або галузеві проблеми порівняльного правознавства.

Завідувач кафедри теорії держави і права
Національного університету «Юридична академія
України імені Ярослава Мудрого», доктор юридичних
наук, професор, академік НАПрН України

О. В. Петришин

Розділ 1

Порівняльне правознавство: загальна характеристика

§ 1. Порівняльне правознавство як метод, наука та навчальна дисципліна

Із початку ХХ ст. у юридичній науці точаться *суперечки про природу порівняльного правознавства*. Існують два основні підходи до визначення поняття «порівняльне правознавство». Одні фахівці трактують його *виключно як метод наукового аналізу*, що використовується в тому чи іншому обсязі різними юридичними науками. Ця позиція, яку обгрунтував Гаттерідж, була панівною після Першої світової війни. Прихильники другого напрямку визначають його як *самостійну юридичну науку*. Причому останнім часом спостерігається певна тенденція до збільшення кількості прихильників визнання порівняльного правознавства наукою.

Щодо нас, то ми підтримуємо думку тих науковців, які вважають, що це питання не можна вирішувати за способом альтернативи — або метод, або наука¹. З одного боку, порівняння — це науковий метод дослідження, який активно застосовується практично в усіх галузях юридичної науки. Порівняльне правознавство в цьому випадку виконує функцію методу порівняння різних правових систем, що може бути використаний для удосконалення законодавства, уніфікації міжнародного та національного права, вивчення теорії та історії права тощо. З другого боку, широке застосування цього методу привело до формування системи наукових знань про правові системи сучасності, до появи складного саморегулюючого механізму, орієнтованого на одержання нових, надійно обгрунтованих знань про закономірності виникнення, функціонування та розвитку правових систем. Це дає підстави вважати порівняльне правознавство юридичною наукою. Проте, незалежно від поглядів на порівняльне правознавство, воно є важливим

¹ Сравнительное правоведение [Текст] : сб. статей. – М. : Прогресс, 1978. – С. 12.

для сучасної юридичної освіти. Тому порівняльне правознавство є навчальною дисципліною, що викладається у вищих юридичних навчальних закладах.

Отже, порівняльне правознавство є досить складним утворенням, яке має багатоманітний характер, а термін «порівняльне правознавство» має *потрійне значення*¹:

1) порівняльне правознавство **як метод**, що є науковим засобом вивчення правових явищ, завдяки застосуванню якого стає можливим виявити загальне, особливе й одиничне у правових системах;

2) порівняльне правознавство **як наука**, що є сукупністю наукових знань про правові системи;

3) порівняльне правознавство **як навчальна дисципліна**, що є предметом, який викладається у вищих навчальних закладах і орієнтований на отримання знань про правові системи.

Крім питання про статус порівняльного правознавства, слід зосередити увагу на проблемі термінології. Поряд із терміном «*порівняльне правознавство*» у вітчизняній та іноземній юридичній літературі активно вживаються терміни «*компаративізм*», «*порівняльна юриспруденція*», «*порівняльне право*».

Термін «компаративізм» походить від латинського *comparativus* («порівняльний») і достатньо часто використовується вітчизняною наукою для позначення порівняння правової матерії. Якихось суттєвих причин заперечувати проти його застосування не існує. Правознавців, які займаються порівняльним правознавством, називають компаративістами.

Термін «порівняльна юриспруденція» — це синонім терміна «порівняльне правознавство» (одне із значень юриспруденції — правознавство).

Щодо співвідношення між поняттями «порівняльне право» і «порівняльне правознавство», то обидва ці терміни широко використовуються вченими для позначення одного правового явища і мають право на існування. Відмінність полягає лише у тому, що перший із них набув більшого поширення в західній юридичній науці, тоді як другий є більш популярним у соціалістичній та постсоціалістичній науці.

¹ Саидов, А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) [Текст] / А. Х. Саидов. – М. : Юристъ, 2000. – С. 20.

§ 2. Виникнення порівняльного правознавства

У юридичній науці існує два варіанти відповіді на питання, з яких часів бере свій початок порівняльне правознавство.

Прихильники першого варіанта наполягають на давньому походженні порівняльного правознавства. Вихідним моментом для них є використання античними і середньовічними філософами та законодавцями порівняння як методу дослідження. На підтвердження цього вони, як правило, наводять складені з використанням порівняльних даних давньогрецькі закони Солона, розроблені в Давньому Римі Закони XII таблиць. Прихильники цього підходу нагадують і про те, що Арістотель, аби зробити висновки про закономірності політичної організації, зібрав, порівняв і проаналізував конституції більш як 150 грецьких і варварських міст. У Середньовіччі юристи часто порівнювали римське і канонічне право. Велику роль у розвитку порівняльного правознавства відіграли також представники епох Відродження й Просвітництва.

Цікаво, що кожна європейська країна хоче бачити засновником порівняльного правознавства свого співвітчизника. Так, французи ведуть порівняльне право від Ш. Монтеск'є, який у своїй праці «Про дух законів», як відомо, зіставляв різні правові системи. В англійській літературі існує думка, що засновником порівняльного правознавства є Ф. Бекон, який широко користувався порівнянням, розробляючи власний індуктивний метод. На думку ж німецьких юристів, першим, хто висунув ідею про порівняння правових систем, був Г. В. Лейбниц¹.

Усе це дало підставу Р. Давиду писати про те, що порівняння правових систем, що є сусідами на географічній карті, — справа настільки ж давня, як і сама правова наука².

Прихильники другого варіанта датують час народження порівняльного правознавства другою половиною XIX ст., іноді називаючи конкретно 1869 р. — час заснування французького Товариства порівняльного законодавства, або навіть 1900 р., коли проводився I Міжнародний конгрес порівняльного права.

¹ Сабо, И. Теоретические проблемы сравнительного правоведения [Текст] / И. Сабо // Сравнительное правоведение : сб. статей. — М. : Прогресс, 1978. — С. 54.

² Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози : пер. с фр. — М. : Междунар. отношения, 1996. — С. 7.

Такі величезні розбіжності у визначенні часу виникнення порівняльного правознавства пояснюються насамперед різним розумінням самого порівняльного правознавства. Ті, хто бачать у порівняльному правознавстві лише метод наукового пізнання, вважають, що витoki порівняльного правознавства знаходяться у далекій давнині. Ті ж, хто визнає порівняльне правознавство наукою, не помиляються в тому, що порівняльне правознавство у такому розумінні склалося значно пізніше, тобто у другій половині XIX ст.¹

Саме у другій половині XIX ст. правовий розвиток досяг високого рівня, остаточно сформувалися національні правові системи; на цьому ґрунті не міг не посилитися інтерес до вивчення зарубіжного законодавства. Для проведення порівняльних досліджень створюються такі наукові установи, як Товариство порівняльного законодавства у Франції (засноване у 1869 р.), Англійське товариство порівняльного законодавства (засноване у 1898 р.), Міжнародна асоціація порівняльного правознавства і науки народного господарства (заснована у 1899 р. у Берліні), видаються спеціальні журнали, регулярно скликаються міжнародні конгреси тощо. Порівняльне правознавство включається до програм юридичної освіти.

Виришальний вплив на становлення порівняльного правознавства зробила сама історична дійсність, тобто інтернаціоналізація і глобалізація економіки, розвиток міжнародних відносин, торговельних зв'язків, унаслідок чого юридична наука вийшла за межі суто національного права і національного законодавства.

■ § 3. Об'єкт, предмет, метод і структура порівняльного правознавства

Як відомо, сукупність явищ і процесів об'єктивної дійсності, що вивчаються наукою у процесі пізнання свого предмета, розуміють як **об'єкт цієї науки**.

Насамперед слід зазначити, що порівняльне правознавство вивчає правову дійсність, або правову реальність, яка розглядається як *загальний об'єкт* будь-якої юридичної науки.

¹ Саидов, А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) [Текст] / А. Х. Саидов. – М. : Юристь, 2000. – С. 22.

Специфічними об'єктами порівняльного правознавства виступають правова сім'я і правові системи окремих держав. Інші юридичні науки досить рідко звертаються до дослідження цих об'єктів.

Іншими об'єктами порівняльного правознавства є елементи правової системи. Найчастіше порівнянню піддаються правові вчення, концепції і правові погляди, національне право і законодавство, галузі, підгалузі та інститути права і законодавства, нормативні масиви, закони та інші правові акти, правові норми, юридична техніка.

Обов'язкова риса будь-якої науки — наявність специфічного предмета дослідження. Предмет науки, у свою чергу, визначає методи дослідження і способи їхнього застосування.

Зауважимо, що порівняльне правознавство є одним із наймолодших наукових напрямів вивчення права і тому має труднощі з приводу визначення свого предмета.

Слід погодитись із тим, що **предметом порівняльного правознавства** як науки в *узгальненому його вигляді* охоплюється:

- 1) теорія порівняльно-правового методу;
- 2) загальні принципи та закономірності виникнення, функціонування і розвитку різних правових систем¹.

Методологія порівняльного правознавства є *багатопрівневою*. Порівняльне правознавство використовує практично весь методологічний арсенал сучасної юридичної науки. Тому методологія компаративістики не може бути обмеженою використанням виключно порівняльно-правового методу. Разом із тим останній є провідним, домінуючим у науці порівняльного правознавства. Отже, можна говорити про те, що порівняльне правознавство засноване на свідомому, теоретично і методично виваженому застосуванні порівняльного методу як основного наукового методу в дослідженні.

Порівняння — невід'ємна частина людського мислення. Порівняльний метод активно використовується в більшості суспільних і природничих наук. У філософській літературі справедливо зазначається, що порівняння є одним з основних логічних прийомів пізнання зовнішнього світу. Проте воно, безумовно, не може розглядатися ізольовано від інших логічних прийомів пізнання (аналізу, синтезу, індукції, дедукції тощо). Окремо один від одного ці компоненти загальної системи пізнавальних засобів існують лише як уявна абстракція.

¹ Лисенко, О. М. Порівняльне правознавство як наука та його місце в системі юридичних наук [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О. М. Лисенко ; Київ. нац. ун-т. – К., 2001. – С. 14.

Порівняння як метод є способом, за допомогою якого встановлюється схожість або розбіжність об'єктів (явищ, речей, процесів), що досліджуються. Такий результат досягається шляхом зіставлення, розрізнення об'єктів за будь-якою ознакою, властивістю.

Порівняння широко застосовується у правознавстві при виявленні загальних і специфічних рис таких явищ, як норми права, джерела права, правопорушення тощо. Ця процедура неминуче передує стадії формування правових понять, категорій, законів. Перш ніж пізнати важливе, суттєве, необхідне, те, що становить зміст поняття, закономірності, треба попередньо виявити, що ж є загальним і сталим в об'єкті дослідження. Одержанню цих відомостей і сприяє порівняльний метод.

Порівняльний метод дозволяє констатувати спільність правових систем, окремих правових галузей та інститутів, норм права та виявити те, чим вони розрізняються. У той же час причини повторюваності, сталості цієї спільності у процесі порівняльного дослідження найчастіше залишаються нерозкритими. Отже, порівняльно-правовий метод головним чином сприяє накопиченню емпіричних знань. Теоретичні ж знання здобуваються завдяки іншим науковим методам. Так, статистичний метод аналізує кількісний бік порівняння, далі застосовуються методи абстрагування тощо.

Для порівняльного правознавства характерним є активне використання загальних (філософських) підходів, як-от: матеріалізм й ідеалізм, діалектика і метафізика, аналітична філософія, феноменологія, герменевтика, постмодернізм та ін. Крім того, при проведенні порівняльних досліджень використовуються інші загальнонаукові (історичний, логічний, соціологічний, статистичний, системний, функціональний тощо) та спеціальні методи (зокрема, формально-юридичний метод, метод правового моделювання).

Предметом порівняльного правознавства визначається його *структура*. З урахуванням того, що предметом порівняння можуть бути правові системи або у процесі їх історичного розвитку, або взяті на визначений історичний момент, розрізняють *вертикальне* та *горизонтальне порівняльне правознавство*.

Враховуючи методологію, мету і завдання, можна виокремити *загальну (загальнотеоретичну) та особливу (спеціальну) компаративістику*. Перша досліджує історію розвитку науки порівняльного правознавства, природу порівняльного правознавства, проблеми класифікації правових систем, історію розвитку основних правових систем сучаснос-

ті, порівняльну методологію, порівняльну правову культуру, механізм уніфікації та гармонізації національних правових систем тощо. Друга зосереджує увагу на галузевому рівні і, у свою чергу, поділяється на порівняльне цивільне право, порівняльне кримінальне право, порівняльне конституційне право, порівняльний цивільний процес тощо.

Крім того, залежно від сфери права може йтися про *порівняльне правознавство у сфері приватного права та порівняльне правознавство у сфері публічного права*.

■ § 4. Функції порівняльного правознавства

Порівняльне правознавство виконує низку традиційних для юридичної науки функцій, які модифіковані щодо особливостей його предмета.

1. **Пізнавальна функція.** Порівняльне правознавство завжди орієнтоване на глибоке вивчення правових явищ, перш за все на здобуття і розширення наукових знань про правові системи сучасності. Ця наука вивчає всі елементи правових систем світу, стабільні і тимчасові правові ситуації в іноземних державах, фактори, що впливають на прийняття та зміну іноземних правових актів, умови, що сприяють або стримують реалізацію права в країнах світу.

2. **Евристична функція.** Компаративістика спрямована на пізнання закономірностей виникнення, функціонування і розвитку різних правових систем. Власне кажучи, порівняння і відбувається саме для того, щоб з'ясувати характер загальних, необхідних, стійких, повторюваних зв'язків між явищами, процесами, що відбуваються у правових системах сучасності, знайти порядок або встановити послідовність їхнього виникнення, зміни, зафіксувати тенденції розвитку. Наприклад, вчені-компаративісти відзначають тенденцію конвергенції (взаємопроникнення) англосаксонських та романо-германських правових традицій, передумови якої вже історично склалися на трьох рівнях — на рівні джерел права, систем права та характеру норм права.

3. **Функція наукового передбачення.** Вчені-компаративісти завжди налаштовані на наукове прогнозування шляхів подальшого розвитку правових систем сучасності. Так, сьогодні вчені прогнозують, що у XXI ст. у світі буде створена загальна основа правотворчості як система пріоритетів та засобів правового регулювання, що детермінована

сучасним предметом глобалізації та проблемами постіндустріального суспільства.

4. **Методологічна функція.** Порівняльне правознавство розробляє теорію порівняльно-правового методу, яким потім активно користуються інші юридичні науки. Тому порівняльне правознавство досить часто характеризується як методологічна наука.

5. **Функція допомоги практиці.** Сучасна юридична практика має велику потребу в науково обґрунтованій, об'єктивній та повній інформації про розвиток і функціонування іноземних правових систем, про їхні взаємозв'язки між собою, тенденції правового розвитку в регіональному і світовому масштабах. Потреба у цій інформації задовольняється насамперед шляхом підготовки вченими-компаративістами довідкових матеріалів про розвиток іноземного законодавства, інформаційних оглядів зарубіжного законодавства (наприклад, за країнознавчою ознакою, за окремими галузями, підгалузями законодавства, правовими інститутами). Науковці повинні критично оцінювати іноземний правовий досвід, надаючи юристам-практикам рекомендації щодо корисності або нецільності його запозичення у національну правову систему.

Порівняльне правознавство допомагає державам у досягненні таких важливих завдань, як гармонізація і зближення національних законодавств, що обумовлюються сучасними інтеграційними процесами (наприклад, європейською і євроатлантичною інтеграцією, в яких бере участь Україна).

Серед функцій порівняльного правознавства можна виокремити не тільки модифіковані традиційні функції юридичної науки, а й **специфічні**. Це, зокрема, функція подолання ізоляції національної правової системи та національної обмеженості правового мислення, функція збагачення національної правової системи правовим досвідом інших народів завдяки його проникненню у правову культуру, функція гармонізації та уніфікації національної правової системи.

§ 5. Місце порівняльного правознавства в системі юридичних наук

Юридична наука має *складну внутрішню структуру*. Традиційно в ній вирізняють групу теоретико-історичних наук (теорія держави та права, історія держави та права, історія політичних та правових вчень),

групу галузевих (міжгалузевих) наук (наука цивільного права, кримінального права, адміністративного права, екологічного права тощо), групу прикладних наук (судова медицина, криміналістика, кримінологія, правова статистика), науку міжнародного права (що утворює самостійну групу) та групу наук, що вивчають зарубіжні державу і право. Порівняльне правознавство належить до останньої групи юридичних наук і є її основним системоутворюючим елементом. Таке місце компаративістики дає підстави стверджувати про автономність порівняльного правознавства в системі юридичних наук.

Зосередимо увагу на взаємозв'язку порівняльного правознавства та деяких інших юридичних наук.

1. Порівняльне правознавство і група теоретико-історичних наук.

Порівняльне правознавство і теорія держави і права. Взаємозв'язок між цими науками не викликає сумнівів. Для того щоб переконатись у цьому, достатньо нагадати зовсім недавні часи, коли порівняльне правознавство розглядалося як один із напрямів у складі теорії держави та права. Між цими науками існує *двосторонній зв'язок*: матеріал, зібраний порівняльним правознавством, висновки, яких дійшли вчені-компаративісти, використовуються теорією держави і права для формулювання своїх закономірностей. Це зрозуміло: найбільш загальні закономірності виникнення, розвитку та функціонування держави і права, що становлять предмет теорії, притаманні праву незалежно від національних кордонів. У свою чергу порівняльне правознавство використовує у своїх дослідженнях досягнення теорії держави і права, перш за все понятійний апарат та методологічний арсенал.

Порівняльне правознавство та історія держави і права. Як відомо, історія держави і права вивчає загальні закономірності та специфічні особливості виникнення і функціонування держави і права в певній країні у хронологічній послідовності. Запозичення порівняльним правознавством історичних знань є безперечним: історія впливає на розвиток правової системи країни. Тому використання досягнень науки історії держави і права у компаративістиці є вкрай необхідним. Порівняльне правознавство, зі свого боку, є відповідальним перш за все за постачання для науки історії держави і права порівняльної методології.

2. Порівняльне правознавство і галузеві юридичні науки.

Галузеві науки дуже активно використовують матеріали порівняльного право-

знавства, зокрема, для поглибленого вивчення національного права, для внесення обґрунтованих пропозицій щодо удосконалення чинного законодавства. У свою чергу порівняльне правознавство (особливо така його частина, як спеціальна галузева компаративістика) повинне спиратися на досягнення галузевих наук. Унаслідок взаємодії порівняльного правознавства та галузевих юридичних наук утворюються порівняльні галузеві навчальні дисципліни (такі, як конституційне право зарубіжних країн, порівняльне кримінальне право, порівняльне цивільне право). Сьогодні існує необхідність більш широкого впровадження цих дисциплін у навчальний процес.

3. Порівняльне правознавство і наука міжнародного права. Порівняльне правознавство активно взаємодіє як із міжнародним приватним, так і з міжнародним публічним правом.

Міжнародне приватне право, як відомо, складається з тих норм, що регулюють цивільно-правові відносини і мають міжнародний характер. Воно опосередковано має справу з правовими системами різних держав, оскільки саме в них містяться норми міжнародного приватного права. Ця обставина обумовлює схожість цієї науки з порівняльним правознавством. На думку К. Цвайгерта та Х. Кьотца, за сьогодишнього високого рівня розвитку міжнародних відносин застосування методів міжнародного приватного права є можливим лише з урахуванням висновків порівняльного правознавства¹.

На відміну від порівняльного правознавства міжнародне приватне право, як правило, має справу з колізійними нормами (тобто дає відповідь на питання, право якої країни підлягає застосуванню у конкретних обставинах), а також із нормами, які безпосередньо регулюють такі міжнародні відносини (норми так званих уніфікованих актів міжнародного приватного права). Об'єктом порівняльного правознавства є норми не тільки приватного (цивільного) права, а й публічного права. Порівняльне правознавство, порівнюючи норми національних правових систем, відповідає, наприклад, на питання, чим вони відрізняються, яке місце вони займають у національній правовій системі.

Цікаво зазначити, що сьогодні існують спроби видання спільних підручників з міжнародного приватного права і порівняльного право-

¹ Цвайгерт, К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права [Текст] / К. Цвайгерт, Х. Кетц : пер. с нем. : в 2 т. – Т. 1 : Основы. – М. : Междунар. отношения, 2000. – С. 15.

знавства¹. Це пояснюється тим, що саме комплексне вивчення цих дисциплін дає найповніше уявлення про іноземне право, і є безперечним підтвердженням тісного взаємозв'язку, що існує між даними науками.

При висвітленні взаємозв'язку порівняльного правознавства із міжнародним публічним правом треба мати на увазі, що *міжнародне публічне право* — це система норм та принципів, які регулюють відносини між державами і міжнародними організаціями, а також у деяких випадках — відносини цих суб'єктів з іншими особами. Порівняльне правознавство приносить міжнародному праву користь, збагачуючи як методи, що використовуються останнім, так і його зміст (допомагає при створенні норм міжнародного права).

4. За останнє десятиріччя активно формується ще одна, певною мірою відокремлена сфера наукових досліджень, яка претендує на статус самостійної науки, — *порівняльне державознавство*. Для нього головним об'єктом дослідження є державний інститут. На відміну від державознавства порівняльне правознавство досліджує державний інститут виключно як елемент правової системи. Крім того, явища державного, політичного характеру цікавлять порівняльне правознавство переважно у тій частині, в якій вони урегульовані правом, тоді як порівняльне державознавство вивчає ці явища як такі, що реально склалися.

§ 6. Значення порівняльного правознавства

Значення порівняльно-правових досліджень обумовлюється тим, що вони дозволяють вийти за національні кордони своєї правової системи, поглянути під особливим кутом зору на низку традиційних проблем юридичної науки та практики, розширити обрії юридичних пошуків, здійснити обмін правовою інформацією, науковими ідеями, враховувати як позитивний, так і негативний іноземний юридичний досвід у різних сферах — у науковій, освітянській і практичній.

Для юридичної науки використання порівняльного правознавства є особливо важливим. Відомо, що істина пізнається в порівнянні. Тому

¹ Кох, Х. Международное частное право и сравнительное правоведение [Текст] / Х. Кох, У. Магнус, П. Винклер фон Моренфельс : пер. с нем. — М. : Междунар. отношения, 2001. — 480 с.

без порівняння неможливе з'ясування сутності будь-якого юридичного феномену. Порівняльне правознавство допомагає встановити, як вирішується та сама правова проблема в різних країнах, і, таким чином, сприяє вивченню національного права. Порівняльно-правовий аналіз здатний озброїти науковця ідеями та аргументами, які не можна отримати при знанні лише національного права. У наш час без врахування даних компаративістики загальнотеоретичні висновки не можуть претендувати на універсальний статус. У межах порівняльного правознавства аналізується й більшість проблем галузевих юридичних наук.

Порівняльному правознавству сьогодні належить ключове місце у **навчальній програмі** юридичної освітньої установи. Воно є однією з навчальних дисциплін, що формують сучасне правове мислення. Така значна увага до порівняльного правознавства є не випадковою. Сьогодні вже немає сумнівів у тому, що без викладання порівняльного правознавства неможливо підготувати компетентних правників. Адже випускники будуть працювати в національній правовій системі, що входить в інтегрований і глобалізований світовий правовий простір і все більше відчуває на собі вплив іноземного права. Крім того, порівняльне правознавство руйнує правову ксенофобію і нарешті підвищує культурний рівень студента.

У нинішніх умовах зростає також **практичне значення** порівняльного правознавства. Так, воно суттєво допомагає у **законотворчій діяльності**. Законодавець активно використовує порівняльно-правові матеріали при формуванні законодавчої політики, при створенні окремих законодавчих актів, при удосконаленні законодавчої техніки. Враховуючи іноземний досвід, законодавець, з одного боку, виявляє та запозичує все те корисне, що виправдало себе за кордоном при вирішенні певної проблеми, рятує від непотрібної праці «вигадувати велосамостійку», а з другого боку — надає можливість урахувати негативні аспекти іноземного досвіду, попередити неефективність тих чи інших правових рішень. Наприклад, розроблювачі Цивільного кодексу України враховували багатий досвід іноземних цивільних і комерційних кодексів (наприклад, Цивільного кодексу Нідерландів, Німеччини, Росії), і це, безумовно, покращило його зміст.

У **судовій практиці** судді, використовуючи компаративістський науковий метод, заповнюють прогалини у праві, тлумачать норми права. Найактивніше звертається до порівняльного правознавства

Конституційний Суд України, використовуючи іноземний правовий досвід при обґрунтуванні власних рішень.

Нарешті у *приватній юридичній практиці* порівняльне правознавство допомагає юристам компетентно вирішувати проблеми, пов'язані із застосуванням іноземного права. Кількість цих проблем останніми роками зростає швидкими темпами.

Порівняльне правознавство є корисним і для *міжнародного співробітництва*. Воно сприяє гармонізації й уніфікації національних правових систем, його результати використовуються під час розробки міжнародних конвенцій, рекомендаційних (модельних) документів, колізійних норм і типових договорів.

§ 7. Види досліджень у порівняльному правознавстві

Дослідження, що проводяться порівняльним правознавством, можуть бути класифіковані за різними підставами.

1. Діахронне і синхронне порівняння. Як відомо, право має минуле, сьогодення і майбутнє. Отже, об'єктом порівняння можуть бути правові системи та їхні компоненти, що існували у різні історичні часи. Таке порівняння називається *діахронним* (оскільки воно має історичний (діахронний) характер). Однак найчастіше об'єктом порівняння є правові системи, що існують в одні історичні часи (*синхронне порівняння*). Так, порівняння правової системи Англії XVII ст. та сучасної правової системи Англії є діахронним, тоді як порівняння сучасної правової системи Англії та сучасної правової системи США є синхронним.

2. Бінарне та мультипорівняння. Порівняльно-правове дослідження може починатися з порівняння як мінімум двох правових систем і йти далі аж до охоплення всіх правових систем, що існують на земній кулі. Якщо порівнюються *дві* правові системи — це так зване *бінарне порівняння* (наприклад, це згадане вище порівняння правової системи Англії та сучасної правової системи США). Якщо ж порівнюються *більше двох* систем, таке порівняння є *мультипорівнянням* (наприклад, для порівняння можна обрати правові системи певного географічного регіону — Європи).

3. Внутрішньосімейне і міжсімейне порівняння. У випадку *внутрішньосімейного порівняння* досліджуються правові системи однієї

правової сім'ї. Прикладом внутрішньосімейного порівняння є зіставлення правової системи України та правової системи Російської Федерації, яке дозволяє, зокрема, вивчити питання щодо можливості взаємного засвоєння юридичного досвіду в галузі правотворчості та правозастосування. *Міжсімейним порівнянням* є порівняння правових систем, що належать до різних правових сімей, — це, наприклад, порівняльне дослідження правової системи України та правової системи Китаю.

4. Мікро-, мезо- та макропорівняння. Залежно від об'єктів порівняння може проводитися на різних рівнях:

перший (найнижчий) рівень — *це порівняння правових норм (мікропорівняння)*. Тут ідеться переважно про порівняння юридико-технічних моментів, завдяки чому виявляється і систематизується емпіричний правовий матеріал (окремі норми права, їх частини тощо). Дослідження на цьому рівні порівняння є відносно простими;

другий (середній) рівень — *це порівняння правових інститутів і галузей права (мезопорівняння)*. Дослідження правових інститутів та галузей має доповнюватися вивченням соціальних факторів у зв'язку з правовою системою в цілому;

третій (верхній) рівень — *це порівняння правових систем у цілому та правових сімей (макропорівняння)*. Порівняння правових систем у їхньому цілісному вигляді повинно враховувати процес їх формування і функціонування, основні принципи, джерела права, соціальну основу і тому є значно складнішим, ніж мікропорівняння та інституціональне порівняння. Саме цей рівень досліджень найбільш активно використовується у порівняльному правознавстві.

Отже, простежуються три ступені порівняння, що доповнюють один одного і утворюють своєрідні ієрархічні сходи: норма права — правовий інститут (галузь) — правова система (сім'я) в цілому¹.

5. Нормативне та функціональне порівняння. При *нормативно-му порівнянні* відправним пунктом дослідження є схожі правові норми, інститути, законодавчі акти. Іноді такий підхід трактується як формально-юридичний (догматичний) аналіз, доктринальні традиції якого були закладені ще на світанку виникнення порівняльного правознавства в ХІХ ст.

Однак незадовільність суто нормативного підходу була відзначена відразу ж, щойно вчені почали займатися міжсімейними порівняльни-

¹ Ансель, М. Методологические проблемы сравнительного права [Текст] / М. Ансель // Очерки сравнительного права. — М. : Прогресс, 1981. — С. 46.

ми дослідженнями. Дослідники дійшли таких істотних висновків: по-перше, зовні ідентичні юридичні терміни не завжди мають тотожне значення в різних правових системах (наприклад, терміном «крадіжка» у нас позначається таємне викрадення майна, а у сім'ї загального права — не тільки таємне, а й відкрите); по-друге, ті самі правові норми й інститути можуть виконувати різні функції; по-третє, кожна правова сім'я може мати специфічні правові інститути і категорії, яких не знають інші правові сім'ї. Також існують розбіжності, що стосуються структури права, способів подачі правового матеріалу, тлумачення правової норми, особливостей правозастосування.

Недоліки нормативного порівняння змусили звернутися до так званого *функціонального порівняння*. Функціональне порівняння було започатковане німецьким філософом права М. Соломоном. Усебічне обґрунтування функціонального порівняння в сучасному порівняльному правознавстві значною мірою пов'язане з ім'ям К. Цвайгерта.

Функціональне порівняння — це дослідження правових засобів вирішення однакових соціальних і правових проблем різними правовими системами. Функціональне порівняння починається не з визнання певних правових норм та інститутів як відправного пункту порівняння, а з висунування певної соціальної проблеми, і вже потім відбувається пошук правової норми або інституту, за допомогою яких проблему може бути вирішено.

У функціональному порівнянні правові інститути і норми вважаються такими, що можуть порівнюватися, якщо вони вирішують схожу соціальну проблему, хоча б і діаметрально протилежно. Так, трапляються ситуації, коли сама соціальна проблема об'єктивно диктує єдине рішення, що закріплюється у правових системах різних країн (наприклад, презумпція батьківства стосовно дитини, яка народилася під час шлюбу). Іноді соціальна проблема може вирішуватися різними засобами (так, проблема наркоманії може вирішуватись як шляхом повної заборони споживання та розповсюдження наркотиків, так і шляхом дозволу на легальне споживання окремих видів наркотичних засобів).

Вирішення тієї самої соціальної проблеми може досягатися комбінацією різних правових засобів у різних правових системах. Наприклад, інститут трасту (довірчої власності) в англійському праві спрямований, зокрема, на захист інтересів недієздатної особи. Цей інститут не має еквівалента в романо-германському праві. Аналогічні функції тут виконує інститут прямого представництва недієздатної особи її законним представником.

І функціональне, і нормативне порівняння мають право на існування. Якщо вони поєднуються, то виникає *змішане порівняння*. Сучасний етап розвитку порівняльного правознавства диктує необхідність саме такого виду порівняння.

Питання для самоконтролю

1. Назвіть три значення терміна «порівняльне правознавство».
2. Сформулюйте, у чому полягає різниця в підходах щодо часу виникнення порівняльного правознавства.
3. Що є предметом порівняльного правознавства?
4. Перелічіть основні функції порівняльного правознавства.
5. Продемонструйте зв'язки порівняльного правознавства з іншими юридичними науками.
6. У чому полягає значення порівняльного правознавства в науковій, освітянській і практичній сферах?
7. Які види досліджень здійснюються в межах порівняльного правознавства?

Розділ 2

Правові системи та правові сім'ї як основні об'єкти порівняльного правознавства

§ 1. Поняття, риси та структура правової системи

Одним із видів досліджень, що проводяться в компаративістиці, є порівняння на макрорівні, коли об'єктом дослідження виступають *окремі правові системи*. Цей рівень традиційно вважається основним у порівняльному правознавстві, оскільки останнє спрямоване головним чином на розкриття взаємовідносин і взаємного впливу правових систем сучасності, образно кажучи, на вивчення *юридичної географії світу*.

Поняття правової системи почало активно застосовуватися лише у ХХ ст. Його виникнення було наслідком визнання необхідності формування теоретичної конструкції, яка б охопила всі правові явища, цілісно та системно охарактеризувала їх внутрішні та зовнішні відносини. Основою методології такої теорії є застосування системного підходу до аналізу правових явищ. За допомогою системного підходу певний об'єкт розглядається як складне, багатоаспектне явище, що складається з різноманітних елементів, зв'язки між якими утворюють відносно стійку структуру та забезпечують його цілісність. Цінність використання категорії правової системи для юриспруденції полягає у можливості за її допомогою комплексно проаналізувати всю правову сферу життя суспільства, виявити найсуттєвіші закономірності, що складаються між її частинами та у стосунках з іншими суспільними явищами.

У найбільш загальному вигляді *правова система* розглядається як сформована під впливом закономірностей розвитку певного суспільства сукупність усіх його правових явищ, які перебувають у стійких зв'язках між собою та з іншими соціальними явищами.

Враховуючи те, що поняття правової системи належить до найзагальніших понять юридичної науки, яке має відбивати складне, багатогранне явище, будь-яке його визначення не охоплює всіх його харак-

теристик. Для формування більш повного уявлення про правову систему слід проаналізувати її **основні риси**.

Правова система є одним із різновидів соціальної системи. Поряд та у взаємозв'язках із нею існують інші види соціальних систем: політична, економічна, релігійна тощо.

Правова система формується, як правило, в межах певної держави (в такому разі використовують назву «*національна правова система*»). Але в деяких випадках правова система може виходити за межі держави і охоплювати соціальні системи різних країн (саме так виникли релігійні правові системи — мусульманська, канонічна, індуська, іудейська та міжнародно-правові системи, наприклад, європейське право).

Правові системи мають різний ступінь розвитку. Так, розвиток правової системи можна визначити за кількісними та якісними критеріями. До кількісних належить наявність розвинутої системи норм права та відповідних джерел, системи правозастосовних інститутів, системи правової освіти тощо; до якісних — ступінь соціальної за-требуваності права, його реальна здатність врегулювати суспільні відносини.

Правова система формується під впливом об'єктивних історичних чинників (національних, релігійних, економічних та ін.), які є унікальними для кожного суспільства та зумовлюють різноманітність правових систем. Водночас треба пам'ятати про існування також суб'єктивних чинників впливу на правову систему, перш за все правову політику держави.

Правова система складається з різнорідних елементів. Деякі з них характеризуються як статичні, деякі — як динамічні. Головним елементом будь-якої правової системи є система права, навколо якої формуються всі інші елементи. Через це навіть визначають, що право існує, формується та функціонує завдяки правовій системі.

Правова система характеризується цілісністю. Це явище — не тільки сукупність певних елементів та їх рис. Унаслідок утворення нового цілісного явища у нього з'являються якісно нові риси, яких немає у складових елементів, наприклад, здатність забезпечувати правопорядок.

Правова система має відносно стійкий характер у часі. Риси, яких вона набуває в перебігу історичного процесу, формуються протягом тривалого часу, мають стійкий характер та не можуть бути змінені у стислий строк.

Правові системи зберігають свою сутність та основні риси навіть у разі зміни державних форм організації суспільства (розпад держави, втрата незалежності, об'єднання або роз'єднання), тобто демонструють правонаступність.

Як уже зазначалося, головним елементом правової системи є право, але це далеко не єдиний її структурний компонент. Науковці відносять до її структури законодавство, правові установи, юридичну практику, правореалізацію та правозастосування, права, свободи і обов'язки громадян, правовідносини, правосвідомість, правову культуру, законність та правопорядок тощо. Усі елементи правової системи можуть бути згруповані у декілька підсистем, що становлять її структуру.

До структури правової системи входять:

суб'єктна складова — сукупність усіх суб'єктів, що діють у межах правової системи (індивідуальних та колективних, державних та недержавних);

нормативна складова — сукупність норм і принципів права, які регулюють відносини між суб'єктами права, втілених у систему визнаних джерел права;

ідеологічна складова — сукупність поглядів на право та інші правові явища, що охоплюються правовою психологією і правовою ідеологією та визначають рівень правової культури, наявні правові цінності;

функціональна складова — процес правотворчості, правореалізації та правозастосування, судова та інша юридична практика;

5) *результативна складова* — відображає результати дії права, ступінь його соціальної затребуваності та відповідності інтересам соціуму, стан правопорядку в суспільстві.

Поняття «правова система» слід відрізнити від поняття «система права». Останнє відображає порядок побудови і взаємозв'язків між нормами, інститутами та галузями права конкретної держави. У той же час у понятті «правова система» відображається не стільки внутрішня структура права, скільки автономність і своєрідність правової системи як самостійного соціального утворення.

У компаративістиці розрізняють вузьке і широке значення терміна «правова система».

У *вузькому значенні* правова система — це право певного суспільства і пов'язані з ним правові явища. Наприклад, у цьому значенні термін «правова система» використовується у словосполученні «правова система суспільства» або «національна правова система».

Правовою системою у *широкому розумінні* є певна сукупність різних правових систем, об'єднаних за спільними ознаками. Термін «правова система» в широкому значенні є тотожним терміну «правова сім'я», що активно використовується в порівняльному правознавстві.

■ § 2. Загальна характеристика правової карти світу

Правова карта сучасного світу є досить складним та неоднорідним утворенням. Спрощеним є підхід, коли її визначають лише як сукупність національних правових систем, тобто правових систем всіх існуючих держав. Ще Р. Давид відзначав, що у сучасному світі кожна держава має власне право, а буває й так, що в одній країні діє декілька конкуруючих правових систем. Власне право можуть мати також недержавні спільноти, а також окремо існує міжнародне право¹. Проте саме національні правові системи є основним структурним елементом правової карти сучасного світу.

Труднощі аналізу цих систем починаються з досить простого питання — скільки національних правових систем існує у світі? Членами Організації Об'єднаних Націй зараз є 192 країни, кожна з яких має власну *національну правову систему*. Водночас необхідно пам'ятати про існування так званих невизнаних держав, кожна з яких також фактично має власну правову систему (Тайвань, Північний Кіпр та ін.).

Деякі території можуть не мати державного суверенітету та бути тимчасово залежними від інших держав або міжнародних організації (так звані території з перехідним правовим режимом). Зараз у світі нараховується близько 20 несамостійних територій, що перебувають під зовнішнім управлінням Великої Британії, США, Франції, Нової Зеландії². Яскравим прикладом такої території є Палестинська національна автономія. Усі ці території, незважаючи на відсутність суверенітету, також мають власні правові системи.

В інших країнах, навпаки, водночас існує кілька правових систем, які можуть бути побудовані навіть на різних принципах (наприклад

¹ Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид : пер. с фр. В. А. Туманова. – М. : Прогресс, 1988. – С. 37–38.

² Оксамытний, В. В. Правовые системы современного мира: проблемы идентификации [Текст] : Открытая лекция / В. В. Оксамытний. – Киев, Москва, Симферополь : ИГП им. В. М. Корецкого НАН Украины ; Логос, 2008. – С. 29–30.

правова система Квебеку у Канаді, Шотландії у Великій Британії). Такі *субнаціональні правові системи* існують у межах єдиної національної системи, але водночас мають значну автономію та специфіку. Таким чином, у світі нараховується значно більше правових систем, ніж існує окремих держав.

Крім цього існують *наднаціональні правові системи*, які поширюються на соціальні системи кількох держав. Такою, наприклад, є правова система Європейського Союзу. Проблема існування *міждержавних правових систем* та особливості взаємовідносин з ними української правової системи нещодавно стала окремим об'єктом дослідження.

Також не слід забувати про існування *релігійних правових систем*, які також мають наднаціональний характер та величезну специфіку. Релігійні правові системи поширюють свою дію не на певну територію, а на конкретну релігійну громаду.

Таким чином, *правову карту світу* можна визначити, як складну систему національних (субнаціональних) та наднаціональних (міжнародних та релігійних) правових систем.

■ § 3. Поняття «правова сім'я»

Численність та різноманітність правових систем — це очевидність, що обумовлена різноманітністю людських суспільств, у межах яких існує і упорядковує життя право¹. Людство увійшло в третє тисячоліття у великій багатоманітності існуючих правових систем.

Підкреслюючи глибоку різницю в організації правових систем сучасності, порівняльне правознавство водночас припускає можливість їх зіставлення за певними принциповими критеріями для виявлення спільних ознак.

Для позначення групи правових систем, що мають схожі юридичні ознаки, які дають підстави говорити про відносну єдність систем, порівняльне правознавство користується специфічною термінологією: «*сім'я правових систем*», «*правові кола*», «*форма правових систем*», «*структурна спільність*». Проте найбільшого поширення в сучасній компаративістиці набув термін «*правова сім'я*».

¹ Бержель, Ж.-Л. Общая теория права : пер. с фр. / Ж.-Л. Бержель. – М. : Nota Bene, 2000. – С. 236.

На думку вчених-компаративістів, ситуація з об'єднанням правових систем у правові сім'ї нагадує ситуацію зі світовими релігіями. Наприклад, християнство об'єднує у своєму складі католицизм, православ'я та протестантизм, які, попри їх принципову розбіжність, засновані на фундаментальній єдності.

Об'єднання правових систем у правові сім'ї нагадує також об'єднання національних мов у мовні сім'ї, яке проводять вчені-лінгвісти (наприклад, українська мова входить до підгрупи східнослов'янських мов слов'янської групи, яка, у свою чергу, є складовою індоєвропейської мовної сім'ї). До речі, ідея об'єднання правових систем у певні групи виникає у компаративістів у другій половині XIX ст. саме під впливом лінгвістики.

Отже, **правова сім'я** — це певна сукупність правових систем, об'єднаних спільністю найбільш важливих рис, які вказують на суттєву схожість цих систем.

Поняття «правова сім'я» має *суттєве значення* для порівняльного правознавства. Так, використання цього поняття *полегшує порівняльно-правові дослідження*. Якщо б сьогодні хтось захотів охопити всі правові системи, він, за справедливим зауваженням професора Саїдова, просто потонує би в цьому емпіричному матеріалі. У XX ст. кількість лише національних правових систем збільшилася майже втричі й нині наближається до двохсот, тож вивчити кожну окрему правову систему неможливо. Тому дослідження насамперед має бути обмежене кількістю правових систем. Для цього доцільно визначити у складі тієї чи іншої правової сім'ї так звані *материнські* правові системи, де вперше були створені оригінальні правові рішення¹. Саме їх вивчення є найбільш корисним. Крім того, дослідження можна сконцентрувати на порівнянні правових сімей як *певних «моделей»*, *особливих типів права*, до яких входить більш-менш значна кількість правових систем.

Неможливо обійтися без поняття «правова сім'я» і при формуванні *загального уявлення про правову картину світу*. Тільки глибоке й усебічне вивчення правових сімей та правових систем, узятих спочатку кожна окремо, а потім — у їхньому взаємозв'язку і взаємодії, дозволяють намалювати чітку правову картину світу, що адекватно відображає реальну дійсність. Таке дослідження побудоване на діалектич-

¹ Саїдов, А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) [Текст] / А. Х. Саїдов. — М. : Юристъ, 2000. — С. 119–120.

ному прийомі сходження від абстрактного до конкретного і у зворотному напрямі.

Крім того, поняття «правова сім'я» *допомагає у вивченні окремих правових систем*. Завдяки об'єднанню правових систем у правові сім'ї компаративісти можуть виявити внутрішню спільність принципів та інститутів правових систем, побачити загальну основу правових систем, яка ховається за їхньою зовнішньою різноманітністю.

Допомога в пізнанні окремих правових систем є особливо відчутною в ситуації, коли дослідник починає вивчення іноземної правової системи. Віднесення конкретної правової системи до певної правової сім'ї дозволяє, навіть без детального ознайомлення з конкретним правовим матеріалом, зробити низку висновків про її характерні риси. Це свого роду дедукція: відомо, що певна правова сім'я має деякі характерні особливості. Також відомо, що правова система, яка досліджується, належить до цієї правової сім'ї. Отже, ми можемо зробити висновок про те, що даній правовій системі притаманні певні характерні особливості. Це дає можливість відразу ж сконцентруватися на їх дослідженні.

Поняття «правова сім'я» має наукове значення і для теоретиків права, оскільки принципово важливі особливості права, однотипні елементи, його якості та риси розкриваються значною мірою саме в сім'ях національних правових систем.

§ 4. Класифікація та типологія правових систем

Проблема класифікації правових систем на певні групи, у тому числі сім'ї, є однією з основних проблем порівняльного правознавства. Сама ідея групування правових систем у «правові сім'ї» виникла в порівняльному правознавстві в 1900 р. і набула великого поширення вже на початку ХХ ст. Так, наприклад, учасники I Міжнародного конгресу порівняльного права в 1900 р. розрізняли французьку, англо-американську, німецьку, слов'янську і мусульманську правові сім'ї¹.

Як відомо, *класифікація* — це система розподілу будь-яких однорідних предметів або понять за класами, відділами на основі певних

¹ Саидов, А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) [Текст] / А. Х. Саидов. – М. : Юристъ, 2000. – С. 121.

загальних ознак (критеріїв). У нашому випадку такими однорідними предметами виступають правові системи. Результатом класифікації правових систем є така систематична одиниця, як група правових систем.

Необхідність класифікації правових систем обумовлюється тим, що класифікація допомагає встановити найбільш важливі, загальні для всіх правових систем якості, сприяє їх більш глибокому пізнанню, дозволяє зафіксувати закономірні зв'язки між правовими системами. Класифікація полегшує визначення місця і ролі конкретної правової системи в загальній світовій системі, дає змогу робити обґрунтовані прогнози щодо шляхів подальшого розвитку як окремих правових систем, так і їхньої сукупності в цілому, сприяє уніфікації чинного законодавства й удосконаленню національних правових систем.

Традиційно складним є питання про вибір критеріїв класифікації національних правових систем. У пошуках цих критеріїв юристи-компаративісти брали за основу різні фактори. Зокрема, в основу класифікації поклалися такі критерії: роль правових джерел (Леві-Ульман), національні ознаки (Созе-Алль), зміст права (Армінджон, Нольде та Вольф), специфіка виробничих відносин (Йорсі), ідеологічні та техніко-юридичні критерії (Р. Давид), «правовий стиль» (К. Цвайгерт) тощо.

Класифікація може мати діахронний (історичний) або синхронний характер; її можна наводити як на рівні правових систем, так і в межах окремих галузей права різних правових систем. Звідси впливає *принципова можливість множинності класифікацій*, що побудовані за різними критеріями і здійснюються з різними цілями.

За допомогою різних критеріїв можливим є виокремлення різних класифікацій правових систем. Наведемо деякі з них.

1. Чисті правові системи та правові системи мішаного типу («гібридні»).

Правові системи мішаного типу об'єднують правила та інститути, що походять із різних правових систем і взаємодіють між собою. Найбільш яскравими є взаємовідносини західних правових систем і традиційних правових систем, що існують у межах більшості азіатських та африканських правових систем. До мішаних належать, зокрема, правові системи Філіппін, Японії, Шрі Ланки, Маврикію, Камеруну. Така мішаність відображає, а іноді сприяє проявам справжнього юридичного плюралізму.

2. Розвинуті та нерозвинуті правові системи.

Розвинуті правові системи — це системи, в яких розкрилися, розгорнулись якості писаного права; в них право є утворенням високого інтелектуального порядку, що виступає в суспільному житті як самостійний і сильний соціальний феномен.

Нерозвинуті правові системи — це ті системи, в яких не розкрились, не розгорнулись якості права як самостійного і сильного соціального феномену, що відіграє особливу роль у житті суспільства. Такими системами в сучасному світі є релігійно-традиційні правові системи: основи рішень життєвих ситуацій тут взагалі коріняться поза правом — у традиціях, у релігійних нормах, у постулатах ідеології.

3. Материнські і дочірні правові системи.

Материнські правові системи — це ті системи, де вперше були створені оригінальні правові рішення і які в подальшому утворили основу певної правової сім'ї.

Дочірні правові системи — це системи, які побудовані за моделлю інших (материнських) правових систем.

Так, материнською є англійська правова система, тоді як правові системи Канади, Австралії, Нової Зеландії, які побудовані за моделлю права Англії, належать до дочірніх.

4. Поділ на правові сім'ї. Цей особливий процес розподілу правових систем може відбуватися не на будь-яких критеріях, а на найбільш істотних та значущих. Таким чином, йдеться про *типологізацію* правових систем, визначення основних та найбільш поширених типів правових систем, що існують на правовій карті світу.

У компаративістиці ХХ ст. сформувались *два основні напрями* щодо поділу правових систем. Так, одні автори беруть до уваги тільки найсуттєвіші відмінності і схожі риси правових систем і в цьому випадку обмежуються виокремленням на правовій мапі світу трьох основних груп. Інші автори, беручи до уваги більшу кількість критеріїв, нараховують до восьми правових сімей. Перший напрям найбільш яскраво представлений у концепції правових сімей Р. Давида, другий — у концепції «правового стилю» К. Цвайгерта. Розглянемо ці класифікації більш детально.

Класифікація Р. Давида. Відомий французький компаративіст пропонує для класифікації правових систем два рівноправних критерії:

- *юридична техніка*, якою користуються юристи тієї чи іншої країни, вивчаючи і практикуючи право;
- *однакові філософські, політичні й економічні принципи.*

Неважко побачити, що перший критерій по суті, є технічним, а другий — ідеологічним.

Пояснюючи перший критерій, Р. Давид зазначає, що правові системи належать до однієї правової сім'ї тоді, коли методи роботи юристів, способи створення, систематизації, тлумачення норм права, джерела права і юридичний словник різних правових систем є ідентичними або в цілому збігаються. У іншому випадку ці правові системи належать до різних правових сімей.

Однак першого критерію недостатньо. Наприклад, якщо керуватися лише цим критерієм, то можна зробити висновок про те, що правові системи ФРН та НДР (йдеться про ситуацію до об'єднання цих держав) належать до однієї правової сім'ї. А це правильно, оскільки перша входить до романо-германської сім'ї, а друга входила до соціалістичної. Правові системи, що належать до однієї правової сім'ї, повинні спиратися на однакові філософські, політичні й економічні принципи.

На підставі цих критеріїв, Р. Давид висунув ідею трихотомії — виокремлення трьох правових сімей (романо-германської, англосаксонської, соціалістичної), до яких примикає весь інший юридичний світ, що охоплює чотири п'ятих планети за назвою «релігійні і традиційні системи». У своїх більш пізніх роботах Р. Давид розподілив релігійно-традиційну правову сім'ю на окремі підвиди: мусульманську, індуську, іудейську сім'ї, а також на правові сім'ї країн Далекого Сходу, Африки та Магадаскару¹.

Класифікація К. Цвайгерта. Видатний німецький вчений висуває як критерій класифікації поняття «правовий стиль». На думку К. Цвайгерта, поняття стилю як відмінної риси давно вже не є винятковим привілеєм мистецтва. Так, К. Цвайгерт наводить приклад застосування цього поняття в юриспруденції: згідно з 20-м канонам Кодексу канонічного права у випадку відсутності відповідної ясно вираженої норми — норму, що підлягає застосуванню, слід вивести, виходячи з аналогії загальних правових принципів, що відповідають поняттю канонічної справедливості, постійно діючої панівної доктрини і стилю, практики римської курії².

¹ Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози : пер. с фр. — М. : Междунар. отношения, 1996. — С. 25.

² Цвайгерт, К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права [Текст] / К. Цвайгерт, Х. Кетц : пер. с нем. : в 2 т. — Т. 1 : Основы. — М. : Междунар. отношения, 2000. — С. 107.

Вчений вважає, що окремим правовим системам і їх групам притаманний певний стиль. Порівняльне правознавство прагне виявити ці правові стилі та залежно від вирішальних стильових елементів розташувати окремі правові системи у правових колах.

«Стиль права» як критерій для класифікації правових систем визначається, на думку К. Цвайгерта, *п'ятьма факторами*:

- 1) історичним походженням і розвитком правової системи;
- 2) панівною доктриною юридичного мислення та її специфіки;
- 3) своєрідними правовими інститутами;
- 4) правовими джерелами і методами їхнього тлумачення;
- 5) ідеологічними факторами¹.

На цій основі К. Цвайгерт розрізняв *вісім правових сімей*: романську, германську, скандинавську, загальну, соціалістичну, далекосхідну, ісламську, індуську.

Однак на підставі запропонованих К. Цвайгертом критеріїв можливі й інші варіації, оскільки, на думку вчених-компаративістів, не можна претендувати на математичну точність у галузі суспільних наук. Наприклад, деякі вчені, у цілому підтримуючи класифікацію К. Цвайгерта, додатково вирізняють на правовій карті світу латиноамериканську, іудейську, звичаєву, слов'янську правові сім'ї.

Слід зазначити, що обидві класифікації (як найбільш загальна тричленна, так і більш детальна) є корисними і тому мають право на існування. Проте кожна з двох класифікацій (типологій) не є досконалою. По-перше, наведені класифікації є неповними, тому що не охоплюють усі правові системи. Сам Р. Давид відзначив, що його трихотомія охоплює лише одну п'яту земної кулі. Зокрема, досліджувалися лише дві системи релігійного права: мусульманське (ісламське) та індуське, а це далеко не повний перелік правових систем релігійного типу. По-друге, інколи об'єднуються правові системи, які не мають майже нічого спільного, а іноді мають протилежні риси. Йдеться про об'єднання в межах однієї класифікаційної групи правових систем релігійного та традиційного типу. По-третє, у наведених класифікаціях порушена логіка, тому що не можна розглядати окремі релігійні системи, наприклад, мусульманське право, як правові сім'ї — вони не поєднують у своєму складі різних правових систем.

¹ Цвайгерт, К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права [Текст] / К. Цвайгерт, Х. Кетц : пер. с нем. : в 2 т. – Т. 1 : Основы. – М. : Междунар. отношения, 2000. – С. 108.

Методологією відбору елементів правової системи як критеріїв поділу може бути оцінка їх впливу на розвиток всієї системи, дослідження їх взаємозв'язків у аспекті «причина — наслідок». На наш погляд, саме ідеологічна складова — правова свідомість та правова культура суспільства мають стати основними критеріями типізації правових систем на правові сім'ї. Форма всіх інших явищ правової системи — правових норм та їх системи, джерел права, особливостей правозастосування тощо є наслідком певної правосвідомості суспільства.

Водночас застосування такого складного та багатогранного явища, як критерію поділу, може викликати певні складнощі під час дослідження. Тому в деяких випадках, можливим є виокремлення інших додаткових критеріїв, які, з одного боку, повинні найяскравіше відбивати специфіку правосвідомості певного суспільства, а з другого — бути простими, інструментальними та зручними для порівняння. Одним із найбільш зручних у такому плані критеріїв є джерела права. Так, М. М. Марченко підкреслює, що саме в джерелах права значною мірою відбивається специфіка праворозуміння в різних правових системах¹.

Отже, поряд із загальноновизнаними сім'ями *романо-германського* та *англо-американського права* необхідно виокремити дві самостійні сім'ї (типи) *релігійного* та *традиційного права*. Головними критеріями виокремлення кожного типу є досить суттєві відмінності у праворозумінні, але водночас досить чітко простежується різниця і за похідним критерієм — за джерелами права.

Слід зазначити, що будь-який логічний поділ правових систем має *відносний характер*. По-перше, у деяких правових системах можна знайти інститути права, галузі й навіть правові системи, що за своєю природою і характером належать до інших правових сімей. Так, у правовій системі штату Луїзіана (США) як колишньої колонії Франції історично склалися і значною мірою зберігаються основні ознаки романо-германського права. У той же час правова система США, у межах якої існує правова система Луїзіани, належить до сім'ї англо-американського права.

По-друге, відносний характер класифікації виявляється у взаємному переплетінні норм, інститутів, правових традицій різних правових сімей. Це обумовлено тим, що правові сім'ї можуть належати до однієї цивілізації. Так, сім'ї англо-американського та романо-германського

¹ Марченко, М. Н. Источники права [Текст] / М. Н. Марченко. – М. : Проспект, 2005. – С. 13.

права сформувалися під впливом західної правової традиції і мають багато спільного.

По-третє, при класифікації слід враховувати об'єктивний процес конвергенції, або зближення двох основних правових сімей — англо-американської і романо-германської, який зменшує різницю між цими правовими системами¹.

По-четверте, класифікацію можна проводити як на рівні правових систем, так і на рівні провідних галузей права. Необхідно брати до уваги те, що одну правову систему можна зарахувати до різних правових сімей залежно від того, яка галузь (або галузі) права береться як критерій. Наприклад, правові системи латиноамериканських країн при класифікації, заснованій на приватному праві, виявляться — з деякими відхиленнями — такими, що належать до романо-германської правової сім'ї, тоді як при класифікації, заснованій на конституційному праві, більшість цих країн потрапить до групи американського права сім'ї загального права².

§ 5. Мішані правові системи

За рівнем однорідності (можливістю віднесення до певної правової сім'ї) сучасні правові системи поділяються на однорідні («чисті») та мішані. **Мішані правові системи** — це група систем, що сформувалися (в деяких випадках — продовжують формуватися) під впливом кількох правових сімей разом, спираються на їхні юридичні традиції та інструменти. Значна кількість, географія поширення і розмаїтість мішаних систем визначає важливість їх виокремлення й спеціального вивчення. Адже разом вони регламентують життя більш як 150 мільйонів людей і охоплюють територію розміром із субконтинент³. Відомий компаративіст професор В. Палмер (США) навіть обґрунтував ідею об'єднання цих систем в окрему правову сім'ю⁴, що було підтримано багатьма правознавцями.

¹ Марченко, М. Н. Источники права [Текст] / М. Н. Марченко. — М. : Проспект, 2005. — С. 260–262.

² Кнапп, В. Крупные системы права в современном мире [Текст] / В. Кнапп // Сравнительное правоведение : сб. статей. — М. : Прогресс, 1978. — С. 212.

³ Маркова-Мурашова, С. А. Современные правовые системы: тенденции интеграции и дифференциации [Текст] : монография / Светлана Александровна Маркова-Мурашова. — Краснодар : Кубан. гос. ун-т, 2005. — С. 196.

⁴ Palmer, V. Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family [Text] / Vernov Valentine Palmer. — Cambridge : Cambridge University Press, 2007. — 516 p.

Головним чинником такого «змішування» правових систем у межах однієї держави чи навіть окремої адміністративної одиниці у складі держави є *правова акультурація* — процес глобальної трансформації, яку зазнає одна правова система від контакту з іншою правовою системою з використанням різних за природою та силою впливу засобів примусу.

Ця трансформація здійснювалася різними шляхами. Так, британці, що були озброєні традиціями загального права, намагалися привнести у правовий побут своїх колоній нову судову практику, пристосувати місцеве звичаєве право до завдань ефективного адміністративного управління. Французи у своїх колоніях пішли радикальнішим шляхом часткової або повної відмови від сталих місцевих традицій і норм. Ісламізація народів, що були підкорені Халіфатом, а пізніше Османською імперією, забезпечила засвоєння ними законів шаріату¹.

За *походженням* мішані правові системи поділяються на такі, формування яких є результатом зовнішнього втручання (*переміщення права шляхом примусу*), і такі, що були обрані вільно — з метою зближення з іншими правовими сім'ями, підвищення ефективності правового регулювання (*переміщення права шляхом рецепції*)². Переважна більшість мішаних систем належать до першого типу, сформувалися внаслідок колонізації, анексії, уступок територій. До другого типу слід віднести передовсім правові системи Шотландії та Ізраїлю — відповідно найстарішу (початок XVIII ст., а за твердженням сучасних дослідників — набагато раніше) та наймолодшу (друга половина XX ст.) із мішаних систем.

Після процесу деколонізації нові держави Азії, Африки, Океанії, сформувавши нові правові системи, у значній частині зберегли правові системи колонізаторів, що діяли на момент набуття незалежності. При цьому часто-густо незалежні суди цих держав формують право, інтерпретуючи новітнє законодавство минулих колонізаторів, але з урахуванням місцевих звичаїв.

Унаслідок цих та багатьох інших політичних, ідеологічних та культурних процесів сформувалися мішані правові системи, що являють собою продукт складних альянсів романо-германського (французького,

¹ Ковлер, А. И. Антропология права [Текст] / Анатолий Иванович Ковлер. – М. : НОРМА, 2002. – С. 246–247.

² Див.: Рулан, Н. Историческое введение в право [Текст] : учеб. пособие / Норбер Рулан ; пер. с фр. А. Б. Воронов, Г. В. Гаровников, Е. В. Головина и др. – М. : NOTA BENE, 2005. – С. 370.

бельгійського, римо-голландського, іспанського тощо) та/або англо-американського права з релігійним та/або місцевим звичаєвим правом. До них, зокрема, належать такі правові альянси:

1) романо-германського (французького, бельгійського, іспанського) та релігійного (зазвичай мусульманського, у деяких країнах — індуського) права: Алжир, Бахрейн, Єгипет, Йорданія, Ірак, Іран, Ємен, Коморські острови, Кувейт, Ліван, Мавританія, Марокко, ОАЕ, Сирія, Сомалі, Таїланд, Туніс;

2) романо-германського та місцевого звичаєвого права (яке зазвичай поширене за межами великих міст, серед сільського населення): Бенін, Буркіна-Фасо, Бурунді, Габон, Мадагаскар, Гвінея, Екваторіальна Гвінея, Конго, Малі, Нігер, Руанда, Сенегал, Того;

3) англо-американського (передовсім англійського загального) та релігійного права: Бангладеш, Бруней, Індія, Малайзія, Мальдівська Республіка, М'янма, Непал;

4) англо-американського (передовсім англійського загального) та місцевого звичаєвого права: Гана, Замбія, Ліберія, Малаві, Папуа-Нова Гвінея, Сьєрра-Леоне;

5) романо-германського, релігійного та місцевого звичаєвого права: Джибуті, Індонезія, Кот-д'Івуар, Чад;

6) англо-американського, релігійного та місцевого звичаєвого права: Гамбія, Кенія, Нігерія, Пакистан, Танзанія;

7) романо-германського, англо-американського та релігійного права: Ізраїль, Шрі-Ланка;

8) романо-германського, англо-американського та місцевого звичаєвого права: Ботсвана, Зімбабве, Лесото, Намібія, Свазіленд, Південно-африканська Республіка;

9) романо-германського та англо-американського права: Квебек (Канада), Луїзіана (США), Маврикій, Мальта, Пуерто-Рико (США), Сейшельські острови, Сент-Люсія, Філіппіни, Шотландія (Велика Британія);

10) релігійного (мусульманського) та місцевого звичаєвого права: Судан.

Деякі дослідники до мішаної відносять також правову систему Китаю — як таку, що являє собою сплав соціалістичного, романо-германського та традиційного права.

За поширенням у межах держави мішані правові системи поділяються на незалежні та формально залежні. Більшість систем є *незалежними*, оскільки кожна з них охоплює цілу державу. До *формально*

залежних належать правові системи Квебеку, штату Луїзіана, Пуерто-Рико та Шотландії як такі, що діють у межах не всієї держави, а її окремої адміністративної одиниці. Водночас ці адміністративні утворення мають значну місцеву автономію, зокрема щодо правового регулювання. Їхні правові системи є сплавом традицій та інструментів романо-германської й англо-американської правових сімей.

При цьому вплив навіть однієї правової сім'ї на ту чи іншу мішану систему не є однорідним. Так, наприклад, формування правових систем Квебеку, Південноафриканської Республіки, Ізраїлю відбулося під впливом виключно англійського загального права, отже, практики англійських судів та доктрини англійських правознавців. Водночас на цивільне право Луїзіани, Пуерто-Рико та Філіппін вплинуло американське право з його особливостями, зокрема високим рівнем адаптованості до соціальних змін.

Як різновид мішаних правових систем окремі правознавці розглядають так званий *гібридний тип правової системи* як сукупність національних правових систем, які мають спільні риси, що виявляються в єдності їх закономірностей і тенденцій розвитку на основі сприйняття елементів правових систем виключно романо-германського і англо-американського типів. У такому типі правової системи домінуючим джерелом права є нормативно-правовий акт, якому відведена основна роль у регулюванні суспільних відносин. Водночас судова практика тут також посідає істотне місце в системі джерел права. Отже, при виділенні гібридного типу правової системи правознавці мають на увазі групи систем, в яких існують елементи двох сімей — романо-германської та англо-американської. Наприклад, до цього типу нерідко відносять північноєвропейську (скандинавську) і латиноамериканську групи правових систем.

Слід зазначити, що формування групи мішаних правових систем не можна вважати завершеним. Серед факторів, що обумовлюють перспективи розширення цієї групи, треба враховувати зміни на політичній карті світу (зокрема, частковий розпад сім'ї соціалістичного права), конвергенцію (зближення) романо-германської та англо-американської правових сімей, а саме визнання в межах першої окремим джерелом права судової правотворчості, поширення в цивілізованому світі політики мультикультуралізму, що спрямована на розвиток та збереження в окремих державах й у світі в цілому культурних відмінностей, визнання за етнічними групами колективних політичних прав.

§ 6. Європейське право

Складовими європейського правового простору є юридичні норми, принципи та стандарти, вироблені в рамках регіональних міжнародних міждержавних організацій, насамперед, Європейського Союзу (з 1951 р.), Ради Європи (з 1949 р.), Організації з питань безпеки і співробітництва у Європі (ОБСЄ) (з 1975 р.), а також механізм узгодження на їхній основі національних правових систем держав Європи, який охоплює не тільки правові норми, а й правову культуру та правову свідомість. На думку багатьох дослідників, головним інструментом європейської правової інтеграції виступає європейське право.

У *широкому* розумінні **європейське право** включає всі норми права, які діють і застосовуються в межах основних європейських міжнародних міждержавних організацій — Ради Європи (разом із прийнятою в її рамках Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод), Європейського Союзу, ОБСЄ.

У *вузькому* розумінні **європейським правом** називають особливу правову систему, що складається в ході інтеграційних процесів у рамках *Європейського Союзу (ЄС)*.

Розбудова ЄС почалася у 50-ті рр. XX ст. Її пов'язують з виникненням інтеграційних міждержавних об'єднань — Європейських співтовариств: Європейського співтовариства з вугілля і сталі, Європейського співтовариства з атомної енергії та Європейського економічного співтовариства. Формально міжнародна організація під назвою **Європейський Союз** функціонує з 1 листопада 1993 р., коли набув чинності Договір про Європейський Союз, укладений у Маастрихті в 1992 р. На сьогодні до складу ЄС входять 27 держав, які передали частину своїх суверенних прав Союзу для ефективного виконання поставлених перед ним завдань. У рамках ЄС діють такі *інституції*, як Європейський парламент, Європейська рада, Рада Союзу, Європейська Комісія, Суд ЄС, Європейський центральний банк, Рахункова палата.

Згідно з Договором про ЄС, Союз засновано на цінностях поваги до людської гідності, свободи, демократії, рівності, верховенства права та поваги до прав людини, зокрема осіб, що належать до меншин. Ці цінності є спільними для всіх держав-членів у суспільстві, де панує плюралізм, недискримінація, толерантність, правосуддя, солідарність та рівність жінок і чоловіків.

Право ЄС є результатом *міжнародної співпраці* і *наднаціональної правотворчості*. Воно є автономною як щодо міжнародного публічного права, так і внутрішньодержавного права інтеграційною правовою системою, для якої характерні власні структура і джерела права, форми правотворчості і правозастосування, специфічні механізми забезпечення примусового виконання її юридичних норм. З точки зору порівняльного правознавства правова система Євросоюзу є різновидом регіональної *міждержавної правової системи*.

Система європейського права складається із сукупності узгоджених між собою *принципів і норм права*, що об'єднані у відносно самостійні структурні утворення — інститути і галузі права. Її можна структурувати за трьома основними критеріями.

1. *Предметний критерій*. За предметом і методом правового регулювання норми європейського права об'єднуються в інститути, підгалузі і галузі права. Так, у системі європейського права виокремлюють: а) *галузі публічного права* (конституційне, адміністративне право, галузі процесуального права та ін.); б) *галузі приватного права* (цивільне, трудове та ін.); в) *комплексні галузі та міжгалузеві інститути* (аграрне, екологічне, підприємницьке, банківське право, право соціального забезпечення та ін.).

2. *Функціональний критерій*. За функціональним призначенням розрізняють: а) *інституційне право*, що регулює порядок формування і функціонування органів Союзу, визначає їх статус і компетенцію; б) *матеріальне право* (регулює відносини, пов'язані з реалізацією цілей Співтовариств і Союзу).

3. *Структурний*. До прийняття Лісабонського договору 2007 р., що набув чинності 1 грудня 2009 р., система європейського права відповідно до структури самого ЄС включала такі блоки норм:

а) право Європейських співтовариств — норми, прийняті у межах Європейського співтовариства, Європейського співтовариства з атомної енергії, Європейського співтовариства з вугілля і сталі (*право I опори*);

б) норми права, які закріплюють *основи спільної закордонної і безпекової політики ЄС* (*право II опори*);

в) норми права, які регулюють *співпрацю національних поліцейських і судових органів з кримінальних питань* (*право III опори*).

Лісабонським договором 2007 р. структура трьох опор була ліквідована, і «новий» Євросоюз набув єдиної (у т.ч. міжнародної)

правосуб'єктності і компетенції, а право ЄС — єдиного, цілісного характеру.

Принципи європейського права — відправні засади цієї правової системи, які визначають зміст правотворчої, правозастосовної і правоохоронної діяльності ЄС у цілому і його держав-членів.

Залежно від сфери дії принципи права ЄС поділяють на загальні і спеціальні.

Загальні принципи права є досягненням сучасної європейської цивілізації, виражають сутність європейського права, поширюються на всю правову систему і підтверджуються установчими договорами ЄС і рішеннями Суду ЄС. Статус загальних принципів права мають принцип пропорційності, принцип рівності, принцип правової певності, деякі процесуальні принципи.

Спеціальні принципи права підкреслюють особливості правового регулювання в окремих сферах суспільного життя і поширюються у межах певних галузей та інститутів права. Наприклад, спеціальними є принцип відповідальності забруднювача в екологічному праві, принцип рівної оплати праці чоловіків і жінок — у трудовому праві.

Особливу категорію становлять *принципи права ЄС, які визначають співвідношення правової системи ЄС з правовими системами держав-членів*. До них відносять *принцип верховенства права ЄС¹* і *принцип прямої дії права ЄС*.

Принцип верховенства права ЄС означає, що його норми мають більшу юридичну силу порівняно з нормами правових систем держав-членів. Юрисдикційні органи держав-членів: а) у разі суперечностей між нормами права ЄС і національного права приймають рішення, користуючись джерелами права ЄС; б) тлумачать норми внутрішньодержавного права відповідно до норм права ЄС; в) у разі колізій між чинним законодавством ЄС та його установчими договорами зупиняють судовий процес і направляють запит до Суду ЄС. Якщо Суд ЄС визнає законодавчий акт ЄС недійсним, національні суди вирішують справу на підставі норм установчих договорів.

Принцип прямої дії права ЄС передбачає, що чітко та безумовно сформульована норма права ЄС безпосередньо наділяє фізичних та юридичних осіб конкретними суб'єктивними правами, а державні

¹ У Лісабонському договорі 2007 р. цей на принцип згадується як принцип обов'язкової юридичної сили права ЄС.

органи, насамперед суди, — обов'язком щодо їх захисту. Пряму дію можуть мати норми не тільки установчих договорів, а й правових актів наднаціональних органів. Навіть якщо правовий акт формально адресований державам-членам (наприклад, директива), фізичні та юридичні особи можуть посилалися на їх чітко та безумовно сформульовані норми у відносинах з державою-членом ЄС при розгляді справ у національному суді.

Джерела європейського права — це зовнішні форми виразу його правових норм. За юридичною силою джерела права класифікують на первинні (мають вищу юридичну силу в правовій системі) і вторинні, або похідні (прийняті на основі первинного права). Окрему групу джерел європейського права становлять *прецеденти* Суду ЄС та Європейського суду з прав людини.

Первинними джерелами визнаються *установчі договори* — Договір про ЄС 1992 р. (Маастрихтський договір у редакції Лісабонського договору 2007 р.) та Договір про функціонування Європейського Союзу (Римський договір 1957 р. про заснування Європейського співтовариства, переглянутий і перейменований Лісабонським договором 2007 р.). Норми установчих договорів мають вищу юридичну силу, створюють основу, на якій будується вся правова система ЄС, а їх значення порівнюється з роллю конституції в національній правовій системі. Іншими первинними джерелами права ЄС є *загальні принципи права* (принцип заборони свавілля, принцип пропорційності, принцип захисту довіри та принцип правової певності, принцип недискримінації та ін.). Всі правові акти та дії ЄС повинні відповідати загальним принципам права; відсутність такої відповідності є підставою для визнання акта або дії нікчемними.

До джерел *вторинного права* відносять *правові акти*, що видаються органами ЄС на основі положень установчих договорів або на основі повноважень, які випливають з іншого правового акта ЄС. Основними формами вторинного права є регламент, директива, рішення, рекомендації та висновки. Так, *регламент* має загальне застосування (нормативний характер), є обов'язковим і підлягає прямому застосуванню в усіх державах-членах. *Директива* є обов'язковою для кожної держави-члена, якій вона адресована, але вона залишає на розсуд держав-членів вибір форм і засобів, які вони вважають придатними для досягнення мети, яка переслідується директивою. *Рішення* є юридично обов'язковими актами, адресованими конкретній

особі чи державі-члену, або прийняті для реалізації організаційних та практичних заходів. *Рекомендації та висновки* — це правові акти, які не мають обов'язкової сили і з допомогою яких інституції Союзу висловлюють пропозиції або офіційні позиції з різних питань. Відповідно до положень Лісабонського договору нормативні акти, які приймаються законодавчими інституціями Союзу — Європейським парламентом і Радою Євросоюзу (регламенти, директиви, рішення), — формально віднесені до *законодавчих* актів, а всі інші правові акти — до *незаконодавчих*. Серед незаконодавчих актів виокремлюють *виконавчі та делеговані*. Виконавчі акти видаються Єврокомісією (інституції з виконавчими повноваженнями) на основі і на виконання законодавчих актів. Делеговані акти приймає Єврокомісія на основі повноважень, делегованих їй у законодавчих актах Європарламенту і Ради.

Важливим джерелом європейського права виступають *рішення Суду ЄС*. Правила, встановлені Судом Європейського Союзу, обов'язкові для сторін у справі і для самого суду у майбутньому, є *прецедентами* для національних органів правосуддя всіх держав-членів. Вони доповнюють і розвивають положення установчих договорів (норм первинного права) та не можуть їх змінювати. Норми вторинного права не тільки конкретизуються, а й скасовуються рішеннями Суду ЄС.

Діяльність Суду ЄС сприяє однотипному розумінню й ефективно-му застосуванню права ЄС. Установчі договори ЄС дозволяють Суду ЄС штрафувати держави за невиконання його рішень. Європейський Суд у межах своєї преюдиціальної юрисдикції здійснює контроль за відповідністю законодавству ЄС дій та рішень (у тому числі законів) держав-членів. При цьому перевіряється не конкретний закон, а абстрактна норма (у відриві від джерела, де вона закріплюється) або правозастосовча практика в цілому (безвідносно до її суб'єктів). Суд позбавляє акти юридичної сили, констатує неприпустимість їх застосування в цілому (або окремих положень) при розгляді справ в національних судах. Рішення Суду ЄС зв'язують не тільки національний суд, який подає запит, а й судові органи всіх держав-членів у випадках зіткнення їх з аналогічними колізіями між внутрішньодержавним і європейським правом. Це правило поширюється і на нормативні тлумачення Суду ЄС, які мають юридично обов'язковий характер для всіх судів держав-членів ЄС при вирішенні ними аналогічних справ.

Вплив права ЄС на національні правові системи. В останні роки значно посилюється вплив європейського права на розвиток національних правових систем. Природно, що ступінь цього впливу і характер співвідношення національного права з правом ЄС залежить від статусу держав: вони можуть бути членами ЄС, державами — кандидатами на вступ до ЄС (Ісландія, Македонія, Туреччина, Хорватія, Чорногорія), потенційними кандидатами на вступ (Албанія, Боснія і Герцеговина, Сербія) або мати інший статус.

Правові системи більшості держав — членів ЄС відносяться або тяжіють до романо-германської правової сім'ї. У всіх державах — членах ЄС визнаються принципи верховенства і прямої дії права ЄС. Правозастосовчі органи держав-членів сприймають європейське право як чинне і обов'язкове до виконання, його норми безпосередньо наділяють фізичних та юридичних осіб конкретними правами, а на державні органи (насамперед судові) покладають відповідні зобов'язання щодо їх захисту. У разі колізій між нормами національного права держав-членів і нормами права ЄС пріоритет мають останні. Пріоритет закріплюється переважно за положеннями установчого договору, а норми національного законодавства, які йому суперечать, не стають «нікчемними», а просто не підлягають застосуванню. Суд ЄС і національні суди зобов'язані застосовувати інкорпоровані в національні правові системи країн держав — членів ЄС норми європейського права і забезпечувати ефективний захист прав, що виникають на їх основі. У той же час право ЄС не може порушувати основні принципи конституційного ладу держав — членів ЄС. Це свого роду гарантія від остаточного поглинання національних правових порядків наднаціональною правовою системою.

Також здійснюється гармонізація з правом Євросоюзу національного права держав, що уклали з ЄС угоди про асоціацію (асоційовані країни). Таку гармонізацію слід розглядати як етап у процесі поступової уніфікації правових норм ЄС та держав — кандидатів на вступ. Завдяки гармонізації національне право таких держав поповнюється нормами права ЄС, що створює правові засади для залучення їх до європейської інтеграції. Основними *способами* зближення національного права асоційованих країн з правом ЄС є *прийняття національних правових актів*, які тією чи іншою мірою враховують положення права ЄС; *приєднання країни до міжнародних угод*, які зобов'язують ЄС та його держав-членів; *інкорпорація* в національне законодавство пра-

вових актів ЄС (директив); *взаємне визнання* сторонами *стандартів*, діючих у кожній із них; *паралельне* ухвалення асоційованими країнами нормативних актів, що є ідентичними або схожими за своїм змістом з актами ЄС¹.

Правові засади гармонізації національного права *інших держав* (неасоційованих країн) із правом ЄС передбачені окремими міжнародними угодами, укладеними такими державами з ЄС. Гармонізація сприяє поширенню права ЄС на правопорядки країн, з якими укладено угоди про торгівлю та економічне співробітництво або партнерство. Положення щодо забезпечення приблизної адекватності національних законів і норм права ЄС належать до так званого «м'якого права», оскільки конкретні способи і строки проведення гармонізації не встановлюються. Отже, гармонізація має загалом *однобічний* характер і фактично повністю залежить від зусиль неасоційованих країн.

Важливою умовою поглиблення співпраці України з ЄС є гармонізація її законодавства з правом ЄС. Вона здійснюється на основі Угоди про партнерство і співробітництво між Україною та ЄС 1994 р. (далі — УПС) та інших документів. Конкретні заходи та етапи адаптації законодавства України до законодавства Євросоюзу передбачені Законом України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» 2004 р. Положення УПС щодо гармонізації мають *рамковий характер*, а їх реалізація вимагає ухвалення правових актів, створення необхідних інституційних механізмів та проведення відповідних дій як на міжнародному рівні у відносинах сторін, так і в правопорядку України та ЄС. Найбільш поширеними *способами* гармонізації є *приєднання* України до міжнародно-правових документів, які закріплюють міжнародні стандарти у певній галузі, та *ухвалення* національних правових актів, положення яких відповідають нормам права ЄС. УПС визначає, що гармонізація шляхом приєднання до міжнародних зобов'язань здійснюється в сфері захисту прав на інтелектуальну власність, в сфері енергетики, охорони довкілля та боротьби з відмиванням грошей. Пріоритетними

¹ Муравйов, В. Гармонізація законодавства як феномен європейської інтеграції. [Текст] / В. Муравйов // Законотворчість. Проблеми гармонізації законодавства України з міжнародним та європейським правом : зб. наук.-практ. матеріалів. Вип. 4. – К., 2005. – С. 25.

сферами для прийняття національних правових актів відповідно до стандартів права ЄС названі митне право, законодавство про компанії, банківське право, бухгалтерський облік компаній, податки, інтелектуальна власність, охорона праці, фінансові послуги, правила конкуренції, державні закупівлі, охорона здоров'я та життя людей, тварин, рослин, довкілля, захист прав споживачів, технічні правила і стандарти, енергетика, транспорт.

Україна наразі веде переговори з ЄС про укладання угоди про асоціацію. У разі набуття чинності такою угодою процес гармонізації законодавства України буде подібним до гармонізації національного законодавства, що була здійснена країнами Центральної та Східної Європи. Право ЄС виступає для України як потенційна модель для правової реформи, зразок для подальшого вдосконалення національного законодавства.

Вплив права Ради Європи на національні правові системи.

У 1949 році була створена **Рада Європи** — міжнародна організація, до складу якої на сьогодні входять 47 держав. Ця організація має на меті заохотити до розвитку демократичних інститутів і процедур на державному, регіональному та місцевому рівнях, сприяти дотриманню принципу верховенства права. У межах Ради Європи функціонують Парламентська Асамблея, Комітет Міністрів, Європейський суд з прав людини, Конгрес місцевих і регіональних влад.

Рада Європи приймає два види актів — конвенції та рекомендації. Кожна держава, яка підписує та ратифікує конвенцію, зобов'язана дотримуватися її положень та запроваджувати їх до національного законодавства. Рада Європи вже виробила 209 конвенцій, більша частина яких є відкритими, у тому числі для участі в них держав, що не належать до цієї організації. Конвенції Ради Європи формують широкий загальноєвропейський правовий простір і є правовою основою для здійснення країнами спільних заходів у економічній, соціальній, культурній, науковій, правовій та адміністративній галузі, а також у галузі прав людини. Комітет міністрів РЄ може ухвалювати *рекомендації* державам-членам щодо питань, які не потребують врегулювання через конвенції та щодо яких він виробив «загальну політику». Рекомендації не носять характеру зобов'язань, хоча Статут Ради Європи надає повноваження Комітету міністрів звертатися із запитом до урядів держав-членів із тим, щоб інформувати його про заходи, вжиті ними щодо цих рекомендацій.

Активна правотворча і правозастосовча діяльність Ради Європи дає підстави для висновку про існування окремої *правової системи Ради Європи* та її кваліфікації як одного з видів *міждержавної правової системи*.

Україна є членом Ради Європи з листопада 1995 р. На сьогоднішній день Україна підписала 95 і ратифікувала 76 конвенцій Ради Європи. Серед них — Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, Європейська соціальна хартія, Хартія місцевого самоврядування, Європейська хартія регіональних мов або мов меншин, Європейська конвенція про громадянство, Європейська конвенція про здійснення прав дітей, Конвенція про визнання кваліфікації з вищої освіти в Європейському регіоні, Конвенція про боротьбу з корупцією в контексті кримінального права, Європейська конвенція про боротьбу з тероризмом та ін. Завдяки участі України у Раді Європи значно посилюються гарантії захисту прав українських громадян, закладається правова база для співробітництва України з європейськими країнами у різних сферах життя.

Одним із найважливіших досягнень Ради Європи є вироблення загальноєвропейських стандартів прав людини. Підвалини цієї системи були закладені Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., яка стала справжнім загальноєвропейським біллем про права людини, «конституційним документом європейського публічного порядку».

Відмінною рисою Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод є встановлення незалежного наднаціонального механізму контролю за дотриманням її положень і притягнення до відповідальності держав-порушниць. Головним елементом контрольного механізму виступає Європейський Суд з прав людини, який почав працювати з 1959 р., а свій сучасний вигляд має з 1 листопада 1998 р. — з дня набуття чинності Протоколу №11 до Конвенції. Цей орган покликаний забезпечити однакове тлумачення і застосування Конвенції всіма державами-учасниками. Правовою основою діяльності Суду є розділ II Європейської Конвенції про захист прав людини і основних свобод («Європейський Суд з прав людини») і Регламент (Правила процедури) Європейського Суду з прав людини. Практика Європейського Суду з прав людини — приклад юридично обґрунтованого і цілком виправданого втручання світового співтовариства у внутрішні справи держав, де такі права порушуються. Результатом діяльності Європейського Суду з прав людини стало виникнення особливого

правового феномену — «права Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод».

Найважливішою категорією справ, які розглядає Європейський Суд з прав людини, є індивідуальні скарги, з якими до нього безпосередньо може звернутися «будь-яка фізична особа, будь-яка неурядова організація або будь-яка група приватних осіб», які вважають себе «жертвою порушення» прав, гарантованих Конвенцією. Індивідуальні скарги подаються тільки проти держав — учасниць Конвенції, а не проти інших фізичних чи юридичних осіб. Предметом скарги виступають основоположні права людини, закріплені у Конвенції і протоколах до неї. Умовою звернення до Європейського Суду з прав людини є вичерпання всіх внутрішніх засобів правового захисту. Задоволення Судом скарги приватної особи тягне за собою такі *правові наслідки*:

по-перше, відбувається *констатація факту порушення* державою-відповідачем конкретних норм Конвенції. З моменту набуття чинності рішення Суду для держави-порушниці виникає зобов'язання скасувати або внести зміни до внутрішньодержавних актів (як до індивідуальних, так і до нормативних, у тому числі до законів), а також здійснити інші дії на користь особи, визнаної Судом «потерпілою стороною»;

по-друге, рішенням Суду може присуджуватися *виплата «справедливої компенсації»* потерпілій стороні за рахунок бюджету держави-порушниці;

по-третє, з моменту набуття чинності рішення Суду стають *джерелом судової практики Європейського Суду з прав людини*. Ця судова практика визнається *de facto* джерелом загальноєвропейських стандартів прав людини і повинна враховуватися органами влади всіх держав — учасниць Конвенції.

Слід зазначити, що рішення Європейського Суду з прав людини формально обов'язкові тільки для держави-учасниці, щодо якої вони були винесені. Проте Суд має право офіційно тлумачити всі її статті і внаслідок такого тлумачення виводити з Конвенції нові принципи і норми, на які він посилається в наступних своїх рішеннях як на *прецедент*. Ці прецеденти зв'язують не тільки сам Суд, але є фактично обов'язковими для всіх держав — учасниць Конвенції, у тому числі і для України. Згідно із ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини» від 23.02.2006 р. суди України зобов'язані застосовувати Конвенцію та практику Суду як *джерело права*.

§ 7. Правова система України серед правових систем сучасності

Українська правова система формувалася в складних умовах, що зумовлено як відсутністю державної незалежності протягом значних періодів її історії, так і геополітичним положенням України та відповідним ідеологічним впливом різних за змістом правових та суспільних концепцій.

Самобутність вітчизняної правової системи обумовили певні історичні обставини:

1. **Зв'язок із Руською Правдою.** Цей акт відігравав особливу роль серед джерел права в Україні і мав значний вплив на розвиток правових систем Великого князівства Литовського і Польського королівства, у складі яких перебувала більшість українських земель.

2. **Вплив польсько-литовського права.** Великий внесок у формування вітчизняної правової традиції зробила правова система Великого князівства Литовського та теоретична робота кодифікаторів Литовських статутів. Так, на розвиток права впливали, зокрема, надання литовськими та польськими королями та князями переважно українській шляхті, міщанству, духовенству, а пізніше козацтву «привілеїв» на права та вольності, литовські статuti, нового статусу українських земель. Загалом же середньовічна українська правова система характеризується змаганням східної та західної традиції права: спочатку на підґрунті звичаєвого права Київської Русі перевагу мала східна традиція, однак у період створення Статутів Великого князівства Литовського на перший план виходить західна традиція.

3. **Дія Магдебурзького права на території України (XIII–XVIII ст.),** Магдебурзьке право — це одна з найбільш відомих систем міського права, яке діяло на території України і відповідно до якого окремі міста (наприклад, Сянок, Львів, Кам'янець-Подільський, Луцьк, Снятин, Житомир, Київ, Дубно, Ковель, Берестечко, Брацлав, Корсунь, Острог, Переяслав, Канев, Вінниця) дістали право самоврядування і право «між собою судитися і радитися».

4. **Державно-правовий досвід періоду Гетьманщини (Війська Запорізького).** Політичні програми гетьманів України та їх державотворча практика — унікальне явище в політичній історії Європи. Велике значення для формування національної правової системи того часу мали Зборівський договір 1649 р., Переяславський договір 1654 р.,

Корсунський договір зі Швецією 1657 р. та Гадяцький трактат 1658 р. Переяславський договір був конкретизований у «Березневих статтях» Б. Хмельницького і передбачав збереження Козацької республіки з усіма правами та привілеями козаків та їх старшини, збереження виборності гетьмана та ін.

Цікавим для державно-правової сфери був досвід Пилипа Орлика, при якому були складені й прийняті «Пакти й Конституції законів та вольностей Війська Запорізького» 1710 р. Цей документ передбачав створення парламентсько-гетьманської козацької республіки, розподіл повноважень між законодавчою, виконавчою та судовою владою.

5. Перебування українських земель протягом ХІХ–ХХ ст. у складі різних державних утворень (Російська імперія, Австро-Угорщина, Польща, Чехословаччина та ін.), завдяки чому українська правова система відчуває вплив різних правових традицій і різних правових систем.

6. Існування Української РСР у складі Радянського Союзу, яке дало підставу для віднесення українського права до правових систем соціалістичного типу.

7. Формування незалежної правової системи України. Умови для її створення виникли після проголошення Декларації про державний суверенітет 16.07.1990 р. й Акта про незалежність України від 24.08.1991 р. 12.09.1991 р. було прийнято Закон «Про правонаступництво України», відповідно до якого до ухвалення нової Конституції на території України діють Конституція Української РСР, а також закони Української РСР та інші акти, ухвалені Верховною Радою Української РСР, якщо вони не суперечать законам України, ухваленим після проголошення незалежності України. Важливе значення для формування незалежної української правової системи мало прийняття у 1996 р. Конституції України, яка зафіксувала основні правові засади її подальшого економічного, політичного й соціально-культурного розвитку, накреслила основні шляхи її реформування.

Особливі риси сучасної правової системи України:

1. Генетичний зв'язок з романо-германською правовою сім'єю, що обумовлює наявність традиційних для романо-германського права рис. Тому природно, що українська правова система характеризується:

– провідною роллю нормативно-правових актів у системі джерел права;

– загальним характером норм права;

- кодифікацією основних галузей права;
- поділом права на публічне та приватне.

2. **Статус правової системи перехідного типу** обумовлений її соціалістичним минулим і проголошеним курсом на повернення у сім'ю романо-германського права. Однак слід розуміти, що таке повернення відбувається поступово, у зв'язку із чим вітчизняна правова система перебуває на шляху до романо-германської правової сім'ї. Обраний напрям дозволяє прогнозувати поступове приєднання правової системи України до сім'ї романо-германського права після успішного завершення політико-правових реформ.

3. **Євроінтеграційний вектор розвитку**, який свідчить про зближення національного права України з європейським правом.

У 1995 р. Україна стала членом Ради Європи. Протягом останніх 15 років Україна виконує взяті на себе зобов'язання щодо реформування правової системи і впровадження до національної правової системи європейських стандартів. Зокрема, ратифіковані Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, Європейська хартія місцевого самоврядування, Рамкова конвенція про захист національних меншин, Європейська конвенція про взаємну допомогу у кримінальних справах; скасовано смертну кару; реформовані виборча, судова та правоохоронна системи; прийнято десятки нових законодавчих актів, зокрема нову Конституцію України, Цивільний, Кримінальний, Цивільний процесуальний кодекси, Закон «Про політичні партії» тощо. Велике значення для національної правової системи має діяльність Європейського суду з прав людини.

Починаючи з 1990-х років відбувається адаптація законодавства України до законодавства Європейського Союзу. Цей процес обумовлений Угодою про партнерство і співпрацю між Україною та Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами від 14 червня 1994 р. У серпні 2000 р. було створено Національну раду з питань адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу. У листопаді 2003 р. прийнято Закон «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу», який передбачає виконання комплексу завдань з адаптації законодавства, спрямованих на реалізацію державної політики щодо створення сучасної правової системи України шляхом вдосконалення правотворчої та правозастосовної діяльності органів державної влади.

4. **Обмежена можливість використання прецеденту.** Відповідно до Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 р. національні суди зобов'язані застосовувати при розгляді справ практику Європейського суду як джерело права, що свідчить про визнання прецедентного характеру його рішень.

Джерела українського права

Джерелами українського права є:

1. **Нормативно-правові акти.** Станом на 2010 р. система законодавства України налічує понад 150 тис. нормативно-правових актів.

У системі нормативних актів особливе місце посідає *Конституція України*. Вона є Основним Законом держави і втілює принцип верховенства права. Зокрема, Конституція визнає:

– людину, її права та свободи найвищою цінністю, а виконання та захист прав людини і громадянина — обов'язком держави (ст. 3). Це означає, що будь-який нормативний акт може вважатися правомірним тільки за умови дотримання ним прав людини;

– найвищу юридичну силу Конституції України (ст. 8). Конституція передбачає, що закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй;

– чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, частиною національного законодавства України (ст. 9).

Наступний щабель в ієрархії нормативних актів займають *закони*, які мають вищу юридичну силу щодо всіх інших нормативних актів. Закони розрізняються за своїм змістом, формою, юридичною силою і порядком прийняття. Наприклад, за ступенем упорядкованості виділяються звичайні закони і кодифіковані закони, які приймаються у формі кодексів та основ законодавства.

Ще одним різновидом нормативних актів в Україні є *підзаконні нормативно-правові акти*, тобто акти, які приймаються уповноваженими нормотворчими суб'єктами на основі та на виконання законів і які не повинні суперечити їм.

2. **Правовий звичай**, який отримує все більше визнання як джерело права у сучасному українському законодавстві. Слід зазначити, що правовий звичай має в Україні статус *субсидіарного* (додаткового) джерела права.

Так, Цивільний кодекс України закріплює, що цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм — правилом поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин. Особливого значення набуває звичай ділового обороту, який активно використовується, наприклад, при регулюванні зобов'язальних відносин. У свою чергу Сімейний кодекс України встановлює, що при вирішенні сімейного спору суд за заявою заінтересованої сторони може врахувати місцевий звичай, а також звичай національної меншини, до якої належать сторони або одна з них, якщо вони не суперечать вимогам законів та моральним засадам суспільства.

Звичаї набувають поширення також у сфері публічного права — наприклад, у конституційному, адміністративному, фінансовому праві. Так, конституційно-правові звичаї складаються в парламентській, виборчій практиці, у діяльності органів місцевого самоврядування.

3. Судовий прецедент. Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» практика Європейського суду, тобто його прецедентне право, офіційно визнана джерелом права України (ст. 17 Закону). Окрім того, останнім часом у зв'язку з виробленням Конституційним Судом України та вищими судами загальної юрисдикції своїх правових позицій набуває все більшої актуальності для України концепція прецеденту тлумачення.

4. Правова доктрина. Думка вчених-юристів, а також провідних наукових та навчальних юридичних закладів України нерідко використовується при розв'язанні складних правових конфліктів. Крім того, суб'єктом формування правової доктрини може виступати Конституційний Суд України. Істотний вплив на юридичну практику правової доктрини відбувається через науково-практичні коментарі до актів законодавства України.

5. Загальні принципи права. Певний крок до визнання загальних принципів права самостійним джерелом права зроблений Конституційним Судом України. Наприклад, Конституційний Суд доклав зусиль щодо офіційного визнання фактів сприйняття українською правовою системою таких загальних принципів права, як принцип справедливості, правової визначеності та пропорційності, використавши їх як самостійні правові підстави при ухваленні кількох своїх рішень.

Місце правової системи України серед правових систем сучасності

Як відомо, правова система України в основному структурно впорядкована за допомогою джерел права та інших юридичних засобів, найбільш притаманних романо-германському праву.

Проте в юридичній літературі не існує єдності думок із приводу характеристики сучасних правових систем постсоціалістичних країн Східної Європи. Так, можна виокремити чотири концепції належності правової системи України до певної сім'ї: а) слов'янської; б) євразійської; в) романо-германської; г) східноєвропейської. Крім того, деякі дослідники обґрунтовують, що правова система України тяжіє до східноєвропейської правової традиції і повертається в сім'ю романо-германського права. Розглянемо ці концепції докладніше.

Прихильники віднесення правової системи України **до слов'янської правової сім'ї** виходять із того, що слов'янська правова сім'я як самостійна гілка правової цивілізації має такі особливості:

- самобутність російської державності, яка не зникає навіть після довгих і масованих запозичень іноземних управлінських і конституційних форм;

- особливі умови економічного прогресу, для яких характерне переважання колективних форм господарювання;

- формування особливого типу соціального статусу особистості, якому притаманна перевага колективних елементів правосвідомості і негнучкість ліній диференціації особистості й держави;

- тісний зв'язок традиційної основи права й держави зі специфікою православного напряму християнства з його акцентами не на мирському життєрозумінні Бога й людини (католицизм) і тим більше не на благословенні й корисливості (протестантизм), а на духовному житті людини з відповідними етичними нормами (некорисливість, благочестя тощо);

- успадкування через Візантію законодавчих традицій римського права.

На думку деяких учених, подібні характеристики тією чи іншою мірою притаманні не лише російській, а й українській правовій культурі.

Інші вчені відносять правову систему України до **євразійської правової сім'ї**. Так, на думку Ю. Оборотова, утвердження самостійності існування євразійської правової сім'ї пов'язано зі збереженням націо-

нальної правової культури України, що не може бути підірвано ні правовою акультурацією на фоні здійснення ідей входження до Європейського Союзу і Ради Європи, ні відбудуванням законів між правовими системами, що становлять євразійську правову сім'ю. Українське право, на думку автора, має складну «метафізику». Його фундаментальна особливість полягає в тому, що сутність права дуже важко ідентифікується його формою. Характерними рисами вітчизняного права як феномену української ментальності є:

– перевага у джерелах правової свідомості не формально-догматичних і природно-практичних чинників, а морально-етичних і духовно-релігійних явищ людського буття;

– генезис правової свідомості головним чином шляхом безпосереднього входження в суть і сенс життя, а не через засвоєння якоїсь раціональної схеми поведінки і зовнішнього наказу, авторитету;

– наявність власного, структурно неповторного набору виразних засобів права, у тому числі неформальних, прямо пов'язаних із суспільною свідомістю й поведінкою регуляторів, що відрізняються від класичних техніко-кодифікаційних систем зарубіжних країн.

Специфічними принципами права в євразійській цивілізації є акцент на обов'язках, а не на правах громадян, пріоритет інтересів держави перед інтересами громадян, тенденція єднання права й ідеології, відсутність чіткої грані між публічним і приватним правом та ін.

Частина науковців вважає, що республіки колишнього СРСР, а тому й Україна, своїми правовими системами входять у **сім'ю романо-германського права**. Прихильники цієї точки зору виходять із того, що історично правові системи цих країн належали до романо-германської правової сім'ї. Звичайно, соціалістичні революції, які відбувалися в цих державах, трансформували їх правові системи. Проте основні відмінності, на їх думку, соціалістичного права від романо-германського містилися в царині правової ідеології (пріоритет інтересів держави над правами людини, заборона приватного права, визнання керівної ролі Комуністичної партії та ін.). Ці відмінності зникають після відмови від соціалістичного шляху розвитку.

Крім того, у літературі можна зустріти погляди, відповідно до яких правова система України належить до **східноєвропейської правової сім'ї**, що сформувалася в рамках східноєвропейської правової традиції. Такий висновок ґрунтується на аналізі формування традиції права в Україні і становлення світоглядних засад національної правової сис-

теми. Виходячи із цього, сучасну правову систему України, як і інші східноєвропейські правові системи — Росії, Білорусі, відносять до особливої, східноєвропейської групи романо-германської правової сім'ї.

Головними рисами східноєвропейської традиції права є: а) обмеженість світоглядного підґрунтя права, як правило, християнським ученням у його православній інтерпретації або вченням, що нагадує його; б) схильність до тлумачення права як позитивного закону, зміст якого зумовлений не стільки природними приписами, скільки потребами суспільства, які найкраще знає держава; в) організація і проведення законотворчих, дослідницьких та інших робіт у галузі права за ініціативою зверху; г) обмеженість творчого пошуку і як результат — втрата належного авторитету і значення юриспруденції; д) побоювання надмірного розширення сфери приватноправового регулювання, прагнення забезпечити максимально можливі контроль і втручання держави у відносини приватних осіб; е) акцентування уваги головним чином не на правах, а на обов'язках учасників правовідносин та ін.

На нашу думку, найбільш виваженим є погляд, відповідно до якого *правова система України тягнє до східноєвропейської правової традиції і повертається в сім'ю романо-германського права.*

Головним орієнтиром у поступовому приєднанні правової системи України до сім'ї романо-германського права має стати принцип верховенства права. Метою верховенства права є не просто формальне забезпечення порядку, передбаченого законами та іншими нормативними актами, встановленими державою, а утвердження такого правопорядку, який обмежує свавілля державної, передусім виконавчої влади, ставить її під контроль суспільства, створюючи для цього відповідні правові механізми.

Отже, відповідь на питання, до якої правової сім'ї належить Україна, за великим рахунком залежить від того, яким правовим шляхом йде наше суспільство, від здійснюваної у державі правової політики, яка відбивається у прийнятих політико-правових рішеннях, законодавстві, правових цінностях, напрямках професійної підготовки юристів тощо. Правова політика нашої держави дозволяє зробити висновок про європейський вибір України. Стратегічний напрям сучасної Української держави — входження в європейський простір — об'єктивно й історично зумовлений її національним, культурним і правовим розвитком.

Питання для самоконтролю

1. Сформулюйте поняття європейського права і назвіть його структурні елементи, принципи та джерела.
2. Визначте напрямки впливу права ЄС та права Ради Європи на національні правові системи.
3. Охарактеризуйте відмінності національних та наднаціональних правових систем.
4. Назвіть, які критерії класифікації використовуються для поділу правових систем на групи.
5. Охарактеризуйте основні правові сім'ї, що виокремлюються у сучасному світі.
6. Розкрийте підходи класифікації правових систем, запропонованих Р. Давидом та К. Цвайгертом.
7. До якої правової сім'ї тяжіє правова система України?

Розділ 3

Загальна характеристика романо-германської правової сім'ї

§ 1. Особливості романо-германської правової сім'ї

За словами Р. Давида, романо-германська правова сім'я є першою сім'єю, з якою ми зустрічаємося в сучасному світі¹. Вона справедливо вважається найбільш поширеною і найвпливовішою сучасною правовою сім'єю. Більш ніж 150 держав, що репрезентують приблизно 60 % населення світу, сприйняли романо-германське право в тій чи іншій формі, а для 24 % населення світу ця система діє у чистому вигляді.

Загальноновизнаним центром романо-германської правової сім'ї є *континентальна Європа*. Проте останніми століттями спостерігається активне поширення цієї правової сім'ї *за межі* континентальної Європи. Характерні для романо-германського права принципи та інститути з'являються в інших частинах світу і регіонах *двома основними шляхами*:

шляхом *насилницької експансії* романо-германської правової сім'ї, що є наслідком колонізації європейськими країнами інших країн. Так, основні ідеї романо-германського права проникають в іспанські, португальські, французькі, голландські, бельгійські, німецькі, італійські колонії в Африці (наприклад, у Сенегал, Малі), в Азії (зокрема, в Індонезію, на Філіппіни), у країни Латинської Америки (Мексика, Перу, Бразилію тощо);

шляхом *добровільної рецепції* країнами інших регіонів основних положень романо-германського права (йдеться, зокрема, про Туреччину, Японію, Південну Корею).

Романо-германська правова сім'я поділяється на *дві групи: романську і германську*. До першої групи входять правові системи Франції, Італії, Іспанії, Португалії, Бельгії, Люксембургу, Нідерландів та деяких

¹ Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози : пер. с фр. – М. : Междунар. отношения, 1996. – С. 29.

інших країн. До другої групи належать, наприклад, правові системи Німеччини, Австрії, Швейцарії, Греції.

До романо-германського права *тяжіють* правові системи багатьох африканських держав, а також країн Близького і Середнього Сходу. Проте не можна стверджувати, що ці правові системи *Афро-Азіатського регіону* належать до романо-германського права, оскільки останнє вступає тут у складну взаємодію з мусульманським і звичаєвим правом. Унаслідок цього у цих країнах формуються своєрідні правові системи, що відрізняються від класичного романо-германського зразка.

У деяких регіонах світу романо-германське право тісно взаємодіє із системою англо-американського права. Завдяки цьому там виникають правові системи зі *змішаною юрисдикцією* — своєрідні гібриди романо-германського й англо-американського права (наприклад, штат Луїзіана (США), провінція Квебек (Канада), Пуерто-Рико, Шотландія, Південно-африканська Республіка, Шрі-Ланка, Філіппіни).

Особливе місце посідають правові системи *скандинавських країн і країн Латинської Америки*. У порівняльному правознавстві існують три теорії щодо природи скандинавського і латиноамериканського права. Дослідники першої групи, виходячи з існуючої в цих державах системи джерел права, говорять, що право скандинавських країн і країн Латинської Америки належить до романо-германської правової сім'ї. Інші юристи вважають скандинавське і латиноамериканське право самостійними правовими сім'ями, що є дуже близькими до романо-германського права. Прихильники третьої теорії також визнають їх самостійними правовими системами, проте зазначають, що вони знаходяться посередині між сім'ями романо-германського та англо-американського права.

Для позначення правових систем країн Європи зазвичай використовуються три терміни:

1) *романо-германська правова сім'я*. Цей термін, який є найпоширенішим у порівняльному правознавстві, був обраний для того, щоб віддати належне спільним зусиллям, що здійснювалися одночасно університетами латинських і германських країн. Саме їх діяльність відіграла вирішальну роль у процесі становлення і розвитку романо-германського права;

2) *сім'я континентального права*. Цей термін покликаний підкреслити принципову розбіжність між романо-германським правом, що виникло на Європейському континенті, та загальним правом, що виникло також у Європі (у Англії), але за межами цього континенту;

3) **сім'я цивільного права.** Цей термін активно використовується компаративістами країн англо-американської правової сім'ї. Його поява пояснюється тим, що зазначена правова система базується на римському цивільному праві і саме цивільне право визначає своєрідність розглянутої правової сім'ї.

Особливостями цієї правової сім'ї є:

1. **Органічний зв'язок з римським правом.** Становлення цієї правової сім'ї відбувається на основі римського права. Це — **головна особливість** романо-германського права. Романо-германські правові системи ніби продовжують римське право, вони є наслідком розвитку останнього. Гаслом юристів романо-германської сім'ї може бути відомий вислів Р. Ієринга: через римське право, проте вперед, далі його¹.

2. **Утворення романо-германського права на основі вивчення римського і канонічного права в італійських, французьких і німецьких університетах.** Саме університети створили у XII–XVI ст. на основі Зводу законів Юстиніана та збірників канонічного права загальну для багатьох європейських країн юридичну науку. Остання у свою чергу визначила характер романо-германського права.

3. **Яскраво виражена доктринальність і концептуальність.** Романо-германська правова сім'я активніше сприймає правові теорії і доктрини, ніж англо-американська правова система, а роботи вчених-юристів мають тут більший вплив. У системі континентального права існують загальні принципи та ідеї, на основі яких формується і розвивається право.

4. **Абстрактний характер норм права.** Останні встановлюють загальні правила поведінки, виходячи з принципів і правових доктрин. Це відрізняє романо-германське право від англосаксонського, де норми права створюються переважно судами при вирішенні спірних питань щодо конкретних випадків.

5. **Домінуюча роль закону в системі джерел права.** У романо-германській сім'ї закони та кодекси — це опорні стовпи права. Тенденція визнання закону найважливішим джерелом права перемогла у країнах романо-германської правової сім'ї в XIX ст., коли в переважній більшості цих країн були прийняті кодекси та писані конституції. Провідна роль закону ще більш зміцнилася в сучасну епоху: сьогодні закон розглядається як найкращий технічний спосіб установаження ясних і точних правил.

¹ Цит. за: Покровский, И. А. История римского права [Текст] / И. А. Покровский. — СПб. : Летний сад, 1999. — С. 17.

6. **Яскраво виражений кодифікований характер.** Кодифікація у романо-германському праві має принципові особливості, що відрізняють її від аналогічних процесів в інших правових сім'ях. Це, зокрема:

- а) наявність глибоких і міцних історичних коренів;
- б) глобальний характер, охоплення практично всіх галузей та інститутів права;
- в) використання своєрідної юридичної техніки;
- г) наявність власної ідеології, суть якої полягає в тому, щоб, кардинально переробивши, а іноді навіть анулювавши раніше існуюче право, створити нову правову реальність¹.

7. **Поділ на публічне і приватне право.** Хоча такий поділ сьогодні є цілком звичайним явищем для багатьох правових сімей, споконвічно він був властивий лише романо-германському праву. Це обумовлено насамперед впливом римського права, від якого романо-германське право успадкувало принципову для нього класифікацію норм на норми публічного і приватного права.

§ 2. Основні етапи розвитку романо-германської правової сім'ї

У своєму розвитку романо-германська правова сім'я проходить досить тривалий шлях, що зазвичай поділяється на *три основних етапи*.

Перший етап — це період *звичаєвого права* (V–XI ст.). У цей період створюються передумови для формування єдиної системи континентального права.

Після падіння Римської імперії германські народи привнесли у галузь права свої національні звичаї, своє національне германське право. Воно складалося переважно з неписаних звичаїв, що існували в народній пам'яті та часто були позбавлені належної ясності й визначеності. У той період германські народи розуміли право перш за все як набуток людей, народу, племені, продукт колективної совісті, а не як вираз свідомого розуму чи волі, встановлених зверху. У цьому значенні право було схоже на мистецтво, міф, мову². Таке право виражало

¹ Див.: Марченко, М. Н. Источники права [Текст] / М. Н. Марченко. – М. : Проспект, 2005. – С. 294–295.

² Див.: Берман, Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования [Текст] / Г. Дж. Берман : пер. с англ. – М. : Изд-во МГУ : Инфра-М – Норма, 1998. – С. 79.

мудрість племені, з допомогою якої підтримувалося його мирне життя. Право було засобом об'єднання людей у групу, воно прагнуло зберегти її солідарність.

Кожне плем'я (франки, бургунди, лангобарди, алемани, вестготи, остготи, фізи, східні сакси, вандала тощо) жило за своїм особливим правом. Проте розбіжності між звичаями племен не слід перебільшувати. Правові ідеї, виплекані германськими народами, мали багато спільного і навіть багато в чому нагадували уявлення інших варварів, що мали племінну організацію і напівкочовий спосіб життя. Ці ідеї розвивалися у контакті з рудиментами римського права і зазнавали тиску політичних і економічних чинників, що мали достатньо одноманітний характер по всій Західній Європі.

Германське право було досить примітивним, оскільки було пристосовано лише до вкрай нескладних умов натурального господарства, наповнено принципами спрощеного колективізму — родинного, родового, громадського.

У ті часи не проводилося особливої різниці між правовими нормами і процедурами, з одного боку, та релігійними, моральними, економічними, політичними і іншими нормами та практикою — з другого.

Інститути законодавства та судових рішень мали початковий характер. Королі хоча і приймали закони, але з конкретних приводів, і в основному для того, щоб від імені всього народу підтвердити або виправити існуючі звичаї.

У V–VIII ст. закони германських племен, що переважно склалися з їх звичаїв, уперше було записано латиною. Йдеться про так звані *варварські правди (leges barbarorum)*, або *закони варварів*. Найдавніша з тих, що дійшли до нас, — Салічна правда (496 р.). Від VI ст. більшість германських племен уже мала свої варварські закони.

Система правосуддя у цей період була роз'єднаною й аморфною. У судових процесах панувало звернення до надприродного. Виконання судових рішень ніяк не забезпечувалося. Не існувало професійних судів.

Західна Європа на першому етапі фактично не знала професійних юристів, юридичних шкіл, юридичних книг, підручників, юридичної науки.

Отже, право того періоду мало переважно *звичасвий, племінний, примітивний та архаїчний характер*.

Другий етап — етап формування романо-германської правової сім'ї (XII–XVIII ст.). На думку багатьох компаративістів, саме його

слід вважати часом, коли з наукової точки зору з'являється система романо-германського права.

Цей етап може бути умовно розподілений на *два періоди*: середньовічний (XII–XV ст.) та період Відродження і Просвітництва (XVI–XVIII ст.).

У середньовічний період Західна Європа існувала як відносно цілісне історико-культурне, соціально-політичне, цивілізаційне співтовариство, як регіональна, феодальна романо-германська цивілізація.

Саме на цьому етапі суспільство *знову усвідомило необхідність права*, почало розуміти, що тільки право може забезпечити порядок і безпеку. Повернення цієї ідеї у XII–XIII ст. було, безсумнівно, революційним кроком.

Можна умовно виділити *п'ять обставин*, що суттєво вплинули на формування романо-германського права у XII–XV ст.:

1. **Рецепція римського права.** Другий етап формування романо-германського права асоціюється зі сприйняттям римського права. У ці часи Західна Європа звертається до юридичної спадщини античності, насамперед до Зводу Юстиніана як втілення правових традицій Давнього Риму¹.

2. **Діяльність європейських університетів.** Ідея рецепції римського права, його нового осмислення і пристосування до умов, що радикально змінилися, вперше була усвідомлена і проведена в життя в університетах завдяки плідній праці глосаторів і постглосаторів². Саме в університетах право замислювалось як система, що органічно розвивається, як звід принципів і процедур, що буде будуватись, як і собори, протягом поколінь і століть³.

3. **Вплив канонічного права.** На думку деяких вчених, канонічне право у Середньовіччі мало навіть більш глибокий вплив на правопорядок і суспільне життя європейських країн, ніж римське право⁴. Невипадково, історично *першою* західною середньовічною правовою системою було *нове канонічне право*, що з'являється у XII ст. Лише пізніше під впливом канонічного права складаються правові системи

¹ Детальніше про рецепцію римського права у Середні століття див. § 4 цього розділу.

² Детальніше про роль університетів див. § 3 цього розділу.

³ Див.: Берман, Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования [Текст] / Г. Дж. Берман : пер. с англ. – М. : Изд-во МГУ : Инфра-М – Норма, 1998. – С. 123.

⁴ Див.: Аннерс, Э. История европейского права [Текст] / Э. Аннерс : пер. со швед. – М. : Наука, 1994. – С. 185.

європейських королівств, вільних міст, з'являється торговельне право, маноріальне та феодалне право¹.

4. **Створення міського права.** На розвиток загальноєвропейської правової традиції суттєво вплинули так звані хартії міської свободи, що оформлювали стосунки міста із сеньйором і містили норми конституційного, кримінального, торговельного та іншого права. Особливу увагу можна звернути на магдебурзьке право, що стало моделлю муніципального устрою для міст Німеччини і Центральної Європи.

5. **Створення торговельного права.** Починаючи з XII ст. у Європі формуються основні поняття та інститути торговельного права нового часу — *lex mercatoria*. Поява цієї відносно відокремленої правової системи обумовлюється активним розвитком торгівлі та швидким зростанням торговельного стану. Первісна розробка торговельного права у значній його частині здійснюється купцями самостійно. Останні організують міжнародні ярмарки і ринки, створюють торговельні суди, засновують торговельні представництва по всій Західній Європі. Унаслідок цього з'являються норми, що регулюють застосування кредитних інструментів, накладних та інших транспортних документів, організацію та діяльність ділових асоціацій і спільних підприємств, застосування процедури банкрутства. Старі правові інститути пристосовуються до нових потреб. Піднесенню торговельного права сприяють розвинена система нотаріату, створена наприкінці XI–XII ст., і кодифікації звичаїв, що проводяться європейськими правителями. Характеризуючи торговельне право, слід особливо наголосити на його *універсальності*: в усіх європейських країнах та містах того періоду керівні принципи та найважливіші правила торгівлі були однаковими або дуже схожими. Ця риса обумовлена транснаціональним, космополітичним характером торгівлі.

Отже, особливістю формування романо-германського права є те, що воно на відміну від англосаксонського права не є наслідком розширення і посилення королівської чи будь-якої іншої влади, наслідком їхньої централізації. Його фундаментом від самого початку служила спільність культури і традицій західноєвропейських країн. Від XI до XV ст. ця спільність виражалася, зокрема, у відданості єдиному духовному впливу римсько-католицької церкви, а основними засобами поглиблення і поширення ідей, що лежать в основі романо-германського права, стали європейські університети.

¹ Детальніше про вплив канонічного права на формування романо-германського права див. § 5 цього розділу.

У період Відродження і Просвітництва в Європі відбуваються суттєві зміни. Епоха Ренесансу випустила на волю критичний дух, що досі дрімав. Тому римське право, що раніше вважалося розумом у письмовій формі (*ratio scripta*), починаючи з XVI ст. здається вченим збіркою застарілих та ірраціональних законів. У XVII–XVIII ст. відповідно в юриспруденції стає течія, названа доктриною природного права, що намагається відійти від безоглядного підкорення римському праву, прагне сформулювати такі принципи права, що були би вираженням його раціоналістичних засад. Школа природного права вимагала, щоб поряд із приватним правом, заснованим на римському праві, Європа виробила норми публічного права, що виражають природні невід'ємні права людини та гарантують свободу особистості¹. Одним із видатних здобутків того періоду є доктрина конституціоналізму, яка знаходить свій практичний вияв у прийнятті особливих правових актів — конституцій, спрямованих на обмеження державної влади і забезпечення людської свободи. Представники природної школи права висунули низку конкретних пропозицій щодо проведення реформ у різних галузях права — від міжнародного та державного до кримінального та кримінально-процесуального. На думку Е. Аннерса, раціоналістичне природне право було, ймовірно, найсильнішим джерелом натхнення для розвитку європейського права після Зводу римського цивільного права (Зводу Юстиніана)².

Основною формою суспільної організації в Західній Європі стають національні держави, що не визнавали, з одного боку, верховенства Священної Римської імперії, а з другого — верховенства Папи Римського. Лютеранська реформація підточила римсько-католицьку церкву; церковні суди втратили велику частину своєї юрисдикції. Кожна держава бажала стати суверенною і самостійно вирішувати, якими мають бути її закони. Тому за умов утвердження так званої Вестфальської моделі міжнародних відносин природною виглядає принципова вимога *націоналізації юридичної науки та законодавства*.

Університети трансформуються із загальноєвропейських дослідницьких та освітянських закладів у національні інституції. Це знищує універсальну юридичну науку і тенденції до загального європейського законодавства, що склалися у Середні віки.

¹ Див.: Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози : пер. с фр. – М. : Междунар. отношения, 1996. – С. 39.

² Аннерс, Э. История европейского права [Текст] / Э. Аннерс : пер. со швед. – М. : Наука, 1994. – С. 218.

Усе це приводить до того, що у XVIII ст. критики римського права започаткували рух за заміну Зводу Юстиніана новими писаними законами (кодексами). Останні мають бути коротшими за Звід Юстиніана, добре упорядкованими та легкими для сприйняття¹.

Перші кодекси та закони у їх сучасному вигляді з'являються у європейських країнах у XVIII ст. Їх поява є наслідком взаємодії трьох факторів — політичних вимог реформ епохи Просвітництва, методу раціоналістичного природного права та впливу книгодрукування².

Проте справжнє піднесення законодавства відбувається вже після буржуазних революцій, коли розпочинається **третій етап** розвитку романо-германської правової сім'ї. Його історичні межі — від XIX ст. до нинішніх часів. Природно, що цей етап іменується **періодом законодавчого права**.

Перемігши у XVIII–XIX ст. у країнах континентальної Європи, буржуазні революції докорінно змінили або цілком скасували феодальні правові інститути. Вони внесли істотні корегування в уявлення про саме право і *перетворили закон із другорядного в основне джерело* романо-германського права.

Підвищення ролі законодавства та його поступове накопичення викликають *необхідність кодифікації*. У XIX ст. у більшості країн Європейського континенту приймаються численні кодекси: спочатку цивільні, а потім — кримінальні, кримінально-процесуальні, адміністративні, цивільно-процесуальні, торговельні та ін. Кодифікація дозволила упорядкувати чинне законодавство, позбутися нормативно-правових й інших архаїзмів. Вона сприяла подоланню існуючої дрібності права, усуненню різноманіття звичаїв, зменшенню розриву між правовою теорією і практикою.

Сьогодні кодекси поряд з іншими нормативними актами регулюють практично всі найважливіші сфери громадського життя. Кодифікація символізує *остаточне завершення* процесу формування системи романо-германського права як цілісного явища.

Крім перевороту в системі джерел права на третьому етапі відбуваються *суттєві зміни в системі права*. Так, у сфері приватного права відбулося злиття романізованого традиційного права з новітніми іде-

¹ Див.: Оноре, Т. Про право. Короткий вступ [Текст] / Т. Оноре : пер. з англ. – К. : Сфера, 1997. – С. 25.

² Див.: Аннерс, Э. История европейского права [Текст] / Э. Аннерс : пер. с швед. – М. : Наука, 1994. – С. 229.

ями доктрини природного права. Найяскравіше ці зміни проявилися в сімейному праві (наприклад, суттєво змінюється правовий статус жінки) та у праві власності (особливо, це стосується земельної власності). Цивільне право пристосовується до умов вільного ринку.

Бурхливий розвиток промисловості призводить до модернізації правових форм підприємницької діяльності: акціонерних та інших господарських товариств. Економічний і соціальний прогрес європейських країн обумовлює появу антимонопольного законодавства, активний розвиток законодавства у сфері інтелектуальної власності, суттєві зміни страхового, банківського та транспортного права. Під впливом ідей соціальної держави і держави загального добробуту радикально реформуються трудове право і право соціального забезпечення. Науково-технічний прогрес зумовлює появу нових інститутів права, що регламентують, зокрема, космічну діяльність, генетичні дослідження, інформаційні технології (Інтернет, електронний підпис, електронна комерція, банківські картки тощо).

Великі революційні зміни торкнулися також правових інститутів і галузей публічного права. Вони викликані насамперед зміною стосунків між громадянином і державою, визнанням і подальшим розширенням прав і свобод людини і громадянина, реформуванням системи державної влади, що відбулося після прийняття конституцій (визнання принципу поділу влади, поява конституційних судів). У ХХ ст. відбувається зближення національних правових систем із міжнародним правом.

У другій половині ХХ ст. на розвиток романо-германського права суттєво впливають *європейські інтеграційні процеси*. Їх активне розгортання приводить до заснування Європейських співтовариств (ЄС) — оригінальних за своєю правовою природою наднаціональних утворень, що має риси як держави, так і міжнародної організації. За Маастрихтським договором 1992 р. створена нова структура — Європейський Союз. Вона заснована на основі Європейських співтовариств, доповнених сферами політики і формами співробітництва. Більшість країн романо-германського права сьогодні є членами ЄС.

У зв'язку з утворенням і функціонуванням ЄС виникає автономний правопорядок — *європейське право, або право ЄС*. Завдяки діяльності ЄС формується *acquis communautaire* (з французької — надбання співтовариства) — правова система Європейського Союзу, включаючи акти законодавства ЄС (але не обмежуючись ними), прийняті в межах Європейського Співтовариства, Спільної зовнішньої політики та по-

літики в сфері безпеки, Спільної політики в сфері юстиції та внутрішніх справ.

Європейське право, за яким визнано верховенство, пряму дію та юрисдикційний захист, суттєво впливає на національні правові системи країн-членів ЄС. Так, усі правові системи країн-членів ЄС сьогодні засновані на єдиних засадах — загальних принципах права ЄС. Йдеться про такі принципи, як дотримання основних прав людини, юридична визначеність (юридична безпека), пропорційність, право бути заслуханим тощо.

Численні норми права ЄС (зокрема, у таких галузях, як конституційне, адміністративне, митне, фінансове, трудове право) інкорпоровані у відповідні галузі всіх національних правових систем. Завдяки цьому всі правові системи країн-членів ЄС мають значну кількість однакових норм.

Крім того, через право ЄС відбувається запозичення інститутів певної національної правової системи правовими системами інших країн. Так, кожна галузь права ЄС побудована на основі права певної країни (наприклад, адміністративне право ЄС побудоване за французькою моделлю). Завдяки інкорпорації права ЄС ця модель сприймається правовими системами інших держав.

У контексті європейських інтеграційних процесів слід також відзначити діяльність такої організації міждержавної співпраці, як *Рада Європи*. Вона є вагомим джерелом продукування правових стандартів, що визнано у низці конвенцій, підписаних під її егідою (найвідоміша з них — Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.). Цей юридичний масив (більш ніж 150 конвенцій) становить європейський *ius communis*, допомагаючи поширювати ідеї демократії, верховенства права і прав людини шляхом гармонізації національних законодавств. Конвенції Ради Європи сприяють більшій злагодженості і співпраці держав-членів.

Крім того, держави-члени запровадили практику обміну інформацією та думками з Радою Європи при розробці проектів конституцій, законів, регламентів та інших правових текстів, що також сприяє гармонізації європейського права. Це особливо стосується нових членів, більшість із них подає Раді Європи проекти законів для їх оцінки перед остаточним ухваленням. Експерти Ради Європи надають допомогу для забезпечення того, аби конституційні положення, закони та інші нормативні акти держав відповідали стандартам Ради Європи.

Отже, головним наслідком впливу європейського права і права Ради Європи на правові системи романо-германської сім'ї є їх *гармонізація* та *уніфікація*. Крім того, з тих же причин відбувається зближення романо-германського права з англо-американським.

■ § 3. Роль науки (університетів) у розвитку романо-германського права

Виникнення романо-германського права тісно пов'язане з *виникненням* наприкінці XI–XIII ст. *перших європейських університетів*.

Університети зібрали разом дослідників права — викладачів і студентів — з усієї Європи. Саме в університетах право вперше в Західній Європі починає викладатися як чітко окреслений і систематизований звід знань, як наука, в якій окремі юридичні рішення, норми вивчалися об'єктивно і пояснювалися з огляду на загальні принципи¹.

У середньовічних університетах не викладали позитивне право, оскільки в більшості країн на той час воно перебувало в хаотичному стані, було роздрібненим, іноді варварським. Так, практично жодна сучасна європейська країна в ті часи не мала свого національного права. Крім того, жоден європейський університет не міг узяти як основу викладання позитивне (місцеве або регіональне) право, тому що в очах університету воно не виражало справедливості і, отже, не було правом.

До речі, *національне право* почали викладати в університетах лише в епоху Просвітництва. Наприклад, кафедра французького права була створена в Паризькому університеті (Сорбоні) в 1679 р.; читати цей предмет (французьке право) доручають викладачам, які вважаються найменш компетентними. У більшості країн національне право почали викладати в університетах тільки в XVIII ст. Причому аж до XIX ст. викладання національного права мало другорядне значення.

Для того щоб піднятися над цим закостенілим місцевим правом і не залишитися місцевими школами, що не мають ані авторитету, ані престижу, ані коштів, в університетах *були відроджені дослідження римського права*.

¹ Див.: Берман, Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования [Текст] / Г. Дж. Берман : пер. с англ. – М. : Изд-во МГУ : Инфра-М – Норма, 1998. – С. 124.

Вивченню в університетах підлягав Звід Юстиніана (*Corpus Juris Civilis*¹) — звід римського права, укладений у Константинополі при римському імператорі Юстиніані у 528–534 рр. Давній рукопис, що відтворював цю збірку, був випадково знайдений у бібліотеці італійського міста Піза наприкінці XI ст. Цей звід передавав високорозвинену, диференційовану правову систему — римське цивільне право, що досить суттєво відрізнялося від народного права германських племен. Звід Юстиніана складався з *чотирьох частин*:

1) **Кодексу**, до якого входили імператорські конституції від часу імператора Адріана до Юстиніана, об'єднані у дванадцять книг;

2) **Інституції** (від лат. — підручник) — офіційного елементарного курсу цивільного права. Підручник дуже нагадував структурою (чотири книги), планом (особи, речі, позови) і текстом «Інституції» Гая;

3) **Дигестів** (від лат. — збірник юридичних текстів), у п'ятдесяти книгах яких було зібрано близько 9100 фрагментів із 275 творів 39 римських юристів, що стосуються як приватного, так і публічного права (зокрема, питань власності, заповітів, договорів, деліктів, інших інститутів цивільного права). Вивченню саме Дигестів, що по-грецькі називалися Пандектами, в університетах надавалося першорядне значення;

4) **Новел**, що містили конституції, видані Юстиніаном після кодифікації. Офіційне видання Новел невідоме; існують лише приватні збірники, що містять від 122 до 168 новел.

Із часом програма вивчення права в університетах Європи розширилася і стала включати не тільки римське право. Головним предметом, що додався у XII ст., було *нове канонічне право церкви*.

Навчання на юридичних факультетах університетів Західної Європи в XII–XIII ст. було засноване на *схоластичному методі*, що найповніше був розроблений Ансельмом Кентерберійським і П'єром Абеляром. Цей метод припускає як у праві, так і в богослов'ї абсолютний авторитет певних книг, в яких міститься єдине і повне вчення. Проте схоластичний метод визнає, що в авторитетному тексті можуть існувати прогалини і суперечності. Тому головним завданням схоластики є примирення протилежностей: усунення прогалин і вирішення суперечностей, що існують усередині тексту. Вирішення цього завдан-

¹ Уперше під цією назвою Звід Юстиніана був виданий у 1583 р. французьким юристом Д. Готофредом. Назва дана за аналогією із Зводом канонічного права (*Corpus Juris Canonici*).

ня відбувалося завдяки застосуванню дистинкцій (чіткого розмежування окремих положень), зважуванню всіх «за» і «проти» певного тлумачення, наміру подати матеріал як цілісну систему і побудувати догму права¹.

Отже, на думку Г. Дж. Бермана, у створенні романо-германського права найвагоміша роль належала *трьом інгредієнтам*:

- 1) відкриттю римського права завдяки знайденню Зводу Юстиніана;
- 2) схоластичному методу його аналізу і синтезу;
- 3) викладанню римського права в університетах Європи².

Процес засвоєння і переробки римських правових текстів у західно-європейських університетах проходив у *три етапи*, кожний із яких доповнював попередній.

На першому етапі навколо вивчення Зводу Юстиніана складається **школа глосаторів**, яка прагнула встановити первісний зміст римських законів. Ця школа була заснована у Болонї Ірнерієм наприкінці XI — на початку XII ст. Іншими її відомими представниками були Булгар, Мартин, Якоб, Гуго, Азо, Плацентин, Аккурсії.

Своєю назвою ця школа зобов'язана обраній нею основною формою роботи з *Corpus Juris Civilis* — глосам (грец. — мова, незвичайне слово). Глоси становили примітки до правового тексту, що розміщувалися викладачами на полях або між його рядками. Вони були засобом критичного аналізу і тлумачення різних фрагментів Зводу. Підсумком роботи представників цієї школи була узагальнююча праця Аккурсія, відома під назвою «Glossa Ordinaria» («Зібрання глосів»), створена близько 1250 р., до якої увійшло приблизно 96 тисяч глосів.

Як зазначає Е. Аннерс, ані до, ані після глосаторів юридичні тексти не були предметом настільки глибокого наукового, суто філологічного аналізу; жодне інше дослідження не було до такої міри досконалим щодо точного місцезнаходження кожного правового джерела в кожному конкретному юридичному тексті³.

Другий етап (XIV–XV ст.) пов'язаний із новою тенденцією — модернізацією пандектного права. Він асоціюється з діяльністю **школи постглосаторів** (пізніх глосаторів, або консилиаторів, від

¹ История политических и правовых учений. Средние века и возрождение / отв. ред. В.С. Нерсесянц. – М. : Наука, 1986. — С. 55.

² Берман, Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования [Текст] / Г. Дж. Берман : пер. с англ. – М. : Изд-во МГУ : Инфра-М – Норма, 1998. – С. 127.

³ Аннерс, Э. История европейского права [Текст] / Э. Аннерс : пер. со швед. – М. : Наука, 1994. – С. 161–162.

лат. *consilium* — порада). Найвідомішими постглосаторами були Бартолус, Бальдус, Одофред, Цинус, Язон. Вони коментували текст римських законів, а також глоси, враховуючи при цьому місцеві правові джерела.

Саме постглосатори першими вивели концептуальні засади з тексту кодифікації Юстиніана: створили теорію договірної права з конкретних типів римських договорів, визначили право власності й взагалі систематизували текст Дигестів на основі більш широких принципів і понять (наприклад, одним із найзначніших теоретичних нововведень постглосаторів було поняття «юридична особа»). У такий спосіб римське право було пристосовано до нових умов і підготовлено для подальшого розвитку. Сучасним студентам-юристам, які вивчають римське право в тому вигляді, як його в Середні віки систематизували західноєвропейські університетські професори, важко уявити, наскільки його оригінали були казуїстичними і не теоретичними.

Третій етап (XVI — перша половина XVII ст.) — це час **гуманістів** (Кюяцій, Донеллус, Готофред, Цазіус). Гуманісти відмовилися від коментування глос, створених у Середньовіччі, і звернулися безпосередньо до Зводу Юстиніана, прагнучи встановити його справжній зміст. Для цього вони піддали тексти римського права філологічному та історичному аналізу. Проте тлумаченням наукова розробка не завершувалась. Учені прагнули привести всі окремі положення у струнку систему, що побудована на певних загальних принципах. Критика тексту, історичне його тлумачення і систематизація становили нові прийоми вивчення права, що отримали назву французького методу¹, який протиставлявся старому італійському². Схоластичні прийоми глосаторів і постглосаторів остаточно втрачають симпатії громадськості. Останніх дотепно називають, використовуючи гру латинських слів, *juris perditii* (підступний правознавець) замість *juris periti* (майстерний правознавець)³. Французький метод не тільки сприяв досконалішому розумінню римського права, а й відкривав перспективу для самостійної правової творчості. Це пояснюється тим, що він, образно кажучи,

¹ Ця назва обумовлюється тим, що центр школи гуманістів знаходився у Франції.

² Цією назвою охоплюються прийоми словесного і фрагментарного аналізу, що використовувалися глосаторами та постглосаторами, які працювали головним чином в Італії.

³ Див.: Покровский, И. А. История римского права [Текст] / И. А. Покровский. — С. 260.

надавав можливість проникнення у внутрішню лабораторію правової творчості римлян, що була взірцем, гідним для наслідування¹.

Головним підсумком діяльності глосаторів, постглосаторів і гуманістів була *поява західноєвропейської юридичної науки* — теоретичного правознавства.

Поступово турбота про повагу до римського права поступається місцем в університетах прагненню установити і викласти принципи права, що є вираженням його раціональних засад. Нова школа — *школа природного права* (Г. Гроцій, Х. Томазій, Х. Вольф, С. Пуфендорф) — перемагає в університетах у XVII і XVIII ст. Вона відмовляється від схоластичного методу, прагне бачити в праві логічну аксіоматичну систему, ставить у центр людину, підкреслюючи її невід'ємні природні права. Юристи хочуть знайти такі норми справедливості, що утворюють загальне, незмінне для всіх часів і народів право². Умовно принцип цієї школи можна сформулювати так: існує право універсальне та незмінне, джерело всіх позитивних законів; існує тільки природний розум, що керує всіма людьми³. Висування на перший план розуму як сили, що створює право, підкреслювало нову важливу роль, що належить законіві, та відкривало шлях кодифікаціям. Отже, природно-правова школа цілком оновила науку права і його методи.

Підбиваючи підсумок, можна визначити такі *напрями впливу європейських університетів на розвиток романо-германського права*:

1. Університети допомогли установити *транснаціональний характер правознавства на Заході*. Протягом трьохсот років, з 1050 по 1350 р., уся Європа становила єдиний культурний організм. Римське і канонічне право були дисциплінами без національних кордонів, тому їх могли викладати в університетах студентам-юристам, зібраним з усіх країн Європи. Природно, що всі студенти і викладачі розмовляли латиною, що була на Заході загальною мовою права.

2. Завдяки університетам *право набуло транснаціональної термінології та методу*. Випускники юридичних факультетів університетів поверталися до рідних країн, де працювали суддями, юристами, право-

¹ Див.: Тарановский, Ф. В. Энциклопедия права [Текст] / Ф. В. Тарановский. — 3-е изд. — СПб. : Лань, 2001. — С. 23.

² Див.: Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози : пер. с фр. — М. : Междунар. отношения, 1996. — С. 37–38.

³ Див.: Покровский, И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. — С. 65.

вими радниками, адміністративними службовцями, використовуючи єдиний метод та єдину термінологію.

3. Схоластичний метод, що використовувався в університетах, дозволяв будувати правові системи з різних суперечливих звичаїв і законів. Прийоми гармонізації суперечностей, накладені на віру в ідеальний організм права, в єдину структуру правових принципів, дозволили здійснити синтез канонічного, а потім феодального, міського, торговельного і королівського права.

4. Університети підняли аналіз права на рівень науки шляхом концептуалізації правових інститутів і систематизації права як єдиного зводу знань.

5. Університети створили клас професійних юристів¹.

■ § 4. Зв'язок романо-германської правової сім'ї з римським правом

Як вже згадувалося, головною особливістю романо-германського права вважається його органічний зв'язок із римським правом. Він обумовлений рецепцією римського права, яку здійснили всі країни романо-германської правової сім'ї.

Рецепція (від лат. *receptio* — сприйняття, сприймання) — це запозичення правовою системою основних засад і принципів підходів іноземного права.

Рецепція римського приватного права правовими системами романо-германської сім'ї відбувалась кілька разів. Ураховуючи це, можна виокремити *три етапи рецепції римського права*:

перший етап рецепції припадає на XII–XIII ст. Рецепція в цей період полягає головним чином у вивченні, коментуванні та викладанні римського права в університетах;

другий етап рецепції — XIV–XVII ст. У ці часи римське право активно застосовується на практиці;

третій етап рецепції пов'язується з грандіозним реформуванням законодавства, викликаним буржуазними революціями. Він сягає свого піку під час кодифікацій, що відбуваються в Європі в XIX ст.

¹ Див.: Берман, Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования [Текст] / Г. Дж. Берман : пер. с англ. – М. : Изд-во МГУ : Инфра-М – Норма, 1998. – С. 161–163.

Як зауважує Й. О. Покровський, після падіння Західної Римської імперії для римського права настає темна епоха¹. Проте з V по XI ст. римське право все ж таки не припиняло своєї дії у Західній Європі: підкорене населення — нащадки колишніх римських підданих — продовжувало жити за римським правом. Деякі германські королі навіть видали для своїх римських підданих офіційні збірники римського права. Наприклад, у 506 р. король вестготів Аларіх II видав *Lex Romana Visigothorum* (Закони римських вестготів). Зрозуміло, це було спрощене, популяризоване і зіпсоване римське право — так зване **римське вульгарне право**.

Крім того, певний вплив із боку римського вульгарного права відчували на собі й тексти германських законів². Збереженню римського права сприяло й те, що церква до спорів між церковними установами та її окремими служителями застосовувала саме римське право. Нагадаємо хоча б відомий афоризм тієї епохи: «Церква живе за римським законом»³. Слід зазначити, що римське право переважало у південних частинах Західної Європи (Італія, Іспанія, південна Франція), а германське — у північних (теперішня Німеччина, північна Франція).

Втім, навряд чи можна погодитись з думкою, що рецепція римського права відбувається на Європейському континенті, починаючи ще з утворення варварських королівств на місці Західної Римської імперії⁴. На наш погляд, рецепція римського права саме як запозичення іноземною правовою системою його основних засад та інститутів усе ж таки не була проведена у ранньому Середньовіччі насамперед через нездатність варварів до сприйняття здобутків давньоримської цивілізації. На початку Середніх віків у західній половині європейського континенту римське та германське право існували як дві повні протилежності, як два зовсім чужих світи.

Проте відокремленість римського і германського права не могла існувати вічно. Поступово економічне життя в Європі розвивається та ускладнюється, відроджується міжнародна торгівля, розквітають тор-

¹ Покровський, И. А. История римского права [Текст] / И. А. Покровский. – С. 245.

² Див.: Аннерс, Э. История европейского права [Текст] / Э. Аннерс : пер. с швед. – М. : Наука, 1994. – С. 132.

³ Антология мировой правовой мысли : в 5 т.— Т. II. Европа : V–XVII вв. – М. : Мысль, 1999. – С. 141.

⁴ Див.: Харитонов, С. О. Рецепції приватного права: парадигма прогресу [Текст] / С. О. Харитонов, О. І. Харитонova. – Кіровоград : Центрально-Укр. вид-во, 1999. – С. 107.

говельні міста. На цьому ґрунті виникає знову, як колись в античному світі, потреба в універсальному позанаціональному праві, що було б здатне об'єднати різні європейські народи, забезпечити свободу господарчої ініціативи і регулювати ті тонкі відносини, що зазвичай виникають із приводу торгівлі та які зовсім чужі звичаям, що існують серед землеробів. Усім цим вимогам відповідає римське право. Тому вплив римського права у XI–XII ст. не є випадковим. У ці часи починається період відродження римського права та його засвоєння¹.

Рецепція як на *першому*, так і на *другому етапах* відбувається у *двох формах*.

Першою формою є вивчення та коментування римського права в університетах. Як зазначалося, з XII ст. вивчення римського права перебуває в центрі європейської юридичної освіти. Засвоєння римського права під час першої рецепції відбувається завдяки діяльності глосаторів. Римське право засвоюється в університетах тисячами студентів, які поширюють його в усіх країнах Західної Європи.

Рецепція на другому етапі пов'язується з діяльністю шкіл постглосаторів та гуманістів (XIV–XVII ст.). Засвоєння римського права у цей період має певні особливості порівняно з аналогічним процесом, що відбувався у XII–XIII ст. Наукові роботи постглосаторів користувалися значним успіхом та повагою серед європейських юристів. Посилання на наукові праці (загальну думку докторів права) під час судових дебатів вважалося дуже сильним аргументом.

Друга форма — це пряме застосування норм римського права. Так, в Італії вже у XI ст. проголошується, що римське право може бути джерелом для подолання прогалін у місцевому праві; коментарі глосаторів користуються популярністю в іспанських судах. Завдяки застосуванню римського права у судах Південна Франція ще у Середні віки вважається країною писаного права (*paus de droit écrit*). Це відрізняє її від Північної Франції — країни звичаєвого права (*paus de droit coutumier*).

Однак значно більшого поширення друга форма рецепції римського права набуває на другому етапі (XIV–XVII ст.). Слід зазначити, що римське право далеко неоднаково вплинуло на правові системи романо-германської сім'ї. Найповніший вплив воно здійснило у пізньому Середньовіччі в Німеччині.

¹ Див.: Покровский, И. А. Основные проблемы гражданского права [Текст] / И. А. Покровский. – С. 53.

Слід підкреслити, що римське право стало діючим у Німеччині не на підставі законодавчого акта, а на кшталт звичаєвого права — через дотримання його не народом, а юристами, які засновували на ньому свої рішення і думки. Юристи вважали римське право настільки вищим за місцеве право як за формою, так і за змістом, що воно уявлялось їм не національним, а загальним правом¹. Ця думка посилювалася тим фактом, що територія Німеччини в Середні віки входила до складу Священної Римської імперії, яка вважалася продовженням колишньої Римської імперії. Унаслідок цього імператори Священної Римської імперії були схильні вважати Звід Юстиніана немов вітчизняним кодексом, а свої акти — його доповненнями. Ця фікція значно спрощувала шлях римському праву в Німеччині.

Безпосередньому застосуванню римського права на практиці сприяли такі чинники:

1) **трансформація судів**. Починаючи з XIV ст. освічені правники (ті, хто вивчив римське право) поступово витісняють із судів неосвічених народних суддів — шефенів (від нім. Schoeffen — засідатель), які спиралися переважно на звичаєве право, практичну кмітливість, життєвий досвід та інтуїцію. Спочатку освічені правники працюють у судах як секретарі та протоколісти, записуючи рішення шефенів. Потроху юристи починають готувати рішення шефенів, використовуючи при цьому знання римського права. Згодом освічені правники взагалі замінюють шефенів як судді.

Крім того, у цей період у Німеччині були засновані апеляційні суди, до складу яких відразу залучають освічених правників. Наприклад, у 1495 р. був створений загальноімперський суд (Reichskammergericht), половина членів якого мала бути вченими-юристами. Через деякий час висувається вимога, щоб друга половина складу суду обиралася з осіб, які знайомі з римським правом. При вирішенні справ суд повинен був користуватися насамперед загальним правом Імперії, тобто римським правом, і лише брати до уваги «добре» німецьке право — чесні, поважні та добрі правила, установлення і звичаї;

2) **надання університетам права «офіційних консультацій»**. У Німеччині склалася практика надсилання судами у сумнівних випадках спірної справи з усіма матеріалами до юридичних факультетів університетів. При юридичних факультетах були створені комісії з

¹ Виндшейд. Учебник пандектного права : пер. с нем. [Текст] / Виндшейд. — СПб. : Изд. А. Гиероглифова и И. Никифорова, 1874. — Т. 1 : Общая часть. — С. 2.

професорів, що надавали свій висновок по справі, спираючись при цьому на положення римського права. Зрозуміло, що такий висновок фактично ставав судовим рішенням. Цей інститут направлення матеріалів справи (Aktenversendung), завдяки якому германське право набуває наукового характеру (тобто раціоналізується і систематизується), зберігався в Німеччині до 1878 р.

Унаслідок цього наприкінці XVI–XVII ст. римське право в цілому було рецептоване у Німеччині. Звід Юстиніана став законом, на який посилалися сторони, яким мотивували свої рішення судді. Водночас слід пам'ятати, що римське право в Німеччині набуло субсидіарного значення, тобто воно застосовувалось у тому випадку, коли в національному і місцевому праві не вистачало підходящої норми для вирішення конкретного питання.

У Німеччині навіть складається винятково *практична течія* в юриспруденції, представники якої (зокрема, І. Мінзінгер, А. Гайль, Б. Карпцов, С. Штрик) ставили перед собою завдання з'ясувати і викласти те римське право, що діє і що повинне застосовуватися в судах; жодними більш широкими питаннями вони це цікавилися. Викладаючи це практичне римське право, вони продовжують роботу щодо пристосування його до сучасних потреб, створюючи так зване *usus modernus Pandectarum* (нове використання пандектного права), або *сучасне римське право* (heutiges romisches Recht). Останнє фактично проіснувало до об'єднання Німеччини наприкінці XIX ст.

Третій етап рецепції. Принципові зміни в підходах до рецепції римського приватного права відбулися в XIX ст. Вони обумовлені буржуазними революціями, внаслідок яких Європа наприкінці XVIII — у першій половині XIX ст. переживає грандіозні економічні, соціальні та культурні трансформації. Нові буржуазні порядки вимагали, зокрема, вдосконалення правового регулювання майнових відносин: визнання принципів свободи договору, рівності всіх перед законом, широкого права власності. Йдучи назустріч цим потребам, європейські країни в XIX ст. проводять кодифікаційні реформи цивільного права.

Вважається, що римське право зберегло статус найважливішого загальноєвропейського правового джерела завдяки кодифікаціям цивільного права, що відбулися на початку XIX ст. у Франції та наприкінці XIX ст. у Німеччині.

Першою кодифікаційною роботою третього етапу був *Французький цивільний кодекс* (Code civil), затверджений 21 березня 1804 р. Даний

Цивільний кодекс (із певними доповненнями та модифікаціями), який увійшов до історії під назвою Кодекс Наполеону, є чинним і сьогодні. Він являє собою загальне джерело права романської групи романо-германської сім'ї: його вплив відчувають на собі такі європейські країни, як Бельгія, Нідерланди, Люксембург, Іспанія, Португалія, Італія. Крім того, кодекс рецептований латиноамериканськими країнами (крім Бразилії та Перу), штатом Луїзіана, провінцією Квебек, колишніми французькими колоніями в Африці та Азії.

Матеріальний зміст норм права, що містяться в Кодексі, за своїм характером є в основному римсько-правовим. Ці норми — вдалий компроміс між абстрактністю і точністю, конкретикою і наочністю. Французький цивільний кодекс запозичив з римського права такі принципи ідеї, як модель правового регулювання відносин власності, систему побудови кодексу (так звану інституційну систему), та використав при створенні кодексу римську законодавчу техніку.

Як відзначав Ф. Енгельс, французька революція остаточно порвала з традиціями минулого, знищила останні ознаки феодалізму і в Code civil майстерно пристосувала до сучасних капіталістичних умов старе римське право — це майже досконале відображення юридичних відносин, що відповідають ступеню економічного розвитку, який Маркс називає товарним виробництвом¹.

Іншим важливим кодифікаційним актом тієї доби було *Німецьке цивільне уложення* (Bürgerliches Gesetzbuch) 1896 р., що набуло чинності з 1 січня 1900 р. Ідея цієї кодифікації — створити єдиний правовий простір у Германській імперії, не змінюючи вже існуючу ситуацію у сфері приватного права². Кодекс був результатом поєднання римського права і традиційного німецького права. Цей акт через його логічність, детальність, складність систематики і ґрунтовність часто називають кодексом учених, або законом юристів для юристів. На відміну від Французького цивільного кодексу Німецьке цивільне уложення побудоване за пандектною системою. Воно помітно вплинуло на цивільне законодавство Австрії, Швейцарії, Греції, Угорщини, Туреччини, Японії, Таїланду, Бразилії, Перу, Аргентини тощо.

¹ Енгельс, Ф. Введение к английскому изданию «Развития социализма от утопии к науке» [Текст] / К. Маркс, Ф. Энгельс // Соч. – Т. 22. – С. 312.

² Див.: Зеккер, Ф. Ю. Общие основы частного права [Текст] / Ф. Ю. Зеккер // Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии : пер. с нем. – М. : БЕК, 2001. – С. 15.

Отже, найцінніше з римського права, все те, що становить його справжнє універсальне ядро, продовжує по суті жити тепер у нових кодексах Західної Європи, комбінуючись із засадами нового права¹.

■ § 5. Вплив канонічного права на формування романо-германського права

Канонічне право є сукупністю законів і правил (канонів), установлених або визнаних Церквою. Норми канонічного права містяться в рішеннях церковних соборів, а також у постановах й інших актах (декреталіях) Папи римського, застосовуються церковними установами і діють незалежно від законів тієї чи іншої європейської країни.

Нове канонічне право (jus canonicum novum) з'являється у XII–XIII ст. унаслідок так званої григоріанської реформації² та боротьби за інвеституру³. Для усунення суперечностей канонічне право періодично піддається компіляції. Перша з авторитетних компіляцій — «Concordantia discordantium canonum» («Узгодження неузгоджених канонів») — була складена у Болоньї монахом Іоанном Граціаном близько 1140 р. Пізніше вона дістала назву Декрет Граціана (Decretum Gratiani), або Звід декретів (Corpus decretorum). Ця робота була покладена в основу викладання канонічного права в середньовічних університетах⁴. На її

¹ Покровский, И. А. История римского права [Текст] / И. А. Покровский. – С. 272.

² *Григоріанська реформація* – проголошення Папою Римським Григорієм VII у 1075 р. політичного та юридичного верховенства Папи над усією церквою та незалежності духовництва від світського контролю. У Диктатах (Dictatus Papae – лат. продиктоване Папою) Папа сформулював, зокрема, такі переваги й повноваження своєї влади: Папа може носити знаки царської та королівської гідності; царі повинні цілувати Папі ноги; Папа може позбавляти влади імператорів; Папа може звільнювати християн від присягання на вірність своїм правителям (тобто санкціонувати непокору світській владі); жодна особа не може судити Папу.

³ *Боротьба за інвеституру* відбувалась у 1075–1122 рр. і точилась навколо питання, хто призначає на духовні посади (наприклад, на єпископські кафедри) і надає знаки сану – кільце та посох. Ця боротьба закінчується укладанням Вормського конкордату (1122 р.), згідно з яким світська інвеститура була відокремлена від духовної: призначення на церковно-ієрархічні посади здійснюється Папою, а затвердження канонічно призначеного єпископа (абата) у васальному використанні церковних земель здійснюється світською владою (імператором, королями).

⁴ Див.: Варьяс, М. Ю. Краткий курс церковного права [Текст] / М. Ю. Варьяс. – М. : МЗ-Пресс, 2001. – С. 70.

основі виникають дві школи канонічного права — *школи декретистів і декреталістів*, які створюють науку про церковне (канонічне) право (*каноністику*).

Наступні акти канонічного права набули форми папських декреталій, які періодично об'єднувались у збірники (компіляції). Ці збірники мали тотожну структуру: 1) судді; 2) суд; 3) клір; 4) шлюб; 5) злочини.

У 1582 р. створюється *Звід канонічного права* (*Corpus Juris Canonici*), що офіційно визнається основним джерелом канонічного права Папою Григорієм XIII. До цього збірника були включені чотири основні на той час компіляції: Декрет Граціана, Декрет Григорія IX (1234 р.), Збірники Боніфація VIII (1298 р.) і Клементя V (1313 р.). Цей Звід вважається класичним зібранням права католицької церкви. На ньому засновані всі наступні видання канонічного права.

Канонічне право суттєво вплинуло на життя європейських країн у Середні віки, що обумовлено значною роллю церкви. Цей вплив полягав у тому, що:

1) церковні установи на підставі особистої юрисдикції та предметної юрисдикції (юрисдикції за певними відносинами) *застосовували канонічне право безпосередньо до мирян*. Наприклад, церква претендувала на *особисту юрисдикцію* щодо студентів, знедолених (сиріт, вдів, бідних), подорожуючих, хрестоносців. Церква претендувала також на *предметну юрисдикцію* в так званих духовних справах та справах, що пов'язані з ними. На цій підставі в канонічному праві розвивалися такі галузі права, як сімейне право (на підставі юрисдикції над таїнством шлюбу), спадкоємне право (на підставі юрисдикції над заповітом), право власності (на підставі юрисдикції над бенефіціями — наприклад, на церковне оподаткування, на обіймання церковних посад), договірне право (на підставі юрисдикції над клятвеними присяганнями), кримінальне та деліктне право (на підставі юрисдикції над гріхами)¹.

Яскраві приклади застосування канонічного права до мирян можна знайти в діяльності інквізиції — судової установи, що існувала в Середньовіччі на території Італії, Німеччини, Франції, Іспанії і не була пов'язана місцевим світським законодавством;

2) канонічне право поряд із римським правом обов'язково викладалося в середньовічних університетах і *суттєво впливало на загаль-*

¹ Берман, Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования [Текст] / Г. Дж. Берман : пер. с англ. – М. : Изд-во МГУ : Инфра-М – Норма, 1998. – С. 215–216.

не правове мислення західноєвропейських юристів. Невипадково завершена юридична освіта поєднувала дві спеціальності: цивільного (римського) права та канонічного (церковного) права. Вищий учений ступінь давав юристам звання доктора обох прав — цивільного і канонічного (*doctor utriusque juris, sc. civilis et canonici*)¹;

3) норми канонічного права визначали зміст норм світського права і таким чином опосередковано регулювали світське правове життя. Усі світські правові системи — феодальна, маноріальна, торговельна, міська, королівська — пристосовували для себе основні ідеї та прийоми канонічного права. Це пояснюється тим, що останнє було розвиненішим і тому доступнішим до запозичення. Крім того, більшість юристів були добре знайомі з канонічним правом.

Так, можна відзначити значну роль канонічного права у впровадженні в світське кримінальне право поняття вини. Церква впливала також на торговельне право — перш за все через своє вчення про справедливу ціну. Приписи канонічного права щодо порядку обрання ієрархів і прийняття колегіальних рішень зробили суттєвий внесок у розвиток інституту виборів і представництва². Отже, закріплені в канонічному праві релігійні обряди, норми і доктрини, що відображали погляди християнської церкви на смерть, гріх, покарання, прощення, порятунок тощо, визначили зміст основних інститутів, понять і цінностей світського романо-германського права.

З укріпленням національної державності в європейських країнах значення канонічного права поступово зменшується. Проте правові принципи, юридико-технічні прийоми та засоби, правові інститути і навіть галузі (спадкоємне, сімейне, кримінальне право) романо-германської сім'ї, що сформувалися в Середні віки на основі канонічного права, зберігають вплив останнього і сьогодні.

На підтвердження цієї тези Г. Дж. Берман наводить такий приклад: якщо засуджений до смерті вбивця збожеволіє, то згідно із законодавством страта відкладається до видужання злочинця. Ця норма права має безумовне теологічне походження: якщо страчують божевільну людину, вона позбавляється можливості добровільно сповідатися у своїх гріхах і прийняти святе причастя. Отже, людині слід надати

¹ Див.: Тарановский, Ф. В. Энциклопедия права [Текст] / Ф. В. Тарановский. — 3-е изд. — СПб. : Лань, 2001. — С. 17.

² Антология мировой правовой мысли : в 5 т. — Т. II. Европа: V–XVII вв. — М. : Мысль, 1999. — С. 141.

можливість повернутися до розуму перед смертю, щоб її душа не прирікалася на вічний пекельний вогонь, а могла б спокутувати свої гріхи у чистилищі та зрештою, на Страшному суді, ввійти до Царства Небесного¹.

§ 6. Публічне і приватне право

Публічне і приватне право можна вважати наскрізними лініями правового розвитку романо-германської сім'ї. Публічне і приватне право — це якісно різні підсистеми права, два різних «юридичних континенти», дві різні «юридичні галактики».

Питання про поділ права на приватне і публічне має більш ніж двохтисячолітню історію. Спочатку цей поділ виник як спосіб вивчення права. Видатний римський юрист Ульпіан писав, що право вивчається у двох аспектах: публічному і приватному. Публічне право (*jus publicum*) — це те, що належить до користі римської держави, приватне (*jus privatum*) — те, що [належить] до користі окремих осіб. Відтоді цей поділ є міцним набуттям юридичної думки, утворюючи безумовний базис наукової і практичної класифікації правових явищ.

Публічне і приватне право традиційно вважають наскрізними лініями правового розвитку романо-германської сім'ї. Для неї історія цих понять — по суті історія всього права. Проте цей поділ (звичайно, не такий глибокий і чіткий) сьогодні існує і в інших правових сім'ях, наприклад, в англо-американському праві.

Визнаючи існування концептуальних розбіжностей між публічним і приватним правом, ми водночас не повинні й загострювати їх протистояння. Навпаки, на сучасному етапі розвитку права доцільно підкреслювати їх зближення на новій гуманістичній основі. Такою основою насамперед мають бути ідеї первісності прав і свободи людини і громадянина, розумного балансу інтересів особи і спільноти, неприпустимості свавільного державного втручання.

Сьогодні кордон між приватним і публічним правом не виглядає як різка демаркаційна лінія: певні правові інститути відчують на собі одночасний вплив і публічного, і приватного права, вони ніби сплетені з елементів публічного і приватного права.

¹ Берман, Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования [Текст] / Г. Дж. Берман : пер. с англ. — М. : Изд-во МГУ : Инфра-М — Норма, 1998. — С. 166.

Цей процес, умовно названий процесом дифузії публічного і приватного права, вельми активно відбувається починаючи з ХІХ — і особливо у ХХ ст. Такі зміни в ці часи, зокрема, пов'язують із розвитком і практичним втіленням концепції соціальної держави: в її умовах держава часто-густо починає вбачати публічний інтерес у традиційних приватноправових відносинах і визнає за собою право на втручання в розвиток цих відносин. Ще більше взаємопроникнення публічного і приватного права притаманне новим сферам правового регулювання — на кшталт трудового чи господарського права.

Крім того, слід враховувати, що на процес поділу норм права на публічні і приватні значно впливають сформовані в тій чи іншій країні політичні та правові традиції, особливості правової культури тощо. Тому перелік галузей та інститутів, що зараховуються до публічного чи приватного права, є далеко не однакою для різних країн романо-германської сім'ї.

Поділ права на публічне і приватне має починатися із розмежування відносин, що регулюються публічним і приватним правом. Так, у найбільш загальному вигляді **публічне право** можна визначити як підсистему права, яка регулює відносини, пов'язані з діяльністю держави і місцевого самоврядування. У свою чергу, **приватне право** можна визначити як підсистему права, що регулює такі аспекти відносин між суб'єктами права, які прямо не стосуються діяльності держави (місцевого самоврядування). Ці відносини є приватноправовими.

Подальше розмежування публічного і приватного права зображено у таблиці.

Таблиця

Критерій	Приватне право	Публічне право
1	2	3
Який інтерес захищає	Приватний, тобто інтерес окремих суб'єктів	Публічний, тобто інтерес всього суспільства, який представляє держава
Особливості суб'єктів		
Суб'єктний склад	Основний суб'єкт — приватні особи (фізичні та юридичні особи); додатковий — суб'єкти публічного права	Основний — держава та уповноважені нею органи; додатковий — суб'єкти приватного права
Статус суб'єктів	Рівний (незалежно від того, основними чи додатковими суб'єктами вони є)	Нерівний (незалежно від того, основними чи додатковими суб'єктами вони є)

Продовження таблиці

1	2	3
Відносини, які переважають	Горизонтальні, відносини координації	Вертикальні (владні), відносини субординації
Специфічний характер правового регулювання суспільних відносин		
Хто може регулювати відносини	Суб'єкти самостійно, а також додатково — держава (децентралізоване регулювання)	Держава (централізоване регулювання)
Головний спосіб правового регулювання	Дозвіл	Заборона та позитивне зобов'язання
Тип правового регулювання	Загальнодозволений (дозволено все, що прямо не заборонено законом)	Спеціально дозволений (дозволено лише те, що прямо зазначено в законі)
Основні види норм права	Диспозитивні	Імперативні
Основні принципи	Принципи свободи особистості, автономії, свободи права приватної власності, юридичної рівності суб'єктів, свободи договору	Принципи влади і підкорення, субординації, ієрархії, оперативності, загальної заборони, правового захисту загального суспільного інтересу
За чиєю ініціативою відбувається захист	За ініціативою суб'єктів	За ініціативою держави

Питання для самоконтролю

1. Визначте найбільш важливі особливості романо-германського права.
2. Охарактеризуйте три етапи розвитку романо-германського права.
3. Назвіть п'ять обставин, що суттєво вплинули на формування романо-германського права у XII–XV ст.
4. Визначте основні напрями впливу європейських університетів на розвиток романо-германського права.
5. Охарактеризуйте специфіку трьох етапів рецепції римського права романо-германським правом.
6. Визначте основні напрями впливу канонічного права на романо-германське право.
7. Здійсніть розмежування публічного і приватного права в межах романо-германського права.

Розділ 4

Джерела права романо-германської правової сім'ї

§ 1. Норми права в романо-германській сім'ї

У всіх країнах романо-германської сім'ї норму права розуміють, оцінюють і аналізують однаково. На думку Р. Давида, цей аспект є одним із найважливіших елементів єдності романо-германської правової сім'ї при всій її географічній довжині.

Особливості правових норм у романо-германському праві

1. *Загальний і абстрактний характер.* Загальний характер свідчить про те, що норма адресована невизначеному колу осіб, «відкритому» колу адресатів. Абстрактність означає, що норма не містить регулювання конкретних, визначених відносин, а описує загальні обставини, характеристику ситуацій. Іншими словами, норма права в універсальній формі встановлює для невизначеної кількості випадків, які правові наслідки настають за тих чи інших фактичних обставин, що описуються абстрактно. Прагнення до створення абстрактних правових норм поряд із бажанням охопити всі сфери права якісно структурованою нормативною системою вважається однією з особливостей правового стилю романського та германського права.

Роль норми права як загального керівництва щодо вирішення конкретних справ відповідає романо-германській традиції, згідно з якою право розглядається як модель соціальної організації. Норма права дозволяє законодавцю в необхідних випадках ефективніше втручатися в ситуації і навіть орієнтувати суспільство на досягнення певних цілей. Отже, норма права має більш серйозне значення, ніж тільки правило, встановлене для застосування суддями у конкретній справі.

Важливою проблемою для романо-германської сім'ї є визначення оптимального ступеня узагальненості норм права, оскільки від її вирішення значною мірою залежить ефективність права. Фахівці зазначають, що норми права не повинні бути занадто загальними, оскільки в цьому випадку вони перестають бути досить

надійним керівництвом для практики. Проте вони також не повинні бути і надмірно деталізованими, тому що призначені регулювати саме тип відносин, а не застосовуватися, як судові рішення, лише до конкретної ситуації.

Ступінь узагальненості норми права *не є однаковим для всіх галузей* романо-германського права. Так, ступінь конкретизації норм публічного права повинен бути максимальним. Це необхідно насамперед для того, щоб звести до мінімуму можливе свавілля державних органів при тлумаченні цих норм. А у приватному праві, де немає великої потреби нав'язувати суб'єктам права тверді юридичні рішення, ступінь конкретизації норм може бути мінімальним і тому допускається високий ступінь узагальнення.

2. Пріоритет норм, що містяться у законодавстві. Юристи романо-германської сім'ї сприймають право саме як розгалужене та величезне зібрання письмових текстів, що мають значення закону. Така увага до закону не є випадковою. Закон є найприйнятнішою формою для втілення норм права як загальних правил поведінки. Річ у тім, що закон має загальний і неперсоніфікований характер: він застосовується до всіх, хто відповідає його умовам, з моменту набрання ним чинності та до його скасування. Особливе значення в романо-германському праві мають норми, що містяться в конституційних актах і кодексах. Наприклад, завдяки кодексам у праві з'являються досить загальні, пов'язані в систему, легкодоступні для пошуку і розуміння правила, на основі яких судді і громадяни, витративши мінімальні зусилля, можуть визначити, яким чином мають бути вирішені ті чи інші проблеми.

3. Значна роль юридичної науки у створенні норм права. Юридична наука традиційно займається упорядкуванням і систематизацією рішень, що приймаються за конкретними справами. Вона виявляє з маси конкретних справ чіткі основні принципи, загальні засади, якими в майбутньому можуть керуватися судді та юристи-практики. Завдяки формулюванню правових норм науковцями юридична практика очищується від невідповідних або зайвих елементів.

4. Своєрідність зв'язку із судовою практикою. Ця своєрідність полягає, по-перше, в *офіційному запереченні судової нормотворчості*. У країнах романо-германської правової сім'ї на відміну від країн загального права суди лише інтерпретують пов'язані з кожним конкрет-

ним випадком заздалегідь підготовлені тексти законів. Тому вважається, що судові рішення є наслідком розуміння законів судами.

По-друге, судова практика *суттєво впливає на право завдяки тлумаченню його норм*. Норма права в романо-германській правовій сім'ї не регламентує деталі, оскільки правотворець не може точно передбачити розмаїття конкретних справ, що виникають у практиці, і які в майбутньому будуть підпадати під її регулювання. Загальний характер формулювань, позбавлених надмірних деталей, зумовлює гнучкість норм права, яка дозволяє судовій практиці пристосовувати старі норми до нових відносин, автоматично збільшує роль судді в їх тлумаченні, обумовлюючи надання суддям широких дискреційних повноважень при застосуванні норм та відкриваючи простір для творчого тлумачення. Тому роль судді у сім'ї романо-германського права не обмежується лише «роботою рота, завдяки якому говорить закон».

Отже, для того щоб мати повне уявлення про зміст права в країнах романо-германської правової сім'ї, недостатньо наявності лише знань про норми права. Право у країнах романо-германської сім'ї складається не тільки із законодавчих норм; також воно включає так звані казуальні, або вторинні, правові норми, що створюються у судовій практиці завдяки тлумаченню суддями законодавчих норм і уточнюють та доповнюють останні для того, щоб вирішити конкретний правовий спір, конкретний випадок. Р. Давид стверджував, що норма, створена законодавцем, — це лише ядро, навколо якого обертаються «вторинні правові норми».

Суди нерідко виступають як «заступники» законодавця, усуваючи прогалини в законах. Наприклад, у річному звіті Федерального верховного суду Німеччини за 1996 р. зазначається, що жоден юрист уже не має сумнівів у тому, що в усі часи чинне право є сумішшю законодавчих норм і суддівського права та що останнє, втілюючись у судових рішеннях, ніколи повністю не збігалось з положеннями законодавства. Обговоренню підлягає лише питання про кордони суддівського права, але не його існування.

Завдяки зазначеним особливостям норми права в романо-германському праві дозволяють суміщати стабільність писаного права і еволюцію «живого права», забезпечуючи перманентні зміни зі збереженням наступності регулювання.

§ 2. Джерела права в романо-германській сім'ї, їх види

У романо-германській правовій сім'ї *не має єдиного уявлення* про джерела права і про їхнє співвідношення між собою. Кожна з численних правових систем, що складають цю сім'ю, має свої специфічні риси, обумовлені історичними і національними традиціями, особливостями правової культури й іншими факторами. Більше того, питання про поняття джерел права є досить складним і найчастіше дискусійним навіть усередині кожної національної правової системи. Відповідь на нього змінюється час від часу, а нерідко — від однієї галузі права до іншої, і залежить від філософських та правових поглядів кожного автора.

Поняття «джерело права» належить до групи правових понять, які, на думку О. О. Рубанова, є метафорами. Поняття-метафора «джерело права» походить з античного Риму. Автором цього поняття вважається Тит Лівій, який писав, що Закони XII таблиць є «джерелом усього публічного та приватного права» (*sons omni publice privat juris*). Таким чином, конкретна правова форма — Закони XII таблиць — була названа джерелом права. Можливо, таке порівняння породжене прикладом римських святих водних джерел, що живлять землю. Тит Лівій запропонував визнати нормативний акт джерелом, що «живить» правовідносини. Поступово такий метафоричний підхід трансформувався в юридичне поняття «джерело права».

У романо-германському праві термін «джерела права» є *багатозначним*. Так, приміром, Ж.-Л. Бержель позначає цим терміном змістовні (сутнісні) та формальні джерела права. На думку французького вченого, *змістовні (сутнісні, матеріальні) джерела права* — це перш за все творчі сили права, моральні, філософські, релігійні, політичні, соціальні та ідеологічні принципи, які покладені в основу правових норм і обумовлюють їх зміст. У свою чергу *формальні джерела права* — це способи формування правових норм, тобто прийоми та акти, за допомогою яких правила стають складовою частиною позитивного права та набувають статусу норм права.

Джерела права у цій сім'ї традиційно розглядаються *не в одному окремо узятому* (історичному, соціологічному, філософському, формально-юридичному) *аспекті, а в їх сукупності*, що доповнюють

одна одну. Якби при розгляді, наприклад, джерел німецького права автори обмежилися лише формально-юридичним підходом, згідно з яким визнаються тільки два види джерел права — закони і звичаєве право, то з поля зору зникли б такі неформальні джерела права, як правова історія, правова доктрина, загальні принципи права, судова практика, що протягом багатьох століть суттєво впливають на німецьке право. А це створювало би досить перекручену картину сучасної правової системи Німеччини.

Проте, незважаючи на різноманіття підходів до визначення поняття «джерело права», у романо-германській правовій сім'ї *традиційно домінує формально-юридичний підхід*. Так, нідерландські юристи визначають джерела права як форми виразу позитивного права, які мають значення обов'язкових засобів ознайомлення з чинним правом.

Слід звернути увагу на те, що серед джерел права у формально-юридичному значенні *провідна роль незмінно належить закону*. На думку Р. Давида, законодавство — це першорядне, майже єдине джерело права у країнах романо-германської правової сім'ї. Інші джерела права займають підлегле та малозначне місце в порівнянні з класичним джерелом права — законом.

Для всіх правових систем романо-германської сім'ї загальними є **такі джерела права:**

- 1) нормативно-правові акти;
- 2) правові звичаї;
- 3) міжнародні договори;
- 4) загальні принципи права;
- 5) правова доктрина;
- 6) судова практика.

Вони можуть бути класифіковані за різними критеріями, а саме:

1. Залежно від формальної обов'язковості джерела права можна класифікувати на формально-обов'язкові та неформальні.

До **формально-обов'язкових джерел** права належать нормативно-правові акти, міжнародні договори, загальні принципи права та правові звичаї. Вони відіграють визначальну роль у всій системі романо-германського права.

Неформальні джерела (зокрема, правова доктрина, судова практика) у суворому юридичному значенні не є обов'язковими, проте суттєво впливають на процес розвитку й удосконалення права.

2. Залежно від юридичної сили, соціального значення і ступеня поширеності виділяють первинні та вторинні джерела права.

Первинними джерелами в усіх країнах романо-германського права є нормативні акти і звичаї з безперечною перевагою перших. Іноді первинними джерелами вважаються також загальні принципи права. Первинні джерела завжди мають обов'язкову юридичну силу, відіграють значну роль у соціальному житті, закріплюють найважливіші норми романо-германського права.

Вторинні джерела можуть мати певну юридичну вагу лише тоді, коли відсутні первинні джерела або ж коли вони є неповними чи неясними. Їх використання не є юридично обов'язковим. До вторинних джерел романо-германського права належать судова практика, правова доктрина й інші неформальні джерела права.

■ § 3. Нормативно-правові акти в романо-германській правовій сім'ї

При характеристиці джерел романо-германського права основна увага незмінно приділяється нормативно-правовим актам. Це обумовлюється тим, що у країнах романо-германської сім'ї вони становлять основу всього національного права.

У західній юридичній літературі нормативно-правові акти найчастіше узагальнено називають письмовими актами, формальними (формально-юридичними) актами або ж просто — законами в широкому значенні. Ці акти приймаються не тільки законодавчими органами, а й виконавчо-розпорядчими, адміністративними органами, а також на референдумі.

Звісно, характер, назва і види цих актів у різних країнах романо-германського права є далеко не однаковими. Проте нормативно-правовим актам, що діють у межах цієї правової сім'ї, все ж таки можна дати *загальну характеристику*:

1. Нормативно-правові акти, а не будь-яке інше джерело права, *найсуттєвіше впливають на розвиток цієї правової сім'ї на сучасному етапі*. Починаючи з XIX ст. нормативно-правові акти охоплюють у країнах романо-германської правової сім'ї практично всі аспекти правопорядку, містять переважну більшість норм права. Ця тенденція спирається на традицію писаного права, на принципи демократії, а також на

ідею, згідно з якою законодавство є найкращим технічним засобом для встановлення ясних, точних та зрозумілих людям юридичних правил.

Обсяг регулювання за допомогою нормативно-правових актів у країнах романо-германського права є настільки великим, що правники сьогодні вже говорять про проблему девальвації законодавчих норм. Так, станом на кінець 1998 р. у ФРН чинне федеральне право містило приблизно 1900 первісних законів (нових законів, що вперше регулюють суспільні відносини певного виду) та 3000 первісних нормативних постанов (актів, що видаються виконавчими органами влади). Первісні закони містили близько 45 тисяч окремих приписів, нормативні постанови — приблизно 37 тисяч.

2. Нормативно-правові акти поєднує насамперед те, що вони:

а) є результатом правотворчої діяльності органів законодавчої і виконавчої влад;

б) містять у собі норми права — розраховані на багаторазове застосування правила загального характеру, які адресуються не одній якійсь людині, а відразу багатьом, поіменно не перерахованим. Отже, нормативно-правові акти встановлюють невичерпні та неперсоніфіковані правила;

в) мають загальнообов'язковий характер, забезпечуються й охороняються державою;

г) викладаються в письмовій формі.

3. У всіх країнах романо-германської правової сім'ї відоме поняття закону, що, безперечно, є найважливішим джерелом серед нормативних актів¹, та підзаконного акта, що приймається виконавчою владою на виконання закону.

Основу ієрархії джерел права становить класична піраміда — конституція, закон і акт виконавчої влади. Вона є результатом поєднання принципу законності, принципу поділу влади і демократичного принципу: відповідні компетенції виконавчої та законодавчої влад надаються конституцією, яка підкорює виконавчу владу законодавчій, оскільки остання представляє народ.

4. У кожній державі існують пірамідальні системи підзаконних актів, на вершині яких перебувають акти, прийняті урядом в особливо урочистій формі, потім звичайні урядові акти, акти міністрів та їх підлеглих, і крім того акти місцевої влади.

¹ Детальніше про особливості закону в сім'ї романо-германського права див. § 4 цього розділу.

У країнах, що належать до романо-германської правової сім'ї, сьогодні можна відзначити тенденцію підвищення значення підзаконних актів. У цих країнах визнають, що у недостатньо суттєвих галузях законодавча процедура є занадто обтяжливим джерелом права. Тому правове регулювання питань, що виникають у цих сферах, слід віднести до компетенції органів виконавчої влади. Приміром, у Франції та ФРН підзаконні акти визнаються навіть повноцінним джерелом кримінального права.

У багатьох країнах Європи також існує поняття *самостійного підзаконного акта (регламенту)* як різновиду підзаконного акта, що прийнятий не на виконання закону. У Франції, наприклад, такими актами є *регламентарні акти*, які згідно зі ст. 37 Конституції Франції видаються виконавчо-розпорядчими органами в особі уряду, міністрів, а також уповноважених органів адміністрації різних рівнів із питань, що не входять до сфери законодавства.

Країнам романо-германського права відоме також поняття *актів делегованого законодавства*. Важливо звернути увагу на те, що деякі з актів делегованого законодавства *мають силу закону*.

Прикладом цього різновиду підзаконних актів у Франції є *ордонанси* — акти, прийняті урядом з дозволу парламенту після отримання висновку Державної Ради з питань, що зазвичай належать до галузі законодавства. Згідно зі ст. 38 Конституції Франції ордонанси підлягають затвердженню парламентом, після чого вони набувають сили закону і можуть бути змінені тільки останнім.

В Італії актами делегованого законодавства є так звані *законодавчі декрети*, що видаються урядом згідно зі ст. 76 Конституції в порядку здійснення законодавчої функції, делегованої йому парламентом, який визначає принципи та керівні критерії такого делегування. Ці акти приймаються на обмежений час і за визначеним колом питань. У випадках особливої необхідності й терміновості ст. 77 Конституції Італії уповноважує уряд приймати на свою відповідальність *тимчасові розпорядження, які мають силу закону*. У той же день ці акти повинні бути подані до парламенту для їх затвердження. Якщо розпорядження протягом 60 днів після їх опублікування не отримали законодавчого затвердження, вони втрачають чинність із моменту видання.

Схожа ситуація складається і в Іспанії. Так, згідно зі ст. 82 Конституції Генеральні кортеси можуть делегувати Урядові повноваження видавати у конкретній галузі і на визначений строк *законодавчі декрети* —

нормативні акти, що мають силу закону. У надзвичайних та термінових випадках Уряд може видати *декрети-закони* — тимчасові законодавчі акти, що повинні негайно передаватися Конгресу на обговорення та голосування. Відповідно до ст. 86 Конституції Конгрес повинен протягом 30 днів затвердити або скасувати декрет-закон.

■ § 4. Закон як джерело права в романо-германській сім'ї

Як зазначалося, закон є найважливішим джерелом серед нормативних актів. **Особливостями закону** в сім'ї романо-германського права є:

1) розуміння закону в *широкому і вузькому значеннях*. У широкому (матеріальному) значенні закон у країнах романо-германського права протиставляється звичаю. У цьому випадку законом називають будь-який нормативно-правовий акт — акт, що містить правові приписи загального характеру і виходить від уповноважених на їхнє видання центральних і місцевих, законодавчих і виконавчих державних органів. У вузькому (формальному) значенні закон — це акт, що виходить від законодавчого органу країни, прийнятий відповідно до встановленої процедури і має вищу юридичну силу;

2) регулювання законами *найважливіших суспільних відносин*;

3) перебування законів на *вищому щаблі в ієрархії джерел права*;

4) наявність *загальних принципів побудови системи законів*. Так, практично у всіх країнах романо-германського права вирізняють конституційні закони (конституції), кодекси та поточні закони.

У всіх країнах романо-германського права існують *писані конституції*, за нормами яких визнається особливий авторитет. Вони є основним планом правового оформлення життя суспільства, що базується на певних продуманих принципах. Конституція розглядається як основний закон певної держави, ядро всієї правової системи, юридична база для поточного законодавства, образно кажучи, як закон законів. Вона містить сукупність конституційних норм, інститутів та принципів, що регулюють організацію державної влади, взаємовідносини цієї влади, суспільства та індивідів. Важливе завдання конституції — обмежити державну владу і забезпечити захист прав людини і громадянина. Конституції створюються суб'єктами установчої влади і є легітимними завдяки народному суверенітету і основним

правам людини. Основна юридична риса конституції як Основного закону — її верховенство, що означає пріоритетне становище конституції в системі джерел права, яке забезпечується особливим порядком її прийняття і зміни, а також наданням їй найвищої юридичної сили.

Особливий характер конституції підтверджується зокрема тим, що видання і застосування законів у більшості країн романо-германського права незмінно супроводжується *судовим контролем за їх конституційністю*. На початку 90-х років ХХ ст. лише дві європейські держави, що належать до романо-германської правової сім'ї, — Люксембург та Нідерланди — не мали жодної форми судового контролю за конституційністю законів. Однак у цих країнах, особливо в Нідерландах після перегляду Конституції в 1982 р., міркування предметної конституційності посідають чільне місце у парламентських дебатах.

У ХІХ–ХХ ст. значного поширення у країнах романо-германського права набула *кодифікація*. Наприклад, приблизно 70 % французьких законів систематизовані в кодекси. Кодифікація дозволяє упорядкувати норми права шляхом переробки чинного законодавства і створення в процесі правотворчості єдиного логічно, юридично і соціально цілісного, внутрішньо і зовнішньо узгодженого нормативно-правового акта, зробити їх більш доступними для громадян. Практично в усіх країнах романо-германського права ми знаходимо п'ять основних кодексів: кримінальний, цивільний, кримінально-процесуальний, цивільно-кримінальний та комерційний (торговельний).

Розглядаючи питання про статус кодексів у романо-германському праві, слід зазначити, що юридично кодекси не мають пріоритету порівняно з поточними законами (крім випадків, коли законодавець прямо не передбачив інше у тексті кодексу). Проте кодекси традиційно користуються серед юристів підвищеним авторитетом. Це пояснюється *низкою їх характерних рис*:

- 1) у кодифікованому акті зазвичай формулюються норми, що регулюють найважливіші питання суспільного життя, які визначають нормативні основи тієї чи іншої галузі (інституту) законодавства;
- 2) кодекс регулює значну і досить велику сферу відносин;
- 3) кодекс є підсумком удосконалення законодавства, зведеним актом, упорядкованою сукупністю взаємозалежних приписів. Він є єдиним, внутрішньо пов'язаним документом, що містить як перевірені

життям, суспільною практикою чинні норми, так і нові правила, обумовлені динамікою життя, потребами розвитку суспільства;

4) кодифікація спрямована на створення більш стійких, стабільних норм, розрахованих на тривалий період їхньої дії;

5) кодифікований акт зазвичай очолює систему взаємозалежних нормативних актів, що утворюють певну галузь, підгалузь або окремий інститут законодавства;

б) акт кодифікації завжди є значним за обсягом, має складну структуру. Це своєрідний укрупнений блок законодавства, що забезпечує більш чітку побудову системи нормативних приписів, а також зручність їх використання.

Зрозуміло, що наявність загальних принципів побудови системи законів зовсім не виключає їхніх національних особливостей. Зокрема, ці особливості можуть виникати залежно від державного режиму, форми правління, форми державного устрою, історичних обставин й інших факторів, існуючих у тій чи іншій країні. Так, федеративний устрій держави значною мірою впливає на процес побудови системи законів у Швейцарії, Німеччині, Бельгії тощо.

Конституції багатьох країн передбачають можливість прийняття *спеціальних різновидів поточних законів* та встановлюють особливі вимоги до цих актів. До різновидів поточних законів можна віднести, зокрема:

а) у Франції — програмні закони, що визначають цілі економічної і політичної діяльності держави; органічні закони, що приймаються у випадках, передбачених Конституцією; фінансові закони, що визначають доходи та видатки держави; закони про фінансування соціального забезпечення;

б) у ФРН — рамкові закони, що містять загальні приписи Федерації, які конкретизуються у земельних законах; закони про порядок виконання/застосування, що приймається на виконання міжнародного договору або норм європейського права;

в) в Іспанії — органічні закони, тобто закони, що стосуються розвитку основних прав і свобод, закони, що схвалюють статути автономій, закони, що встановлюють порядок загальних виборів, а також усі інші закони, передбачені Конституцією; базові закони, що визначають умови делегування законодавчих повноважень від парламенту до уряду.

§ 5. Загальні принципи в романо-германській правовій сім'ї

Загальні принципи — це положення (правила) об'єктивного права, які можуть втілюватися, а можуть і не втілюватися у законодавстві, але обов'язково застосовуються в судовій практиці і мають достатньо загальний характер.

Слід зазначити, що загальні принципи права розглядаються як самостійне (формальне) джерело в романо-германській правовій сім'ї: для застосування їх вимог немає необхідності посилатися на інше джерело права (закон, правовий звичай тощо). Саме тому загальні принципи права нерідко визначають як неписане право. Таке визнання відбувається у другій половині ХХ ст., що є одним із важливих аспектів еволюції сучасного романо-германського права. Велику роль в утвердженні цієї ідеї відіграла судова влада. Концепція, згідно з якою правові норми можуть бути виведені не тільки з нормативно-правових актів, а й із загальних принципів права, дає можливість судам застосовувати право навіть в умовах відсутності відповідних правових приписів, знімає із судів звинувачення в перевищенні повноважень і викривленні законодавства.

Загальні принципи доводять підпорядкування права велінням справедливості в тому вигляді, як остання розуміється у певну епоху й у певний момент. На думку Р. Давида, жодна законодавча система не може обійтися без таких корегувань або застережень; їхня відсутність може привести до розбіжності між правом і справедливістю. Ці принципи традиційно пов'язуються з існуванням природного права; вони утворюють моральну основу права, його духовний фундамент. Без деяких принципів правопорядок, імовірно, не зміг би існувати. Ідеться, зокрема, про принципи добросовісності, заборони зловживання правом, заборони необґрунтованого збагачення, відшкодування збитків, принцип, який встановлює, що рівний над рівним не може мати влади, принцип, згідно з яким не можна бути суддею у власній справі.

Природно, що загальним принципам права у романо-германській правовій сім'ї надається велике значення. Вони навіть можуть наділятися статусом первинних джерел права. Загальні принципи права — це той критичний масштаб, перед яким є відповідальними законодавці, особи, що застосовують право, юристи-науковці та ін.

Рисами загальних принципів є:

1. Існування принципів як у самому законі, так і поза законом.

У першому випадку вони виводяться з норм позитивного права, а в другому — з існуючого у країні правопорядку. Отже, загальні принципи не обов'язково закріплюються в нормах позитивного права. Це дає підстави виділяти загальні принципи, закріплені в законі, та загальні принципи, не передбачені законом.

2. Їх формулювання і визнання судовою владою. Як зазначає Ж.-Л. Бержель, хоча суддя завжди намагався позбутися ролі автора загальних принципів, ми не можемо не бачити в них його, судді, нормативної влади. Головним джерелом загальних принципів є судова практика. Вона добуває принципи із закону або зі звичаїв за допомогою тлумачення. Посилання на деякі принципи, наприклад, на принцип справедливості, зустрічається у практиці Касаційного суду Франції вже у XIX ст., коли суд обґрунтовував рішення щодо незаконного збагачення.

3. Панування загальних принципів над позитивним правом.

Звичайні правові норми є лише окремими випадками їх застосування або винятками. Саме на рівні принципів різні сфери правопорядку і різні правові системи виявляють свою єдність. Загальні принципи права є концентрованим виразом найважливіших сутнісних рис та цінностей, що притаманні цій системі права.

Загальні принципи надають законодавцю ключ до соціальних фактів, на які він має намір впливати шляхом створення норм права; судам — інструмент для тлумачення закону, відповідно до якого кожна норма підкорена принципам; конституційним судам — критерій для правосуддя у випадках, коли закони виходять за межі конституції

4. Загальний характер. Дія принципів на відміну від інших правил, що створюються судовою владою, зазвичай поширюється за межі окремих галузей права.

Принципи, закріплені у законодавстві. Наприклад, у Франції у Декларації прав людини і громадянина 1789 р. і в наступних конституційних актах закріплені, зокрема, такі принципи, як принципи прихильності правам людини, принципи національного суверенітету, принцип визнання забороненими лише тих діянь, що є шкідливими для суспільства. Конституція Іспанії закріплює, приміром, принцип законності; принцип відсутності зворотної сили у норм, що містять санкції, які не сприяють здійсненню особистих прав або обмежують їх.

Загальні принципи, не передбачені законом. Так, Федеральний верховний суд і Федеральний конституційний суд Німеччини у своїх рішеннях зазначають, що конституційне право не обмежене текстом Основного закону, а включає також деякі загальні принципи, які законодавець не конкретизував у позитивній нормі. Отже, німецькі суди визнають існування надпозитивного права, що пов'язує навіть установчу владу законодавця.

Наприклад, для визнання відповідності законів та інших правових актів конституційним правам і свободам громадян Конституційний суд ФРН використовує принцип пропорційності, відповідно до якого органи державної влади не можуть накладати на громадян зобов'язання, що перевищують установлені межі необхідності, яка випливає з публічного інтересу. Цей прямо не закріплений у Конституції ФРН 1949 р. принцип є суддівським критерієм визначення відповідності (пропорційності) обраних державою засобів, закріплених у правових актах держави, певній легітимній меті.

■ § 6. Звичай у системі джерел романо-германського права

Питання про звичай як джерело права, а також про його місце серед інших джерел романо-германського права є досить складним і суперечливим. У межах романо-германської правової сім'ї існують два протилежні погляди на звичай. Так, прихильники соціологічної концепції надмірно перебільшують роль звичаю в романо-германському праві. Представники позитивістської теорії у свою чергу фактично протиставляють звичай законів і зводять його роль у практичному плані нанівець. Слід погодитися з Р. Давидом, який зауважує, що звичай у романо-германському праві не є тим основним і первинним елементом права, як того бажає соціологічна школа, проте його роль разом з тим аж ніяк не є такою незначною, як вважають позитивісти.

Крім того, слід враховувати, що в конкретних правових системах романо-германської сім'ї значення звичаїв є не однаковим. Так, наприклад, у Іспанії (особливо в Каталонії) звичай як джерело права відіграє досить важливу практичну роль, а ось у Франції роль звичаю є досить незначною. У правовій системі Німеччини звичаї — також майже зникаюче джерело права.

Звичай як джерело права існує на всіх етапах розвитку романо-германського права. Проте його значення в усіх країнах Європи поступово зменшується. Можна констатувати, що у процесі формування розгалуженої правової системи суспільства, ускладнення громадського життя звичай потроху витісняється із системи джерел романо-германського права законами і судовими рішеннями. Така тенденція не є дивною. Як зазначає професор П. Г. Виноградов, на ранніх стадіях історії права народний звичай є настільки ж природним і характерним, наскільки є природними і характерними для дитинства дитяча вимова та поведінка. Проте намагатися зв'язати далеко просунуту цивілізацію рудиментарними звичаями було б настільки безглуздо, як одягати дорослу людину в дитячий костюм. Тому не є ані дивовижним, ані прикрим той факт, що у розвинутому суспільстві право все більше стає спеціалізованою галуззю професійних юристів.

Певний вплив на процес історичної девальвації звичаїв мала *компіляція* величезної кількості звичаїв, що проводилась у європейських країнах у XV–XVII ст. Так, король Франції Карл VII віддав розпорядження, щоб звичаї були викладені у письмовій формі (ордонанс Монтіль-де-Тур 1453 р.). Це розпорядження було мотивоване бажанням припинити процеси і спори між підданими, звільнити їх від внесків і витрат і усунути всі неясності й суперечності. Звичаї міста Парижа записувалися двічі: в 1510 та 1580 рр. Компіляція полягала у систематизації здавна сформованих, досить різнорідних і суперечливих звичаїв. Це значно спрощувало їхнє використання у суддівській і іншій правозастосовній діяльності. Однак, пристосовуючи старі звичаї до нових умов, примусово модернізуючи їх, компіляція підривала споконвічно закладений у звичаях природний потенціал, зводила їх до рівня звичайного законодавчого акта. Подальшому зниженню значення звичаю як джерела права сприяла *кодифікація*, що широко проводилась у країнах Західної Європи у XIX–XX ст. і перетворила закон у головне і майже виключне джерело права романо-германської сім'ї.

На третьому етапі розвитку романо-германського права визнається, що звичай стає джерелом права після того, як він інтегрується в позитивне право, перетворюючись у його складову частину. Така інтеграція, або набуття звичаєм правового характеру, відбувається *двома шляхами* — *судовим і законодавчим*.

Судовий спосіб є основним. Як зауважує професор Еннекцерус, звичаєве право виникає головним чином із судової практики. У цьому

випадку звичай сприймається і застосовується судом, а рішення суду, що засноване на звичаї, забезпечується примусовою силою держави.

Законодавче визнання відбувається завдяки посиланню у тексті нормативно-правового акта на необхідність (можливість) використання певного звичаю. У такий спосіб держава визнає вже сталі звичаї, вказує на умови їхнього застосування. Наприклад, закон нерідко відсилає до місцевих звичаїв та звичаїв окремих професій.

Таке становище не виключає повністю звичай зі складу джерел права, проте призводить до того, що він сьогодні має переважно допоміжний характер. Звичай зберігає за собою лише те місце, яким йому бажають поступитися офіційні джерела права.

Вважається, що звичай є правовим, якщо він відповідає двом критеріям:

1) *матеріальному*, який вимагає того, щоб певне правило склалося внаслідок одноманітного повторення дій (*consuetudo*);

2) *психологічному*, який полягає в почутті, переконанні суб'єктів права в тому, що здійснення цих дій є обов'язковим, оскільки цього вимагає право (*opinio juris sive necessitatis*).

Р. Давид розрізняє такі *різновиди звичаїв*:

1) звичаї, що виступають *на додаток до закону* (*secundum legem*). Ці звичаї сприяють створенню найоптимальніших умов для тлумачення і застосування нормативних актів, оскільки останні у низці випадків для свого розуміння потребують доповнення звичаєм. Наприклад, потребують пояснення з огляду на звичай поняття, що використовуються законодавцем. Так, не можна, не вдаючись до звичаю, іноді точно сказати, коли поведінка певної особи є помилковою, чи є даний знак підписом, чи є певне майно сімейним сувеніром тощо;

2) звичаї, що діють *замість закону* (*praeter legem*). За допомогою таких звичаїв регулюються лише суспільні відносини, не урегульовані законодавством. Це положення у деяких країнах закріплюється на законодавчому рівні. Так, згідно зі ст. 1 Цивільного кодексу Швейцарії за умови відсутності відповідних законодавчо встановлених положень, що регулюють спірні суспільні відносини, суддя вирішує спір на основі норм звичаєвого права;

3) звичаї, що діють *усупереч закону* (*adversus legem*). Такі звичаї є досить рідкими в романо-германському праві та усіляко обмежуються. Це пояснюється тим, що в жодній країні суди не люблять виступати проти законодавчої влади. У деяких національних правових системах ці звичаї навіть законодавчо забороняються.

§ 7. Доктрина в романо-германській правовій сім'ї

Доктрина посідає важливе місце у системі джерел романо-германського права. Протягом тривалого часу завдяки діяльності університетів доктрина була основним джерелом права в романо-германській сім'ї. Так, використання глосів до Кодексу Юстиніана протягом XII–XVII ст. є прикладом безпосереднього авторитету правової доктрини. Існувало навіть правило: «Те, що не приймається коментарем глосаторів, не приймається судом» (*quod non agnoscit glossa, non agnoscit forum*).

У літературі, присвяченій аналізу джерел романо-германського права, термін «доктрина» вживається в кількох значеннях:

- а) як учення, філософсько-правова теорія;
- б) як думки вчених-юристів з тих чи інших питань, що стосуються сутності і змісту різних юридичних актів, із питань правотворчості й правозастосування;
- в) як наукові роботи найавторитетніших дослідників у галузі держави та права;
- г) як коментарі різних кодексів, окремих законів.

Сьогодні доктрина не визнається джерелом права у формально-юридичному значенні, але розглядається як неформальне авторитетне джерело, що здійснює значний вплив на право. Саме доктрина забезпечує синтез права, його критику, виявлення прогалин у праві, а також сприяє різними способами розробці законодавства. При цьому нерідко підкреслюється, що доктрина не може породжувати норми права, а може лише доказувати їх існування. У будь-якому випадку доктрина належить не до первинних, а до вторинних джерел права.

Так, *доктрина впливає на законотворчість*. На думку професора Еннексеруса, це пояснюється тим високим завданням, що стоїть перед юридичною наукою, — прокладати шлях для законодавства. Цей вплив зводиться до таких основних напрямів:

- 1) доктрина створює словник і правові поняття, якими користується законодавець;
- 2) законодавці звертаються до доктрини при підготовці й обговоренні проектів законів та інших нормативних актів;
- 3) законодавець часто лише виражає ті тенденції, що установилися в доктрині, та сприймає підготовлені нею пропозиції.

Характеризуючи *вплив доктрини на правозастосування*, компаративісти підкреслюють, що для суддів континентального права цілком природним є звернення у процесі судових розглядів до думки інших юристів, особливо до думки вчених. Як зауважують німецькі юристи, суддя не відкине з легким серцем те, що всіма визнається правильним. Значною повагою серед юристів романо-германського права користується доктринальне тлумачення законів. Доктринальне тлумачення є науковим роз'ясненням правових актів, сенсу та цілей правових норм, що дається внаслідок теоретичних пошуків, наукового аналізу права. Його сила полягає не у формальній обов'язковості, а в переконливості, в авторитеті та високій кваліфікації тих осіб, що здійснюють це тлумачення.

Важлива роль доктрини у романо-германській правовій сім'ї пояснюється також абстрактним характером норм права. Прийняття правових норм загального характеру передбачає формування доктриною понять і концепцій, навколо яких вибудовується і за допомогою яких пояснюється писане право. Для пізнання таких норм необхідна кропітка дослідницька робота, глибоке проникнення у суть питання, характерні для роботи вчених-юристів. Доктрина активно використовується вищими судовими інстанціями при вирішенні спірних питань і при формуванні загальних підходів до застосування правових норм. Більше того, у судовому процесі можливе пряме посилення на доктринальні висновки. Наприклад, в австрійському суді посилаються на наукові погляди Г. Кельзена.

Найяскравіше вплив доктрини на правозастосовний процес проявляється в тих випадках, коли суди під час розгляду справи зіштовхуються з так званими важкими справами. Наприклад, важкими є справи, в яких відносини, що розглядаються, або взагалі не урегульовані нормами права, або ж вони регулюються за допомогою не цілком зрозумілих, суперечливих норм. Прагнучи подолати прогалини та колізії у праві, суддя у країнах романо-германського права безперечно звернеться до доктрини. У цих випадках сприйняття суддею притаманного доктрині творчого підходу до права є особливо необхідним. Доктрина допомагає встановлювати аналогічну норму права, доводити схожість життєвих ситуацій, висувати гіпотези субсидіарного застосування права, визначати загальні засади, принципи права, придатні для тлумачення.

У ХХ ст. набула поширення практика формування доктрини вищими судами (насамперед конституційними і верховними судами), що дає можливість поєднати фундаментальне теоретичне знання і великий практичний юридичний досвід. Наприклад, Федеральний конститу-

ційний суд Німеччини сформулював «теорію трьох стадій», яка застосовується при оцінці правомірності втручання законодавця в процес вільної реалізації професії. На першій стадії законодавець ніби здійснює загальне регулювання професійної діяльності, на другій стадії він визначає суб'єктивні умови вибору професії (наприклад, вимоги щодо вікового цензу, освіти тощо), а на третій — об'єктивні умови цього вибору (наприклад, обмеження кількості осіб, які можуть займатися певною професією). Суд вважає, що на кожній стадії законодавцю дозволена різна сила втручання. Так, на першій стадії втручання законодавця є правомірним, якщо воно виправдане розумними міркуваннями загального блага; на другій — якщо цього нагально вимагає захист загального блага особливої важливості; на третій — якщо це виправдано захистом загального блага першорядної важливості з метою попередження небезпеки, яка підтверджена чи може настати з високим ступенем імовірності.

Зрозуміло, що ступінь впливу правових доктрин на правотворчість і правозастосування, так само як і форми його прояву в різних країнах романо-германського права, далеко не завжди є однаковими. У Франції, наприклад, досить високо цінуються доктрини, що стосуються суто прикладних, практичних аспектів права, у той час як у Німеччині та Італії перевага віддається скоріше фундаментальним доктринам, доктринам академічного, а не прагматичного плану. Природно, що в ієрархії юридичних професій найпочесніші позиції у Франції займають відомі судді, а в Німеччині та Італії першість належить професорам права і науковцям. Німецькі й швейцарські правознавці віддають перевагу постатейним коментарям, що існують і у Франції, але в останній призначені лише для практиків. Кращим інструментом французьких юристів є курси або систематизовані підручники. Виняток становить, мабуть, лише кримінальне право через особливу роль закону в цій галузі права.

■ § 8. Судова практика в романо-германській правовій сім'ї

У сучасній юридичній літературі відзначається, що суди у країнах романо-германського права досить активно впливають на норми права у прямій та непрякій формах. Так, суди *безпосередньо впливають* на саме існування норми права, коли заважають набранню її чинності,

визнають її нечинною або такою, що не підлягає застосуванню. Ідеться переважно про роботу конституційних судів, що здійснюють попередній та наступний контроль за конституційністю нормативних актів. *Непрямий вплив* полягає в тому, що вищі судові інстанції контролюють тлумачення норм права звичайними судами під час розгляду конкретних справ.

Судова практика, так само як і правова доктрина, розглядається як неформальне, вторинне джерело романо-германського права. Вона може надати переконливе обґрунтування для судового рішення, однак посилання на судову практику недостатньо: таке посилання необхідно поєднати з посиланням на відповідний закон чи інше формальне джерело права. Інакше кажучи, відповідно до офіційної позиції судова практика не може породжувати норми права, а може лише доказувати їх існування. Судову практику нерідко розглядають як свого роду «м'яке» право, що дозволяє відокремити її від «жорсткого» права — позитивних нормативно-правових актів, які характеризуються більш високим рівнем обов'язковості.

Питання про можливість судової правотворчості вирішується у країнах романо-германського права по-різному. Це обумовлено історичними традиціями (деякі країни заохочували розвиток прецедентного права, інші — обмежували його), а також відповідною сучасною законодавчою регламентацією.

Так, характерною рисою *французької доктрини*, що виникла ще за часи Французької революції, є заборона на створення в судовому рішенні норми права, яка буде застосовуватися в аналогічних випадках. Згідно зі ст. 5 Цивільного кодексу судді заборонено виносити рішення у вигляді положень загального або регламентарного характеру.

Проте заборона обов'язкової сили прецеденту не свідчить про незначну роль судової практики у правовій системі Франції. Відповідно до доктрини усталеної судової практики (*jurisprudence constante*) низка раніше прийнятих та узгоджених судових рішень розглядається як переконливий доказ правильного тлумачення правової норми. Роль судді є основною в застосуванні закону, його інтерпретації, заповненні існуючих прогалин, а також у його оновленні, оживленні чи згладжуванні, тобто ігноруванні та протидії йому. Незважаючи на те що місія судді передбачає підкорення закону, його застосування, суддя, виконуючи роль необхідної об'єднувальної ланки між виданням норми права та його ефективним застосуванням, насправді може дискримінувати

закон. Тому стосунки між законодавчими та судовими органами, за словами Ж.-Л. Бержеля, набувають іноді характеру бурі.

У німецькій правовій традиції рішенням судів відводиться більш значна роль, ніж у Франції. До легітимних функцій німецького суду належить, зокрема, функція розвитку й удосконалення права, що включає повноваження на правотворчу діяльність. У рішенні від 14 лютого 1973 р. Федеральний конституційний суд Німеччини пояснює цю функцію так: суддівська діяльність не зводиться лише до пізнання і виразу волі законодавця. Цілі правосуддя можуть вимагати від судді вияву і реалізації в його рішеннях принципів, що іманентні конституційному правопорядку, проте не знайшли втілення в тексті писаних законів. Суддя не повинен вчиняти свавілля; його рішення мають базуватися на раціональній аргументації. Є очевидним, що писаний закон не завжди виконує свою функцію — справедливо вирішувати юридичні проблеми. У такому випадку суддівське рішення ліквідує цю прогалину, зі здоровим глуздом та загальними уявленнями про справедливість. Завдання та повноваження у сфері правотворчості — але завжди у межах конституції — ніколи не будуть оскаржуватися суддями. Верховні суди визнали це від самого початку. Федеральний конституційний суд визнавав це завжди.

Дослідники підкреслюють, що німецька система судових рішень має змішаний характер, якщо порівнювати її з французькою та англійською системами. У німецькій системі на відміну від французької визнається необхідність правового обґрунтування рішення судді, у постановах досить часто використовуються посилення на прийняті раніше рішення, проте на відміну від англійської системи відсутня обов'язкова сила прецеденту, за винятком рішень Федерального конституційного суду. Утім німецькі фахівці говорять про існування непрямої обов'язкової сили судового рішення: судді намагаються утримуватись від того, щоб їх рішення скасовувалися вищими судовими інстанціями, оскільки це завжди негативно впливає на їх судову кар'єру.

Правотворча роль судової практики офіційно визнається також в Іспанії, де ця практика, що заснована на низці рішень Верховного суду Іспанії, формує так звану загальну правову доктрину (*doctrina legal*). Її порушення згідно з законом є однією з найважливіших підстав для оскарження судових рішень до Верховного суду.

До країн, що офіційно визнають судову правотворчість, належить також Швейцарія. У статті 1 Цивільного кодексу цієї країни вказуєть-

ся на те, що в тих випадках, коли у законодавчих актах відсутні норми, які мають застосовуватися до справи, що розглядається, суддя повинен вирішувати питання відповідно до існуючого звичаєвого права. А в разі відсутності звичаю — відповідно до правил, які він створив би, якби був законодавцем. У процесі здійснення такого роду діяльності суддя не повинен виходити за межі, встановлені визнаними правовими доктринами та нормами прецедентного права.

Роль судової практики підвищується у тих країнах романо-германської правової сім'ї, що є членами Європейських співтовариств. Це пов'язано з тим, що в ЄС визнані прецедентний характер рішень Суду ЄС та їх статус як найважливіших джерел європейського права. Оскільки європейське право визнається складовою частиною національного права країн – членів ЄС, рішення Суду ЄС суттєво впливають на відповідні національні правові системи.

Питання для самоконтролю

1. Визначте особливості правових норм у романо-германському праві.
2. Які джерела права притаманні романо-германському праву? Здійсніть їх класифікацію.
3. Які види нормативно-правових актів характерні для романо-германського права?
4. Визначте особливості закону в сім'ї романо-германського права.
5. Які види правових звичаїв існують у романо-германському праві?
6. У чому полягає вплив доктрини на правотворчість і правозастосування?
7. Який вплив здійснює судова практика на романо-германське право?

Розділ 5

Правові системи, що тяжіють до романо-германського типу

§ 1. Правові системи Скандинавських країн

Спільність історичної долі, своєрідність географічного положення, подібність укладу життя, найтісніші економічні, культурні й політичні зв'язки між північними державами Європи сприяли формуванню загального юридичного мислення й правової культури, що виправдовує загальний підхід до правових систем цих держав і дозволяє об'єднати їх у *скандинавську (північну, або північноєвропейську) групу*. Ця група включає національні правові системи Швеції, Данії, Норвегії, Фінляндії, Ісландії¹.

Правові системи цих країн прийнято ділити на *дві підгрупи*. Перша підгрупа включає Данію, Норвегію й Ісландію, право яких історично розвивалося на основі майже ідентичних за своїм змістом компіляцій датського й норвезького права, здійснених у другій половині XVII ст. Слід також зазначити, що Норвегія й Ісландія починаючи з XIV ст. перебували під єдиною політичною владою Данії. У 1814 р. Данія була змушена поступитися Норвегією Швеції. У 1905 р. Норвегії вдалося досягти мирним шляхом повної незалежності. Ісландія остаточно стала незалежною державою в 1918 р., але залишалася в особистій унії із Датським королівством, з якої вийшла лише після Другої світової війни.

До другої підгрупи входять Швеція й Фінляндія. У XII ст. Фінляндія повністю перейшла під владу Швеції згідно з папською буллою 1172 р. У 1216 р. Папа Римський підтвердив право Швеції на Фінляндію, і лише в 1809 р. Швеція була змушена поступитися нею Росії. Шведський кодекс 1734 р. протягом довгого часу застосовувався і тут. Але від початку роботи фінського парламенту в 1863 р. почалася пев-

¹ Крім того, деякі автори включають до цієї сім'ї правові системи держав Балтії – Естонії, Латвії, Литви.

на модернізація фінського права, і воно стало розвиватися із властивими тільки йому рисами. Більше того, до складу Російської імперії Фінляндія входила на правах Великого князівства із широкою автономією, що дозволило їй зберегти самобутню правову систему, засновану на шведському праві, а після одержання незалежності в 1918 р. відновити перервані відносини зі Швецією.

Основою північного права було давньогерманське право, яке враховувало місцеві особливості кожної країни.

Вихідними моментами формування скандинавського права як підтипу стали два законодавчих акти: Кодекс короля Христіана V (прийнятий у Данії у 1683 р. та діючий і в Норвегії з 1687 р.) та Звід законів Шведської держави (Шведський кодекс 1734 р.). Датський кодекс складався з VI книг: про судоустрій; про духовенство; про світські стани; торгове та шлюбне право; про морське право; про право власності; спадкове право; про кримінальне право. У свою чергу Шведський кодекс складався з IX розділів: про шлюб, про батьків і дітей, про спадкування, про нерухомість, будівництво, торгівлю, злочини, виконання судових рішень, судочинства та судоустрій. Він нараховував 1300 параграфів. Ні Датський, ні Шведський кодекси офіційно не відмінені й до сьогодні, хоча багато їхніх норм застаріли або були замінені шляхом прийняття нових законів.

У середині XIX ст. старі кодекси були модернізовані передусім у галузі сімейного й спадкового права. При цьому найбільш прогресивно здійснювалася правова емансипація жінки, що набагато випередило аналогічний процес у країнах Європейського континенту.

Кодифікаційна ідея епохи Просвітництва дістала у Скандинавії досить стриману зустріч і розділила долю інших континентальних ідей, які потрапили в умови більш холодного північного клімату. Модернізуючи в XIX ст. власні старі кодекси, Скандинавські країни прийняли велику кількість окремих законів, які за структурою і стилем не відрізнялися від своїх континентальних аналогів. Однак широко поширена точка зору про необхідність «охопити» усе цивільне право одним кодексом не здобула підтримки в жодній зі Скандинавських країн.

У наш час законодавство, що не складається у межі Шведського кодексу 1734 р., охоплює такі галузі права, як трудове, акціонерне право, право промислової власності, право соціального забезпечення, екологічне та адміністративне право. Разом з тим кодифіковане законодавство не є більшою частиною діючого права.

Водночас слід пам'ятати, що скандинавське право не розвивалося у повній ізоляції від континентального права. З XVII ст. були встановлені політичні та інтелектуальні зв'язки з європейськими державами, що відкрило для скандинавських правових систем юридичний стиль мислення континентальної Європи. Так, звичайною була практика отримання юридичної освіти в європейських університетах. Відбувалася трансформація норм та понять римського права у судову практику Скандинавських країн. Проте римське право досягло Скандинавських країн лише у XVII ст., коли там вже були сформовані традиційні правові інститути (сільське, міське право), які застосовувалися у судовій системі. Тому вплив римського права обмежився тими сферами, які не були врегульовані середньовічними кодексами (наприклад, договірне, страхове, кредитне право, право товариств та банкрутства). Водночас реалізм скандинавських юристів перешкодив реалізації багатьох правових ідей континентальної Європи. Урешті-решт, це дозволило скандинавському праву зберегти свій специфічний регіональний характер.

Слід також відзначити, що на формування скандинавського права мала вплив рецепція інститутів як континентального, так і загального права. Наприклад, із континентального права були запозичені ідея кодифікації, структура системи нормативно-правових актів, практика широкого застосування нормативно-правових актів, поділ системи права на приватне і публічне. Із загального права скандинавськими правовими системами рецептовані принципи судочинства, а також ідея визнання судової практики джерелом права.

Історична та культурна спільність, взаємний розвиток торгівлі, транспортних зв'язків сприяли наприкінці XIX ст. налагодженню співробітництва у законодавчій сфері між Скандинавськими країнами. Підставою і стимулом для цього співробітництва була подібність скандинавських мов (крім фінської). У 1872 р. відбулася *Асамблея північноєвропейських юристів*, яка виробила основні принципи уніфікації права північних країн. За винятком декількох періодів (1905–1919 рр., 1939–1948 рр.) Асамблея проводилася щорічно.

Важливим етапом у розвитку правового співробітництва Скандинавських держав стало *створення в 1952 р. єдиного консультативного органу — Північної Ради*, головне завдання якої полягає в координації й інтеграції зусиль Скандинавських держав з питань співробітництва у сфері економічного, соціального, політичного й культурного життя. При цьому органі створено комісії експертів, які покликані роз-

робляти однакові законодавчі акти з подальшої гармонізації законодавства Скандинавських країн.

Уже в 1880 р. набув чинності у трьох країнах єдиний кодекс про вексель. Поступово були уніфіковані закони про торговельні знаки, торговельний реєстр, фірму й ведення торговельних справ за дорученням, а також про чеки. У 1891–1893 рр. була розроблена єдина законодавча основа для скандинавського морського права.

У 1899 р. датський професор Б. Ларсен запропонував *уніфікувати все приватне право*, щоб в остаточному підсумку прийти до єдиного Скандинавського цивільного кодексу. І хоча уряди Скандинавських держав погодилися із цією пропозицією, створення проекту єдиного Цивільного кодексу було відкладено, а перевагу віддано *уніфікації окремих інститутів права власності й зобов'язального права*. Як результат цих двох зусиль з'явився проект закону про купівлю-продаж рухомого майна, який набув чинності в 1905 р. — у Швеції, в 1906-му — у Данії, в 1907-му — у Норвегії й у 1922 р. — в Ісландії. Ще одним важливим результатом юридичного співробітництва Скандинавських країн став закон про договори й інші законні операції у праві власності й зобов'язальному праві. У Швеції, Данії й Норвегії він набув чинності в період з 1915 по 1918 р., а у Фінляндії — в 1929 р. На основі вищезгаданих і деяких інших законів у Скандинавських країнах склалися єдине договірне право. Скандинавські країни активно співробітничали і у сфері сімейного права, хоча тут відмінності між законодавствами країн регіону виражені сильніше.

Таким чином, співробітництво Скандинавських держав із метою гармонізації й уніфікації відбувається здебільшого у галузі приватного права (шлюбно-сімейні, договірні відносини, відносини у царині інтелектуальної власності й ін.). У публічно-правовій сфері, зокрема, у кримінальному і у кримінально-процесуальному праві таке співробітництво відбувається у значно меншому ступені, і це пояснюється стійкістю різних національних традицій у цих державах у даних сферах суспільного життя.

Крім того, уніфікуючий вплив на правові системи Скандинавських країн виявляє і їх членство в таких європейських структурах, як Рада Європи, Європейський Союз (крім Норвегії й Ісландії), ОБСЄ, Організація економічного співробітництва й розвитку.

2 січня 2010 р. у Мальме на засіданні прем'єр-міністрів Норвегії, Швеції й Данії було оголошено про створення Скандинавської Федерації. 11 грудня 2010 р. у цих трьох державах відбувся референдум.

Отже, умовами, що сприяли формуванню специфічного північно-європейського (скандинавського) типу правової системи, є:

- наявність спільної основи — давньогерманського права;
- подібність історичного та правового розвитку;
- своєрідне географічне положення (географічна близькість країн);
- подібність укладу життя, мови, кількості населення, економічного потенціалу;
- тісні економічні, політичні, культурні зв'язки між Скандинавськими країнами;
- зв'язки із правовими системами континентального і англо-американського права;
- уніфікаційні процеси.

У сучасній компаративістиці існують *різні підходи щодо місця скандинавського права на правовій карті світу.*

Думка одних учених зводиться до того, що скандинавське право є **самостійною правовою сім'єю**. Як стверджують К. Цвайгерт і Х. Кьотц, «...не може бути ніякого сумніву в тому, що правопорядки цих країн завдяки їх тісним взаємозв'язкам і загальним “стилестворюючим елементам” слід об'єднати в самостійну правову сім'ю, близьку до романської й германської правових сімей»¹. На думку К. Осаке, «скандинавська правова сім'я є самостійною правовою сім'єю, що перебуває між системами загального й цивільного права»².

Іноді скандинавське право називають змішаним типом або ж таким, що займає «проміжне» становище, оскільки воно має загальні риси у формуванні й розвитку, схожі з романо-германським і англо-американським правом³.

Інші компаративісти включають правові системи даних держав у **романо-германську правову сім'ю**⁴. Деякі юристи навіть вважають,

¹ Цвайгерт, К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права [Текст] : в 2 т. Т. I : Основы : пер. с нем. / К. Цвайгерт, Х. Кетц. – М. : Междунар. отношения, 2000. – С. 415.

² Осаке, К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части [Текст] : учеб.-практ. пособие / К. Осаке. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Дело, 2002. – С. 64.

³ Див.: Саидов, А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) [Текст] : учебник / А. Х. Саидов ; отв. ред. В. А. Туманов. – 2-е изд., доп. и перераб. – М. : Юрист, 2009. – С. 273.

⁴ Див.: Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози ; пер. с фр. В. А. Туманова. – М. : Междунар. отношения, 2009. – С. 26.

що не слід відносити скандинавські правові системи в окрему групу в рамках цієї сім'ї, оскільки між самими скандинавськими правовими системами є суттєві розбіжності¹. Проте більшість учених відносять скандинавське право до особливого різновиду (групи) романо-германської правової сім'ї.

Можна виділити такі особливості правових систем Скандинавських країн, які використовуються як вирішальні аргументи на користь їх належності до романо-германської сім'ї:

1. У праві країн Північної Європи поширені юридичні конструкції й поняття романо-германської правової сім'ї.

2. Норма права в Скандинавських країнах має більш абстрактний характер, ніж норма англо-американського права.

3. Скандинавське право ґрунтується на принципі верховенства закону. Нормативно-правовий акт (закон) визнаний як провідне джерело права.

4. Система нормативно-правових актів є ієрархічною, при цьому конституція посідає в ній найвище місце.

5. Система права є кодифікованою.

6. У скандинавському праві визнається поділ на приватне і публічне (хоча публічне право суттєво відрізняється від публічного права в континентальних системах).

7. Система відчула вплив римського та германського права. Водночас слід зазначити, що Скандинавія зазнала лише часткового впливу від римського права, зберігши національні елементи. Річ у тім, що територія Скандинавських держав ніколи не була складовою частиною Римської імперії. Вплив римського права на ці країни здебільшого був опосередкованим — через германське право, яке було основою скандинавського права (безумовно, враховуючи місцеві особливості кожної зі Скандинавських країн). Можна навіть говорити про те, що в Середньовіччі скандинавське право вважалося галуззю германського права. Так само частковим був вплив торговельних звичаїв міст-держав германського узбережжя Балтики в період Середньовіччя.

Водночас слід зазначити, що різноманітність підходів щодо правових систем Скандинавських країн обумовлена тим, що деякі їх елементи є ближчими до сім'ї англо-американського права. Зокрема, більш

¹ Леже, Раймон. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход [Текст] / Раймон Леже ; пер. с фр. [А. В. Грядов]. – М. : Волтерс Клувер, 2009. – С. 182.

значущу роль відіграє тут судова практика. Ніколи у правових системах цих країн функції судді не зводилися винятково до застосування норм законодавства. Крім того, у Скандинавських країнах визнана *роль судового прецеденту* (у вигляді рішень верховних судових органів). Так, у правовій системі Данії окремі інститути цивільно-правових відносин регулюються нормами прецедентного права. Скандинавське й загальне право поєднує також прагматичний підхід до права, правових понять і конструкцій. Ця обставина деякою мірою й пояснює успіх, яким користуються у Скандинавських країнах після Другої світової війни американські концепції школи правового реалізму. Однак це не є підставою для віднесення скандинавського права до сім'ї загального права. Скандинавське право майже не має таких характерних ознак загального права, як особлива роль процесуального права, правило прецеденту, техніка розрізнення.

Отже, вплив системи загального права і системи континентального права був неоднаковим протягом історії й по-різному виявлявся щодо окремих галузей права. У сучасний період такий вплив стає ще більш помітним, особливо через знаходження північноєвропейських країн під орбітою наддержавного права Європейського Союзу й Ради Європи.

Джерела права Скандинавських країн

Джерела сучасного скандинавського права формують єдину систему, яку становлять *законодавство, судові прецеденти, правові звичаї, доктрина, принципи і міжнародно-правові акти*.

1. **Законодавство** (мається на увазі вся система нормативно-правових актів – законів, актів делегованого законодавства, підзаконних нормативних актів) *є пріоритетним джерелом права*. Воно відіграє основну роль щодо врегулювання суспільних відносин.

В ієрархії законодавчих актів основне місце займають *конституція та конституційні закони*. Писані конституції являють собою або єдиний нормативний акт (конституції Норвегії 1814 р., Ісландії 1944 р., Данії 1953 р., Фінляндії 1999 р.), або сукупність кількох конституційних законів (так, Конституція Швеції від 27 лютого 1974 р. складається із чотирьох основних законів: *Форми правління* 1974 р., *Акта про престолонаслідування* 1810 р., *Акта про свободу друку* 1949 р. зі змінами від 27 лютого 1974 р., *Закону про свободу висловлень* 1991 р.).

Законодавчі акти, зазвичай, не мають загальної частини і містять конкретно-регулюючі норми. Наприклад, шведський законодавець ніколи не прагнув виробити певні правові принципи, що застосову-

ються до кожної з галузей права. Це призвело до того, що кількість норм загального характеру є вкрай незначною. У цей час позначилася протилежна спрямованість у законотворчості: від спеціальних правових норм, спрямованих на врегулювання конкретної життєвої ситуації, до так званих каучукових норм. Їх зміст зводиться до наділення судових або інших державних органів широкою свободою розсуду при вирішенні правових проблем, охоплюваних цими приписами (наприклад, відповідні правові норми відсилають до таких категорій, як «розумність», «справедливість», «сумлінна ділова практика» тощо).

Важливе місце серед джерел скандинавського права належить *делегованому законодавству*. Питома вага нормативних актів, прийнятих у межах делегованого законодавства, перевищує кількість законів, прийнятих законодавчими органами цих держав. Крім того, джерелом права Скандинавських країн є *нідзаконні акти* (укази президента, постанови уряду, акти міністерств і відомств, акти муніципального рівня, інструкції й приписи органів управління, що мають нормативний характер).

2. Судовий прецедент — важливе й не завжди тільки допоміжне джерело права. Судове рішення має більш високий авторитет, ніж у системі романо-германського права, і менш високий, ніж у системі англо-американського права. Його роль особливо помітна в Данії й Норвегії. Пояснюється це тим, що в цих країнах деякі правові інститути у сфері цивільного обороту, цивільних правопорушень законодавчо не врегульовані. Однак застосування судових прецедентів не регулюється настільки жорсткими і суворими правилами, як це передбачено англійським правом.

Особливе місце судової практики як джерела скандинавського права пояснюється тією обставиною, що закони дозволяють суддям при вирішенні окремих питань діяти більш вільно за суддівським розсудом, що розширює можливості судових органів при застосуванні й тлумаченні норм права. Також судді зобов'язані керуватися рішеннями, прийнятими за аналогічними справами вищими судовими органами з метою уніфікації судової практики, хоча на відміну від англійського права тут судові рішення мають конкретний характер. Наприклад, рішення Верховного суду (іноді й інших судових інстанцій) Норвегії, винесені по конкретній справі, мають силу «переконливого прецеденту» для нижчих судів. У судовій практиці стало звичним ураховувати рішення вищих судових інстанцій інших Скандинавських країн.

Роль судової практики як джерела права в правовій системі Швеції менш помітна, ніж у Данії й Норвегії. Незважаючи на відсутність у законодавстві цієї держави норм, що визнають судові рішення як джерело права, вони іноді таким виступають (насамперед, це рішення верховних судових органів). Шведські юристи відводять судам лише роль інтерпретаторів права і значно меншою мірою — творців прецедентів.

Зростання ролі судової практики, яке спостерігається останніми десятиліттями, безумовно, пов'язане з нездатністю законодавства гнучко й швидко реагувати на динаміку суспільного розвитку. В остаточному підсумку до розширення дискреційних повноважень суддів приводить те, що набуває дедалі значного поширення практика включення до законів невизначених норм. У Швеції вони мають назву загальних застережень. Юристи оцінюють розвиток законодавчої техніки загальних застережень як «різновид делегування законодавчої влади судовим органам». Ця тенденція чітко простежується в еволюції системи джерел у всіх країнах романо-германської сім'ї.

3. **Правовий звичай** як джерело скандинавського права відіграє допоміжну роль. Це пов'язане з тим, що більша частина суспільних відносин регулюється законодавчим шляхом. Однак у таких сферах, як *торгівля й мореплавання*, звичаї все ще відіграють більшу роль, а в деяких випадках (втім, їхня кількість украй незначна) звичай навіть має пріоритет перед законом. Наприклад, у шведському законі про продаж і міну рухомих речей зазначено, що норми цього закону підлягають застосуванню, якщо інше не передбачене сторонами договору або не впливає з торговельного порядку чи звичаю. Звичаї й порядки, які діють у певному шведському місті, порту або околиці, узагальнюються й публікуються місцевими торговельними палатами, що значно полегшує можливість їх застосування. На території острова Гренландія (автономної частини Данії) місцевий правовий звичай частково діє у сфері цивільно-правових відносин поряд із датськими законами. В Ісландії зберегли значення правові звичаї давнього походження, зібрані в «грагас» (збірник законів та правових звичаїв).

4. **Правова доктрина** служить допоміжним джерелом права. На сьогодні в Скандинавських країнах вона подібно до континентального права формує вихідні правові засади. Доктрина має безпосередній вплив на формування загальних принципів права та системи права в цих країнах. При винесенні судових рішень, при тлумаченні правових норм, а також обговоренні проектів нормативно-правових актів

доктрина дозволяє виявити дійсні наміри законодавця. Так, у Норвегії важливе значення надається роботам вчених-юристів, що трактують положення законів або судові рішення. А тому в цій правовій системі правова доктрина може виконувати в певних випадках і функцію джерела права. Часто думка правознавців іншої Скандинавської країни прирівнюється до думки власних учених, особливо якщо це стосується уніфікованих законів.

5. **Принципи права** можуть виступати як джерела скандинавського права при вирішенні конкретних справ, застосуванні аналогії права, а також у процесі тлумачення права. Видається, що право повинне нести в собі моральний зміст або ґрунтуватися на принципі справедливості. Так, в Ісландії суддя при винесенні рішення у справі керується власною правосвідомістю, принципом справедливості. У Швеції принципи права забезпечують певну єдність у правовій регламентації діяльності комерційних компаній, з їх допомогою враховуються особливості інтересу акціонерів.

6. **Міжнародно-правові акти** визнаються джерелом скандинавського права. При цьому загальновизнані принципи міжнародного права, укладені договори, пакти, до яких ці держави приєдналися, повинні бути імplementовані в чинне законодавство. Інститут імplementації міжнародно-правових норм у національні правові системи покликаній сприяти створенню державою необхідних правових умов для реалізації взятих на себе міжнародних зобов'язань.

§ 2. Правові системи держав Латинської Америки

До Латинської Америки зазвичай відносять території, які раніше належали Іспанії і Португалії і на яких переважають іспанська або португальська мови: Мексика і більша частина Центральної Америки, Південна Америка і Вест-Індія (або Карибський регіон)¹. Сама назва «Латинська Америка» була введена французьким імператором Напо-

¹ У такому розумінні термін «Латинська Америка» є синонімом терміна «Іберо-Америка». Території, де поширені інші романські мови, часто не розглядаються як частини Латинської Америки. Іноді, особливо у Сполучених Штатах, термін «Латинська Америка» використовується для назви всієї частини Америки на південь від США. З іншого боку, цей термін, особливо в Бразилії, поширюється виключно на іспаномовні країни Америки.

леоном III як політичний термін і пішла від латинської основи романських мов, якими розмовляє більша частина населення цієї частини континенту. Геополітично Латинська Америка ділиться на 20 незалежних держав і 13 колоній, які так і не здобули незалежність. Бразилія — найбільша держава Латинської Америки як за площею, так і за кількістю населення. Португальська мова, яка є державною мовою Бразилії, виокремлює її серед інших латиноамериканських країн, у більшості яких державною мовою є іспанська.

Правові системи Латинської Америки пройшли у своєму розвитку чотири етапи.

I етап — Латинська Америка з давніх часів і до початку XVI ст. До вторгнення європейських завойовників наприкінці XV — упродовж XVI ст. більшість індіанських племен перебували на різних стадіях первісного ладу. Аймара, ацтеки, кечуа, майя, інки, чибча-муіски та ін. створили ранньокласові держави, більшість із яких мали кастовий, деспотичний лад. Корінне населення Південної Америки в доколоніальний період не знало писаного права. Суспільні відносини регулювалися в той період звичаями і нормами, які формувалися в процесі вирішення різноманітних питань жерцями і шаманами.

II етап — завоювання територій індіанських племен європейськими державами і формування колоніального права (XVI–XVIII ст.). Завоювання Америки іспанцями і португальцями, що почалося наприкінці XV ст., в основному завершилося в XVI–XVII ст. Конкістадори знищили традиційну індіанську державність там, де вона існувала (у майя, інків, ацтеків та ін.). Місце древніх деспотій зайняла іспанська держава. Земля в колоніях офіційно оголошувалася власністю корони, але фактично з XVI ст. переходить у руки колонізаторів-конкістадорів і католицької церкви.

Поступово звичаї і традиції давніх народів змінювалися і обмежувалися під сильним правовим впливом колонізаторів. Іспанська корона пішла шляхом створення нових правових норм для регламентації життя і побуту індіанців на завойованих землях. Таким чином, на завойованих територіях діяло колоніальне право, яке лише незначною мірою сприйняло норми індіанського звичаєвого права. Насамперед йдеться про такі нормативно-правові документи, як зібрання законів «Фуеро реаль» (1225) і «Сім партид» (1263), дев'ятитомне зібрання законів «Новий звід» (1567), Звід законів королівства Індій, який охоплював 9 книг і 6377 законів (1680 р.). Окрім того судові органи нерід-

ко виносили рішення, посилаючись на доктрини римського і канонічного права.

На території Бразилії в колоніальний період діяли збірки законів португальських королів — Ордонанси королів Альфонсів III і IV кінця XIV — початку XV ст., Ордонанси Пилипа 1603 р., які також запозичили низку положень із римського і канонічного права.

Колоніальне законодавство закріплювало систему феодальної земельної власності (енкомієнди, асьєнди, латифундії) і становий поділ суспільства. Цей поділ проявився не лише в наданні уродженням іспанцям і креолам типово феодальних привілеїв (дворянські титули), а й у встановленні неповноправності індіанців, негрів і осіб мішаного походження (метисів, мулатів). Водночас креоли, які становили основну частину феодальної знаті в Латинській Америці, за своїм правовим становищем стояли нижче, ніж особи, народжені в Іспанії.

III етап — Визвольна війна 1810–1826 рр. і утворення незалежних латиноамериканських держав. На початку XIX ст. у колоніях виникає рух за незалежність. Його основними факторами були: 1) зародження і розвиток у колоніях економічних відносин нового капіталістичного типу; 2) формування національної самосвідомості, каталізатором чого, серед іншого, стала боротьба за незалежність Сполучених Штатів Америки, а також Французька революція; 3) гостре незадоволення політикою метрополії індіанців, метисів, мулатів і т. д.; 4) поглиблення суперечностей інтересів метрополії і найбільш впливовою політичною силою в колоніях — латифундистами-креолами, а також місцевою буржуазією.

Визвольна війна в колоніях пройшла два етапи — 1810–1815 рр. і 1816–1826 рр. У результаті успіхів у війні урядові хунти або спеціальні установчі конгреси проголошували незалежність окремих колоній. Як правило, це відбувалося шляхом прийняття спеціальних декларацій про незалежність. Затверджувалися перші національні правові документи, які іноді виступали у вигляді тимчасових регламентів або статутів.

Наприкінці визвольної війни на місці колишніх іспанських і португальських колоній виникло 10 незалежних держав: Аргентина, Болівія, Бразилія, Велика Колумбія, Мексика, Парагвай, Перу, Центрально-Американська федерація, Чилі, Уругвай.

Війна за незалежність як антиколоніальний рух надала потужного поштовху етнічній інтеграції і формуванню окремих націй (мексиканської, аргентинської, венесуельської тощо), створила умови для значних

соціально-економічних перетворень. У більшості країн була заборонена работоргівля, обмежене або скасоване рабство, скасована подушна подать з індіанців, церковна десятина тощо. Також були скасовані становий лад, дворянські титули, численні феодалні монополії, відбулася відмова від регламентації виробництва, були задекларовані приватна власність, свобода підприємництва і торгівлі.

Уже в ранніх документах латиноамериканського конституціоналізму знайшли своє відбиття передові політико-правові ідеї і інститути свого часу, що були закріплені в конституційній практиці Іспанії, Англії, США і Франції. Так, практично всі вони містили декларації прав людини і громадянина та інші демократичні положення.

Водночас ці перетворення в жодній з новоутворених країн не привели до докорінної зміни їх соціально-економічної і правової структури. Так, політичні сили, що стали у влади, зберегли свої основні традиційні привілеї і величезні земельні латифундії.

IV етап — розвиток правових систем країн Латинської Америки після здобуття незалежності (середина XIX ст. — початок XXI ст.).

У правовому відношенні цей етап характеризується запровадженням романо-германської моделі права, що обумовлено історичним впливом європейської колонізації.

На даному етапі відбувалися такі процеси:

1) заміна колоніального права національним, розвиток основних галузей публічного і приватного права (конституційного, адміністративного, цивільного, кримінального, трудового, екологічного, права соціального забезпечення та ін.), формування антимонопольного законодавства;

2) кодифікація законодавства за романо-германським типом. У більшості країн приймаються торговельний і цивільний, кримінальний, кримінально-процесуальний і цивільно-процесуальний, трудовий та інші кодекси. Кодифікація сприяла правовій експансії французьких, іспанських, португальських, німецьких та італійських кодексів;

3) проведення земельної реформи (починаючи з 60-х років XX ст.), спрямованої на витіснення латифундій і мініфундій;

4) подальші затвердження і практична реалізація демократичних політико-правових інститутів. Тривалий час у латиноамериканських країнах набуло поширення таке явище, як каудалізм (військовий вождизм), коли той або інший латифундист із воєнно-диктаторськими амбіціями спирався на напівнайману армію пеонів і вільних бідняків.

Результатом каудалізму стали політична і конституційна нестабільність, формування недемократичних політичних режимів. Наприклад, із 72 урядів Мексики в XIX ст. лише 12 прийшли до влади відносно законним шляхом; у Колумбії за 70 перших років існування Республіки відбулося 27 громадянських війн; у Венесуелі з 1811 до 1961 р. було прийнято 26 конституцій¹.

Зараз у регіоні спостерігається тенденція переходу до демократичного правління. Чимало латиноамериканських держав є новими демократіями, які виникли після явного або таємного воєнного правління. Через ці причини тут існує очевидна проблема додержання прав людини та небезпека воєнних переворотів.

У XX ст. французький вплив, особливо у сфері торговельного права, зменшився, оскільки законодавець дедалі частіше почав звертатися до інших джерел, особливо до італійського, німецького і швейцарського права, а в окремих випадках — і до англо-американського права. Посилюється також правовий вплив Іспанії.

Особливості правових систем латиноамериканських держав

Характеризуючи правові системи латиноамериканських держав, слід виокремити дві групи ознак: а) ознаки, наявність яких дає підстави розглядати латиноамериканське право як таке, що *входить до романо-германської правової сім'ї*; б) ознаки, які дають підстави для ідентифікації правових систем країн Латинської Америки як *окремої підгрупи романо-германської правової сім'ї*.

До першої групи ознак слід віднести такі.

Правові системи латиноамериканських країн — це *системи кодифікованого права*. У технічному плані правові норми є кодифікованими або включаються в закони, які в своїй редакції більше нагадують європейські закони, ніж англійські закони або закони США. Наявні кодифікації цивільного, торговельного, процесуального, кримінального та інших галузей законодавства забезпечують комплексне регулювання суспільних відносин. Кодекси побудовані за європейськими зразками. Звідси й інші риси схожості — приблизно аналогічна система права, абстрактний характер правової норми. До сприйняття саме континентальної європейської моделі права латиноамериканські країни були підготовлені характером колоніального (іспанського і португальського) права, тобто права, перенесеного на Американський кон-

¹ Див.: Малько, А. В. Сравнительное правоведение / А. В. Малько, А. Ю. Саламатин. — М. : Норма, 2008. — 352 с. (Серия учебно-методических комплексов).

тинент завойовниками і близького за своїм історичним розвитком французькому праву.

Латиноамериканські правові системи визнають *розподіл права на публічне і приватне*.

Праву латиноамериканських держав властива *чітка галузева класифікація*. Практично в усіх країнах існують такі галузі права, як цивільне, торговельне, сімейне, цивільно-процесуальне, трудове, екологічне, конституційне, адміністративне, кримінальне і кримінально-процесуальне право.

Приватне право латиноамериканських країн сформоване під впливом романо-германського права. Цивільні кодекси латиноамериканських країн у цілому несуть на собі відбиток ЦК Франції, хоча й різною мірою. Крім того, мали вплив законодавчі акти приватного права інших держав, правові системи яких входять до романо-германської правової сім'ї, – Італії, Німеччини, Австрії, Португалії тощо.

Дуалістична система приватного права, яка полягає в тому, що в багатьох країнах Латинської Америки діють цивільний і торговельний кодекси (Аргентина, Болівія, Бразилія, Венесуела, Гватемала, Гондурас, Колумбія, Мексика, Нікарагуа, Перу, Чилі, Еквадор).

У всіх країнах прийняті і діють *писані конституції*, які очолюють ієрархію джерел права.

Система джерел латиноамериканського права *аналогічна системі джерел романо-германського права*. Головним джерелом права є *законодавство*. Важливим джерелом права є *міжнародно-правові акти*. Широкого поширення набуло *делеговане законодавство* (Бразилія, Венесуела, Колумбія, Мексика, Перу, Чилі, Еквадор), що часто пов'язане, по-перше, з президентською формою правління, і по-друге, з тривалими формами правління військових, коли нормальна законодавча діяльність фактично зводилася нанівець.

Судова практика, як правило, не визнається джерелом права у формальному значенні і відіграє допоміжну роль. Деякими винятками є правові системи Аргентини і Мексики, в яких за певних умов визнається прецедентний характер судових рішень. Водночас такі рішення нетотожні прецедентам у країнах загального права і не означають відходу від традиційного для континентальної системи права погляду на систему джерел права, оскільки стосуються, головним чином, тлумачення правових норм.

Роль звичаю як джерела права в різних країнах є неоднаковою. У цілому це субсидіарне джерело, яке використовується у випадках, передбачених у законі. Наприклад, ЦК Бразилії передбачає можливість застосування звичаю при «мовчанні» закону. Норми індіанського звичаєвого права визнаються офіційно в частині, яка не суперечить конституції і законам, у Болівії, Венесуелі, Колумбії, Парагваї, Перу, Еквадорі. Головним чином, це норми, які регулюють внутрішнє життя всередині індіанських общин, які займаються сільськогосподарським виробництвом.

Розглянуті ознаки дають підстави відносити право країн Латинської Америки до романо-германської правової сім'ї. Водночас, латиноамериканське право заслуговує на те, щоб його через деякі особливі риси класифікувати в рамках цієї сім'ї як окрему групу.

Своєрідність історичних джерел формування сучасного права країн Латинської Америки. До них належать: а) деякою мірою доколониальне звичаєве індіанське право; б) колоніальне право, яке складалося з двох нормативно-правових блоків: право метрополії (закони Іспанії, Португалії, Франції) і власне колоніальне право, яке розроблялося в Новій Іспанії упродовж 300 років, виходячи з потреб колоніального суспільства; в) римське і канонічне право; г) політико-правові погляди, інститути і практика європейських держав у період буржуазно-демократичних революцій; д) загальне право.

Еклектизм правових впливів. Хоча в цілому латиноамериканське право сприйняло романо-германську модель, досить відчутним у певних сферах є вплив загального права (США). Від останнього були сприйняті такі елементи: федеральна система і система конституційного контролю; закріплення права на недоторканність особистості і заснування великих регулюючих комісій (вони є незалежними юридичними особами, володіють прерогативами публічної влади і регулюють важливі сектори економічного і соціального життя: конкуренцію, енергетику, телекомунікації); у приватному праві виділяють запозичення англійського трасту і адаптацію деяких аспектів американського договірної права. Певного впливу системи загального права зазнало доказове право латиноамериканських країн.

Конституційне правосуддя побудоване переважно за американською моделлю, як, наприклад, в Аргентині, Гаїті, Гайані, Гондурасі, Домініканській Республіці, Коста-Риці, Нікарагуа, Панамі, Парагваї, Уругваї. Там конституційні спори розглядають суди загальної юрисдикції, а сам

контроль має децентралізований характер. Змішана американо-європейська модель характерна для конституційних судів Болівії, Гватемали, Колумбії, Перу, Суринаму, а також для суду конституційних гарантій Еквадору і Федерального Верховного суду Бразилії. І лише три держави (Чилі, Венесуела, Сальвадор) використовують європейську модель у чистому вигляді.

Формування в національних правових системах окремого правового блоку, пов'язаного із захистом прав індіанців, негрів і метисів. Посилюється тенденція заснування і розвитку державно-правових інститутів національного походження.

Рух з інтеграції, унаслідок якого формується регіональний правовий простір, у межах якого посилюється взаємний правовий вплив країн Латинської Америки. Зокрема, 26 березня 1991 р. Бразилія, Аргентина, Парагвай і Уругвай підписали Асунсьйонський договір про заснування південноамериканського загального ринку МЕРКОСУЛ. Згідно з цим договором утворено зону вільної торгівлі і Митний союз. МЕРКОСУЛ є важливим фактором еволюції національних правових систем.

Питання для самоконтролю

1. Охарактеризуйте особливості правових систем Скандинавських країн.
2. Назвіть джерела права Скандинавських країн.
3. Розкажіть про історичні особливості формування правової системи Скандинавських країн.
4. Географія та етапи розвитку правових систем країн Латинської Америки.
5. Спільні ознаки правових систем країн Латинської Америки і романо-германського права.
6. Власні ознаки правових систем країн Латинської Америки.
7. Місце правових систем країн Латинської Америки серед правових систем світу.

Розділ 6

Загальна характеристика англо-американської правової сім'ї

§ 1. Особливості англо-американської правової сім'ї

Англо-американська правова сім'я є однією з найпоширеніших та найстаріших правових сімей світу. В англо-американській правовій сім'ї слід розрізнати групу англійського права і право США.

Англійське право посідає домінуюче місце в сім'ї загального права. Як відомо, Англія була найбільшою колоніальною державою і з цієї причини англійське право поширилось у багатьох державах світу. Унаслідок цього сьогодні майже третина населення світу живе значною мірою за нормами, що були запозичені в англійському праві. Ці країни, безумовно, зберегли в низці сфер права свої власні традиції, інститути і концепції, проте англійський вплив наклав глибокий відбиток на мислення юристів цих країн. Відзначимо також, що адміністративні і судові органи, структура юридичної професії, юридичний стиль, судовий процес і система доказів побудовані і регулюються в цих країнах за моделлю англійського права.

Сфера застосування англійського права, в принципі, обмежується Англією й Уельсом. Англійське право не є правом усєї Великобританії, тому що в Північній Ірландії, Шотландії, на островах Ла-Маншу й острові Мен не діє англійське право.

У групу англійського права входять поряд із правом Англії та Уельсу правові системи Північної Ірландії, Ірландії, Канади (крім Квебеку), Австралії, Нової Зеландії, а також право деяких інших держав — колишніх колоній Британської імперії: наприклад, Антигуа та Барбуда, Багамів, Барбадосу, Белізу, Гренади, Домініки, Науру, Сент Кітц і Невіс, Тонга, Фіджі, Ямайки (на цей час ці держави є членами Британської Співдружності).

До цієї групи тяжіють **мішані правові системи** Гани, Гамбії, Нігерії, Сьєрра-Леоне, Танзанії, Бангладеш, Брунею, Індії, Пакистану,

Сингапуру тощо, де запозичене англійське загальне право взаємодіє з релігійними і традиційними правовими системами.

До складу англо-американської правової сім'ї входить також **право США**, яке має своїм історичним джерелом англійське загальне право, але на сьогодні є цілком самостійним і суттєво відрізняється від англійського.

Для позначення цієї правової сім'ї зазвичай на рівних підставах використовуються такі терміни:

«сім'я англо-американського права», який підкреслює той факт, що саме англійське та американське право домінують у цій правовій сім'ї;

«сім'я загального права», використання якого пояснюється тим, що в розвитку правових систем цієї правової сім'ї основна роль належить нормам, створеним судовою практикою (тобто загальному праву);

«сім'я англосаксонського права», який демонструє те, що правові системи, які входять до цієї правової сім'ї, склалися під впливом системи і принципів англійського права. Проте слід мати на увазі, що термін «англосаксонське право» у суворому його розумінні стосується тільки найдавнішого періоду розвитку права Англії.

Особливості сім'ї англо-американського права

1. **Наступність права.** Найяскравіше ця риса, яка характеризує специфіку історії формування сім'ї загального права, виявилась в англійському праві: з 1066 р. останнє розвивається без будь-яких радикальних і революційних змін. Цьому сприяли два фактори:

1) з 1066 р. Англія не зазнавала іноземного загарбання;

2) акти Парламенту і судові прецеденти не втрачають своєї юридичної сили тільки з тієї причини, що з'явилися давно і застаріли. Англійці вважають, що довголіття правової норми — вірна ознака її необхідності, соціальної обґрунтованості й авторитетності. Так, у судових справах, що розглядалися в ХХ ст., застосовувались, наприклад, Глостерський статут 1278 р., який визначає межі необхідної оборони, та Закон про державну зраду 1351 р.

Визнання наступності права має велике практичне значення. Через цю особливість англійського права юридична практика завжди прагнула розглядати право як незмінне у часі. Тому судді зверталися насамперед до тих судових рішень, що приймалися раніше, щоразу були змушені шукати логічний зв'язок між «старим» правом і новими справами. Ця

особливість англійського права трактується як утвердження панування права над свавіллям суддів і значною мірою обмежує свободу суддівського розсуду. Звичайно, реформи правової системи в Англії відбувалися. Проте вони ніби «вросли» в існуюче правове поле, набуваючи характеру еволюційних змін, до того ж дуже повільних.

2. **Відсутність рецепції римського права.** Однак це не свідчить про те, що римське право взагалі не мало ніякого впливу на правові системи, що належать до англо-американської правової сім'ї. Такий вплив безумовно існує, проте протягом усієї історії розвитку він був незначним і не стосувався засад загального права.

3. **Суддівський за своєю природою та змістом характер права.** Без перебільшень можна говорити про те, що основа англосаксонської правової системи була закладена завдяки діяльності судів. На всіх етапах історичного розвитку норми, створені суддями, вважаються основним джерелом в англосаксонській правовій сім'ї. Сьогодні суди у країнах загального права також не обмежуються тільки застосуванням положень законодавства. Фактично вони створюють право (судові прецеденти), коли вирішують спори або звертаються до тлумачення законів.

4. **Розвиток загального права юристами-практиками.** Звідси, на думку юристів із країн романо-германського права, деяка стихійність і незорість правового масиву, відсутність раціональних засад у його системі. Отже, загальне право — це не продукт суворих теоретичних та логічних викладень вчених. Воно завжди було і залишається результатом досвіду суддів і змагання учасників процесу.

5. **Менш абстрактний характер норм, ніж у романо-германському праві.** Це пояснюється тим, що більшість норм англосаксонського права створювалася при розгляді судами реальних справ і тому розраховані на вирішення конкретних суперечок, а не на встановлення загальних правил поведінки на майбутнє.

6. **Виокремлення в англосаксонському праві прецедентного та статутного права.** Прецедентне право традиційно визначається як право, що складається з норм і принципів, які створюються і застосовуються суддями в процесі винесення ними судових рішень. Статутне право — це право, норми якого мають своїм джерелом не судову практику, а волю держави в особі її законодавчих органів. Норми статутного права містяться в актах законодавчих органів (статутах) і актах делегованого законодавства.

7. Існування в англосаксонському праві загального права та права справедливості. Норми загального права сформувалися внаслідок діяльності королівських судів. Право справедливості виникло при винесенні рішень лордом-канцлером і було покликане доповнити загальне право; воно є системою більш гнучких норм, створених перш за все внаслідок застосування такого принципу, як «суд по совісті, а не за традицією та звичаєм».

8. Виокремлення матеріального і процесуального права. Матеріальне право визначає права й обов'язки, свободи і повноваження людей, тоді як процесуальне право стосується забезпечення цих прав і обов'язків, зокрема, воно пов'язане із судовою процедурою і доказами. Слід зазначити, що для англо-американського права характерна розвиненість юридичного процесу, на основі якого і розвиваються матеріальні галузі права. Це одна із суттєвих відмінностей сім'ї загального права від романо-германського права. У минулому, хоча сьогодні це може здатися дивним, саме процесуальному праву належала провідна і системоутворювальна роль у правовому розвитку.

9. Відсутність принципового значення поділу на приватне і публічне право. Ця особливість обґрунтовується посиланням на принцип верховенства права, згідно з яким усі є рівними перед правом, а держава виступає на правовому полі лише як один із суб'єктів права поряд із приватними особами. Тому як державі, яка повинна захищати публічний інтерес, так і окремим особам, які повинні мати можливість реалізувати свої приватні інтереси, необхідно на рівних підставах доводити в суді свою правоту щоразу, коли вони звертаються за правосуддям. У зв'язку з цим, вважають англійські юристи, не має ніякого сенсу створювати самостійні галузі приватного та публічного права, які будуть по-різному захищати інтереси держави й інтереси окремої особи. З цих же причин англійський суд не виступає на стороні держави.

10. Непоприєнятість кодифікації. У країнах романо-германського права переважна більшість важливих норм міститься у писаних кодексах, що є неприйнятним для країн загального права. Як уже зазначалося, англосаксонська система є продуктом її історичного розвитку, а будь-яка кодифікація, за образним висловом, — це завжди удар сокири по безперервному плину часу.

Хоча слід зауважити, що кодифікаційні роботи все ж таки проводяться. Так, наприклад, в Англії сьогодні триває робота над проектом Кримінального кодексу, який був офіційно опублікований у 1967 р.

У багатьох штатах США існують кримінальні, цивільні та цивільні процесуальні кодекси. Проте існуючі у країнах загального права кодекси мають інший характер, ніж кодекси країн романо-германської правової сім'ї. Вони є результатом консолідації права, що і відрізняє їх від кодексів європейського типу.

11. **Змагальна судова процедура.** Ця особливість англосаксонської правової системи означає, що суд, вирішуючи як цивільні, так і кримінальні справи, займає нейтральну, неупереджену позицію і відповідальний лише за прийняття рішення у справі; сторони самі розробляють та подають докази й аргументи, на яких ґрунтуватиметься рішення; судова процедура концентрується головним чином на зіткненні протилежних доказів і аргументів, наданих сторонами; сторони мають рівні можливості представляти та обговорювати свої справи з тим, хто приймає рішення.

12. **Важлива роль інституту суду присяжних.** Хоча присяжні були сприйняті і романо-германським правом, можна з упевненістю стверджувати, що саме цей інститут наклав свій відбиток на праві Англії і США.

■ § 2. Основні етапи розвитку англійської правової системи

Вивчення сім'ї загального права традиційно починається з вивчення англійського права, оскільки на всіх правових системах, що належать до цієї сім'ї, позначився вплив англійського права. Саме англійське право є тією правовою моделлю, яка сприймається протягом багатьох століть далеко за межами Англії. Окрім того, зауважимо, що до XVIII ст. історія сім'ї загального права була виключно історією англійського права. Тому розвиток сім'ї загального права доцільно розглядати саме на прикладі історії англійського права.

Як зазначалось, особливістю права Англії є безперервність і наступність його розвитку. Чинне англійське право і його інститути ніколи не відривалися від своїх історичних коренів і традицій, тож аналіз права при вирішенні конкретного питання тут завжди більше нагадує дослідження його історії.

В історії становлення і розвитку сучасного права Англії можна виокремити *чотири основних етапи*.

Етап I: англійське право до норманського завоювання (до 1066 р.), або англосаксонський період

Протягом кількох століть до норманського завоювання Англія була об'єднана англосаксонськими королями в якесь аморфне державне утворення, яке не можна було назвати централізованим. Природно, що у цей період в Англії була відсутня централізована правова система. Право цього періоду складається лише з місцевих звичаїв патріархальних англосаксонських племен, які мали локальний характер та істотно різнилися між собою. Місцеві суди у своїх рішеннях могли спиратися тільки на норми місцевих звичаїв і традицій.

Найвідоміші пам'ятки стародавньої англійської правової системи — так звані англосаксонські правди (зокрема, Правда Етельберта (початок VII ст.), Правда Іне (кінець VII — початок VIII ст.), Правда Альфреда Великого (кінець IX ст.) — у більшості випадків обмежуються лише закріпленням чи забезпеченням виконання давніх звичаїв. Їм зовсім не відоме розмежування матеріального і процесуального права, цивільного і кримінального, приватного і публічного. Вони стосуються не всієї Англії, а тільки деяких її частин, і, скоріше, окремих племен і родів.

Можна сказати, що закони старої Англії передбачають існування багатьох незапам'ятно старих, незмінних звичаєвих правил, яких добровільно дотримувались і які не були створені якоюсь однією людиною та не могли бути нею змінені. Така впевненість ніколи не зникала в Англії і вона багато що пояснює в історії англійського права. Але з часом правові звичаї значно змінилися і на більш пізніх етапах поступово трансформувалися в сучасне право Англії.

Етап II: формування системи загального права завдяки діяльності королівських суддів (1066 р. — XIV ст.)

Праву цього періоду притаманні п'ять основних якостей: воно є королівським (створене за сприянням короля), судовим (створене судовою практикою), загальним (є єдиним для всієї країни), процесуальним (пріоритет надано не матеріальному, а процесуальному праву) та публічним (основну увагу в той час надається публічному праву і майже повністю ігнорується приватне право)¹.

¹ Див.: Осаке, К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части [Текст] : учеб.-практ. пособие / К. Осаке. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Дело, 2002. – С. 44.

Завершується цей період першою кризою системи загального права, що привела до появи суто англійського феномену — права справедливості¹.

Етап III: реформування архаїчного загального права і перехід до сучасного права (XV ст. — середина XIX ст.)

На цьому етапі норми загального права пристосовуються до вимог Нового часу. У боротьбі між правом справедливості та загальним правом перемагає справедливість: у 1616 р. король Яків I наказав зберегти суди совісті, хоча суди загального права наполягали на тому, що робота судів совісті, які спиралися на право справедливості, підриває основу системи загального права і їх треба ліквідувати. Отже, норми права справедливості отримують перевагу у випадку їх суперечності нормам загального права. Наприкінці XVII — на початку XIX ст. проводяться реформування та систематизація правил права справедливості, унаслідок чого право справедливості набуває формальних рис загального права, а суди совісті починають дотримуватися принципу прецедентного права. У XVIII ст. відносини між судами совісті і загального права нормалізуються.

Для III етапу характерне також зростання ролі статутів (законів Парламенту) як джерела права. У цей період остаточно визнається принцип правового суверенітету (верховенства) Парламенту, який полягає, зокрема, в тому, що Парламент має право видавати та скасовувати будь-які закони з будь-якого питання.

Етап IV: подальший розвиток системи загального права, набуття нею сучасних рис (середина XIX ст. — нинішні часи)

Для цього періоду характерні такі процеси:

- злиття загального права і права справедливості в єдину систему права, а також об'єднання судів совісті та судів загального права в єдину судову систему (як наслідок судової реформи 1873–1875 рр.);
- втрата загальним правом статусу єдиного провідного джерела права;
- перенесення акценту з процесуального на матеріальне право;
- посилення ролі законодавства як основного джерела права;
- активна робота щодо очищення права від архаїчних, давно не діючих актів, і систематизації нормативних актів (так, з 1870 до 1934 р. парламент приймає 109 законів консолідації, які модернізують положення старих статутів) та серйозні намагання кодифікувати деякі

¹ Детальніше про виникнення загального права див. § 3 цього розділу.

сфери англійського права (які, однак, були невдалими). У 1965 р. для реалізації цих цілей створюється Комісія з правової реформи.

Суттєві наслідки мав для англійської правової системи вступ Великої Британії у 1972 р. до Європейських співтовариств. Як відомо, право ЄС, утворює самостійний правопорядок, обов'язковий як для держав-членів, так і для їхніх фізичних та юридичних осіб. При цьому європейське право стає складовою частиною системи англійського права, має вищу юридичну силу порівняно зі звичайним англійським правом, підлягає безпосередньому та обов'язковому застосуванню англійськими адміністративними і судовими органами. Природно, що це приводить до обмеження парламентського суверенітету.

Важливе значення для розвитку правової системи мало приєднання Великої Британії до Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини 1950 р. Дана Конвенція закріплює загальноєвропейський стандарт основних прав, дотримання якого вимагає зусиль з боку Великої Британії. Для інтеграції цих стандартів в англійське право у 1998 р. був прийнятий Акт про права людини. Згідно з цим Актом англійські суди у міру можливості мають тлумачити англійські акти відповідно до інтерпретацій Європейського суду з прав людини. Акт вимагає від Уряду аналізувати всі запропоновані законопроекти на сумісність з Актом про права людини, а також дозволяє судам вищої інстанції зробити конституційну заяву про несумісність, якщо парламентський акт, з точки зору вищого суду, порушує Акт про права людини. Прийняття цього Акта є ще одним серйозним кроком в обмеженні парламентського суверенітету.

Наприкінці ХХ — на початку ХХІ ст. відбувається так звана конституційна революція у Сполученому Королівстві. У ці часи видаються акти, що визначають повноваження національних зборів Шотландії, Північної Ірландії та Уельсу (Акт про Шотландію 1998 р., Акт про Північну Ірландію 1998 р., Акт про управління Уельсом 1998 р.). На підставі Акта про Палату Лордів 1999 р. здійснюється реформування верхньої палати англійського парламенту. У цей період відбувається також реформа в галузі правосуддя. Набирають чинності Правила цивільного процесу 1998 р., Акт про кримінальний процес 1997 р., Акт про кримінальну юстицію 2003 р., Акт про суди 2003 р. Відповідно до Акта про конституційну реформу 2005 р. судові функції Палати лордів передаються новому судовому органу — Верховному Суду Великої Британії.

§ 3. Виникнення та реформування загального права

Запровадження централізованої системи правління на території всієї Англії, що було одним із важливих наслідків норманського завоювання, неминуче торкнулося й англійської правової системи. Норманам вдалося запровадити загальне для всієї території завойованої країни право. Звідси і поширена назва англійської системи права — *загальне право* (common law).

Основна частина норм загального права склалася внаслідок самостійної нормотворчої діяльності англійських суддів. Коли королівські судді почали у другій половині XII ст. вирішувати спори, вони не знайшли формально встановлених норм, які вони могли б застосовувати. Парламенту ще не існувало; він виник лише у 1265 р. — через століття після того, як суди почали регулярно діяти.

За припущенням Г. Дж. Бермана, все законодавство перших чотирьох англонорманських королів з 1066 до 1154 р. могло бути вміщене на одній сторінці. Це пояснюється тим, що королі взагалі не вважали регулярне видання нових законів одним із своїх обов'язків. У таких умовах судді були вимушені самостійно встановлювати норми, виходячи з того, що ці правила поведінки відповідають давно існуючим звичаям суспільства. Тому розгляд розвитку англійського права є неможливим без паралельного дослідження діяльності судів.

Природно, що для запровадження загальної для всієї країни правової системи необхідно було створити систему *централізованих судів, підзвітних лише королю*. Першим головним королівським судом, заснованим як протипага місцевим судам, була **Королівська рада** (Curia Regis). Цей орган існував як вище казначейство країни, наділене до того ж судовими функціями.

У XII–XIII ст. у системі королівських судів з'явилася низка нових судових органів:

1) *суд казначейства* (Court of Exchequer), який спочатку був одним із підрозділів Королівської ради і займався податками і зборами. Згодом цей судовий орган почав вирішувати спори фінансового характеру і податкові справи;

2) *суд ассизів* (Court of Assize), що розглядав справи у виїзних засіданнях. Країна була розподілена на райони, які називалися округами. Судді, переміщаючись по цих округах, проводили засідання суду у

кожному місті округу. З часом ці суди займалися виключно кримінальними справами;

3) суд загальних позовів (Court of Common Pleas), який був створений для вирішення в основному спорів майнового характеру між приватними особами. Це були справи, що не зачіпали інтересів монархії і монарха (в основному це були суперечки про земельні володіння);

4) суд королівської лави (Court of King's Bench) був створений як орган із розгляду публічних справ і питань, що стосувалися інтересів держави. Засідання цього суду проходили в присутності і під головуванням короля.

Розглядаючи судову систему в ранньофеодальний період, слід враховувати, що в Англії існували ще кілька видів судів, які не належали до королівських: *канонічні (церковні) суди, місцеві суди громади, суди барона (феодала), суди міст, морські суди* тощо.

Спочатку судді королівського суду супроводжували короля, коли він об'їжджав свої володіння. На місцях королівські чиновники за дорученням короля розглядали скарги, з якими до короля зверталися місцеві жителі. Згодом судді самостійно направлялися з об'їздами по всій країні для здійснення правосуддя. Оскільки в кожній місцевості діяли свої звичаї і традиції, судді змушені були їх враховувати і застосовувати. Багато в чому цьому сприяла поширена на той час практика запрошення до суду місцевих жителів — присяжних засідателів. За часів Генріха II (друга половина XII ст.) суд присяжних стає постійним інститутом у цивільних та кримінальних справах.

Аналіз судової практики свідчить, що серед джерел правових норм в Англії *до XIV ст. переважав правовий звичай*. Наприклад, у суді загальних позовів відповідач міг заявити, що норми загального права до нього не можуть бути застосовані, тому що його справа підлягає вирішенню на підставі тих звичаїв, що діють у тому селі, мешканцем якого він є. У такому випадку, наприклад, достатньо було надати суду свідчення, зокрема місцевих жителів, що підтверджують існування певного місцевого звичаю, щоб норма загального права була відхилена у даній справі.

Перші ґрунтовні викладення загального права були здійснені суддею Гленвілом наприкінці XII ст. у трактаті «Про закони та звичаї королівства Англії» та суддею Бректоном у першій половині XIII ст. у трактаті «Про закони та звичаї Англії». Вони аналізують норми, які можуть застосовуватись у центральних королівських судах у резиден-

ції Короля — Вестмінстері, і фактично визнають, що звичай був для загального права одним із джерел правотворчості. Тому не випадково, що у той час в Англії було поширеним визначення загального права як загального звичаю королівства.

Загальне право в Англії починає витіснити звичай тільки у XIV ст. Процесу заміни звичаїв загальним правом, звичайно, багато в чому сприяли професіоналізація юридичної діяльності в країні і формування особливих професійних корпорацій юристів. Як уже зазначалося, юрисдикція королівських судів поширювалася на територію всієї країни, а судді були членами королівського двору і традиційно селилися в одному кварталі Лондону. Вони мали можливість тісно спілкуватися один з одним і мимоволі порівнювати рішення, прийняті ними за схожими справами, але на підставі різних місцевих правових звичаїв. Так з'явилися загальні позиції і погляди, які були вираженням їхньої професійної думки.

Виникнувши як «суддівське право», загальне право, таким чином, спочатку протиставлялося місцевим правовим звичаям. Як образно зауважує Е. Дженкс, королівські судді прагнули скроїти з різноманітних звичаїв своєї країни єдину одежину, а саме — загальне право, яке було б за міркою для всієї нації.

Уже в XIII ст. англійські судді починають *звертатися до попередніх судових рішень*. Королівські судді, виробляючи свій підхід до справ, а тим самим створюючи нормативний масив загального права як єдиної національної системи, прагнули не суперечити власним рішенням, прийнятим раніше. При цьому судова практика розвивається не на основі застосування до конкретних фактів і обставин абстрактних законоположень, що доведені судам зверху, з центру, а за принципом аналогії. Згідно з цим принципом справи, засновані на схожих фактах, повинні вирішуватися судами схожим чином. На допомогу суддям з 1282 р. в Англії починають щорічно видаватися спеціальні збірники судових рішень — так звані щорічники (year books). Вони були покликані систематизувати прецеденти і тим самим полегшити аналіз і узагальнення судової практики у країні.

Характерною рисою початкового періоду розвитку англійського загального права є *домінування процесуального права над матеріальним правом*. Іншими словами, для англійців споконвічно більше значення мала процедура звернення до суду, ніж суть справи. Таку особливість можна пояснити тим, що приватні особи повинні були отримати дозвіл короля на звернення до його, королівського, суду. Щоб

упорядкувати цю практику, вводиться система надання особливих документів — наказів суду, які надавали право почати судову процедуру. **Наказ суду** (writ) — це припис, наданий королем, у якому стисло викладалася суть позову й надавалося доручення судовому чиновнику, судді або керівникові суду порушити справу за даною конкретною справою і заслухати її у присутності сторін.

Видачу наказів суду здійснювала Служба наказів канцелярії під управлінням королівського лорд-канцлера. Отже, історично повноваження англійських судів формувалися в міру розвитку судової діяльності через систему наказів під тиском безпосередніх звернень до королівського суду.

За характером і природою система судових наказів була дозвільною системою, за якої вирішення процесуальних питань судового захисту передувало формуванню норм матеріального права, згідно з якими судові спори вже розглядалися по суті. Тобто, щоб одержати судовий захист свого права, спочатку необхідно було отримати формальний дозвіл на звернення до суду.

Якщо спочатку королівські накази видавалися суду лише у виняткових випадках, то пізніше список позовів, що могли бути розглянуті в суді, розширювався. Був розроблений спеціальний стандартний перелік найбільш типових звернень, з якими доводилося мати справу на практиці. Цей список дістав назву «позовний формуляр», або «регістр наказів», і розглядався як своєрідна енциклопедія загального права. За невелику плату канцелярія могла вигадати нову форму наказу, не передбачену в зазначеному переліку. Так розширювався загальний список і одночасно збагачувалися норми матеріального загального права.

Наприкінці XII ст. лорд-канцлер використовував уже близько 75 стандартних приписів, форма яких була відпрацьована до дрібниць, у них потрібно було лише внести імена й адреси сторін. Спочатку накази судам видавалися досить вільно. Однак потім перелік наказів суду оновлювати припинили (так, у 1285 р. був прийнятий другий Вестмінстерський статут, згідно з яким нові первісні накази могли створюватись тільки за згодою парламенту, а лорд-канцлер міг самостійно випускати лише такі нові накази, які були схожі на вже існуючі).

Починаючи з XV ст. англійське загальне право піддається **реформуванню**. Як відомо з історії, у ці часи в Англії відбуваються великі соціально-економічні зміни. Виникає потреба в тому, щоб суди йшли назустріч новим потребам населення. У цей час у виробничій та іншій

економічній діяльності з'являється нова, невідома раніше форма відносин — контракти. Виникають нові різновиди деліктів і злочинів. Юридична форма (система судових наказів) стала гальмувати розвиток права і правових відносин.

Найсуттєвішими недоліками загального права були:

- надзвичайна суворість і негнучкість його норм;
- визнання лише єдиної санкції в цивільному праві — грошової компенсації;
- відсутність засобів забезпечення явки свідків до суду;
- повільність і дорожнеча судової процедури;
- безліч нарікань на адресу системи наказів суду, що перешкоджала демократизації суду і не враховувала потреби правового розвитку країни.

Для того щоб загальне право продовжувало залишатися в гармонії з умовами життя, що змінилися, необхідна була правова реформа, яка не тільки б змінила практику судів, але і дозволила їм упровадити нові правові норми і рішення, невідомі колишньому праву.

Однак природа загального права є такою, що воно практично не піддається переробці за замовленням. Загальне право прямо не залежить ані від політичної волі Парламенту, ані від влади Корони, ані від побажань населення. Не могли позбутися цих недоліків і самі суди, оскільки в силу існуючої на той час доктрини визнана судом норма загального права не могла бути відкликана (переглянута, скасована).

Але вихід все ж таки було знайдено, хоча й не відразу. Видатний історик англійського права Г. Мейн виокремлює три інструменти, що зіграли найбільш серйозну роль у реформі архаїчних норм загального права і у становленні сучасної правової системи Англії: *юридичні фікції, право справедливості та закони.*

1. Юридичні фікції виникли в епоху Середньовіччя як прийом, що дозволяє оминати право під виглядом суворого дотримання його приписів. Юридичні фікції у праві дозволяють свідомо приймати за реально існуючі такі дії або події, яких насправді не було, немає або не могло бути.

Історично використання юридичних фікцій в англійському праві мало на меті:

1) *пом'якшення жорстокості норм середньовічного кримінального права.* Останнє, як відомо, передбачало страту для осіб, визнаних винними у здійсненні будь-якого тяжкого злочину (фелонії).

До прийомів, що пом'якшували покарання, належала, приміром, так звана *пільга духівництва*. Спочатку ця пільга, яка виключала застосування страти, надавалася тільки священнослужителям. Згодом за допомогою юридичної фікції вона стала поширюватися судами на всіх інших уперше обвинувачених у вчиненні тяжкого злочину, якщо вони могли прочитати напам'ять добре відомий уривок тексту Біблії латиною (псалом 51, вірш 1). Цей уривок ніколи не змінювався. Усі про це знали і вчили його напам'ять із самого дитинства, просто так, про всяк випадок;

2) *розширення переліку наказів суду*. Внаслідок застосування фікції до суду подавалися справи, які б в іншому випадку не підлягали судовому розгляду через те, що їх не було в переліку наказів суду;

3) *надання суддям можливості обходити вимоги загального права про підсудність справ*. Вона не була пов'язана з мотивами поліпшення норм загального права. Це диктувалося прагматичними інтересами суддів, платня яких прямо залежала від кількості розглянутих ними справ.

Наприклад, спочатку до компетенції Суду казначейства належали справи про стягнення королівських податків, тобто це були справи про борги Короні. Приватні спори були вилучені з компетенції Суду казначейства. Для того щоб розглядати спори за зобов'язаннями приватних осіб, судді використали фікцію, відому як *Quominus*. Вони стали умовно вважати, що якщо позивач вимагає від відповідача повернути борг, то йдеться про те, що позивач не може через дії відповідача повернути свій борг Короні. Хоча насправді позивач ніяких грошей не був винний Короні. Використання фікції *Quominus* дозволяло знайти у приватній справі інтереси короля і прийняти її до розгляду в Суді казначейства.

2. Право справедливості, формування якого допомагало вийти за вузькі рамки загального права. З XV ст. лорд-канцлер переходить до практики вирішення в порядку нової правової процедури позовів, з якими піддані звертаються до короля. Тим самим паралельно із загальним правом починають складатися нові норми, що утворюють право справедливості. За своєю сутністю це також прецедентне право, але прецеденти тут створюються не через королівські (вестмінстерські) суди, а іншим способом (через діяльність лорда-канцлера) і до того ж на інших принципах.

3. **Законои**. Цей засіб не набув значного поширення, оскільки аж до кінця XIX ст. законодавча роль англійського Парламенту розглядалася лише як додаткова функція цього політичного органу. Наприклад, ще

у XVIII ст. англійські юристи майже одноставно вважали, що право не належить до того, що може бути створено людьми. Право просто є, отже, прийняті Парламентом статuti — це не що інше, як зміни до вже існуючого порядку речей.

§ 4. Загальне право: поняття та особливості

Терміном «загальне право» (common law) може позначатися:

1) тип права, у розвитку якого *основна роль належить судовій практиці* з вирішення кримінальних і цивільних справ. У цьому аспекті загальне право протиставляється насамперед статутному праву. Використання терміна «загальне право» саме у цьому значенні є найбільш поширеним;

2) тип правових систем, що *склався під впливом системи англійського права*. Цей тип права діє в тих країнах, що належать до англо-американської правової сім'ї (Англія, США, Канада, Австралія, Нова Зеландія тощо). У цьому випадку загальне право протиставляється насамперед романо-германському праву;

3) право, що виникло у XII ст. як *право, загальне для всіх вільних жителів Англії*, на яких тоді поширювалася юрисдикція (влада) королівського суду. Таке історичне розуміння загального права протиставляється місцевому праву окремих частин Англії;

4) система норм, *створених королівськими судами*. Вона протиставляється нормам права справедливості, що створені судами совісті на чолі з лордом-канцлером.

Авторитет і сила норм загального права багато в чому ґрунтуються на старих традиціях, що сягають своїм корінням в історичне минуле англійської державності. Тому для розуміння поняття «загальне право» велике значення має історія розвитку англійського права у XII–XIV ст., детально розглянута у попередньому параграфі.

Розуміння сутності загального права неможливе також без *деклараторної теорії права, або теорії незалежного існування права*. Авторами деклараторної теорії вважаються авторитетні англійські юристи XVII–XVIII ст. М. Хейл та В. Блекстоун. Вони узагальнили багатовікову практику загального права і сформулювали її *основні положення*:

1) **судді не створюють право**, а лише декларують або відкривають його. Норми права існують об'єктивно і незалежно від суддів. Судді — це «оракули» права. Їхні рішення — найбільш авторитетні свідчення існування права. З цих позицій загальне право є не чим іншим, як правом, декларованим суддями за всю історію існування суду. Нові правові норми з'являються так само, як нові мовні одиниці. У певному сенсі мова і право «вигадані» людьми. Однак природа в них одна: ніхто не може точно визначити, хто їх придумав, хто їхній автор;

2) **право — це звичай**, що є виразником певних цінностей народу. Тому виключний засіб доведення певного правила поведінки як норми загального права полягає у посиланні на докази існування цього правила як звичаю, якого завжди дотримувались суб'єкти правовідносин. Загальне право, розвиток якого триває протягом багатьох століть, близьке до звичаєвого права. Обидва вони нагадують «первісний ліс, який хоча його ніколи не рубали і навряд чи змінювались його обриси, постійно омолоджується і через сто років буде зовсім іншим лісом; а зовні він залишається все тим же «старим лісом», у якому повільний ріст однієї його частини супроводжується непоміченим відмиранням в іншій»¹;

3) **розумність — це життя права**. Ототожнення загального права з розумністю є наслідком розвитку теорії природного права. Згідно з англійською традицією до принципу розумності завжди ставились як до питання факту, що передається на розгляд присяжних. Судді можуть відмовитися застосовувати державні правові акти на підставі їх нерозумності;

4) **прийняття судового рішення, в якому міститься положення, що раніше не декларувалося суддями, не змінює правової системи**. Це пояснюється тим, що суд використовує право таким, яким воно було до моменту винесення судового рішення. Це дозволяє обґрунтувати надання судовому рішенню зворотної сили: суддя не створює норму, а лише роз'яснює норму, яка має бути відомою правопорушнику із повсякденного життєвого досвіду. Тому не має нічого страшного в тому, що правило, вперше сформульоване в судовому рішенні, стоїть на місці події, яка відбулась у минулому.

І навіть тоді, коли апеляційний суд анулює рішення у справі як абсурдне чи несправедливе, суд не створює нової норми. На думку Блекстоуна, така ситуація свідчить не про поганій закон, а про те, що

¹ Див.: Берман, Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования [Текст] / Г. Дж. Берман. — С. 545.

дане рішення ґрунтувалося на положеннях, які не можуть вважатися законом. Таким чином, скасовуючи певне рішення, суд визнає, що насправді закон не такий (є іншим), або вказує, що закон у попередній справі неправильно зрозуміли.

Наприкінці XVIII ст. і упродовж XIX ст. стало зрозумілим, що погляд на суддів як на простих інтерпретаторів права — це тільки заобони. Саме за це деклараторну теорію права серйозно критикували прибічники законодавства як провідної форми права. Так, Дж. Бентам порівнював формування загального права з вихованням собаки: «Як ви виховуєте собаку? Ви чекаєте, коли він зробить щось таке, що, на вашу думку, він не повинен робити, а потім його караєте». Таким же чином судді творять право, коли карають за вчинене. Дж. Бентам стверджував, що загальне право створюється суддею, не надто чемно висловлюючись, що воно «є продуктом фірми Суддя і К.».

Сучасна теорія загального права виходить уже з того, що судді є творцями загального права. Судді творять загальне право, виходячи із своїх уявлень про те, що є прийнятним з точки зору громадськості. Якщо існує правило, яке ґрунтується на прецедентних судових рішеннях, то до нього необхідно звернутися. Але у випадках вироблення цілком нового рішення, судді неминуче нав'язують суспільству ту чи іншу точку зору з певного питання. Саме це і дає підстави сучасним дослідникам вважати, що судді все ж таки творять загальне право або певним чином беруть участь у процесі його творення та розвитку.

Досить суттєва особливість загального права полягає у його *теоретичній повноті*. Теоретично воно заповнює всі прогалини в англійській правовій системі. Так, суддя не може відхилити заяву позивача на тій підставі, що чинне (відоме) право не врегулювало ці випадки, він все одно зобов'язаний вирішити спір. За допомогою прийому аналогії або шляхом зіставлення суддя виходить із рішень у справах, що є найбільш близькими за своїми обставинами до справи, яку він розглядає. Після цього він робить висновок, яким було б рішення його попередника, якщо б останній сам розглядав цю справу. За такого методу особисті якості судді не мають великого впливу — суддя хоча і створює право, але ця правотворчість обмежена певними кордонами. Ця практика дозволяє пристосувати чинне право до нових умов і надає загальному праву ту гнучкість, яка є її кращою особливістю.

Коли говорять про те, що загальне право має повноту, то не треба думати, що воно має характер винятковості, тобто що його норми ви-

ключають дію всіх інших джерел права. Слід зазначити, що загальне право *займає найнижчий щабель в ієрархії джерел права*. У минулому існувала думка, що в конфліктній ситуації загальне право має більшу силу, ніж статутне право (цей принцип впливає з відомої справи доктора Бонхема 1610 р.). Проте врешті-врешт принцип переваги законодавчої влади переміг. Унаслідок цього законодавець має право шляхом прийняття законів, що містять протилежні за змістом норми, скасовувати чи змінювати загальне право на свій розсуд.

Співвідношення загального права і законодавства. Судді, спираючись на загальне право, розглядають законодавчий акт як такий, що містить специфічні норми права, які можуть застосовуватися тільки у чітко визначених самим законом випадках. В усіх інших випадках, не охоплених законодавчим актом, судді на відміну від суддів романо-германської правової сім'ї не будуть виносити рішення за аналогією з цим законом.

Це пояснюється тим, що, на думку суддів, якби законодавець збирався запровадити певне правило, воно було б наведене у тексті самого законодавчого акта. Тому суд, застосовуючи закон за аналогією у тих випадках, що прямо ним не передбачені, буде втручатися у повноваження законодавчої влади. А це є неприпустимим. Якщо ж законодавець зробив юридичну помилку, він здатний виправити її самостійно. Отже, якщо певний законодавчий акт не зовсім підходить для вирішення якоїсь справи, можна звернутися до відповідних положень загального права.

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

Мабуть, саме тому застосування законодавчого акта в системі загального права нагадує В. Бернхему кинутий у посудину з водою ка-

мінь: камінь тоне й вода оточує його з усіх боків. П. Бромхед запропонував іншу асоціацію, порівнявши статутне право з написами, що держава залишає на каменях, з яких суддями зведена стіна права. Ця стіна побудована суддями, що закладали в неї свої камені-прецеденти. На каменях-прецедентах волею держави з'являються все нові і нові написи. Ці написи і є закони, тобто статутне право.

§ 5. Право справедливості та його співвідношення із загальним правом

Поява ідеї права справедливості (equity law) пояснюється тим, що норми загального права не дозволяли звертатися до суду з деякими типами позовів, необхідність у яких виникла в той період, коли загальне право вже сформувалося. У Середні віки розчаровані у загальному праві люди починають звертатися до короля з численними петиціями про вирішення питання «по справедливості і як виняток, тому що суди їм відмовляли у справедливості і правосудді на основі права». Позивачі просили «заради Бога та з милосердя» призвати до себе особу, яка звинувачувалась у заподіянні шкоди, допитати її та милостиво знайти такий спосіб для відшкодування шкоди, якого не знає загальне право. Задоволення королем подібних скарг зустрічається вже у 1340 р.

Як правило, англійські королі доручали розглядати такі петиції своїм лорд-канцлерам. Це було викликано в основному тим, що в ранній період історії Англії лорд-канцлери призначалися королем з числа служителів церкви. Тому формально вони не були пов'язані вимогами світського загального права і могли приймати рішення «по справедливості, а не по праву». Лорд-канцлери, яких називали «зберігачами королівської совісті», були схильні ігнорувати приписи суду й орієнтувалися радше на голос совісті.

Протягом усього XV ст. лорд-канцлер діяв на підставі свого розсуду. Причому кожен лорд-канцлер мав своє розуміння того, яке рішення є чесним і справедливим у конкретному випадку. Тому досить поширеними на той час були жарти на адресу лорда-канцлера, на кшталт «справедливість — шахраювата річ, оскільки вона змінюється як довжина ноги лорд-канцлерів».

Згодом з'являються особливі правила і норми, які використовуються при розгляді справ канцлером: зокрема, виробляються особливі

принципи, що були названі максимами права справедливості. Поступово ці правила оформлюються в правові норми, і зрештою їх починають дотримуватись так само, як і будь-які інші норми права. Лорд-канцлер починає спиратися на свої попередні рішення. Починаючи з 1529 р., коли в Англії з'являється перший світський лорд-канцлер (до речі, ним став Томас Мор), розгляд справ на засадах права справедливості усе більше відповідає зразку загального права. У міру розвитку практики вирішення спорів за нормами права справедливості правосуддя на його основі стало здійснюватися в загальноприйнятому порядку, але в особливому суді — Суді канцлера (Канцлерському суді справедливості), який очолював лорд-канцлер короля. При цьому була встановлена спрощена процедура звернення до лорд-канцлера, що відрізнялася від процедури звернення до королівського суду.

У такий спосіб Суд канцлера від імені англійського короля став вирішувати в порядку нової судової процедури ті спори, щодо яких норми загального права були відсутні, або ж коли рішення, що пропонувались загальним правом, виглядали явно несправедливими. Приміром, суд канцлера привласнив собі виключну юрисдикцію у справах про довірчу власність. Також суди совісті сформулювали положення, що стосувалися питання про викуп нерухомості, яка знаходилась у заставі, започаткували практику надання позивачу права вимагати виконання в натурі при порушенні контрактів. Усе це приводить до того, що наприкінці XVII ст. вироблені лорд-канцлерами норми утворюють закінчену правову систему. На початку XIX ст. завдяки лорду Елдону відбувається систематизація рішень права справедливості.

Із виникненням права справедливості складається становище, при якому в країні фактично діють дві системи судів: суди, що застосовують норми загального права, і суди справедливості під егідою лорд-канцлера. Така дуалістична судова система породжувала ситуації, коли один і той же конфлікт, у принципі, міг бути прийнятий до розгляду в обох судах і вирішений на підставі різних положень. Звичайно, що це призводило до «війни юрисдикцій». Добре відоме зауваження, кинуте кимось із приводу появи Суду канцлера: «В Англії один суд був заснований, щоб творити несправедливість, а інший — щоб це припинити».

Починаючи з 1616 р. норми права справедливості стали здобувати більшу юридичну силу, ніж норми загального права. Згідно з рішенням короля Якова I у справі графа Оксфордського, якщо право справедливості суперечить нормам загального права, пріоритет слід віддавати

праву справедливості. Це дозволяло позивачам звертатися до суду права справедливості навіть у тих випадках, коли суд загального права вже ухвалив своє рішення зі спірного питання. У такий спосіб вони вимагали перегляду судового рішення, винесеного на підставі норм загального права. Проте вважалося, що без особливої потреби Суд канцлера не повинен втручатися в юрисдикцію судів, що діють у межах загального права.

Суперечність між загальним правом та правом справедливості було усунуто шляхом створення єдиного для обох систем вищого суду. Ця подія відбулася у 1873 р., коли на підставі Закону про Верховний суд судові системи загального права і права справедливості були реформовані й об'єднані: Високий суд правосуддя замінив обидва колишні вищі суди.

Аналізуючи *співвідношення між загальним правом та правом справедливості* у нинішні часи, слід зазначити, що:

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

2) право справедливості не входить у загальне право; це своєрідне «рукотворне доповнення» до загального права, його свідоме виправлення в тій частині, у якій останнє виявлялося застарілим або мало прогалини. Отже, прецеденти у праві справедливості створюються не на основі норм загального права, а ніби на додачу до них. У випадку конфлікту між нормами загального права і права справедливості перевагу мають останні. До головних сфер, які охоплюються юрисдикцією права справедливості, сьогодні входять довірча власність, права на нерухомість, засновані на праві справедливості, судовий захист проти конфіскації та штрафів, засоби судового захисту за правом справедливості;

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

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

5) у праві справедливості основна увага приділяється моральним, а не правовим і суто нормативним аспектам. Це стає очевидним при

зверненні до принципів права справедливості — його максим, які дозволяють корегувати загальне право. Була вироблена досить значна кількість максим права справедливості, зокрема: справедливість не залишить неправильну поведінку без відповідальності; справедливість діє по совісті; справедливість є рівністю; справедливість діє щодо конкретних осіб; справедливість допомагає пильним; справедливість цікавлять наміри, а не форма; справедливість додержується права; хто шукає справедливості, сам має діяти справедливо; затримка з розглядом справи знищує справедливість;

б) праву справедливості притаманні деякі засоби судового реагування і захисту, невідомі загальному праву. Ця особливість права справедливості з'являється в Середні віки з метою виправлення помилок і недоліків загального права. До найважливіших засобів судового захисту, які невідомі загальному праву, але передбачені правом справедливості, належать судова заборона, виконання в натурі, ректифікація й анулювання. Серед інших заходів судового реагування в межах права справедливості, зокрема, можуть бути названі обов'язкове надання звіту, призначення отримувача, надання доступу до інформації, передача документів.

Питання для самоконтролю

1. Визначте найбільш важливі особливості сім'ї англо-американського права.
2. Які основні етапи розвитку пройшла англійська правова система?
3. Яким чином виникає англійське загальне право?
4. Яке значення має термін «загальне право»?
5. У чому полягає специфіка сучасної теорії загального права?
6. Як виникає і розвивається право справедливості?
7. Визначте співвідношення між загальним правом і правом справедливості.

Джерела права англо-американської правової сім'ї

§ 1. Поняття та види джерел англо-американського права

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

1) *літературне джерело* — 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 звичаїв 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 (статuti та делеговане законодавство), прецедентне право як право, створене судами, та інші джерела (наприклад, 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

Судовий прецедент як джерело права вперше з'явився саме в англійській правовій системі. Вирішальна роль прецеденту у створенні та функціонуванні права в Англії відрізняє систему загального права від романо-германської та інших правових систем. Історично склалося так, що у середньовічних Англії та Уельсі загальне (єдине) право було сформоване через діяльність судів. Сьогодні судовий прецедент є основним джерелом англо-американського права. Наприклад, в Англії нараховується близько 800 тис. судових прецедентів, і щороку до них додається близько 20 тис. нових.

Загальна доктрина судового прецеденту як обов'язкового джерела англійського права склалася лише в другій половині XIX ст. Такий пізній час пояснюється насамперед тим, що до того у правовій свідомості англійського суспільства панувала деклараторна теорія права. Остання, як вказувалося раніше, визнаючи об'єктивним джерелом права звичаї і традиції країни, не дозволяла відносити судовий прецедент до джерел права. Згідно з деклараторною теорією судові рішення розглядалось лише як переконливе свідчення, що підтверджує наявність норми права в тому вигляді, у якому вона була сформульована в рішенні по цій справі.

Доктрина обов'язкового судового прецеденту в її сучасному вигляді сформувалася під впливом двох важливих обставин:

1) утворення у 1865 р. спеціальної Ради і Правового товариства, до обов'язків яких входила публікація рішень вищих судових інстанцій за умови обов'язкового професійного контролю кожного випуску. До цього такі публікації здійснювалися в приватному порядку. Багато судових рішень залишалися взагалі невиданими;

2) створення на підставі законів про судоустрій 1873–1875 рр. єдиної централізованої системи судів, яка сприяє функціонуванню системи прецедентного права.

У найширшому розумінні прецедентом (від лат. *praecedens, praecedentis* — той, що передує) вважається те, що відбулося в тій чи іншій ситуації раніше і що сприймається як свого роду приклад, що підказує, як слід поводитись у схожій ситуації, якщо вона виникне знову.

Якщо прецедент стосується судових справ, то він розглядається як судовий прецедент. Отже, **судовий прецедент** — це таке рішення суду

у конкретній справі, що підказує іншим суддям, яке рішення слід прийняти при вирішенні аналогічних справ у майбутньому.

Сама доктрина прецеденту знаходиться у постійному розвитку, але зберігає три постійні риси:

- 1) повага до окремо взятого рішення одного з вищих судів;
- 2) рішення такого суду є переконливим прецедентом для судів, що знаходяться вище у ієрархії;
- 3) окреме рішення розглядається як обов'язковий прецедент для нижчого суду.

Доктрина прецеденту ґрунтується на принципі *stare decisis* («стояти на вирішеному»), який походить від латинської фрази «*stare decisis et non quieta movere*», що означає «триматися прецедентів і не порушувати вже установленого». Витоки цієї доктрини знаходяться в середньовічній історії англійського права: наприклад, ідеї *stare decisis* знайшла своє відображення в роботі Г. Бректона (приблизно 1250 р.).

Згідно з цим принципом суди не можуть переглядати прецеденти за своїм розсудом. Принципу «стояти на вирішеному» необхідно дотримуватися навіть у тих випадках, коли існують достатньо переконливі аргументи, що за інших обставин дозволили б не робити цього (наприклад, той чи інший прецедент є несправедливим або помилковим). Судді дотримуються принципу *stare decisis* не стільки під загрозою санкцій (звільнення з посади), а для того, щоб судова практика досягла високого ступеня єдності. Це необхідно для того, щоб не порушувався принцип справедливості, який вимагає однакового ставлення до всіх людей в однакових ситуаціях. Слушною є думка, що тільки за наявності принципу *stare decisis* на основі судових рішень можна досягти тієї необхідної сталості та впевненості, які нерозривно пов'язані із самим поняттям права.

Зміст принципу *stare decisis* становлять дві суттєві вимоги — підкореності та переконливості, на яких і ґрунтуються судові рішення. Ці вимоги в силу їх загального характеру також часто іменують принципами.

Принцип підкореності означає, що суд повинен дотримуватися правила, встановленого під час розгляду попередньої справи.

Цей принцип діє по вертикалі, визначаючи обов'язок суддів дотримуватися рішень відповідних вищих судів (тому цю форму іноді називають **вертикальним *stare decisis***). Так, рішення вищого суду (наприклад, Палати лордів) є обов'язковими для всіх нижчих судів. Рі-

шення Апеляційного суду (касаційна судова інстанція) є обов'язковими для всіх судів, крім Палати лордів. Рішення Високого суду є обов'язковими для всіх судів, крім Палати лордів і Апеляційного суду. Крім того, апеляційні суди пов'язані своїми минулими рішеннями (**горизонтальний stare decisis**).

Проте з принципу підкореності є **винятки**. Так, для апеляційного суду не є обов'язковим прецедент, якщо, зокрема:

1) цим апеляційним судом є Палата лордів, що не пов'язана своїми попередніми рішеннями. У 1966 р. Палата лордів зробила заяву, згідно з якою дуже жорстка прихильність прецеденту може призвести до несправедливості у конкретному випадку та до невинуватих обмежень у розвитку права. Тому Палата лордів вважає свої попередні рішення в принципі обов'язковими, але допускає можливість відходу від них у разі необхідності. Ця заява не стосується використання прецедентів іншими, крім Палати лордів, судами. Але цей виняток із принципу *stare decisis*, який, до речі, був підтриманий Парламентом у Законі про здійснення правосуддя (1969 р.), застосовується Палатою лордів дуже обережно: наприклад, за 10 років (1966–1976 рр.) вона відхилила лише два прецеденти;

2) прецедент конфліктує з більш раннім прецедентом вищого апеляційного суду;

3) із прецедентом апеляційного суду не погодився Судовий комітет Таємної Ради;

4) прецедент суперечить іншому, більш ранньому прецеденту того самого суду;

5) прецедент був у непрямій формі відхилений наступним рішенням вищого апеляційного суду;

6) прецедент було прийнято цим судом *per incuriam* (за недбалістю);

7) прецедент є застарілим;

8) прецедент містить два *ratio decidendi*, між якими можна зробити вибір;

9) прецедент був скасований законом.

Принцип переконливості *stare decisis* означає, що суд може, але не зобов'язаний, дотримуватися раніше встановленого правила, якщо його аргументація є досить переконливою.

Оскільки щодо конкретного прецеденту можуть діяти різні принципи *stare decisis* — підкореності або переконливості, можна зробити висновок про існування **двох видів судових прецедентів**: обов'язкових

та необов'язкових (переконливих). Прецеденти, щодо яких діє принцип підкореності, вважаються **обов'язковими** (binding precedents). Прецеденти, в основі яких лежить принцип переконливості, називаються **переконливими** (persuasive precedents). Вони не є юридично обов'язковими.

До переконливих прецедентів для англійських судів належать, зокрема, такі судові рішення (або їхні складові частини):

- 1) частина рішення Палати лордів, що визнається obiter dictum;
- 2) усі рішення нижчих судових інстанцій;
- 3) рішення, винесені рівними судовими інстанціями, якщо вони не вважаються юридично обов'язковими;
- 4) рішення Судового комітету Таємної Ради;
- 5) рішення Європейського Суду з прав людини;
- 6) рішення, прийняті судами інших держав — особливо країн Співдружності або країн із системи загального права.

Структура судового прецеденту. Будь-який прецедент містить дві частини: ratio decidendi та obiter dictum.

Ratio decidendi (з лат.— підстава для вирішення) — частина рішення суду, у якій містяться норми права, на основі яких було вирішено цю справу. Ratio decidendi міститься в мотивувальній частині рішення і є стандартом, поясненням, чому саме так було вирішено конкретну справу. Для обґрунтування цього принципу судді, ухвалюючи рішення у справі, застосовують норми законодавства, попередні прецеденти та міркування (мотивацію) суддів при їх прийнятті, цитати з авторитетних доктринальних джерел, посилання на іноземні прецеденти чи законодавство тощо.

Ratio decidendi фіксує правову основу, що має силу закону і повинна (може) застосовуватися при вирішенні всіх наступних справ, причому щодо всіх інших осіб, а не тільки сторін у даній справі. Таким чином, саме *ratio decidendi* є *нормою прецедентного права*, яка є необхідною для того, щоб суд дав відповідь на питання, для розв'язання якого виникло судове провадження (holding).

Наприклад, у відомій справі чилійського генерала А. Піночета англійським судом вирішувалось питання про можливість видачі іспанському правосуддю генерала — глави держави, який має дипломатичний імунітет. Принципом (ratio decidendi) у цій справі була мотивація суду, що скоєння злочинів проти людства та катування людей не є офіційними діями глави держави, тому він не має імунітету від кри-

мінального переслідування. Вона дозволила прийняти рішення про видачу генерала.

Пошук *ratio decidendi* — нелегке завдання. Навряд чи *ratio* коли-небудь формулюється суддями у прямій формі, а радше міститься у прихованому вигляді. Отже, основне завдання юриста, що аналізує рішення суду, полягає в тому, щоб виокремити в ньому ту частину, у якій формулюється підстава для вирішення справи. Можна сказати, що пошук *ratio decidendi* є основною особливістю процесу в англо-американських судах.

Найпоширенішим методом пошуку *ratio decidendi* є **метод Вембо**, згідно з яким суддя має спочатку знайти у рішенні те правоположення, яке може вважатись *ratio decidendi*, а потім надати йому протилежного значення. Якщо після цього остаточний висновок рішення не зміниться, то перед суддею — *obiter dictum*, якщо зміниться — тоді це *ratio decidendi*. Наприклад, якщо у справі генерала А. Піночета вважати катування людей офіційною дією глави держави, тоді рішення у справі повинно змінитися. Отже, протилежне до такого припущення твердження є *ratio decidendi* цього рішення.

Інша частина рішення суду розглядається як ***obiter dictum*** (з лат.— сказане між іншим) — зауваження (міркування) суду щодо питань, які безпосередньо не входять до предмета судового рішення, але висловлені для пояснення, ілюстрації і мають загальний характер. На відміну від *ratio decidendi* ці висловлювання не формулюють той чи інший принцип права і не обґрунтовують рішення суду.

Obiter dictum має додатковий, але необов'язковий характер і тому не має обов'язкової прецедентної цінності для майбутніх справ. Ця частина рішення суду в справі покликана допомогти суддям у майбутньому, але вони не зобов'язані дотримуватися висловлень, що містяться в ній. І все ж таки практика вимагає, щоб фахівці звертали увагу на *obiter dictum*. Більшість юристів так і роблять, намагаючись передбачити, як суд поведеться у майбутньому. Тому розсудливий юрист завжди ознайомиться з усією інформацією, яка може виявитися корисною, у тому числі з *obiter dictum*.

До *obiter dictum*, зокрема, належать:

1) висновки суду щодо відсутніх у даній справі фактів та обставин, або ж фактів та обставин, що реально існують, але не мають прямого стосунку до даної справи. Наприклад, у справі Централ Лондон Проперті Траст Лтд проти Хай Трис Хаус Лтд (Central London Property Trust

Ltd v. High Trees House Ltd) 1947 р. суддя висловив думку, що власники нерухомості не можуть звертатися до суду з позовами про стягнення орендної плати за період воєнного часу, хоча в даній справі таких вимог ніхто не заявляв;

2) твердження суду, що хоча й засновані на доведених у справі фактах, але які не були використані ним при обґрунтуванні рішення. Наприклад, у справі Хедлі Бьорн енд Ко Лтд проти Хелер енд Партнерс (Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners) у 1964 р. Палата лордів висловилася про те, що банки, які надають рекомендації своїм клієнтам, зобов'язані виявляти про них турботу і що банк несе відповідальність у випадках, коли виявляє недбалість при наданні рекомендацій. У даній справі був встановлений факт недбалості банку при наданні рекомендацій своєму клієнтові. Проте твердження про відповідальність банку не було використано у рішенні суду, оскільки у справі існувала відмова клієнта від позову;

3) думка суддів, які залишились у даній справі у меншості. Це думка суду, що хоч і ґрунтується на достовірних фактах, але не приймається до уваги при вирішенні справи.

Вважається, що дія судового прецеденту в часі є необмеженою. І якщо він стосується розглянутих судом питань, то залишається джерелом права, скільки б часу не минуло з моменту його появи. Але прецедент може й припинити свою дію. Це може трапитися за допомогою двох інститутів: перегляду (скасування) прецеденту та зміни рішення нижчого суду.

1. **Інститут перегляду (скасування) прецеденту** (reversing). Прецедент переглядається:

а) згідно з рішенням вищого суду за іншою справою. Вищий суд у цих випадках вважає, що право з часу проголошення попереднього рішення стало іншим. Тому рішення, прийняте на підставі старого прецеденту в іншій справі, залишається чинним, а новий прецедент, створений вищим судом, буде поширюватися на всі справи, що розглядатимуться у майбутньому;

б) шляхом прийняття статуту, що містить норми, які за змістом відрізняються від правила, встановленого прецедентом. Значення перегляду прецедентів актами Парламенту підвищується в Англії починаючи з 1966 р., після відмови Палати лордів від принципу «твердого прецеденту».

2. **Інститут зміни рішення нижчого суду** (overruling). Зміна рішення має місце тоді, коли вищий суд скасовує рішення нижчого суду

в порядку апеляційного перегляду тієї самої справи. У цьому випадку відхилене рішення нижчого суду втрачає силу прецеденту, а прийняте судом апеляційної інстанції рішення стає новим прецедентом за даною справою. Останній буде використовуватися також при вирішенні аналогічних справ у майбутньому.

Крім того, для застосування прецедентів на практиці суттєве значення має *інститут відмови від використання прецеденту* (distinguishing). Суд може відхилити запропонований йому для застосування прецедент із тих мотивів, що він не повною мірою відповідає фактичним обставинам розглянутої справи. Оцінка фактів, які уявляються суттєвими для судді, проводиться відповідно до методу Гудгарта. Так, суд може констатувати, що обставини справи, розгляд якої привів до створення прецеденту, мають істотні розбіжності з обставинами справи, яку він розглядає зараз (у них або фігурують деякі суттєві факти, відсутні у справі, що розглядається, або відсутні певні факти, вплив яких на рішення він вважає суттєвим). Тому цей прецедент не може бути застосований через його невідповідність фактичним обставинам даної справи.

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

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

Закони — це важливе основне джерело норм сучасного англо-американського права.

У вузькому (суто юридичному) значенні законом є формальний, оформлений у письмовому вигляді акт, який виходить від вищого законодавчого органу влади (у Сполученому Королівстві, Канаді та Австралії — це Парламент, у США на федеральному рівні — це Конгрес, на рівні окремих штатів — легіслатури). До законів у широкому значенні належать усі ті акти, що створюються законодавчою та виконавчою владами і протиставляються актам судової влади.

Розглянемо закони на прикладі Англії, де вони іменуються актами Парламенту (статутами). Акт Парламенту Сполученого Королівства є правом, створеним Королем (Королевою) у Парламенті, тобто прийнятим Парламентом у формі біллю і схваленим Короною. В Англії діє доктрина потрійної згоди, згідно з якою статут створюється лише за згодою Короля (Королеви), Палати общин і Палати лордів.

Відомий англійський юрист Е. Дженкс відзначає, що на відміну від судового рішення статут є формальною постановою щодо будь-якого правила поведінки, що в майбутньому підлягає дотриманню тими особами, до яких воно звернене. Закон (за винятком дуже рідкісних випадків надання йому зворотної сили) не намагається, на відміну від судового рішення, вирішити спір, який вже виник, чи накласти покарання за вже здійснений вчинок.

Для розуміння особливості законів у Англії дуже важливе значення має *принцип верховенства статутів*, який ґрунтується на *принципі парламентського суверенітету*. Цей принцип полягає в тому, що вся законодавча влада зосереджена у Парламенті (нагадаємо, що під ним в Англії розуміють законодавчий орган, який складається зі суверена (Короля або Королеви), Палати лордів і Палати общин), і що тільки він може приймати та скасовувати статuti, зупиняти їх дію. Парламент має право видавати та скасовувати будь-які закони із будь-якого питання (наприклад, Парламент може визнати неповнолітнього повнолітнім, звинуватити людину у зраді після її смерті); немає жодної особи чи установи, за якими англійський закон визнавав би право порушувати або не виконувати законодавчі акти Парламенту. Цей принцип, який було визнано ще в XVI ст., покликаний затвердити перевагу волі обраних народом представників над волею призначених суддів.

Верховенство статутів може бути підтверджено тим, що:

1) жодний орган, у тому числі суд, не має права брати під сумнів законність прийнятих Парламентом актів. У справі Чені проти Кон (Cheney v. Conn) 1968 р. позивач заперечував проти податку, що він повинен був виплатити відповідно до Закону про фінанси 1964 р. У судовому рішенні було, зокрема, відзначено: «Не справа суду заявляти про незаконність прийнятих Парламентом положень, що мають верховенство в цій державі». Отже, в Англії не існує системи судового контролю за законодавчим процесом і законами;

2) лише прийнятий Парламентом статут може прямо скасовувати статут, прийнятий ним раніше, або це може припускатися. До того мо-

менту статуту вважаються вічними і підлягають застосуванню суддями до їх формального скасування чи закінчення встановленого в них строку дії. Як зауважують англійські юристи, інший спосіб дії свідчив би про те, що суд бере під сумнів авторитет законодавчої влади, яка ухвалила ці статuti, чого суд у жодному випадку не має права робити;

3) закон може змінювати або скасовувати положення загального права (тобто судові прецеденти).

Водночас слід взяти до уваги той факт, що в сучасних умовах парламентський суверенітет обмежений законодавством Європейського Союзу, яке має перевагу над актами Парламенту. Крім того, суди можуть визнавати акти Парламенту несумісними з Європейською конвенцією з прав людини, що привертає увагу уряду до проблеми і він може вирішити, змінювати акт чи ні (наприклад, у 2004 р. Палата лордів визнала несумісним із Конвенцією Акт про антитероризм, злочин та безпеку 2001 р.; цей акт було змінено прийняттям Акта про попередження тероризму 2005 р.).

Проте навіть без урахування європейських обмежень положення про свободу розсуду англійського Парламенту при прийнятті статутів має переважно теоретичний характер. На практиці статuti здебільшого приймаються для внесення необхідних змін і доповнень до чинного права. Зокрема, статутне законодавство призначене для скасування чинного законодавства, для доповнення встановлених положень загального права або права справедливості, для перегляду наслідків рішень судів, а також для запровадження нових положень з питань, що раніше не підлягали правовому регулюванню.

У сучасному англійському праві можна помітити тенденцію до посилення ролі статутів, яка полягає у збільшенні їх питомої ваги в системі джерел права та в розширенні сфери відносин, що регулюються ними. Наприклад, англійські закони, прийняті після 1948 р., мають обсяг у 4 рази більший, ніж закони, прийняті до того часу.

Проте ця тенденція не порушує історично існуючих зв'язків статутів з іншими джерелами права, перш за все прецедентом. І сьогодні не викликає сумнівів теза, що принципи англійського права встановлюються саме суддівським правом, а статут лише деталізує їх. Статут запозичує категоріальний апарат, розроблений прецедентним правом. Для статуту дуже важливим є його тлумачення у судах, оскільки судді привласнили право інтерпретувати статuti, посилаючись на те, що вони краще за інших можуть пояснити їх зміст. В Англії традиційно

вважається, що прийнятий закон починає «жити», стає правовою заборонаю чи зобов'язанням тільки після того, як він буде застосований суддею. Такі взаємозв'язок і взаємодія статуту і прецеденту в регулюванні суспільних відносин виключає можливість виділення серед них «головного» чи «другорядного», «основного» та «не основного» джерела права.

Акти Парламенту можуть бути класифіковані на:

1) **публічні і приватні**. Публічним є акт, який вимагає судової обізнаності, а приватним — той, що судової обізнаності не потребує. Деякі акти містять положення змішаного характеру — публічного та приватного і тому є «гібридними». Усі акти з 1850 р. вважаються публічними, якщо вони спеціально не проголошують про інше;

2) **загальні, персональні й локальні**. Загальні акти встановлюють правила поведінки, що діють на всю спільноту, персональні акти — діють щодо окремих індивідів, а локальні акти — щодо окремих територій;

3) **основні й доповнюючі**. Основні акти всебічно регулюють певну правову сферу, а доповнюючі акти лише змінюють основні акти або загальне право;

4) **постійні й тимчасові**. Постійні акти встановлюють право до їхнього скасування, а тимчасові — розраховані на визначений час, за винятком їх продовження подальшими актами.

Природно, що головним законодавчим засобом є публічні загальні акти, проекти яких подаються до Парламенту як публічні біллі або від імені Уряду, або від імені окремих членів Парламенту.

Крім того, серед актів Парламенту за змістом привертають увагу **акти реформи права**. Механізм підготовки правових реформ в Англії відрізнявся значною невизначеністю аж до 1965 р., відколи у країні почала працювати Правова комісія, що була утворена на підставі Закону про правові комісії (1965 р.). До її завдань входять вивчення та перегляд права з метою його системного розвитку та реформи, виключення аномалій, скасування застарілих і непотрібних норм, спрощення та модернізації права. Правова комісія готує звіти, рекомендації та законопроекти, що втілюються у життя парламентськими актами. Прикладами актів реформи права є:

1) **консолідовані акти**, за допомогою яких Парламент об'єднує в єдиному законі положення прийнятих раніше законодавчих актів з одного питання. Прикладом консолідації є прийняття Закону про

профспілки та трудові відносини 1992 р., який об'єднав більш ніж 10 законів, що повністю або частково регулювали діяльність профспілок. Ці акти підлягають більш суворому контролю при їх прийнятті у Парламенті;

2) **кодифіковані акти**. У цих законах робиться спроба об'єднати всі норми права, що стосуються одного питання чи інституту. На відміну від консолідації, в Англії кодифікації підлягає не тільки статутне, а й прецедентне право (у цьому випадку в одному законі об'єднуються норми статутного і загального права, а також положення права справедливості). До кодифікованих актів належать, наприклад, Закон про кримінальну відповідальність за замах на вчинення злочину 1981 р.

При розгляді актів Парламенту нерідко звертають увагу на такі особливі різновиди, як **конституційні акти** (акти, що закріплюють конституційні принципи держави — наприклад, Акти про Парламент 1911 та 1949 р., Акт про статус Корони 1961 р.), **акти, що ратифікують міжнародні угоди**, та **фінансові акти** (наприклад, акти, що встановлюють податки або стосуються інших публічних доходів).

Основна маса законопроектів ініціюється Короною. В окремих випадках ініціаторами прийняття закону можуть виступати окремі члени Парламенту. Перед направленням до Парламенту остаточного варіанта законопроекту останній узгоджується з тим департаментом уряду, до компетенції якого він входить.

Законопроект проходить кілька обов'язкових стадій: 1) внесення законопроекту; 2) перше читання; 3) друге читання; 4) робота в комітетах; 5) звіт про роботу над законопроектом; 6) третє читання; 7) обговорення виправлень; 8) одержання згоди Корони.

Законопроект за загальним правилом стає статутом після його затвердження обома палатами Парламенту й одержання згоди Корони. Якщо в статуті не вказується інша дата, він набуває чинності у той же день, коли його підписує король (королева). Звичайною стала практика, коли в тексті статуту вказується, що він набуває чинності «у призначений день». Визначення цієї дати входить до обов'язків міністра уряду або це оформляється наказом Таємної ради.

Статут припиняє свою дію у випадках, якщо він був замінений іншим статутом; якщо в тексті статуту був визначений період, на який він зберігає свою силу; якщо була визначена мета прийняття статуту і вона досягнута. Давнина прийняття статуту не може служити підставою для припинення його дії.

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

З'явившись уперше 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 зі згоди 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 спеціально наділені відповідними повноваженнями. Правомірність передачі повноважень Парламенту з прийняття законодавчих актів іншим органам не викликає сумнівів. Вона 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 ргіогі 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 (Privy Council). На практиці ж це робить уряд від імені королеви, а Таємна рада їх тільки санкціонує. Подібні акти приймаються, коли Парламент не засідає (відповідно до Акта про надзвичайні повноваження 1920 р.). Крім того, вони можуть вводити в дію акти права ЄС (відповідно до Акта про Європейські Спільноти 1972 р.). Утім, слід зауважити, що деякі дослідники відносять накази в Раді до первинного, а не делегованого законодавства, звертаючи 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, ст. 75 Закону про захист зайнятості 1978 р. встановлює максимальний поріг компенсації за несправедливе звільнення 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 акта, на підставі якого він прийнятий; він має тлумачитись у світлі цього акта; 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** (local authority byelaws), які приймаються місцевими органами для вирішення питань, що належать до їх сфери (вони приймаються на підставі Акта 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** (byelaws made by public corporations), що приймаються корпораціями (наприклад, підприємствами транспорту, газовим управлінням).

5. **Професійні правила**, які встановлюються у деяких професіях на підставі повноважень, наданих визначеним професійним об'єднанням (наприклад, Загальній медичній Раді, Юридичному товариству, профспілкам). 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 Акта про Верховний Суд 1981 р., Акта про суди графств 1984 р., Акта 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 доповнюватися або змінюватися без прийняття відповідного акта 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 здійснюватися у формі попереднього та наступного контролю. Так, деякі документи повинні подаватися у спеціальні комітети Парламенту у вигляді проекту, а деякі — вже на стадії, коли вони набули законної сили. Парламент може прийняти рішення про скасування такого акта. 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 зі статутних інструментів. До його функцій належать розгляд цих документів і визначення того, які з них і на яких підставах мають бути подані Парламенту. Наприклад, це може бути нечітка редакція тексту статутного документа, 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 (*ultra vires*) і не має юридичної сили. Крім того, суд може, не вимагаючи скасування акта, 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 англо-американському праві

Термін «звичай» в Англії використовується в кількох значеннях.

По-перше, звичай розглядається як *історичне джерело права*. У 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 розрізнялося залежно від місцевості, у якій діяли його норми; воно не було писаним, тому могло застосовуватися лише місцевими судами, тобто тими, хто безпосередньо був знайомий з існуванням певного звичаю. Зі створенням королівського суду, на території всієї Англії поширюється єдине загальне право, а 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. Втім у сучасних умовах залишилося мало можливостей для звичаїв уносити зміни до торговельного права. В Англії останній такий випадок датується 1898 р., коли облігації на пред'явника були визнані 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 звичаю або що цей контракт був укладений на умовах вже існуючої практики в цій сфері бізнесу.

По-третє, 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, проте 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 займатися спортом чи проводити вільний час на зеленій галявині, яка належить селу, що розглядаються як джерело норм загального права, визнане судами й у наші дні. Прикладом використання звичаю є справа Мерсер проти Денна (Merser v. Denne) 1905 р., в якій 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, установлених прецедентами.

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 Блекстоун, є існування звичаю з незапам'ятних часів, безперервність дії, розумність, визначеність, обов'язкова сила, використання із загальної мироловної 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 розглядатися як джерело права, необхідно підтвердити його існування до 1189 р. Це був перший рік правління Річарда I (Річарда Левове Серце). Саме ця дата визначена як кінець «незапам'ятних часів» положеннями Першого вестмінстерського статуту 1275 р. Втім у більшості випадків досить просто обмежитися презумпцією стародавності звичаю. До суду викликається один із найстаріших мешканців цієї місцевості, який підтверджує факт існування цього звичаю. Природно, таке твердження

ня буде відкинута 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 застосовуватися мирно, відкрито та 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 у силу довільного рішення і випадкових обставин (наприклад, як милість монарха), а не з прав, що визнавалися в давні часи. Так, Палата лордів відмовилася застосувати звичай, що надавав господарю маєтку можливість вчиняти вибухи на землі свого орендаря, не сплачуючи за шкоду, заподіяну будівлям останнього. Розумність звичаю повинна оцінюватися відповідно до критеріїв того часу, коли він виник, і часто передається на розсуд присяжних, що беруть участь у справі.

На думку Д. Ллойда, 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 вважатися таким звичай, згідно з яким земельні орендарі можуть вносити торфу стільки, скільки їм може знадобитися. Інші вимоги до цієї ознаки передбачають визначеність природи звичаю, кола 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 підтриманий 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.

§ 6. Інші джерела англо-американського права

1. Правова доктрина. Доктрина зазвичай розглядається як вчення, як наукова і філософська теорія, як система ідей і поглядів, зрештою, як керівний теоретичний або політичний принцип.

Роль правової доктрини як джерела права традиційно недооцінювалася у країнах загального права і особливо в Англії. Це пояснюється тим, що в цих країнах право споконвічно створювалося суддями-практиками, а науковій доктрині надається значно менше уваги, ніж у країнах романо-германського права.

Проте правова доктрина все ж таки має певний вплив як на правотворчий, так і на правозастосовний процеси. Так, на ранніх етапах значну роль у розвитку загального права відіграли загальноновизнані праці відомих для свого часу юристів і суддів. На думку Р. Волкера, приблизно 12 англійських авторів можуть претендувати на те, щоб їх роботи були визнані джерелом права. Серед них роботи Гленвіла, Бректона, Літлттона, Кока, Хейла, Хаукінса, Фостера, Іста, Фітцгерберта, Блекстоуна. Саме їхні роботи кваліфікували як авторитетні книги (*books of authority*) і протягом декількох століть широко використовували в судовій практиці.

На сучасному етапі розвитку правової системи Англії та інших країн загального права погляди видатних юристів зберігають своє важливе значення. Однак починаючи з кінця XIX — початку XX ст. усе більшого значення в правових системах цих країн як джерело права набувають цілісні систематизовані доктрини, що склалися внаслідок багаторічної академічної і практичної діяльності правознавців. Так, для всіх без винятку країн загального права характерною є доктрина (принцип) обов'язковості дотримання прецеденту — *stare decisis*. В Англії, Канаді й Австралії, наприклад, діє доктрина верховенства парламенту. США притаманні численні судові доктрини на кшталт доктрини «політичного питання», відповідно до якої суди не можуть вирішувати справи, в яких порушуються політичні питання. Ці питання повинні вирішуватися політичними гілками влади (законодавчою та виконавчою). Наявність цієї доктрини підкреслює наявність самообмеження суддів, які при здійсненні правосуддя не втручаються у політичну сферу, оскільки вони не обираються народом та не несуть відповідальності за свою діяльність перед виборцями.

2. Розум. Казуїстичний характер англо-американського права передбачає багато прогалін, і розум визнається додатковим, допоміжним джерелом права, покликаним подолати прогалини.

Розум передбачає розумне вирішення спору, коли з цього питання не має ні прецеденту, ні законодавчої норми, ні обов'язкового звичаю. Винесення судового рішення на основі розуму — це насамперед пошуки рішення, яке найбільше відповідає нормам чинного права, а тому найбільш задовільно забезпечує порядок у поєднанні зі справедливістю, що і становить основу права. Проте не можна стверджувати, що пошук рішення на основі розуму є нічим не обумовленим, довільним процесом. У ході такого пошуку необхідно насамперед керуватися загальними засадами права, у чому відіграють певну роль доктрини, побічні висловлювання суддів про право (*obiter dictum*), судові рішення, що не є прецедентами.

При висвітленні місця і ролі розуму в системі інших джерел права необхідно розрізнити два боки цього питання — формально-юридичний і фактичний. З формально-юридичного боку розум відіграє допоміжну роль. У практичному ж плані він має першорядне значення. Особливо це стосується загального права, яке не без підстав називається «правом розуму».

3. 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.

У літературі виокремлюються два напрями найпомітнішого впливу канонічного права на розвиток англо-американського права:

1) вплив на розвиток загального права і права справедливості. Останні запозичували певні концепції, що існували у межах канонічного права. Наприклад, завдяки канонічному праву в загальному праві з'явилося 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, справи про наклеп.

4. Римське право. Як зазначалося вище, вплив римського права на англійське право протягом всієї історії його розвитку був вкрай незначним і не зачепив його основ.

Утім деякі загальні положення римського права все ж таки використовувались у 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 у англійському праві.

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

Питання для самоконтролю

1. Які види джерел права притаманні сім'ї англо-американського права?
2. Які види судових прецедентів відомі англо-американському праву?
3. Визначте структуру судового прецеденту.
4. Визначте сутність принципу верховенства статутів у Англії.
5. Перелічте види актів делегованого законодавства.
6. Яке значення має термін «звичай» в англо-американському праві?
7. Охарактеризуйте розум як джерело англо-американського права.

Розділ 8

Особливості правових систем США та країн Співдружності Націй

§ 1. Формування правової системи США

В історії формування правової системи США можна виділити чотири етапи.

Перший — етап колоніального права.

Другий етап, на якому відбувається становлення правової системи США як самостійної, розпочався після здобуття незалежності і продовжувався до Громадянської війни.

Третій етап триває від Громадянської війни до Другої світової війни, коли США зіштовхуються з кількома кризами, унаслідок чого правова система зазнає суттєвих змін.

Після Другої світової війни починається *четвертий етап*, на якому американська правова система набула сучасного вигляду.

На першому етапі (1607–1776 рр.) відбувається становлення в американських колоніях Англії прецедентного права. Починаючи з 1607 р. — дати створення першої колонії (Вірджинія) — постає питання про право, яким повинні керуватися мешканці колоній. Відповідь на нього було надано у справі Кальвіна, яку було розглянуто в Англії у 1608 р. Англійський суд, вирішуючи цю справу, сформулював таке положення: коли колонізація стосується нехристиянських суспільств, місцеве право в силу самого факту скасовується на користь «природної справедливості». Формально не йдеться про англійське загальне право, але саме воно відповідає концепції англійців про природну справедливість. При цьому загальне право застосовується тією мірою, якою його норми відповідають умовам життя. Це застереження стало основою, на якій у майбутньому розвинулися характерні риси американського права, що відрізняють його від англійського. Якщо ж завойовуються землі християнських монархів, то місцеве право може змінюватись; але до прийняття відповідного рішення місцеве право продовжує застосовуватись.

Отже, на першому етапі англійське право вважалося єдиним діючим правом на території американських колоній. Звичай і традиції місцевого населення (індіанців) витіснялися, ігнорувалися як щось нецивілізоване і вороже. І все ж необхідно констатувати, що англійське право зазнало в колоніях певних змін. Це було обумовлено тим, що соціально-економічні умови і порядки в колоніях доволі істотно відрізнялися від ситуації в метрополії. У зв'язку із цим своєрідність американського варіанта англійського загального права стає помітною ще за колоніальних часів.

Особливостями американського права у колоніальний період є, зокрема:

1. **Більш спрощений характер американського права** порівняно з англійським. Це обумовлено тим, що англійське право XVII ст., сформоване протягом багатьох століть, було дуже складним, багато в чому ірраціональним. Тому поселенці навіть якби і мали бажання, все одно не були б здатними продублювати цю систему в повному обсязі. За образним висловом Р. Паунда, незнання було першим джерелом американського права. На підтвердження цього слід нагадати, що серед перших американських переселенців було небагато фахових юристів.

2. **Більш спрощена і швидка судова процедура у колоніях.** Як до тепно зауважують американські юристи, складні тонкощі англійської правової практики є настільки ж неприйнятними для американських судів, як предмети напишного вбрання вдови для квітучої дев'ятнадцятирічної дівчини. Саме судочинство здійснювалось особами, які здебільшого не були освіченими правниками. Так, приміром, у період між 1692 та 1776 р. серед дев'яти верховних суддів Массачусетса лише три мали спеціальну юридичну освіту. Слід взяти до уваги також ту обставину, що переселенці не мали достатньо грошей, щоб вести довгі та виснажливі судові процеси. Простою виглядала і система американських судів. Колонії були неспроможні утримувати таку кількість королівських, місцевих, звичайних, спеціалізованих судів, які існували в Англії у XVII ст.

3. **Створення норм, обумовлених потребами життя нової країни.** Наприклад, у колоніях з'явилися спеціальні норми, які регламентували стосунки переселенців з індіанцями. Так, заборонялися продаж, а також дарування будь-якому індіанцю зброї, пороху, куль, свинцю або будь-якої військової зброї чи оснащення. Природно, що в Англії необхідність в існуванні такої норми була відсутня.

4. Внесення змін до змісту деяких норм англійського права, виходячи зі специфіки життя американських колоній. Норми американського права від самого початку відрізняються стрімкою адаптацією до специфічних умов життя на Американському континенті, так не схожому на Англію. Приміром, у колоніях земельне право суттєво відрізнялося від англійського земельного права, що пояснюється зовсім іншою ситуацією із земельними ресурсами на території США (так, у більшості північних колоній був скасований королівський закон Англії про першородство, згідно з яким землі переходили у спадщину старшого сина).

5. Більша сприйнятливість до оновлення та розвитку. Американське право постійно запозичувало різні правові норми і звичаї не лише з правової системи Англії, але і Франції, Іспанії, Німеччини, Голландії й інших європейських держав.

6. Включення до американського права норм, оформлених під впливом релігійних поглядів поселенців. Так, пуританізм у штаті Массачусетс, квакерство у штаті Пенсільванія суттєво вплинули на право відповідних штатів. Для того щоб у цьому переконатися, достатньо ознайомитися, приміром, зі змістом пуританського кодексу Массачусетської колонії «Корпус свобод» 1641 р.

7. Поява значних розбіжностей у правовому регулюванні в кожному зі штатів, обумовлених різноплановим впливом багатьох факторів. Наприклад, північні штати мали свій власний набір економічних проблем, південні штати більше уваги надавали землекористуванню, а штати, розташовані на узбережжі,— питанням зовнішньої торгівлі і морському страхуванню.

Другий етап розпочинається з американської революції, котра висунула на перший план ідею самостійного національного американського права, що пориває зі своїм «англійським минулим». Прийняття федеральної Конституції 1787 р. і конституцій штатів, що ввійшли до складу США, було першим важливим кроком на цьому шляху. Далі американці планували повну відмову від англійського права. Наприклад, були заборонені посилання на рішення англійських судів, винесені після прийняття Декларації незалежності. Однак переходу американського права в романо-германську сім'ю не відбулося. Лише деякі штати, що були раніше французькими й іспанськими колоніями (Луїзіана, Каліфорнія), прийняли кодекси романського типу.

Починаючи з 20-х років XIX ст. багато штатів ступили на шлях кодифікації норм загального права, залишаючи, однак, за судами широкі повноваження щодо їхнього тлумачення (втім багато правових інститу-

тів так і не стали предметом законодавчого регулювання взагалі). Основна тенденція подальшого розвитку американського права — це зростання ролі законодавства при збереженні принципового значення судових рішень. У цілому ж у США склалася дуалістична система, подібна до англійської: прецедентне право у взаємодії зі статутним.

На другому етапі відбулося значне збільшення кількості штатів. Коли населення будь-якої новозаселеної території досягало 60 тисяч вільних поселенців, федеральний Конгрес повинен був прийняти цю територію як новий штат «на рівних правах з колишніми штатами в усіх можливих відносинах». Кожен штат проходив свій етап самостійного територіального управління і накопичував власний досвід правового регулювання. Національна правова система створювалася внаслідок природного впливу старих штатів на нові. Таким чином, право США поширювалось зі Сходу на Захід.

Третій етап. Після громадянської війни (1861–1865 рр.) продовжується розвиток правової системи США. Приймаються нормативні акти, що закріплюють наслідки війни: скасування рабства, надання чорношкірим права голосу (13, 14 та 15 поправки до Конституції).

Велике значення мають акти, присвячені порядку ведення бізнесу: у цей період приймаються сотні нових законів із питань оплати та тривалості робочого дня, праці жінок і дітей, діяльності профспілок, корпорацій, майна компаній, сертифікації, відшкодування шкоди, банківської справи, інших сфер економічного права. У 1887 р. приймається Закон про торгівлю між штатами, а в 1890 р. — Антитрестовський закон (Акт Шермана), який створює нову галузь права — антимонопольне законодавство. Інші важливі акти зобов'язані політиці Президента Т. Рузвельта в соціальній сфері та Президента Вільсона в економічній сфері.

У 70-ті роки XIX ст. уперше було кодифіковане федеральне кримінальне законодавство, яке знов було систематизоване у 1909 р. і, зрештою, реформоване у 1948 р.

З кінця XIX ст. у США робляться спроби наблизити і навіть уніфікувати законодавство штатів: із цією метою в 1892 р. була створена Національна конференція уповноважених з уніфікації права штатів.

Розширення правового регулювання відбулося завдяки актам, що були прийняті у 30-ті роки XX ст. під час Великої депресії внаслідок реалізації Нового курсу Президента США Ф. Рузвельта. Новий курс, незважаючи на супротив Верховного Суду, приведе до значного розширення федерального права.

Четвертий етап. Після Другої світової війни роль і масштаби правотворчості істотно зросли. Нормативні акти Конгресу США, законодавчих органів штатів охоплюють дуже широке коло політичних і соціально-економічних питань. Систематизація і кодифікація законодавства здійснюються як у штатах, так і на федеральному рівні.

Слід також зазначити збільшення ролі правового регулювання з боку федеральних комісій і федеральних агентств (Міжштатної торговельної комісії, Комісії з безпеки і обміну, Федеральної комунікаційної комісії, Національної комісії зв'язку, Комісії з безпеки, Споживчої комісії, Національної палати з трудових відносин тощо)

У 1954 р. завдяки рішенням Верховного суду США у справі Браун проти Ради з питань освіти скасовується практика расової сегрегації. У 60-х роках ХХ ст. започатковуються програми позитивних дій, які мають на меті забезпечення рівних можливостей для всіх американців незалежно від раси, етнічного походження, статі, віку, стану здоров'я, сексуальної орієнтації. Для реалізації цього завдання приймається низка актів, зокрема, Закон про громадянські права (1964), Закон про вікову дискримінацію при працевлаштуванні (1967), зміни до законодавства про освіту (1972), Закон про вікову дискримінацію (1975), Закон про освіту інвалідів з обмеженими можливостями (1990).

Отже, правова система США значною мірою походить від англійського загального права, формувалася під впливом юридичних традицій Англії та в цілому має структуру, аналогічну структурі англійського права, зберігає техніку і методи загального права. Тому вона і належить до тієї ж правової сім'ї, що й англійське право. Але американське право пройшло більш ніж двохсотрічний шлях самостійного розвитку, у процесі якого запозичені англійські правові інститути зазнали істотних змін. Унаслідок цього у США склалася нова правова система, специфіка якої визначилась федеральним устроєм держави, наявністю писаних конституцій, а також особливостями соціально-економічного і політичного розвитку.

■ § 2. Сучасна правова система США

Сучасна правова система США має бути охарактеризована під кутом зору таких особливостей:

1. **Існування та розвиток американського права на двох рівнях (штатів і федерації).** Ця особливість пов'язана з федеральною струк-

турою США. Штати, що входять до складу США, наділені досить широкою автономною компетенцією, у межах якої вони створюють своє законодавство і свою систему прецедентного права. У зв'язку із цим можна стверджувати, що в США існує 51 система права — 50 у штатах і одна федеральна.

Суди кожного штату здійснюють свою юрисдикцію незалежно один від одного. Тому існують випадки, коли суди різних штатів приймають в аналогічних справах несхожі, а іноді прямо протилежні рішення. Розбіжності у право країни вносить також законодавство штатів, яке в багатьох аспектах є різним. Так, в одних штатах встановлено режим спільності майна чоловіка і жінки, в інших — роздільності; закріплено різні підстави розлучення, заходи кримінального покарання за ті самі діяння тощо. Усе це робить правову систему США більш складною і заплутаною, ніж англійська. Втім розбіжності не слід перебільшувати: аналіз американської практики свідчить, що в 95–98 відсотках випадків рішення судів різних штатів збігаються.

2. Провідне становище федеральної Конституції. Закон зазвичай розглядається в країнах загального права як акт, здатний лише вносити у право деякі доповнення й уточнення. Однак Конституцію США не можна розглядати під таким кутом зору. Вона є **Основним Законом**, що визначає засади, на яких ґрунтується суспільство. Конституція — вираження суспільного договору, що поєднує громадян і легітимує владу. Конституція США, що панує над корпусом загального права, — закон романського типу, що встановлює норми загального характеру про організацію і діяльність державної адміністрації.

Конституція США користується найвищим авторитетом. Жодна людина, жодна гілка влади не мають права ігнорувати Конституцію. Суди ж є провідниками Конституції. Вони мають право перевіряти неконституційні дії з метою визнання їх недійсними і такими, що не мають чинності.

3. Велика питома вага і більше значення законодавства у правовій системі США порівняно зі статутним правом в Англії. Це пов'язано насамперед з наявністю писаної Конституції США та конституцій штатів. Штатам надано досить широку законодавчу компетенцію і вони активно користуються нею. Звідси — значний за обсягом масив законодавства на рівні американських штатів.

Протягом усієї історії існування американської держави Конгрес США і законодавчі органи штатів відігравали активну роль у створен-

ні правових норм, що регулюють різні аспекти життя суспільства. Це значно доповнювало звід норм, створених судовими прецедентами.

Поширенню законодавства сприяла також та обставина, що американські законодавці, отримавши у спадщину англійське загальне право, вільно змінювали його, приймаючи законодавчі акти «на зло» англійцям. У США навіть був поширений такий тост: «Вип'ємо за загальне право Англії: хай наші законодавчі акти скоріше знищать цього пригноблувача Америки».

США як незалежна держава ніколи не знали такого періоду у розвитку свого права, коли останнє було засноване виключно на судових прецедентах. В основі правової системи США з моменту її самостійного існування та протягом подальшого розвитку завжди лежали закони. Період з 1900 до 1930-х років узагалі отримав назву «Епоха законодавчих актів».

На сьогодні звичайний американський штат має таку ж кількість законодавчих актів, скільки їх налічує право середньостатистичної країни Європи. Якщо помножити загальну кількість законодавчих актів штату на 50, стане зрозумілим, наскільки великим за обсягом є законодавче право у Сполучених Штатах.

Деякі законодавчі акти замінювали собою загальне право, але більшість із них заснували цілком нові галузі права. Наприклад, на федеральному рівні існує законодавство про податки, соціальне забезпечення, охорону довкілля, банківську справу. На рівні штатів діють законодавчі акти, що регулюють бізнес, права споживача, сімейні відносини. Але загальне право не припинило свого існування. Багато аспектів приватного права — контракти, цивільне право та право власності — регулюються переважно загальним правом, з деякими змінами у законодавчих актах. Однак у цілому законодавчі акти домінують.

4. Наявність у статутному праві США значної кількості кодексів, що не характерно для англійського права. Систематизація і кодифікація законодавства проводяться як у штатах, так і на федеральному рівні. У кількох штатах діють цивільні кодекси, у двадцяти п'яти — цивільно-процесуальні, в усіх штатах — кримінальні, у деяких — кримінально-процесуальні. Але за винятком штатів французького походження, в усіх інших кодекси аж ніяк не нагадують європейські. У кодексах американці бачать результат консолідації, а не основу для вироблення і розвитку нового права, як у країнах романо-германської правової сім'ї. Презумується, що законодавець відтворює в кодексі колишні норми, створені практикою.

Особливою формою кодифікації в США стало створення так званих єдиних (уніфікованих) законів і кодексів, мета яких — установити на рівні штатів можливу єдність у тих сферах загального права, де це особливо необхідно. Підготовку проектів таких законів і кодексів здійснює Загальнонаціональна комісія представників усіх штатів разом з американським Інститутом права й Американською асоціацією адвокатів. Для того щоб проект став законом, він повинен бути прийнятий як закон штатами. На сьогодні створено приблизно 1000 єдиних (уніфікованих) актів. Серед такого роду кодексів першим і найбільш відомим є Уніфікований торговий кодекс (Uniform Commercial Code), що був офіційно схвалений у 1962 р. Цей Кодекс не охоплює все торговельне право, але те, що ввійшло до нього, регламентовано досить детально, особливо норми про продаж товарів, про обігові документи, забезпечення угод. Кодекс із деякими змінами нині прийнятий у всіх штатах, крім Луїзіани.

5. Суворе дотримання принципу поділу влади. Цей принцип зумовлює те, що жодна з гілок влади — законодавча, виконавча і судова — не виходить за межі своєї компетенції, визначеної Конституцією. Принцип поділу влади — провідний принцип Конституції США. Як писав Дж. Медісон, поділ влади гарантуватиме, що її складові частини внаслідок взаємодії контролюватимуть одна одну. Завдяки принципу поділу влади у США не діє англійський принцип верховенства парламенту. Навпаки, у США діє концепція «перелічених» повноважень Конгресу.

6. Судовий контроль за конституційністю законів. Слід зауважити, що текст Конституції не містить положення, що судова гілка має право контролювати законодавчу і виконавчу влади. У 1803 р. під час розгляду справи Марбері проти Медісона (Marbury v. Madison) було встановлено, що право судового нагляду (право Верховного суду США перевіряти конституційність законів та дій інших двох гілок влади) притаманне Конституції. У цій справі Верховний суд в особі головного судді Джона Маршалла постановив: Конституція є верховним законом і його потрібно дотримуватись. Якщо у певній справі можна керуватись і законодавством, і Конституцією, то суд, зважаючи на верховенство Конституції, повинен застосовувати конституційні положення і не брати до уваги положення даного закону, що суперечить Конституції. Суд у справі Марбері мав на увазі федеральний закон, але його обґрунтування було потім застосовано до законів штатів у 1810 р. у справі Флетчер проти Пека (Fletcher v. Peck).

У наш час судовий нагляд використовується досить активно. Якщо за 75 років (1789–1864) Суд визнав незаконними лише два закони Кон-

гресу, за 164 роки (1789–1953) відбулося 76 анулювань, то з 1953 по 1991 р. (38 років) вже 66 актів Конгресу було визнано неконституційними.

7. **Більш вільна дія правила прецеденту (доктрини *stare decisis*).** Вищі судові інстанції штатів і Верховний суд США ніколи не були пов'язані своїми власними прецедентами. Звідси — їхня велика свобода у процесі пристосування права до мінливості життя залежно від конкретних обставин. Так, Верховний суд США у справі Герц проти Вудман (*Hertz v. Woodman*) у 1910 р. зазначив, що правило *stare decisis*, хоч і спрямоване на встановлення однаковості рішень і досягнення сталості, усе ж не є твердим. Дотримуватися попередніх рішень або відхилятися від них — питання, що залишене на вільний розсуд суду.

8. **Досить часто використовується поняття «приватне право» і «публічне право».** Зокрема, в американському праві приватне право охоплює шість інститутів: контракти, зобов'язання з правопорушень, власність, сімейне право, право торговельного обігу та підприємства, бізнесу. У свою чергу публічне право об'єднує конституційне, адміністративне, трудове, кримінальне право та право регулювання торговельних відносин.

9. Так звана *сутяжницька параноя*, тобто перебільшена роль судових позовів в американській правовій культурі. Кожний десятий повнолітній житель США раз на рік так чи інакше буває вплутаний у судовий процес. Щороку у США витрачається приблизно 65 млрд доларів на відправлення правосуддя (включаючи витрати, понесені на адвокатів, суди та експертів), тобто приблизно 2,6 відсотка американського ВВП. У США працює 70 відсотків усіх юристів світу й один адвокат припадає на 300 жителів. Як зазначав один з американських юристів, право — це наша національна релігія, адвокати — це наш клір, а палаци правосуддя — наші собори.

10. **Особливості американської системи юридичної освіти, підготовки юристів, структури юридичної професії і ліцензування юристів,** які також визначають своєрідність американського права.

■ § 3. Правові системи країн Співдружності Націй

Крім Великої Британії та США англо-американська правова система набула поширення в таких державах, як Канада, Австралія, Нова Зеландія, Ірландія та в багатьох інших країнах, які в минулому були

колонізовані Англією. Вони перейняли її мову, традиції, а згодом й особливості її правової системи. Повна та примусова на перших етапах розвитку цих країн рецепція англійського права та правопорядку обумовлює віднесення їх до правових систем, дочірніх відносно материнської англійської правової системи, а також їх належність до *групи англійського права англо-американської правової сім'ї*.

Спільність правових систем цих країн обумовлюється не лише історично успадкованими правовими традиціями, а й доволі активною діяльністю унікальної міжнародної організації — Співдружності Націй, що об'єднує їх на підставі добровільного членства. На сьогодні Співдружність — міждержавне об'єднання 53 незалежних суверенних держав, які здійснюють консультації та співробітництво в загальних інтересах їх народів та налагодження міжнаціонального взаєморозуміння¹. Нині Співдружність розглядається передусім як організація, у межах якої держави, що мають спільне минуле, спільні правові засади організації суспільного життя, але істотно розрізняються за рівнем та характером політичного, соціально-економічного та культурного розвитку, мають можливість підтримувати тісні зв'язки та вступати в рівноправну взаємодію.

До Співдружності входять Велика Британія та майже всі її колишні домініони, колонії та протекторати (Австралія, Багами, Бангладеш, Бруней, Гамбія, Замбія, Індія, Канада, Кенія, Кіпр, Малайзія, Мальдіви, Мальта, Нігерія, Нова Зеландія, Пакистан, Сейшели, Сінгапур, Фіджі, Шрі-Ланка, ЮАР, Ямайка та ін.). Єдиний виняток становить Мозамбік, який є колишньою колонією Португалії, але був прийнятий до Співдружності в 1995 р. на прохання країн-сусідів, які входять до Співдружності. Крім того, не всі члени Співдружності мають безпосередні конституційні зв'язки з Великою Британією — деякі з північно-тихоокеанських держав-членів Співдружності перебували під управлінням Австралії та Нової Зеландії, а Намібія у 1920–1990 рр. — під управлінням ЮАР.

Загальна кількість населення країн Співдружності становить 1,8 млрд — 30 % населення світу, а територія країн Співдружності становить майже чверть земної суші.

Початок Співдружності було покладено на Колоніальній конференції (Лондон, 1887 р.), де були визначені засади нової колоніальної політики: найбільш розвинуті колонії (Канада, Австралія, Нова Зеландія, Південна Африка та Ірландія) набули статусу домініонів — автономних

¹ www.thecommonwealth.org /Офіц. сайт країн Співдружності Націй.

квазідержавних утворень, при цьому вони ставали частиною заснованої Британської Співдружності Націй.

У 1926 р. на конференції прем'єр-міністрів Великої Британії та британських володінь було прийнято декларацію, в якій Велика Британія та домініони визнавали, що останні мають «рівний статус та не виступають залежними в будь-якому аспекті своєї внутрішньої та зовнішньої політики, незважаючи на те, що їх зближує спільна вірність Короні та вільне членство в Британській Співдружності Націй». Правовий статус Співдружності був закріплений Вестмінстерським статутом від 11 грудня 1931 р. та до 1947 р. вона являла собою об'єднання домініонів, пов'язаних з Великою Британією особистою унією. По закінченні Другої світової війни відбувся розпад Британської імперії, обумовлений зростанням національно-визвольних рухів у британських володіннях та фінансовими труднощами британського уряду. З 1946 р. Британська Співдружність Націй стала іменуватися Співдружність Націй.

Традиційно головою Співдружності проголошується монарх Великої Британії, проте роль голови організації в її повсякденній діяльності лише символічна. У 17 державах Співдружності (Австралія, Канада, Нова Зеландія та ін.) монарх Великої Британії понині де-юре виступає головою Держави та здійснює свої формальні функції через призначуваного ним генерал-губернатора.

Здобуття Індією незалежності та встановлення в ній з січня 1950 р. республіканської форми правління вимагало кардинального перегляду принципів організації Співдружності. Питання про суперечність між республіканською формою правління та членством в Співдружності було вирішене у 1949 р. на нараді прем'єр-міністрів країн Співдружності у Лондоні. Індія погодилась визнати британського монарха як «символ вільної асоціації незалежних держав-членів Співдружності та голову Співдружності». Інші члени Співдружності, зі свого боку, погодились на збереження членства Індії в організації. За наполяганням Пакистану такому підходу надавався прецедентний характер, він мав застосовуватися на майбутнє відносно інших держав, що змінять форму правління на республіканську. Лондонську Декларацію часто визначають як документ, що знаменує початок існування Співдружності в її сучасному форматі.

Кожна країна Співдружності користується беззастережним правом одностороннього виходу з її складу. Можливість виключення зі складу Співдружності жодним документом не передбачена, проте голови урядів країн-членів Співдружності мають право припинити участь окремих

країн у роботі органів Співдружності. У разі оголошення держави республікою, її членство в Співдружності автоматично припиняється, якщо вона не звернеться до інших членів із проханням про збереження її членства в організації. Так, Ірландська Республіка не звернулася з таким проханням, оскільки на момент проголошення її республікою у 1949 р. такої вимоги просто не існувало. Ірландія стала першою державою, яка вийшла зі складу Співдружності та не поновила свого членства, однак громадяни Ірландської Республіки мають за британським законодавством рівний статус з громадянами країн Співдружності.

Адміністративне керівництво Співдружністю здійснює Секретаріат, штаб-квартира якого з 1965 р. розташовується в Лондоні. Організація ґрунтується на низці угод, ухвалених на різних зустрічах голів урядів Співдружності, які закріплюють її цілі та завдання. Співдружність спрямовує політику держав та виробляє спільні засади державно-правової організації країн-членів, які відтворюються у численних *деклараціях, цілях, платформах, висновках, рекомендаціях* та інших документах Співдружності.

Першим документом, що закріпив перелік фундаментальних цілей Співдружності, стала Декларація принципів Співдружності, яка була ухвалена у 1971 р. на саміті в Сінгапурі (Сінгапурська Декларація). До угод, що визначають спільні засади політико-правового розвитку країн-членів, належать Декларація Співдружності з розвитку та демократії (2008), Декларація про посилення співробітництва у сфері міжнародного гуманітарного права (2005), Принципи співдружності стосовно трьох гілок влади (2004), Декларація принципів зі сприяння правам жінок (1994) та ін.

Уніфікації правових систем країн, що входять до Співдружності, сприяє практика розробки та затвердження *модельних актів* з актуальних питань суспільного життя, які є взірцем для країн-членів організації. До таких актів, зокрема, належать модельні закони про цивільне відшкодування, про змагальність, про комп'ютери та злочини, які стосуються комп'ютерів, Акт про свободу інформації, Акт про приватність, Модельний закон про статут ромів, Базові принципи Співдружності щодо здійснення правосуддя відносно жертв злочинів тощо.

Незважаючи на спільне історичне минуле та визначальний вплив материнського англійського права на розвиток правових систем країн Співдружності Націй, останні не є однорідними. Частина з них (правові системи Канади, Австралії, Нової Зеландії та деякі інші) належать

до «чистих» правових систем групи англійського права англо-американської правової сім'ї. Проте більшість правових систем інших країн Співдружності мають змішаний характер та відстоюють свою етно-правову самотність через поєднання засад загального права з елементами релігійних та традиційних правових систем.

Відносна відокремленість та спорідненість *правових систем Канади, Австралії та Нової Зеландії* визначається низкою факторів, серед яких — схожість історичного шляху їх розвитку від початку колонізації до здобуття ними статусу незалежних держав, а також приблизно однаковий рівень їх соціально-економічного та політичного розвитку.

Можна виокремити основні *порівняльні характеристики правових систем Канади, Австралії та Нової Зеландії*:

1. *Формування правових систем Канади, Австралії та Нової Зеландії в умовах тривалої «правової залежності» від Великої Британії*. На відміну від США, які революційним шляхом здобули незалежність від Англії ще у XVIII ст., ці країни отримали статус незалежних держав значно пізніше, отже, значно більш тривалий час перебували під прямим впливом англійської правової системи та її правових традицій. З часу їх колонізації і до здобуття незалежності аж у XX ст. на території цих трьох країн діяло англійське право. Англійський парламент ухвалював для держав, що перебували у колоніальній залежності від Англії, спеціальні акти конституційно-правового, адміністративного та цивільного характеру, тобто законодавча влада в цих країнах на той момент фактично належала британському парламенту.

Активний розвиток національного права цих країн розпочинається з моменту надання їм статусу домініонів: відповідно Канаді — у 1867 р., Австралії — у 1900 р., Новій Зеландії — в 1907 р. У 1931 р. Вестмінстерським статутом було визначено, що англійський парламент не може видавати закони для домініонів, інакше як за їх згодою, а закони, видані парламентами домініонів, не можуть бути скасовані з тієї підстави, що вони суперечать англійським законам. Повну «правову незалежність» у правовій сфері Канада здобула лише в 1982 р., а Австралія — в 1986 р. Нині актуалізується питання про послаблення правових зв'язків між Новою Зеландією та Великою Британією. Таким чином, розвиток національних правових систем цих країн привів до їх *відносної відокремленості та самостійності в межах англійської правової форми та при збереженні її специфічних рис*.

2. Відчутний вплив Сполучених Штатів Америки на розвиток досліджуваних правових систем. Вплив США на становлення Канади, Австралії та Нової Зеландії обумовлений спільним колоніальним минулим, географічною наближеністю до них, використанням спільної (англійської) мови. Правові системи США, Канади й Австралії єднає також федеральна структура, наявність писаної Конституції та інституту конституційного контролю. У цілому Канада, Австралія та Нова Зеландія *запозичують з американського права ті інститути, які не розроблені в їх власному або в англійському праві.* Хоча американський вплив значно менший, порівняно з англійським, вказані особливості обумовлюють доцільність подальшого розгляду досліджуваних правових систем у порівнянні не лише з Великою Британією, а й з США.

3. Формування власної юридичної науки та становлення юридичної професії в Канаді, Австралії та Новій Зеландії на основі англо-американських доктрин. Утвердженню цих правових систем як самостійних сприяло формування національної правової науки та юридичних кадрів. Перші факультети права в цих країнах відкриваються в середині XIX ст., проте тривалий час зберігалось ставлення до науково-викладацької діяльності як до другорядної порівняно з практичною, передусім суддівською, працею. З часом все більша увага починає приділятися становленню національної академічної юриспруденції. Під впливом праць англійських та американських юристів виникають власні правові школи, представлені всесвітньо визнаними дослідниками.

Становлення юридичної професії в цих країнах також ґрунтується на англійському досвіді. Так, в Австралії та Новій Зеландії, подібно до Англії, існував жорсткий поділ адвокатів на баристерів та солісіторів. Традиційно баристери надавали консультації з питань права, представляли інтереси сторін у судах або виступали захисниками підсудних у кримінальних справах. Солісітори займалися підготовкою справи до слухання, укладанням договорів, оформленням заповітів тощо. Сьогодні такий розподіл поступово втрачає свою актуальність, проте відіграв помітну роль у структуризації юридичної професії цих країн та відпрацюванні процесуально-правових форм та техніки юридичної діяльності.

4. Формування національних конституцій за участю британського парламенту. У Новій Зеландії, як і у Великій Британії, відсутня писана кодифікована Конституція. Основні принципи державно-правового устрою визначаються низкою новозеландських Конституційних указів, ухвалених у період з 1846 по 1986 рр., інших законодав-

чих актів, а також конституційних звичаїв. До конституційної бази Нової Зеландії також увійшла певна кількість парламентських актів англійського походження, до найважливіших з яких належать Біль про права 1688 р. та Конституційний указ 1852 р. У цій країні було кілька спроб впровадження єдиної Конституції, остання з яких відбулася в 1986 р., проте вони не знайшли підтримки.

У Канаді та Австралії конституції також складаються з низки актів національного та британського походження. Чинна Конституція Австралії була розроблена конвентом з представників австралійських штатів та затверджена Актом про Конституцію Австралії, ухваленим англійським парламентом у 1900 р. Акт складається з дев'яти статей: перші вісім статей (так звані супровідні статті — *covering clause*) містять загальні положення, що стосуються цього Акта, Корони та Австралійського Союзу, власне Конституція Австралії викладається у дев'ятій статті Акта.

Канадська писана Конституція, на відміну від американської, не становить цілісного документа і не є кодифікованою. Вона містить 25 основних актів, закріплених у Конституційному акті 1982 р.: чотирнадцять актів британського парламенту, сім — парламенту Канади і чотири закони від імені англійського монарха і Таємної ради. Найважливішими з них є Квебекський закон 1774 р., Конституційний закон 1791 р., Закон про об'єднання Канади 1840 р., Закон про Британську Північну Америку 1867 р., що започаткував сучасну канадську державність, та сам Конституційний закон 1982 р., який став останнім з числа конституційних актів Канади, ухвалених британським парламентом. Канада відома також тим, що стала першою країною світу, де на конституційному рівні отримав визнання та закріплення *принцип верховенства права*. У Канадській Хартії прав і свобод 1982 р., яка також належить до числа конституційних актів Канади, стверджується, що Канаду засновано на принципах, які визнають всевишність Бога і верховенство права.

В Австралії та Канаді, на відміну від Великої Британії, запроваджений інститут конституційного контролю. Інститут конституційного контролю покликаний забезпечити реалізацію принципу верховенства конституції, який визнається конституційною доктриною цих країн. В Австралії та Канаді цей інститут утвердився завдяки тому, що їх конституції розглядалися як акти британського парламенту. До ухвалення Вестмінстерського статуту 1931 р. будь-який виданий у цих країнах закон міг бути визнаний недійсним як такий, що суперечить імперському статуту, що поширює свою дію на залежні території.

В Австралії та Канаді, як і в США, нагляд за конституційністю здійснюється *системою загальних судів*, а не спеціально створеним органом конституційної юрисдикції. У цих країнах конституційний контроль переважно має *конкретний характер*, тобто здійснюється в процесі розгляду конкретних юридичних справ. Проте в Канаді наявні елементи *загального конституційного нагляду*, зокрема, передбачена можливість звернення урядових установ федерації та провінцій (але не приватних осіб) до Верховного Суду Канади та Верховних судів провінцій за наданням консультативного висновку з приводу конституційності певного акта. Сьогодні за цією процедурою розглядається близько третини справ щодо конституційного контролю.

6. На відміну від Великої Британії та Нової Зеландії, ***Австралія та Канада мають федеративний устрій, який відбивається на всіх основних елементах правової системи*** — структурі джерел права, судовій системі тощо. Австралія складається з шести штатів та двох територій. До складу Канади входять 10 провінцій (у тому числі провінція Квебек, правова система якої історично формувалася під впливом романо-германської правової сім'ї), а також кілька територій. Кожний суб'єкт федерації в Австралії та Канаді мають свою конституцію. Федеральний устрій цих країн впливає на структуру їх статутного та загального права у різні способи, що будуть висвітлені далі під час розгляду відповідних джерел права.

7. ***Для Англії, Канади, Австралії та Нової Зеландії є характерним взаємовплив та взаємопроникнення їх джерел права, можливість використання окремих джерел права цих країн у межах національних правових систем інших.*** Основними джерелами права цих країн є ***загальне право, статутне право, делеговане законодавство та звичай.*** Як і в більшості країн англо-американської правової системи, у цих державах *міжнародно-правовий акт* не може бути безпосереднім джерелом національного права. Для його застосування потрібне видання відповідного закону, в якому викладається його зміст.

Вказані чотири джерела права істотно різняться за своєю юридичною природою. Їх основні характеристики обумовлюють як спільність, так і своєрідність правових систем досліджуваних країн, що вимагає їх порівняльного аналізу.

1. ***Загальне право***

Характерним джерелом права країн англо-американської правової сім'ї є ***загальне право***, яке отримало свій розвиток у рішеннях судів.

Як і в Англії, у Канаді, Австралії та Новій Зеландії судові прецеденти створюються не будь-якими судами та не у будь-яких справах: чітко визначено, що прецедентний характер можуть мати тільки рішення вищих судів, що обумовлює те значення, яке надається в цих країнах судовій ієрархії. Так, в Австралії силу прецеденту мають тільки рішеннях верховних судів штатів та територій, а також вищої судової інстанції країни — Високого Суду Австралії. У Канаді — рішення Верховного Суду Канади, Федерального суду Канади, а також верховних судів провінцій.

Прецедентам вищих судових інстанцій мають слідувати всі нижчі суди, хоча самі вони не вважають себе зв'язаними своїми попередніми рішеннями. У Новій Зеландії вже в 1931 р. було встановлено, що Апеляційний суд країни, який посідає найвище становище в системі новозеландських судів, не зв'язаний власними прецедентами. Проте, слідуючи за англійською моделлю, Апеляційний суд завжди стояв на позиціях більш обережного підходу та намагався визначити *підстави, за яких можуть змінюватися старі та створюватися нові прецеденти*.

На сучасну структуру австралійського та канадського загального права певний вплив має їх *федеративний статус*. Для сучасної Австралії характерна тенденція до «партикуляризації штатів», проте вона не привела до формування *двох рівнів загального права* — прецедентного права кожного штату та федерального прецедентного права, як це сталося в США. В Австралії діє *єдина система загального права*, що обумовлюється широкою компетенцією Високого Суду Австралії. У Канаді питання про наявність *двох рівнів загального права залишається спірним*, що пов'язано з функціонуванням поряд з Верховним Судом Федерального суду Канади, який застосовує лише федеральне право та покликаний за Конституцією сприяти вдосконаленню його реалізації. Це дає підстави, як і в США, відносити до федерального загального права прецеденти, що регулюють відносини, які мали бути врегульовані парламентом, проте за тих чи інших причин залишилися поза законодавчим регулюванням.

Незважаючи на вказані особливості, за своїми основними змістовними характеристиками загальне право Канади, Австралії та Нової Зеландії мало чим відрізняється від англійського. Англійське прецедентне право заклало фундамент та визначило основні тенденції наступного розвитку їх *загального права та процесуальних форм його реалізації*. Пізніше Велика Британія зберігала свій вплив насамперед

через *постанови Палати лордів* та діяльність *Судового комітету Таємної ради*, який донедавна виконував функції *вищої апеляційної інстанції всіх країн Співдружності*. Рішення Судового комітету, як правило, були обов'язковими для країни, з якої надійшла апеляція.

Сьогодні лише в Новій Зеландії збереглося право на оскарження рішень національних судів до Судового комітету Таємної ради. Канада повністю відмовилась від цієї процедури у 1933 р. — у кримінальних справах, у 1949 р. — у цивільних. Однак раніше прийняті рішення Судового комітету, які тлумачать англійські закони та норми загального права, що діють у Канаді, зберігають свою обов'язкову силу понині.

В Австралії до 1960-х років постановам британських апеляційних судових інстанцій неодмінно надавалася перевага перед рішеннями національних судів навіть найвищого рівня. Законом 1965 р. було істотно обмежено можливість апеляції до Судового комітету Таємної ради: зберігалось право подавати скарги на рішення апеляційних судів штатів, проте заборонялося подавати апеляції на рішення Високого Суду Австралії.

Однак і сьогодні австралійські та канадські суди, а також суди інших країн групи англійського права продовжують з великою повагою ставитися до рішень англійських судів та судів один до одного. Хоча прецедент, створений іноземним судом, не може бути обов'язковим на території іншої країни, як це мало місце в колоніальних умовах стосовно прецедентів метрополії, він може бути сприйнятий як «переконливий». *Переконливий прецедент* іноземної держави, підтверджений високою судовою інстанцією іншої країни, стає джерелом останньої.

Доктрина переконливого прецеденту відкриває великі можливості для взаємного впливу та використання досвіду інших країн системи загального права. Наприклад, у Великій Британії більше 100 років тому склався прецедент, який встановлював відповідальність державного службовця за шкоду, заподіяну громадянину внаслідок зловживання службовим становищем. Цей прецедент, що тривалий час «дрімав», був відроджений спочатку Апеляційним судом Великої Британії в 1957 р., а потім — в Австралії Верховним судом штату Вікторія. Таке *«перетікання» прецедентів* у правових системах англо-американської правової сім'ї є досить поширеним явищем. Так, 50 % прецедентного права Нової Зеландії походить з Англії, 10 % — з Австралії, певна частина — з Канади. В Австралії приблизно одна третина загального права впливає з «переконливості» англійських прецедентів, близько 1 % — з новозеланд-

ських. Навіть сама Велика Британія черпає прецеденти з Австралії, Канади та Нової Зеландії (приблизно 1 %)¹.

Наведене свідчить про те, що, по-перше, вплив англійського прецедентного права на загальне право країн англо-американської правової сім'ї все ще є доволі значущим; по-друге, посилюється тенденція щодо взаємного «правового обміну» між країнами, що входять до Співдружності, нерідко минаючи колишню метрополію.

2. Статутне право

Якщо у Великій Британії розвиток прецедентного права передував виникненню статутного права, то в Канаді, Австралії та Новій Зеландії закон як акт національного парламенту відігравав важливу роль з самого початку формування та розвитку правової системи. Нині, незважаючи на те, що акти парламенту за обсягом питань, що ними регулюються, посідають лише третє місце після загального права та делегованого законодавства, закон є *основним джерелом права цих країн*.

Як зазначалося, з часів колоніальної залежності аж до другої половини ХХ ст. на території Канади, Австралії та Нової Зеландії діяли законодавчі акти, що видавалися британським парламентом. Лише Конституційний закон Канади 1982 р. остаточно закріпив її державний суверенітет та встановив, що *жодний акт англійського парламенту не буде поширюватися на Канаду та розглядатися як частина її внутрішнього права*. В Австралія пряма дія англійських законів була припинена Законом Австралії 1986 р., який встановив, що *видані з цього моменту акти британського парламенту віднині не можуть поширюватися на Австралію*, а закони австралійських штатів не можуть визнаватися недійсними через їх невідповідність британському законодавству.

Складніше виглядають правові зв'язки між статутним правом Великої Британії та Нової Зеландії. Хоча з 1947 р. ця країна стала повністю самостійною державою, у ній зберігають чинність британські закони, ухвалені в 1840–1947 рр., якщо при їх виданні було вказано, що вони поширюють свою дію на Нову Зеландію. У наш час єдиним джерелом подальшого розвитку законодавства цієї країни є акти національного парламенту, який може ухвалювати закони з будь-яких питань через визнаний Новою Зеландією принцип «верховенства парламенту». Проте новозеландський парламент іноді своїми актами поширює дію англійських законів на територію Нової Зеландії. Напри-

¹ Богдановская, И. Ю. Правовые системы Канады, Австралии и Новой Зеландии: особенности развития [Текст] / И. Ю. Богдановская // Право и политика. – 2002. – № 8. – С. 22.

клад, новозеландський Закон про рибальство 1968 р. визнає чинність англійського закону 1899 р. на території країни.

Сучасна структура статутного права Канади та Австралії визначається їх **федеральним устроєм**. У цих країнах діють як **закони, що видаються федеральним парламентом, так і закони, ухвалені законодавчими органами їх суб'єктів федерації**. У зв'язку із цим постає питання про розподіл сфер законодавчого регулювання між федерацією та її суб'єктами, а також про характер взаємодії між федеральним законодавством та законодавством суб'єктів федерації. Ці питання по-різному вирішуються Австралією та Канадою.

Конституція Австралії, віддаючи перевагу моделі США, встановлює для федерального парламенту певний перелік питань, з яких він уповноважений ухвалювати закони, залишаючи всі інші сфери законодавчого регулювання штатам та територіям. При цьому Конституція Австралії припускає делегування законодавчих повноважень парламентів суб'єктів федерації федеральному парламенту. Стаття 109 Конституції чітко закріплює пріоритет федерального законодавства перед законодавством штатів та вказує на нечинність останнього в тій частині, в якій воно несумісне з федеральними актами. Таким чином, в Австралії **законодавче регулювання багатьох сфер суспільних відносин зосередилось у руках федерального парламенту**.

Канадським Конституційним актом 1867 р. визначено перелік питань виключної компетенції федерального парламенту (всього 27 сфер законодавчого регулювання, серед яких економіка, торгівля, мореплавство, грошовий обіг, банківська сфера, кримінальне право та процес тощо), а також компетенції законодавчих зборів суб'єктів федерації (муніципальні податки, освіта, цивільний процес тощо). При цьому федеральний парламент уповноважений ухвалювати закони з усіх питань, що не входять до переліку виключної компетенції провінцій та територій. На відміну від Австралії, у Канаді принцип пріоритету федерального права не має конституційного закріплення, проте визнається судовою практикою.

У результаті в Канаді склалася ситуація, коли **законодавче регулювання багатьох сфер суспільних відносин зосередилось у руках суб'єктів федерації або стало «конкуруючим»**. З 1918 р. в країні функціонує Федеральна комісія з правової реформи, а також Постійна конференція з уніфікації права в Канаді, яка періодично обговорює «модельні» проекти законів, що рекомендуються всім провінціям та територіям з метою подолання істотних розбіжностей в їх законодавстві, передусім з питань цивільного та торгового права.

Спільною рисою статутного права Канади, Австралії та Нової Зеландії є переважно **консолідований характер цивільного, сімейного, трудового та суміжних з ними галузей права**. Виняток становить лише канадська провінція Квебек, де з 1866 р. діяв Цивільний кодекс романського зразку, який взяв за основу Цивільний кодекс Франції 1804 р. У 1994 р. набув чинності новий Цивільний кодекс Квебека, який, разом з ЦК Голландії, є одним із найбільш досконалих за своєю структурою на сучасному етапі розвитку правових систем світу.

Кримінальне законодавство Канади, Австралії та Нової Зеландії відрізняється високим ступенем кодифікації. В його основу в кожній із цих країн був покладений проект кримінального кодексу, укладений відомим криміналістом Дж. Стіфеном для Англії. У 1878 р. він був представлений у британський парламент, але так і не став законом, проте виступав взірцем при створенні кримінальних кодексів для англійських колоній у різних регіонах світу. Ухвалені у другій половині ХХ ст. нові кримінальні кодекси або закони продовжили традицію кодифікації кримінального права у цих країнах.

3. Делеговане законодавство

За обсягом правового регулювання делеговане законодавство перевершує статuti та посідає друге місце після загального права. При цьому на початку ХХ ст. сама законність його існування викликала сумніви.

З найменшим опором делеговане законодавство утвердилося в Новій Зеландії. В Австралії та Канаді це відбулося не одразу. В Австралії, наприклад, лише в 1931 р. судова практика визнала правомірність передання парламентом виконавчій владі законодавчих повноважень, до того такий процес розглядався як неконституційний. Сьогодні найбільш поширеними формами делегованого законодавства в Австралії є програми міського територіального планування, постанови, що видаються статутними органами, а також офіційне оголошення, яким губернатор надає акту парламенту юридичної сили, якщо його дата набуття чинності мала бути визначена у такий спосіб¹.

4. Звичай як джерело права

Протягом тривалого часу вважалося, що Канаді, Австралії та Новій Зеландії майже невідомий звичай як джерело права. Ці країни є віднос-

¹ Джиффорд, Д. Дж. Правовая система Австралии [Текст] / Д. Дж. Джиффорд, К. Х. Джиффорд ; под. общ. ред. проф. Ф. М. Решетникова. – М. : Юрид. лит., 1988. – С. 36–37.

но молодими для того, щоб у них могли сформуватися звичаї, які існують «з незапам'ятних часів», та, згідно з вимогами англійського права, породжують юридичні наслідки. Отже, у цих державах не уклалося власне звичаєве право, хоча окремі звичаї переселенців були ними привнесені на колонізовані території, зокрема звичаї торговельного обігу.

Питання про звичай як джерело права прямо стосується ставлення національних правових систем цих країн до правових звичаїв та традицій аборигенів, тобто корінного населення. Канада, Австралія та Нова Зеландія належать до так званих «білих колоній», їх території були заселені переважно європейськими колоніалістами, які не зіткнулися тут з численним населенням та розвинутою цивілізацією, як, наприклад, в Індії, Пакистані чи Малайзії. У процесі формування правових систем цих країн звичаї та традиції туземців фактично ігнорувалися та не вплинули істотно на характеристику національного права на етапі його становлення.

Проте не можна стверджувати, що права корінного населення та його правові традиції повністю ігнорувалися. Так, у Новій Зеландії Конституційний акт 1852 р. передбачав можливість видання актів, які надавали звичаям маорі силу закону, а також вказував, що звичаї не можуть бути визнані недійсними на підставі їх суперечності англійському праву. Однак назване положення на практиці не застосовувалося. Законом про землі 1865 р. був заснований діючий і понині Земельний суд маорі, який розглядає судові спори відносно корінного населення, передусім спори про право власності на землю, розподіл земельних ділянок, спадкування майна маорі тощо. Через діяльність цього суду, а також Апеляційного суду маорі, який розглядає скарги на його рішення, звичаєве право маорі трансформується в норми загального права.

Починаючи з 1967 р., коли в результаті проведеного референдуму аборигени Австралії формально були визнані повноправними громадянами Австралії, поступово формуються більш сприятливі умови для розвитку звичаєвого права австралійських аборигенів. У 1989 р. корінне населення Австралії офіційно отримало право на самоврядування, відповідно й відтворення своїх звичаїв та традицій правового характеру.

Таким чином, права корінного населення та їх правові звичаї, що збереглися після довготривалих часів резервації, поступово починають відігравати більшу роль у сучасних правових системах Австралії, Канади та Нової Зеландії. Цей підхід активно підтримується політикою Співдружності Націй. Як зазначалося, у багатьох інших країнах групи англійського

права утворилися *змішані правові системи* (Індія, Малайзія, Сінгапур та ін.). Разом із загальним правом, а також парламентськими статутами у них збереглися та відіграють важливу роль правові звичаї, традиції корінного населення, а також релігійні правові системи, які використовуються передусім при регулюванні особистого статусу представників релігійних та етнічних громад (зокрема, мусульманське право, індуське право, традиційні конфуціанські норми, численні традиції та звичаї країн Африки). Так, у Малайзії серед корінних малайців, які належать до мусульманської общини, поширене звичаєве право (адат), яке стосується переважно питань особистого статусу. Про роль мусульманського права свідчить створення в 1971 р. організації «Ісламська Конференція», куди входять ісламські країни-члени Співдружності, що утворюють в його межах окрему групу (Бангладеш, Бруней, Гамбія, Камерун, Мальдіви, Малайзія, Нігерія, Пакистан, Сенегал, Сьєрра-Леоне, Уганда).

Питання для самоконтролю

1. Охарактеризуйте чотири етапи розвитку американського права.
2. Визначте особливості американського права у колоніальний період.
3. Сформулюйте особливості сучасної правової системи США.
4. Визначте, які країни належать до групи англійського права англо-американської правової сім'ї.
5. Вкажіть основні етапи становлення та розвитку Співдружності Націй.
6. Назвіть основні порівняльні характеристики правових систем Канади, Австралії та Нової Зеландії.
7. У чому виявляється взаємовплив та взаємопроникнення джерел права Англії, Канади, Австралії та Нової Зеландії? Наведіть приклади на підтвердження своєї відповіді.

Розділ 9

Релігійні правові системи

§ 1. Загальна характеристика правових систем релігійного типу

Серед компаративістів немає єдності в питанні виокремлення та класифікації систем релігійного права. Так, Р. Давид та К. Цвайгерт і Х. Кетц досліджують лише дві системи релігійного права — мусульманське (ісламське) та індузьке¹. Вітчизняні та російські автори в основному також використовують цей поділ. Наведена класифікація є неповною, бо не охоплює всіх правових систем, заснованих на релігійних нормах. Не можна також розглядати окремі релігійні системи, наприклад мусульманське право, як правові сім'ї, оскільки до їх складу не входять інші правові системи. Релігійна правова сім'я поєднує чотири правові системи — мусульманського, індузького, іудейського й канонічного права.

Характерні риси релігійних правових систем:

1. **Нерозривний зв'язок з релігією.** Кожна правова система, що входить до цієї правової сім'ї, є частиною певної релігії — ісламу, індуїзму, іудаїзму, християнства. Норми права засновані на релігійних уявленнях і віруваннях, унаслідок чого правові й релігійні норми тісно переплетені, а часто і збігаються. У цих системах не відбулося чіткого виокремлення норм права з інших соціальних норм, насамперед релігійних.

2. **Розгляд права як результату божественного відкриття, а не як наслідку раціональної діяльності особистості і держави.** Право надане раз і назавжди, тож завдання людини в такій системі — лише правильно усвідомити і витлумачити божественні норми. Якщо оцінювати реальність, а не церковні догмати, то необхідно визнати, що зміст норм релігійного права змінювався протягом історії. Це відбувалося шляхом нового тлумачення релігійними діячами священних текстів. Проте такі релігії, як християнство й іудаїзм, визнали своє право створювати нові норми права.

¹ Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози : пер. с фр. — М. : Междунар. отношения, 1996. — С. 399; Цвайгерт, К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права [Текст] / К. Цвайгерт, Х. Кетц : пер. с нем. : в 2 т. Т. 1. Основы. — М. : Междунар. отношения, 2000. — С. 117.

3. **Персональний характер дії права.** Це означає, що засноване на релігії право поширює свою дію не на певну територію, а на конкретну релігійну громаду, тобто індивідуально. Це одна з принципових відмінностей релігійних систем права від національних, що поширюють свою дію за територіальною ознакою — на всіх осіб у межах кордонів держави — і екстериторіальною — на своїх громадян за межами держави. Релігійні правові системи поширюють свою дію тільки на осіб, які сповідують певну релігію, незалежно від того, де, на якій території вони мешкають. Якщо особа відмовилася від своєї релігії, вона виходить зі сфери дії цієї правової системи — таким чином, право не поширюється на іновірців та атеїстів.

4. **Визнання соціальної цінності права.** В усіх релігіях присутня ідея богоугодного характеру права і воно визнається необхідним елементом справедливого суспільного устрою. Р. Давид зазначає, що існує два види принципів, якими керуються незахідні країни. Одні визнають велику цінність права, але саме право розуміють інакше, ніж на Заході (країни мусульманського, індійського й іудейського права), другі відкидають саму ідею права і вважають, що суспільні відносини повинні регламентуватися іншим шляхом (країни Далекого Сходу, Африки й Мадагаскару)¹.

5. **Невизнання принципу формальної рівності прав людини.** На відміну, наприклад, від романо-германської правової сім'ї, в якій цей принцип визнано як загальнолюдський², релігійні правові системи наділяють людину різним правовим статусом — правами й обов'язками згідно з належністю до певної групи, вирішеної за такими критеріями, як статевий, національний, релігійний або соціальний. Класичним прикладом може бути кастовий поділ в Індії, який визнаний і захищається індузьким правом.

■ § 2. Мусульманське (ісламське) право

Загальна характеристика мусульманського права

У науковій юридичній літературі не склалося визнаного всіма компаративістами єдиного визначення мусульманського права. Учені,

¹ Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози : пер. с фр. – М. : Междунар. отношения, 1996. – С. 25.

² Загальна теорія держави і права / за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, В. О. Петришина. – Х. : Право, 2002. – С. 196.

акцентуючи увагу на тих чи інших характерних його рисах, наводять найрізноманітніші визначення. Так, Л. Р. Сюкяйнен трактує мусульманське право як систему діючих юридичних норм, що підтримуються державою і виражають інтереси пануючих соціально-політичних сил¹. К. Цвайгерт і Х. Кетц визначають його інакше: «Ісламське право (шаріат) є сукупністю норм або правил, здобутих з божественного відкриття, якими зобов'язаний керуватися віруючий мусульманин, якщо він хоче правильно виконувати свій релігійний обов'язок»². В енциклопедичному довіднику «Правові системи країн світу» мусульманське право формулюється як одна з основних правових систем (правових сімей) сучасності, як комплекс соціальних норм, фундаментом і головною складовою частиною якого є релігійні встановлення і приписи ісламу, а також органічно пов'язані з ними і проникнуті релігійним духом моральні та юридичні норми³.

У найзагальнішому вигляді **мусульманське право** можна визначити як релігійно-правову систему, що регулює суспільні відносини всередині громади, яка сповідує іслам.

Характерні ознаки мусульманського права

1. **Нерозривний взаємозв'язок права й ісламу.** Мусульманське право, на відміну від національних правових систем, є не самостійною системою норм, а складовою частиною ісламу. Ця релігія містить, поперше, теологію, яка встановлює догми й уточнює, у що мусульманин повинен вірити, по-друге, — шаріат, який наказує віруючим, що вони повинні і що не повинні робити. Шаріат у перекладі з арабської означає «шлях прямування» і є сукупністю правил поведінки, які називаються мусульманським правом. Той, хто порушує приписи шаріату, є не просто правопорушником, а відступником ісламської віри, який буде покараний Аллахом.

Іслам — наймолодша зі світових релігій. Її виникнення в VII ст. пов'язане з діяльністю Пророка Мухаммеда, що відповідно до переказу передав волю Аллаха людям. Незважаючи на відносно молодий вік, іслам швидко поширився по всьому світу. Спочатку він знайшов

¹ Сюкяйнен, Л. Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики [Текст] / Л. Р. Сюкяйнен. — М. : Наука, 1986. — С. 5.

² Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права [Текст] / К. Цвайгерт, Х. Кетц : пер. с нем. : в 2 т. — Т. 1. Основы. — М. : Междунар. отношения, 2000. — С. 447.

³ Правовые системы стран мира [Текст] : Энциклопедический справочник / отв. ред. А. Я. Сухарев. — 2-е изд. — М. : Норма-Инфра-М, 2001. — С. 831.

своїх прихильників в Африці, потім проникнув далі в Південну Європу та Азію. Нині мусульманське право охоплює своєю дією близько 1 млрд осіб і є однією із тих правових систем, що продовжують інтенсивно розвиватися.

2. Регулювання мусульманським правом суспільних відносин тільки між мусульманами. Персональний характер його дії означає, що воно поширюється тільки на осіб, які сповідують іслам. У зв'язку із цим необхідно розрізнити поняття «мусульманське право» і «право мусульманських держав». У мусульманських державах застосовується як, власне, мусульманське право (Коран, суна, іджма і кійас), так і світське право цих держав (нормативні акти, звичаї, прецеденти). Таким чином, у межах однієї держави можуть співіснувати кілька систем права. Так, в Індії мусульманська громада, що становить 12 відсотків населення, застосовує мусульманське право, тоді як основна частина населення, яка сповідує індуїзм, — індуське право. Поряд із тим існує право Індії, дія якого поширюється на всіх громадян незалежно від їх релігійних уподобань.

Мусульмани часто використовують цю характерну рису, щоб обминути ті чи інші заборони, які існують у шаріаті. Так, за мусульманським правом не дозволяється страхувати від нещасних випадків інших осіб, але цю заборону можна обійти, застрахувавшись у представника іншої віри, на якого вона не поширюється.

3. Мусульманське право складається переважно з обов'язків людини і санкцій за їх порушення. Ці обов'язки наказують мусульманінові здійснювати певні пристойні з погляду ісламу дії та утримуватися від непорядних. Наприклад, Коран наказує, щоб мусульманин співчував безпомічним і слабким, чесно вів торговельні справи, не підкупував суддю, не займався лихварством і не грав в азартні ігри. Мусульманське право передбачає за порушення багатьох норм жорстокі покарання — страту, покалічення, биття ціпками. Так, наприклад, за крадіжку Коран передбачає відсікання руки: «Злодію та злодійці відсікайте їх руки ...» (5:42(38))¹.

Питання суб'єктивних прав індивіда не знайшло широкого закріплення в шаріаті, хоча окремі вчені, зокрема Р. Давид, зазначає, що в ньому відведено місце і для поняття прав. Це досягається, з одного боку, визнанням певних меж обов'язків (Бог покладає на кожную людину те, що вона спроможна нести), а з другого — уточненням обсягу

¹ Коран [Текст] / пер. с араб. И. Ю. Крачковского. – М. : СП ИКПА, 1990. – С. 106.

прав, визнаних за індивідами. Неповага до цих прав тягне за собою санкції, що накладаються мусульманським суддею¹.

4. **Архаїчний, казуальний і формальний характер права.** Мусульманське право сформувалося в період Середньовіччя у VII–X ст. і розглядається як результат божественного одкровення, внаслідок чого воно не спирається на авторитет будь-якого земного творця права, що спричиняє певні наслідки. Один із них полягає в тому, що мусульманське право, як право божественне, є, в принципі, незмінним. У західних правових системах загальновизнано, що зміст права змінюється, оскільки законодавець, судді й усі інші сили суспільства, які беруть участь у правотворчому процесі, пристосовують його до мінливих потреб суспільства. Іслам виходить із постулату про богоданий характер усього сущого права, яке Аллах відкрив людям через Пророка Мухаммеда. Тому ісламська юриспруденція не знає історичного підходу до права, яке повинне відбивати існуючі в суспільстві відносини. Більше того, право дароване людині Аллахом раз і назавжди. Суспільство пристосовується до права, а не породжує його, з метою використання як інструменту для вирішення нових життєвих проблем, які щоденно виникають. Це призводить до того, що багато положень мусульманського права має архаїчний характер, тобто не відповідає сучасним вимогам суспільного розвитку.

Однак необхідно розуміти, що мусульманське право не змогло б розвинути до сьогоденішнього стану, якби взагалі не мало інститутів пристосування до мінливих умов життя. Ісламська юриспруденція визнає, що право, яке відкрилося людям унаслідок божественного відкриття, не було відразу укладено в ясну й чітку для розуміння форму. Тому потрібна була багатотисячова робота ісламських юристів, перш ніж вони змогли збагнути всю глибину змісту правових джерел і підготувати їх для практичного застосування. У результаті цього пізнання багато норм змінювало свій зміст, пристосовуючись до нових суспільних відносин. Але відповідно до ортодоксальних ісламістських поглядів усі ці зусилля були спрямовані не на створення нового права, а на відкриття, засвоєння і формулювання вже існуючого.

Формі викладу багатьох норм мусульманського права притаманна казуальність, тобто вони розраховані на регулювання окремих випадків і не охоплюють своєю дією групи однорідних суспільних відносин,

¹ Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози : пер. с фр. – М. : Междунар. отношения, 1996. – С. 308.

як це робить абстрактна норма в романо-германському праві. Ця характеристика права пояснюється специфікою джерел, головні з яких — Коран і суна — є збірниками розрізаних висловлень і вчинків Пророка Мухаммеда. Так, згідно з шаріатом, якщо хтось обвинувачується в перелюбстві, то цей злочин повинні підтвердити чотири свідки — вільні мусульмани, які мають бездоганну репутацію. У такому випадку винні караються сотнею ударів батоном. Чоловік піддається покаранню в штанях, стоячи, причому удари розподіляються по всіх частинах тіла, за винятком обличчя і статевих органів. Жінка зазнає покарання сидячи. Обом наносяться удари середньої сили, не занадто сильні й не занадто легкі. Батіг теж повинен бути середньої твердості¹.

Формальний характер мусульманського права виявляється в тому, що шаріат більше вимагає дотримання букви припису, ніж його духу. У повсякденному житті мусульмани використовують цю властивість права, щоб обминути невідгідні для них норми права. Приміром, Коран забороняє лихварство — позички під відсотки: «Аллах дозволив торгівлю і заборонив лихварство» (2:276 (275))². Щоб обійти цю заборону, запроваджено систему «подвійного продажу»: позичальник «продавав» той чи інший предмет кредитору, а той відразу ж «перепродавав» його позичальникові за ціною, завищеною на обговорений позичковий відсоток, яка виплачувалася тільки після закінчення терміну позички. Такі «правові виверти» (хиял) дозволяли мусульманським судам не порушувати сталі звичаї і разом з тим додержуватися приписів шаріату.

5. Несистематизований характер права. Мусульманське право ніколи не знало широкої систематизації, на відміну від деяких інших сімей, наприклад романо-германського права, для якого кодифікація стала невід'ємною рисою. Як уже зазначалося, мусульманське право розглядається як результат божественного відкриття, внаслідок чого єдиним законодавцем визнається Аллах, і, як право божественне, є незмінним. «Земний» законодавець не може створювати або вносити зміни в існуючі норми права. Із цього принципу випливає заборона на зміну як змісту права, так і його форми. Норми двох першоджерел мусульманського права — Корана і суні ніколи не систематизувалися й існують у сталому вигляді протягом століть. Неможливість систематизації цих джерел пояснюється також формою викладу їх норм.

¹ Марченко, М. Н. Курс сравнительного правоведения [Текст] / М. Н. Марченко. — М. : Городец-издат, 2002. — С. 1081.

² Коран. — С. 59.

Розрізнені висловлення і вчинки Пророка Мухаммеда дуже важко систематизувати без деякої зміни їхнього змісту. Необхідно зауважити, що певну систематизацію норм Корана і суні дає третє джерело мусульманського права — іджма, що являє собою тлумачення двох вищеназаних першоджерел провідними богословами.

Спроби систематизації мусульманського права були розпочаті в Османській імперії. У 1869–1876 рр. у рамках курсу на модернізацію країни було проведено найкрупнішу кодифікацію норм мусульманського права, у результаті якої було прийнято єдине джерело — **Маджалла**¹. Це була перша спроба об'єднати в межах одного закону, що містив 1850 статей, усі норми ісламського права ханіфітської школи про власність і зобов'язання. Дія Маджалли поширювалася на більшість арабських країн, що входили до складу Османської імперії. Вона регулювала питання правоздатності та її обмеження, майнового й зобов'язального права, але не стосувалася сімейних відносин, що відповідно до принципу свободи віри і «персонального права» послідовників численних сект продовжували регулюватися різними школами мусульманського права в традиційній формі доктрини. Як зазначають К. Цвайгерт і Х. Кетц, цей крок був однаковою мірою і необхідний і незвичайний. Необхідний тому, що від світських судів, компетентних розглядати майнові позови, неможливо було більше вимагати вивчення середньовічних юридичних книг, а незвичайний — тому що вперше норми шаріату відповідно до європейського зразка були відтворені у формі параграфів і набрали сили на підставі акта державної влади².

6. Існування декількох течій і шкіл мусульманського права. Іслам розколовся на дві великі течії — шіїтів і сунітів. На думку шіїтів, сан імама, духовного глави мусульманської громади, є спадковим у родині Алі (останнього з чотирьох халіфів, які правили після смерті Пророка Мухаммеда), виходячи з божественної вказівки самого Мухаммеда, і лише нащадки Алі мали легітимне право бути імамами. Тому шіїти вважали перших трьох імамів, особливо Омейядів, які здобули владу після смерті Алі, узурпаторами. Релігійні обряди і правова практика шіїтів та інших мусульман — сунітів багато в чому відрізняються. У наші дні шіїти становлять близько восьми відсотків усіх мусульман.

¹ Антология мировой правовой мысли [Текст] : в 5 т. / рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин. – М. : Мысль, 1999. – Т. I : Античный мир и восточные цивилизации. – С. 683–688.

² Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права [Текст] / К. Цвайгерт, Х. Кетц : пер. с нем. : в 2 т. – Т. 1. Основы. – М. : Междунар. отношения, 2000. – С. 456.

Більшість із них мешкає в Ірані, у Південному Іраку, Ємені й у середньоазійських державах, що утворилися на території колишнього СРСР, переважно в Туркменії, Казахстані й Узбекистані. Згодом кожна з течій розпалася на кілька правових шкіл.

Мусульманський світ сунітів розділювався на чотири школи. Перша з них — ханефітська школа — була заснована учнем школи Куфа в Іраку — Абу Ханіфом. Їй властива відносна раціональність у методах дослідження окремих приписів і велика обережність у використанні традицій. Ханефізм проникнув з Іраку в Єгипет, Сирію, Персію, Індію, Китай і Центральну Азію. Сьогодні він превалує в Туреччині, мусульманських республіках колишнього СРСР, Йорданії, Сирії, Афганістані, Пакистані, Індії. Друга значна сунітська школа — школа Малекіта, засновником і головою якої був Малік Ібн Анас. Вона вважається школою, яка найбільше поважає звичаї Медіни, враховує загальний інтерес і закінченість релігійного закону. Ця школа була поширена в Єгипті, Судані, Кувейті, Катарі, Бахреїні, Арабських Еміратах і на частині східного узбережжя Аравійського півострова. Малекізм зустрічається сьогодні в країнах Західної Африки. Школа хафецитів була створена Ель Хафеді. Його теорія джерел права виходить з релігійного ідеалу, а не ґрунтується на творчому вивченні практики. Хафецизм має прихильників у Палестині, Адені й на півдні Аравійського півострова. З ним можна зустрітися також у Пакистані, Єгипті, Індонезії, Малайзії, Індії й Східній Африці, на Цейлоні і Філіппінах. Ханбалізм — за ім'ям його засновника Ахмада Ібн Ханбала — вважається найбільш суворою зі шкіл через надзвичайну прихильність до традицій. Сьогодні його прихильники мешкають в основному в Саудівській Аравії й у кількох місцевостях Іраку й Сирії.

Шийтський напрям ісламу розпався на дві школи. Школа зейдитів, заснована Зеїдом бен Алі, вважається найближчою сунітським школам. Ця школа переважає в Ємені. Ще одна шийтська школа Джа-Фарита заснована Саадеком Аль Джа. Її послідовники спираються тільки на традиції імамів — вихідців із родини Пророка. Джа-Фаризм домінує в Іраку й Ірані. Школи мусульманського права різняться між собою багатьма деталями, але їхні принципи залишаються загальними. Так, бажаний може пристати до іншої школи, підкорившись її владі. Візнається також право суверена наказати своїм суддям застосовувати правила певної школи¹.

¹ Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози : пер. с фр. — М. : Междунар. отношения, 1996. — С. 310–311.

Джерела мусульманського права

Активний розвиток різних напрямів і шкіл у мусульманському праві призвів до побоювання, що воно може втратити єдині принципи і розчинитися в безлічі окремих думок. Щоб протидіяти цьому, відомий учений Аш Шафія сформулював вчення «чотирьох коренів» мусульманського права, завдяки якому юристи одержали єдину систему джерел мусульманського права. Відповідно до цього вчення, «чотири корені» мусульманського права — це Коран, суна, іджма і кійас.

Коран — священна книга мусульман, запис дарованого Аллахом відкриття, переданого через Пророка Мухаммеда в 610–632 рр.¹ Це, безперечно, перше джерело мусульманського права. Однак положень юридичного характеру, що містяться в ньому, явно недостатньо для того, щоб регламентувати всі відносини, що виникають між мусульманами. Лише близько 500 аятів (віршів) з понад 6200, які містяться в Корані, встановлюють певні правила поведінки.

Ісламська юриспруденція виокремлює два основні різновиди правил поведінки, які містить Коран. Перший з них становлять деталізовані норми, наприклад приписи сур (глав) «Корова», «Жінки» і «Розлучення» з питань шлюбу, сім'ї і спадкування. На відміну від них, інші сфери взаємин людей відбилися лише в декількох айатах. Так, торгівлі прямо стосуються тільки чотири з них (12:275, 282; 4:29; 62:9)². Друга група правил правового змісту має вигляд загальних принципів і цілей, свого роду вихідних орієнтирів, що повинні лежати в основі формулювання конкретних правових рішень. До них можна віднести принципи виконання взятих зобов'язань, необтяження людини тощо (5:1; 2:286)³.

Суна — це збірник зафіксованих у формі переказів (хадисів) висловів і вчинків пророка Мухаммеда, що вважаються зразком, якому зобов'язані слідувати мусульмани⁴. Разом із положеннями Корану вона становить зміст шаріату і вважається його провідним джерелом, що має вирішальне значення для тлумачення заповідей цієї священної для мусульман книги. Ці перекази збиралися й відтворювалися багатьма посередниками. Два великих доктори ісламу — ал-Бухари і Мослем у IX ст. здійснили копітку роботу, щоб виявити справжні висловлення

¹ Коран. — 512 с.

² Там само. — С. 59, 60, 84, 85, 458.

³ Там само. — С. 101, 61.

⁴ Антологія мирової правової думки [Текст] : в 5 т. — Т. I. — С. 657–674.

Пророка. Робота, проведена ними та іншими вченими того ж періоду, створила солідне підґрунтя мусульманської віри. Мусульманська правова наука спирається на різні зводи норм, серед яких провідним є «Достовірний збірник» імама ал-Бухари (810–870). Його визначальною рисою є класифікація включених до нього хадисів за предметною ознакою (збірник розбито на 97 книг, які містять 7397 переказів), що полегшує їх використання в інтересах правової теорії і практики. З цією ж метою склалися спрощені збірки хадисів, відібраних не тільки із цього збірника, а й з інших визнаних зводів. Серед таких коротких збірників великий авторитет у мусульманських правознавців має компіляція «Одержання бажаного із джерел правових норм» ал-Аскалані (1372–1449).

Іджма (доктрина мусульманського права) — одне з основних джерел мусульманського права, однакостайні думки найбільш авторитетних ісламських правознавців однієї чи всіх шкіл з питань, не врегульованих у прямій формі в Корані та суні. Вона являє собою коментарі, що заповнюють прогалини в релігійних нормах. У повсякденному житті правозастосовці, у тому числі й судді, використовують і посилаються саме на іджму.

Кійас — джерело мусульманського права, що тлумачить Коран і суну з використанням особливого методу — судження за аналогією. Його суть полягає в застосуванні відповідних норм, сформульованих у Корані й суні, до інших аналогічних випадків. Кійас набуває юридичної чинності, якщо його визнано вищим мусульманським духівництвом.

Коли класичне вчення «чотирьох коренів» ісламського права запанувало у всіх правових школах, почався поступовий підйом правотворчої діяльності ісламських юристів. Раніше застосовуваний метод відносно вільного прийняття рішень зі спірних питань (щоправда, все-таки орієнтованого на Коран і суну) став розглядатися як неприпустимий. Усе частіше проблеми, що викликали сумнів, вирішувалися за загальної згоди вчених. Знайдені в такий спосіб рішення стали становити основну частину божественного права і тому були недоступні для критики. Уже в IX ст. набула пріоритету думка, що юристам не можна приймати самостійні рішення з якого-небудь правового питання, ґрунтуючись тільки безпосередньо на Корані і суні. Їхня діяльність обмежилася тлумаченням правових книг, визнаних окремими школами як авторитетні джерела.

У сучасному мусульманському праві вирішального значення надається єдиній погодженій думці вчених, оскільки в кінцевому підсумку воно визначає, яку норму Корану чи суні конкретно або за аналогією варто застосувати як діюче право. Безпосередньо до Корану чи суні можуть звертатися лише окремі найбільш знані вчені. Більш того, як вказує Л. Р. Сюкйяйнен, саме у формі доктрини була створена більша частина діючого мусульманського права¹.

Необхідно зазначити, що *ні звичай, ні судова практика не визнаються офіційно джерелами права*. Судова практика ніколи не зв'язує дії судді (каді). Його рішення, численні й різноманітні, ніколи не розглядалися мусульманськими юристами як джерела права, бо це тільки судження морального плану, що можуть зазнати всіляких переглядів з метою поліпшення. Формально мусульманські юристи так само не вважають звичай джерелом права, але іноді його використовують для доповнення чи уточнення застосовуваного принципу права чи правової норми. Звичаї, що відповідають догмам мусульманського права, фактично розширюють сферу його дії і доповнюють його.

Водночас із визнаними звичаями важливе практичне значення для функціонування мусульманського права та його фактичного пристосування до змінюваної дійсності мають **угоди**. Як і звичаї, вони не є джерелами права, однак відіграють важливу роль у його еволюції. Величезна можливість використання угод і звичаїв у мусульманському праві визначається насамперед тим, що воно при всій своїй релігійній суворості й ортодоксальності залишає широке поле для самостійної діяльності суб'єктам правовідносин, для прояву ними ініціативи. «Немає ніякого злочину в укладенні угод з урахуванням того, що наказує закон», — говорить норма мусульманського права. Завдяки угодам найчастіше вносилися значні зміни до існуючих правових норм, які, відповідно до сформованих уявлень про право, не завжди вважалися обов'язковими. Через це судова практика ряду мусульманських країн допускала раніше і допускає зараз певні відступи від існуючих правил, наприклад, при укладенні шлюбів або при вирішенні інших сімейно-побутових питань (можливість розірвання шлюбу з ініціативи не лише чоловіка, а й дружини тощо)².

¹ Сюкйяйнен, Л. Р. Вказ. праця. — С. 69.

² Марченко, М. Н. Курс сравнительного правоведения [Текст] / М. Н. Марченко. — С. 1030, 1031.

Право сучасних мусульманських держав

Необхідно розрізнати два близьких, але не ідентичних поняття — «мусульманське право» і «право мусульманських держав». Звертаючи увагу на цю обставину, вчені цілком резонно зауважують, що суспільство в мусульманських державах завжди живе під владою звичаїв та законів, які, безумовно, спираються в основному на принципи мусульманського права, відводячи їм досить значну роль. Однак у різні епохи в деяких країнах звичаї й закони могли, проте, відходити від ортодоксальних положень з певних питань і входити в суперечність із принципами й нормами релігійного мусульманського права. Навіть коли мусульманське право мало найвищий авторитет, далеко не завжди його елементи набували однакового практичного значення.

Як зазначає М. М. Марченко, з розвитком суспільства дуалізм правових систем мусульманських країн не тільки не зникав, а, навпаки, все більше посилювався. Це пояснюється багатьма причинами, і передує — ускладненням соціально-економічних, політичних та інших відносин усередині самого суспільства, що на певному етапі вже не можуть регулюватися тільки за допомогою релігійних норм і догм. Зумовлено це також розширенням і поглибленням зв'язків між різними країнами, у тому числі ісламськими й неісламськими, що об'єктивно вимагають розвитку не так релігійної, як світської нормотворчості. Нарешті, аж ніяк не другорядними причинами посилення правового дуалізму в мусульманських країнах є факти об'єктивного «вростання» мусульманського права в правові сім'ї й системи інших країн, фактори вестернізації, вплив західного права на правові системи мусульманських країн. Є й інші причини посилення дуалізму і пристосування існуючих у мусульманських країнах правових систем до постійно змінюваного економічного і соціально-політичного середовища у світі. Їх багато, і вони дуже різноманітні. Але всі вони разом і кожна зокрема зумовили в ряді мусульманських країн радикальну модернізацію правових систем, проведення в багатьох із них прозахідних правових реформ, кодифікацію законодавства, реорганізацію судових систем та ін.¹

Р. Давид зазначає, що правові системи мусульманських країн в їх сучасному вигляді дуже різні, оскільки суспільний розвиток цих країн також різниться, як неоднакові і традиції. Єгипет, Малі, Пакистан, Індонезія різняться між собою за багатьма параметрами. Загальну

¹ Марченко, М. Н. Курс сравнительного правоведения [Текст] / М. Н. Марченко. – С. 1032–1033.

картину правових систем мусульманських країн у зв'язку із цим дати дуже важко. Установивши загальні риси, він запропонував виокремити три групи країн¹. Але нині необхідно внести зміни в запропоновану ним класифікацію, бо перша група, що становила країни з мусульманським населенням, які стали соціалістичними республіками, зникла з політичної карти світу. Отже, сьогодні можна говорити про **дві групи мусульманських держав**, використовуючи два критерії поділу: ступінь використання мусульманського права для регулювання суспільних відносин у цих країнах і обумовленість норм національного права нормами шариату.

До **першої групи належать**: Саудівська Аравія, Об'єднані Арабські Емірати, Іран, Кувейт, Бахрейн, Катар, Афганістан, Пакистан та ін. У цих країнах іслам є державною релігією, а мусульманське право становить підґрунтя правової системи держави. Усі джерела національного права повинні відповідати приписам шариату.

Так, правова система Ірану повністю побудована на положеннях шариату. Норми і принципи мусульманського права впливають на конституційне законодавство й обрану Іраном форму правління. Вони відіграють провідну роль і в інших галузях чинного права, забезпечуючи підпорядкування ісламським нормам усіх сторін суспільного (політичного, економічного, культурного) й особистого життя громадян, дотримання не тільки юридичних, а й моральних норм, що стосуються навіть одягу і форми проведення дозвілля мусульман. У статті 2 Конституції Ісламської Республіки Іран, прийнятої в 1979 році й оновленої в 1989 р., говориться: Ісламська Республіка — це система правління, заснована на вірі: 1) в єдиного Бога, у те, що він установлює закони шариату і що людина повинна підкорюватися його волі; 2) у божественні відкриття та їхню основну роль у тлумаченні законів; 3) у Страшний суд і його конструктивну роль у людському вдосконалюванні на шляху до Бога. Стаття 4 Конституції прямо закріпила положення про обов'язкову відповідність шариату всіх прийнятих законів. Ця стаття пріоритетна стосовно інших статей Конституції, а також законів і постанов, причому висновок із приводу відповідності законів ісламським нормам виноситься факіхами (ісламськими правознавцями) Ради по охороні Конституції й ісламських норм². В Ірані видаються закони,

¹ Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози : пер. с фр. — М. : Междунар. отношения, 1996. — С. 327.

² Правовые системы стран мира [Текст] : Энциклопедический справочник. — С. 253.

орієнтовані на закріплення у своїх статтях загальних принципів джафаритської школи мусульманського права. Водночас в Ірані діє низка кодексів — торговельний, цивільний, цивільний-процесуальний, кримінальний, прийнятих на початку ХХ ст. за романо-германськими зразками. Після прийняття нової Конституції вони були не скасовані, а лише змінені відповідно до ісламських правових установок.

Другу групу становлять держави, у яких мусульманське право регулює тільки окремі сторони громадського життя, що стосуються особистого статусу й релігійних установ, іноді земельного режиму, тоді як світське право регулює всі інші сфери суспільних відносин на принципах, які не відповідають положенням шаріату. Ця група, у свою чергу, *поділяється на підгрупи* залежно від того, на яких засадах розвивалося національне право — за зразком *загального права* (Нігерія, Судан, Танзанія, Індія, Бангладеш, Малайзія), *французького* (Алжир, Марокко, Сенегал, Сирія, Туніс, Йорданія) чи *голландського* (Індонезія).

Так, Нігерія була тривалий час колонією Великої Британії і здобула політичну незалежність тільки в 1960 р. Правовій системі цієї країни притаманний змішаний характер. Найважливішим елементом нігерійської правової системи в цілому є введене в колоніальний період англійське загальне право. У Нігерії діють як федеральні, так і регіональні закони, що вказують на англійське право як джерело національної системи. Закони про федерацію та колишню столицю країни — Лагос вказують, що застосуванню підлягають загальне право Англії і доктрини права справедливості загального застосування, що діяли в Англії на 1 січня 1900 р. Після досягнення незалежності багато законів, заснованих на англійському праві (особливо кримінальні), були істотно змінені і доповнені з метою відбиття в них національних цінностей і традицій нігерійського народу.

Другим елементом правової системи Нігерії (точніше, її самостійною підсистемою) є мусульманське право, застосовуване до мусульманської громади, насамперед у питаннях особистого статусу. Крім того, у північних штатах країни з переважно мусульманським населенням діє окремий КК Північної Нігерії 1959 р., що відтворює багато положень мусульманського кримінального права. Як і в багатьох інших країнах з мусульманським населенням, у Нігерії спостерігається процес реісламізації правової системи. Протягом 1999–2000 рр. сім штатів (із 36) офіційно оголосили про введення на їх території законів шаріату,

а ще чотири штати готуються це зробити. Як самостійна система зберігається також звичаєве право, норми якого можуть регулювати більшість видів суспільних відносин певної частини громадян, включаючи кримінально-правові. Кожен тип права застосовується відповідним йому видом судів (цивільні, мусульманські, суди звичаєвого права)¹.

Алжир, який належить до другої підгрупи країн, з 1830 р. по 1962 р. був колонією Франції. Його правовій системі властивий змішаний характер: більшість галузей законодавства засновані на французькій правовій традиції, а питання особистого статусу (шлюб, сім'я, спадкування) і деякі інші регулюються мусульманським правом. До 1830 р. в Алжирі застосовувалося тільки мусульманське право. Французьке законодавство було ніби накладене на існуючу правову систему. В одних питаннях воно замінило мусульманське право, а в інших діяло паралельно як персональне право європейців. Уже в 1834 р. в Алжирі були прийняті Цивільний і Торговельний кодекси за французьким зразком. Після здобуття Алжиром незалежності французьке право (за деякими винятками) залишалося чинним. Спеціальним законом від 31 грудня 1962 р. було передбачено можливість використання в країні законодавства колоніального періоду, за винятком актів, що суперечили суверенітету алжирського народу і мали колоніальний і дискримінаційний характер².

Індонезія, яка належить до третьої підгрупи, з початку ХХ ст. опинилася під владою голландців. Голландські колонізатори принесли на архіпелаг своє право. У 1945 р. в Індонезії була проголошена незалежність. Правова система держави теж має змішаний характер. Більшість головних галузей права в колоніальний період були кодифіковані за зразком відповідних голландських актів і належать до романо-германської правової сім'ї. Основні законодавчі акти того періоду (включаючи ЦК і КК) залишилися чинними й після здобуття країною незалежності. Водночас шлюбно-сімейні відносини й інші питання особистого статусу здебільшого регулюються ісламізованим звичаєвим правом. У відносинах між мусульманами також застосовується безпосередньо мусульманське право³.

¹ Правовые системы стран мира [Текст] : Энциклопедический справочник. – С. 456–457.

² Там само. – С. 30–31.

³ Там само. – С. 235.

§ 3. Індуське право

Загальна характеристика індуського права

У працях, присвячених дослідженню індуського права, відсутні його визначення. Н. О. Крашенинникова пояснює це історичними змінами в ньому, що виключають можливість навести єдине формулювання¹. У загальному вигляді **індуське право** можна визначити як релігійно-правову систему, яка регламентує суспільні відносини всередині громади, що сповідує індуїзм.

Характерні риси індуського права

1. *Індуське право є складовою частиною індуїзму* — релігії, що являє собою комплекс різноманітних релігійних, філософських і соціальних поглядів. Індуїзм сформувався внаслідок еволюції і злиття ведичних і брахманських традицій. В основу його віровчення покладено релігійні та філософські ідеї брахманізму (карма, сансара, реінкарнація та ін). Серед розмаїття богів найбільш поширені й шановані Брахма, Вішну і Шива². Індуїзм відрізняється від інших релігій віротерпимістю, відсутністю агресії до осіб, які дотримуються інших поглядів. Кожен індус може вірити в того чи іншого бога, у кількох богів або взагалі не вірити в нього. Індуїзм має безліч культів і ритуалів, але не має чітко окресленої теологічної доктрини. Водночас він містить певні основні вірування релігійно-філософського характеру, яких дотримується абсолютна більшість індусів. Визначальною рисою індуїзму є також відсутність єдиної релігійної організації. З часом із цих вірувань, що мають спільну основу, розвилися різноманітні релігійні напрями, такі як буддизм, джайнізм, сикхізм. Їх розглядають і як самостійні релігії, і як напрями індуїзму.

2. *Персональний характер дії права, що поширюється тільки на осіб, які сповідують індуїзм, незалежно від того, в яких державах вони мешкають*. Найбільша громада прихильників індуїзму (близько 1 млрд) проживає в Індії, де вони становлять близько 83 відсотків населення. Як релігійні меншості вони представлені в Палестині, Бірмі, Сінгапурі, Малайзії, Танзанії, Уганді й Кенії. У судовій практиці Індії

¹ Крашенинникова, Н. А. Индусское право: история и современность [Текст] / Н. А. Крашенинникова. – М. : Изд-во Моск. ун-та, 1982. – С. 10.

² Релігієзнавчий словник [Текст] / за ред. А. Колодного і Б. Лобовика. – К. : Четверта хвиля, 1999. – С. 129.

склалося правило, відповідно до якого індуське право діє стосовно осіб, виходячи з двох критеріїв — народження в родині індусів або належність до релігії. Воно не поширюється на осіб, які перейшли у віру, несумісну з індуїзмом. Проте індус не втрачає права знову повернутися до своєї віри, що тягне за собою відновлення дії на нього індуського права. Норми індуського права застосовуються до послідовників усіх релігійних напрямів індуїзму — буддизму, джайнізму, сикхізму та ін. Індуське право офіційно не поширюється на чотири релігійні меншості Індії — мусульман, християн, іудеїв і парсів.

3. Яскраво виражений кастовий характер. Касту характеризують як соціальну спільноту або групу в складі індійського суспільства, спільноту за народженням, спадкоємну, ендогамну, закриту для проникнення сторонніх, що традиційно спеціалізується за родом господарської діяльності чи колом занять з яскраво вираженою кастовою самосвідомістю, чие місце обумовлене в складній індійській соціальній ієрархії¹. Відносини всередині каст і з членами інших каст регулюються спеціальними нормами поведінки. Таких каст і підкаст налічується в Індії близько 3,5 тисяч. Відповідно до історичної традиції вони поділені на чотири групи: брахманів (спочатку — каста священиків), кшатріїв (воїнів), вайшійів (купців) і шудрів (слуг і ремісників). Поза цим поділом стояла каста «недоторканих», що посідала найнижче місце в соціальній ієрархії. Вона фактично перебувала поза сферою правового регулювання індуського права, яке стосувалося її лише в питаннях обмеження правоздатності. Перехід з однієї касты в іншу не допускався. Між кастами був установлений жорсткий ієрархічний порядок. У його підґрунті лежав принцип чистоти касты, ступінь якої залежав від її місця в ієрархії. Чистота касты повинна була залишатися незаплямованою, і тому не можна було встановлювати контакти з членами нижчих каст. На підставі цього принципу були розроблені численні норми, що забороняють одружуватися з членами касты нижчої чистоти, так само як і приймати їжу в їх присутності й навіть наближатися до них². Ці норми застосувалися судами Індії аж до 1949 р. Наприклад, суд визнавав шлюб між представниками різних каст недійсним, а дітей, народжених у такому

¹ Кудрявцев, М. К. Кастовая система в Индии [Текст] / М. К. Кудрявцев. – М. : Наука, 1992. – С. 4.

² Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права [Текст] / К. Цвайгерт, Х. Кетц : пер. с нем. : в 2 т. – Т. 1. Основы. – М. : Международные отношения, 2000. – С. 462–463.

шлюбі, — незаконнонародженими. Відповідно до Конституції Індії, прийнятої в 1950 р., були скасовані всі норми, згідно з якими належність до каст спричиняла відповідні юридичні наслідки для їх членів. Незважаючи на спроби держави змінити правила поведінки в цій сфері, велика кількість індусів — переважно мешканці сіл (які становлять до 80 відсотків населення) — продовжують жити, дотримуючись древніх принципів кастового поділу.

4. **В індуському праві існує кілька шкіл**, наявність яких пояснюється різними причинами — великою різноманітністю населення (в Індії проживає близько 500 народностей, які говорять 1652 мовами) і великою розмаїтістю джерел права. В одній місцевості віддають перевагу одним із них, в другій — іншим. В індуському праві переважають дві головні школи — Мітакшара і Дайябхага. Ці школи разом з підшколами панують кожна у відповідних географічних районах, хоча особистий статус індивідів й не залежить від того, де вони проживають. Школа Дайябхага поширена в Бенгалії й Ассамі, Мітакшара — в інших частинах Індії й Пакистану.

5. **Індуське право зазнало сильного впливу інших правових систем — мусульманського й англійського права.** Найдавніші джерела індуського права — веди — були створені ще в II тис. до н. е. Протягом значного історичного періоду воно розвивалося самостійно. Мусульманське панування, що встановилося в Індії в XVI ст., досить відчутно загальмувало розвиток індуського права. Суди зобов'язані були застосовувати тільки мусульманське право, індуське ж могло застосовувати тільки панчаяти (збори) каст для вирішення внутрішньобщинних проблем. Це призвело до звуження сфери дії індуського права, що залишалося діяти головним чином у вузькій сфері релігії й особистих стосунків.

У XVII і XVIII ст. мусульманське панування змінилося англійським. Англійці не заперечували проти застосування щодо населення Індії, особливо у царині приватного права, більш знайомих йому правових норм. Проте встановлення англійського панування значно вплинуло на розвиток індуського права. Р. Давид зазначає, що цей вплив виявився двояко. Насамперед слід наголосити на його позитивній дії, оскільки було офіційно визнано (на відміну від періоду мусульманського панування) авторитет індуського права, тобто англійці визнали рівне значення мусульманського й індуського права, а англійським судам було надано право розглядати на їх основі всі спори, що не торкалися інтер-

есів англійців. З іншого боку, англійське панування, навпаки, було негативним для індуського права, бо воно спричинило глибоку його трансформацію. Наслідком цього впливу було обмеження індуського права лише регламентацією вузького кола відносин, тоді як найважливіші сфери громадського життя підпали під дію нового територіального права, що застосовувалося до всіх громадян Індії незалежно від їхньої релігійної належності¹.

К. Цвайгерт і Х. Кетц зазначають також, що застосування індуського права англійськими судами призвело до його «корозії»². Застарілі норми, що регулювали право власності, були витіснені загальним правом. І навпаки, в галузі сімейного і спадкового права діяв принцип, відповідно до якого всі справи, що стосуються спадщини, шлюбів, каст, інших релігійних звичаїв чи інститутів, вирішувалися згідно з нормами індуського права. Однак англійському судді було досить важко реалізувати цей принцип. Серед великої кількості юридичної літератури тільки деякі праці були перекладені англійською мовою із санскриту. Але навіть вони часто залишалися загадкою для суддів, які практично не мали майже ніякого уявлення про умови життя індусів і неписані правові традиції. Тож судді намагалися вирішити проблему, залучаючи до судів місцевих мандрівних знавців — пандитів, у яких англійські судді могли набути необхідних знань зі спеціальних питань індуського права. З 1864 р. від їхніх послуг відмовилися, бо судді вже мали на цей час необхідний досвід у зверненні до індуського права, та й стало більше перекладених англійською мовою юридичних книг, а найголовніше — кількість судових рішень досягла необхідного рівня, що дало можливість суддям застосовувати їх як прецеденти.

У результаті діяльності судів індуське право в період британського колоніального правління стало відрізнятися від первісного нормативного змісту дхармашастр. Це пояснюється, з одного боку, тим, що суддям була доступна тільки незначна частина літератури з класичного індуського права, перекладена англійською мовою, а це призвело до того, що вони могли спиратися тільки на ці праці, хоча існувало й багато інших джерел. А з другого боку, судді часто заповнювали прогалини і незрозумілості в традиційних текстах, звертаючись, як правило,

¹ Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози : пер. с фр. – М. : Междунар. отношения, 1996. – С. 335.

² Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права [Текст] / К. Цвайгерт, Х. Кетц : пер. с нем. : в 2 т. – Т. 1. Основы. – М. : Междунар. отношения, 2000. – С. 467–468.

до принципів загального права і створюючи при цьому, по суті, самостійні юридичні норми. Таким чином, у судовій практиці місце класичного індуського права поступово посіло так зване англо-індуське право, в якого невдовзі вже не було потреби опиратися безпосередньо на традиційні джерела писаного права, яке набуло характеру чисто прецедентного і почало широко застосовуватися індійськими судами¹.

Джерела індуського права

Джерела індуського права дуже різноманітні, що пояснюється величезним історичним відрізком, на якому вони створювалися, і релігійною специфікою цієї системи. Перші джерела датуються ще II тис. до н. е., що створює певні труднощі при їхньому вивченні, бо далеко не всі давні тексти збереглися до нашого часу. Найстарішим із них є *веди* (Ригведа, Самаведа, Яджурведа, Атхарваведа) — священні книги, в яких містяться божественні для індусів приписи. Вони були створені близько II тис. до н. е. у формі релігійних пісень, молитов і висловів. Хоча веди для індусів мають божественне походження і їх вони розглядали як джерело релігії і права, проте реальний вплив вед на суспільні відносини був вкрай незначний уже протягом довгого історичного періоду. Через те що вони містили досить незначну кількість конкретних норм права, їх значення для розвитку індуського права також оцінюється неоднозначно. Роль вед полягає не в тому, що вони є безпосереднім джерелом права, на основі якого можна регулювати конкретні суспільні відносини, а скоріше в ідеологічному підґрунті для створення інших джерел.

Давніми пам'ятками індійської літератури, що містять норми права, є *смрити*. Це санскритське слово означає «заповідану» мудрість окремих авторитетних учених і священнослужителів. Смрити являють собою релігійні, наукові і правові трактати, які коментують веди. Їх датування вкрай складне, оскільки індуїстські уявлення про безупинно поточний світовий процес без початку й кінця заперечували хронологічну впорядкованість історичних подій. Тому можна лише приблизно назвати час створення смрити — між 800 р. до н. е. і 200 р. н. е. Теоретично вважається, що всі смрити засновані на священному відкритті — на ведах. Тож, якщо текст смрити суперечить ведам, то він не

¹ Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права [Текст] / К. Цвайгерт, Х. Кетц : пер. с нем. : в 2 т. – Т. 1. Основы. – М. : Междунар. отношения, 2000. – С. 467–468.

може застосовуватися. З огляду на те, що в самих ведах дуже мало правових норм, це правило фактично не застосовувалося. При цьому вважалося, що авторам смрити ще були відомі багато з нині загублених текстів вед. Як вважають деякі дослідники, джерела смрити слід шукати у звичаях і ритуалах, характерних для релігійних культів і соціального життя індусів того періоду. Таким чином, стає очевидним (хоча ортодоксальне вчення цього не визнає), що смрити різняться між собою, бо вони створювалися в різні епохи і кожен автор прагнув врахувати нові звичаї, що постійно народжувалися¹.

Серед текстів смрити виокремлюють *дхармасутри* — перші відомі збірники зафіксованих у письмовій формі конкретних правових норм, що визначають, як повинна поводитися людина відповідно до свого місця в кастовій ієрархії стосовно богів, царя, священників, предків, членів своєї родини, сусідів, тварин. Найстаріші дхармасутри — Гаутами, Бауд-хаяни, Апастамби, Васиштхи — виникли в VI–III ст. до н. е.

Наступним кроком у розвитку смрити стали *дхармашастри* — збірники норм (дхарми), які створювалися у брахманських школах та мали форму віршів. Найвідоміші з них — закони Ману, закони Яджнавалк'я, закони Нарада, що, як гадають дослідники минулого, складені в період між I ст. до н. е. і III–VI ст. н. е.² У них вперше даються відносно впорядковані і зрозумілі норми, що за сучасними поняттями відповідали б нормам цивільного, кримінального і процесуального права. Авторитет того чи іншого трактату, що викладає дхарму, остаточно і незмінно встановлений традицією. Дхармашастри, визнані такими, є одним цілим, незалежним від дати створення кожної з них. Щоб пізнати дхарму, слід враховувати весь цей комплекс. Її знання неможливо почерпнути з якоїсь окремої праці, хоч би який авторитет вона мала: шастри роз'яснюють і доповнюють одна одну. У правовій теорії склалася релігійна установка, що норми всіх дхармашастр мають рівне значення і не можуть одна одній суперечити. Закони Ману закріплювали, «коли є протиріччя у двох частинах священного відкриття, то вони обидва вважаються дхармою...»³.

¹ Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права [Текст] / К. Цвайгерт, Х. Кетц : пер. с нем. : в 2 т. — Т. 1. Основы. — М. : Международ. отношения, 2000. — С. 465.

² Антология мировой правовой мысли [Текст] : в 5 т. Т. I. — С. 399–467.

³ Крашенинникова, Н. А. Индусское право: история и современность [Текст] / Н. А. Крашенинникова. — М. : Изд-во Моск. ун-та, 1982. — С. 23.

В ієрархії джерел права в Давній Індії особливого значення надавалося *артхашастрам* — творам, що охоплюють філософські, соціально-політичні й економічні проблеми державної діяльності. До нас дійшла одна артхашастра, приписувана Каутільє — раднику царя Чандрагупті¹. Головний її зміст — розгляд дхарми царя, внутрішньої і зовнішньої політики, у центрі уваги якої стоїть поняття вигоди, користі (артхи). Дхармашастри визнають артхашастру як джерело права. Був визнаний пріоритет дхармашастр над артхашастрами. «Дхармашастри мають більше значення, ніж артхашастри, — таке правило», — проголошує Яджнавалк'я².

Важливими джерелами права були *нибандхи* (або *нибандхази* за Р. Давидом), що являють собою збірники коментарів до дхармашастр. Нибандхи склалися між XI ст. і кінцем XVII ст. Їх мета — пояснити часто незрозумілий зміст дхармашастр, усунути явні суперечності між ними, зробити їх доступнішими простим людям. Так, деякі автори витягали зі старих текстів і систематизували відповідні уривки, що їх можна було застосувати в сучасних їм умовах. У такий спосіб було «модернізовано» чимало норм, а багато застарілого юридичного матеріалу зовсім вилучено з правового обороту. Інші автори писали коментарі до текстів, що стосувалися окремих галузей права, таких як спадкове чи право усиновлення. Найавторитетнішим текстом із цих джерел права вважається «Митакшара» — коментар до законів Яджнавалк'я, складений у XI–XII ст.³ Ще одним визнаним збірником коментарів був «Дайябхага», створений у XII ст. Вважалося, що для всіх укладачів цих коментарів смрити мали обов'язковий характер, бо відповідно до офіційної доктрини їх джерелом були веди. Оскільки ці тексти налічували багато сотень років, часто мали прогалини і суперечили один одному, то коментаторам надавалося широке поле для їх трактування, що здійснювалося згідно зі складними правилами спеціальної теорії тлумачення. Однак у кінцевому підсумку на результат тлумачення впливали звичаї, що склалися з часом у практиці тієї місцевості, де проживав відповідний автор. З огляду на географічну, кліматичну й національну розмаїтість Індії, немає нічого дивного в тому, що визнання ряду авторів мало вузькорегіональний характер. Внаслідок усього цього в XI–XII ст.

¹ Антология мировой правовой мысли [Текст] : в 5 т. Т. I. – С. 385–399.

² Крашенинникова, Н. А. Индусское право: история и современность [Текст] / Н. А. Крашенинникова. – М. : Изд-во Моск. ун-та, 1982. – С. 25–26.

³ Антология мировой правовой мысли [Текст] : в 5 т. Т. I. – С. 467–473.

поступово склалися дві правові школи — Дайябхага в Бенгалії і Митакшара, які дали початок численним родинним школам і набули поширення по всій Індії¹.

Крім того, в індуському праві завжди визнавалися як джерела права стародавні місцеві *звичаї*, що їх з давніх часів застосовували певні касти й родини. А це означає, що у випадку, якщо такі звичаї відомі суду чи можуть бути доведені, вони не тільки повинні ним враховуватися при тлумаченні норм смрити і коментарів, а навіть можуть мати пріоритет перед ними. За законами Ману і Яджнавалк'я, слід утримуватися від застосування правила поведінки, встановленого текстами, якщо суспільство його не сприймає.

Законодавство й судова практика ніколи не визнавалися джерелами індуського права. Вони розглядаються як виправдане для управління явище, яке має тимчасовий характер, і через те не можуть містити норм права, позаяк норми права повинні мати постійний характер. Отже, джерелом класичного індуського права доколоніального періоду були в основному праці богословів та правознавців, які відбивали також існуючі у суспільстві звичаї.

Сучасне право Індії

Індуське право і право Індії (індійське право) — різні правові системи. Якщо індуське право — це право громади, яка сповідує індуїзм, то право Індії — це національна правова система, дія якої поширюється на територію всієї держави, на всіх громадян незалежно від їх національності й належності до певної релігійної громади. Так, на даний час в Індії одночасно діє декілька правових систем — індуське право, мусульманське право і національна правова система Індії.

Індійське право (чи, як його називає Р. Давид, територіальне) склалося в період, коли країна перебувала під колоніальним управлінням Англії. Створення такого права було найкращим способом регулювання відносин між людьми, які належать до різних релігійних громад. Крім того, і мусульманське, й індуське право залишали поза сферою свого регулювання дуже важливі верстви населення Індії — національні меншини: християн, євреїв, парсів, а також осіб, належність яких до тієї чи іншої релігійної громади викликала сумнів. Територіальне право враховувало цю частину

¹ Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права [Текст] / К. Цвайгерт, Х. Кетц : пер. с нем. : в 2 т. – Т. 1. Основы. – М. : Междунар. отношения, 2000. – С. 465–466.

населення, що стала численною особливо з того часу, коли в 1833 р. Індія стала відкритою для європейців і коли під впливом різних чинників бар'єри між різними релігійними громадами стали менш суворими. Нарешті, і мусульманське, й індуське право фактично мали величезні прогалини, хоча теоретично могли регулювати будь-які види відносин. Бурхливий розвиток Індії вимагав, щоб для регулювання нових відносин було створено територіальне право — загальне як для мусульман та індусів, так і для населення, що сповідує інші релігії¹.

У формуванні й розвитку національної правової системи помітну роль відіграють законодавчі акти, створені для Індії англійцями, які використовували досвід свого загального права. У колоніальний період були проведені роботи із систематизації законодавства, створені закони й кодекси, які в певному розумінні значно випередили право, що діяло в самій Англії. Створення права на світській основі було саме по собі дуже прогресивним і абсолютно необхідним рішенням у країні, де діяло одночасно індуське й мусульманське право.

У 1947 р. британський парламент прийняв закон про незалежність Індії, яка одержала статус домініону. Відповідно до Вестмінстерського статуту 1931 р. за домініонами визнавався державний суверенітет. Проте в 1950 р. Індія відмовляється від статусу домініону і проголошує себе республікою, залишаючись при цьому в складі Співдружності, очолюваної Британською Кораною².

Здобуття незалежності дало новий імпульс для розвитку індійського права. Рішучий крок у реформуванні правової системи країни було зроблено з прийняттям Конституції 1950 р., що проголосила світський характер держави. Конституція закріпила досить широкий перелік демократичних прав і свобод громадян, а також встановила їх гарантії, насамперед можливість звернення до Верховного суду у разі порушення конституційних прав і свобод.

Перетворення Індії на незалежну державу не означало відмови від укорінених правових концепцій і прийнятого в колоніальний період законодавства. У Конституції міститься підтвердження того, що створене раніше право продовжує діяти. Водночас Верховний суд країни визначив, що британські акти застосовуються, якщо вони не суперечать

¹ Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози : пер. с фр. — М. : Междунар. отношения, 1996. — С. 343.

² Конституционное (государственное) право зарубежных стран [Текст] : учебник : в 4 т. Т. 4. Часть Особенная: страны Америки и Азии / отв. ред. проф. Б. А. Страшун. — М. : Норма-Инфра-М, 2001. — С. 365–366.

національному суверенітету. У 1960 р. був прийнятий Закон про британські акти, призначені для застосування в Індії, яким були скасовані 258 британських статутів.

Протягом другої половини ХХ ст. правова система Індії розвивалася, спираючись водночас на цінності традиційного індуського й адаптованого загального права, а також широко використовуючи позитивний досвід інших правових систем. При цьому вплив англійської правової культури залишається переважним.

Закон і судовий прецедент — *головні джерела права сучасної Індії*. Законодавство й рішення судів повинні відповідати Конституції. Контроль за конституційністю законів здійснює Верховний суд. Найважливішим джерелом індійського національного права є судовий прецедент. Конституція Індії (ст. 141) установила, що суди країни повинні діяти відповідно до прецеденту, створеного Верховним судом. Рішення Високого суду штату обов'язкові для всіх нижчестоящих судів відповідного штату. Високий суд, на відміну від Верховного суду, зв'язаний власними рішеннями, тоді як рішення Високого суду одного штату не обов'язкові для Високого суду іншого.

Важливу роль у встановленні індійського права відіграв **звичай**, хоча нині його роль незначна — він поставлений у підлегле становище щодо писаного права. Норми звичаїв застосовуються судами у разі прямої вказівки на них закону або відсутності законодавчих положень з конкретного питання.

Після досягнення незалежності система індуського права, на відміну від мусульманського, зазнала значних змін, головним інструментом яких став закон. Прагнення до незалежності поставило на порядок денний плани кодифікації індуського права. Уже після здобуття незалежності в 1947 р. індійський уряд подав парламенту проект кодексу індуського права, у якому була зроблена спроба створити єдину законодавчу основу для сімейного і спадкового права. Цей проект зустрів рішучу протидію з боку консерваторів. Після бурхливих дебатів у парламенті й суспільстві індійський уряд був змушений відкликати його. Надалі цей проект став втілюватися в життя іншим шляхом. Найважливіші матеріали індуського права стали предметом численних законопроектів. Так, у 1955 р. першим набрав чинності закон про шлюб індусів, який уніфікував сімейне право і привів його у відповідність до вимог сучасності, а в 1956 р. були прийняті три нових закони — акт про неповнолітніх дітей та опіку, про спадкові права та закон про усиновлення й утримання. З набранням ними чинності велика частина

індуського права була кодифікована. Таким чином, нині індійські судді й адвокати передусім керуються нормами нових законів і рішеннями судів, прийнятими на їх основі. Правові трактати індуського права вони можуть застосовувати, у разі якщо вони не суперечать законодавству, однак суди посилаються на них украй рідко.

На сьогодні індуське право безпосередньо використовується при розгляді таких питань: регламент особистого статусу, включаючи шлюб і розлучення, неповноліття й опікунство, родинні зв'язки, усиновлення, сімейна власність, аліментні зобов'язання, спадкування, релігійні інститути, спільна власність, елементи договірної права, кастове право й відлучення від релігії. Для застосування цього права були створені окремі суди панчаятів — суддів, які обираються населенням зі свого середовища й виконують обов'язки на громадських засадах. Суди панчаятів у всіх штатах є початковою інстанцією щодо цивільних справ. Однак їх компетенція значно обмежена — вони розглядають будь-які побутові спори між членами общини, сусідами (пошкодження рослин, худоби, начиння, усунення перешкод у користуванні майном, ріллі), майнові спори на суму не більше 1 тис. рупій, порядок користування спільним або громадським майном та деякі інші юридично прості спори, застосовуючи при цьому здебільшого норми традиційного права¹.

Мусульманська громада, що є другою за чисельністю релігійною громадою в Індії, використовує для регулювання внутрішньообщинних відносин мусульманське право, яким, зокрема, регулюються питання особистого статусу, спадкування й деякі інші. Існують лише два загальнонаціональних закони, що стосуються царини мусульманського права, прийняті ще в колоніальний період: Закон про застосування мусульманського особистого права 1937 р. і Закон про розірвання мусульманського шлюбу 1939 р.

■ § 4. Іудейське (єврейське) право

Загальна характеристика іудейського права

Єврейське право є однією з найстаріших правових систем світу: його історія налічує понад три тисячоліття. Іудейському праву притаманний цілий ряд неповторних рис, які визначають його самотність і відрізняють його від інших релігійних систем.

¹ Шишкін, В. І. Судові системи країн світу [Текст] : навч. посіб. Кн. 1 / В. І. Шишкін. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – С. 263–264.

Іудейське (єврейське) право — це релігійно-правова система, що регулює суспільні відносини всередині єврейської громади, яка сповідує іудаїзм.

Характерні риси іудейського права

1. **Єврейське право є складовою частиною іудаїзму.** Як і розглянуті правові системи, воно є нерозривною частиною цієї релігії — однієї з найстаріших релігій світу. Таке співвідношення права й релігії зумовлюється кількома чинниками. По-перше, спільним походженням і збігом джерел права і джерел релігії. Відповідно до основ єврейської віри джерелом єврейського права й релігії є Божественне відкриття. Релігійні установки, що визначають ставлення людини до Творця, дотримання суботи і свят, закони кошерності та інші, є одночасно і правовими нормами, і релігійними. По-друге, з єдності релігійних і правових норм впливає суворий обов'язок єврея дотримуватися не тільки суто релігійних приписів, а й юридичних законів іудаїзму, оскільки їх порушення — не менш тяжкий гріх. У десяти заповідях веління про дотримання суботнього відпочинку і заборона вимовляти ім'я Боже всує розташовані поруч з такими, як «Не кради» і «Не вбивай» (5; 6–21)¹. Вони рівною мірою підтримуються відповідальністю перед Богом. По-третє, право й релігія поєднані однією системою правозастосування всіх норм. Ті самі органи й особи, які вирішували питання щодо релігійних відносин, вирішували й питання, пов'язані з суто правовими відносинами — майновими спорами, трудовими відносинами, конфліктами щодо купівлі й продажу тощо.

2. **Мононаціональний характер правової системи.** Йдеться про те, що іудейське право поширюється виключно на одну націю — євреїв. Цим єврейське право відрізняється від усіх інших релігійно-правових систем, таких, наприклад, як мусульманська, яка завжди була мультинаціональна і поширювала свою дію на віруючих різних національностей.

М. Елон підкреслює, що єврейський народ завжди розглядав єврейське право як власне національне надбання і як головну й істотну частину своєї культури. Перебуваючи на чужині, у вигнанні, єврейський народ продовжував існувати як нація, а не як релігійна секта, постійно

¹ Повторення Закону // Біблія, або Книги Святого письма Старого і Нового Заповіту : пер. з давньоєвр. і грецьк. – Всеукраїнське євангельсько-баптистське братство, 1988. – С. 235.

й безупинно розвиваючи своє право — найважливішу національну цінність, у якій яскраво виявляється його сутність¹. Право за таких умов виконувало в тому числі й функцію підтримки і збереження національної й релігійної самобутності єврейської нації. Одним з основних принципів іудейського права є принцип богообраності іудейського народу, його вирізнення Богом серед інших народів. «Ти народ святий для Господа, Бога свого, — стверджується у “Повторенні Закону” стосовно іудейського народу, — тебе обрав Господь, Бог твій, щоб ти був Йому обраним народом зо всіх народів, що на поверхні землі» (7; 6)². «Я — Господь, Бог ваш, що відділив вас від тих народів», — говориться в книзі «Левіт». «І не будете ви ходити за звичаями люду, що я виганяв перед вами», — попереджує Бог іудеїв, — бо все те робили вони, — і Я їх обридив» (20; 23, 24, 26)³. Для підтримки цього принципу право суворо забороняло дії, спрямовані на асиміляцію з іншими народами. Зокрема, в іудейському праві панувало табу на шлюби з неєвреями, звернення до неєврейських судових організацій та ін. «І не споріднюються з ними: дочки своєї не даси його синові, а його дочки не візьмеш для сина свого, бо він відверне сина твого від Мене», — говориться у «Повторенні Закону» (7; 3, 4)⁴.

3. Існування та розвиток єврейського права при відсутності протягом значного історичного періоду своєї держави. Історія розвитку єврейського права є унікальною у світовій історії. Виникнувши понад три тисячоліття тому, воно здолало шлях, який не змогла пройти жодна інша правова система. Річ у тім, що наука традиційно розглядає виникнення й існування права і держави як нерозривні явища, що обумовлюють один одне. Із цієї загальної закономірності вибивається тільки історія становлення іудейського права. Євреї як нація спочатку сформували свою державу — Єврейське царство, яке через внутрішні суперечності розпалося на два — Іудею (південне царство) й Ізраїль (північне царство). У межах саме цих держав певний час існувало й розвивалося іудейське право. Однак після падіння обох єврейських царств євреї надовго втратили свою державність. Звичайно, коли право позбавлене державної підтримки, існувати воно не може й поступово відмирає. Така доля спіткала багато правових систем, які зникли

¹ Элон, М. Еврейское право [Текст] / М. Элон : пер. с иврита / под общ. ред. И. Ю. Козлихина. — СПб. : Юрид. центр пресс, 2002. — С. 39.

² Повторення Закону // Біблія. — С. 237.

³ Левіт // Біблія. — С. 159.

⁴ Повторення Закону // Біблія. — С. 237.

слідом за падінням держави. Однак єврейському праву судилася інша доля: воно не лише не деградувало і не загинуло, а й змогло розвиватися саме в той період, коли була втрачена державність. Знову здобути її єврейський народ зміг тільки в 1948 р., коли була проголошена держава Ізраїль. Таким чином, іудейське право протягом майже двох тисячоліть існувало й розвивалося в умовах повної відсутності державності в народі і відповідно державної підтримки цього важливого соціального інституту.

І. Ю. Козліхін наголошує ще на одній особливості державно-правового розвитку в цей період. Він пише, що справа навіть не в тому, що євреї, втративши національну державність, відродили її через два тисячоліття. Багато народів узагалі ніколи її не мали, інші втрачали її і знову завойовували (щодо цього показовим є приклад українців, які то здобували, то втрачали державність — *Д. Л.*), що аж ніяк не проти-природно, бо при цьому вони залишалися на своїй території — історичній батьківщині, що й додавало їм життєвих сил. Євреї ж утратили не тільки державність, а й землю. Протягом багатьох століть вони жили на території чужих для них держав, в оточенні іншої культури, часто навіть ворожої. За таких умов вони не просто зберегли своє національне право, а й активно розвивали його¹. Цьому істотно сприяла наявність судової й адміністративної автономії єврейських громад у різних країнах. Так, у Європі аж до XVIII ст. за єврейськими громадами визнавалося право на самоврядування й судочинство. Розгляд справ у єврейських судах відбувався на основі традиційних джерел іудейського права. Унаслідок цього упродовж століть накопичилась величезна кількість судових рішень із найрізноманітніших питань, що також сприяло розвитку іудейського права.

4. *Норми іудейського права переважно містять обов'язки та заборони.* Як і в інших релігійних системах, в іудейському праві переважають норми, що забороняють і зобов'язують, над тими, що уповноважують, — імперативні над диспозитивними. Акцентуючи увагу на цій рисі, деякі ізраїльські вчені характеризують іудейське право як комплекс «всеохоплюючих обов'язків, що регулюють всі аспекти єврейського життя»². Вони охоплюють норми, які упорядковують ставлення членів іудейського суспільства до Бога, його законів і заповідей,

¹ Элон, М. Еврейское право [Текст] / М. Элон : пер. с иврита / под общ. ред. И. Ю. Козлихина. – СПб. : Юрид. центр пресс, 2002. – С. 20.

² Цит. за: Марченко, М. Н. Курс сравнительного правоведения [Текст] / М. Н. Марченко. – С. 911.

до релігійних ритуалів, до своєї держави, суспільних інститутів, до інших членів громади й іновірців. У деяких випадках прямо передбачено санкції за порушення певних норм. Так, заборона «Не вбивай» підкріплюється санкцією «Хто вдарить людину, і вона вмре, той конче бути забитий» (21; 12)¹.

Джерела іудейського права

Іудейське право виникло і протягом досить значного історичного періоду існувало в неписаній формі. Це історично перше джерело дістало назву *каббала*. Правила поведінки в той період заучувалися напам'ять і передавалися з покоління в покоління в усній формі, оскільки існувала заборона на її письмову фіксацію. Ця заборона, яку можна пояснити принципом богообраності єврейського народу, була спрямована на те, щоб постулати іудейської віри не стали надбанням інших народів. Зняття заборони на письмове закріплення іудейського права було викликано побоюванням, що значні блоки норм можуть бути або перекручені, або забуті й загублені для нащадків. Питання про те, коли були складені перші письмові збірники, ще й дотепер залишається дискусійним. Дослідники розходяться в датах, називаючи і III, і V століття. З того часу письмові джерела — *Святе Письмо* — набули великого значення в системі єврейського права.

Найважливішим джерелом іудейського права є *Старий Заповіт* — частина Біблії, яка складається з декількох книг, написаних до пришествя Христа². Інша частина Біблії — *Новий Заповіт*, книги якого, не позначені іудаїзмом, були складені вже після пришествя. Оскільки іудаїсти визнають священними тільки заповіді Старого Заповіту, його іноді називають єврейською Біблією.

Серед книг Старого Заповіту особливе місце посідає *Тора (П'ятикнижжя Мойсеєве)*. За переказом, вона була передана Мойсеєм Богом на горі Синай. Тора — найважливіше, основоположне джерело, що традиційно розглядається в іудейському праві як своєрідна конституція єврейського народу. За змістом вона являє собою викладені у віршовій формі різноманітні заповіді іудаїзму. Така форма викладу викликала надалі зростання значення інтерпретацій і тлумачень Тори для застосування її в практичній діяльності. За структурою вона складається з декількох частин і містить п'ять книг — «Берешит» (Буття),

¹ Вихід // Біблія. – С. 102.

² Старий Заповіт // Біблія.

«Шмот» (Вихід), «Віакра» (Левит), «Бемідбар» (Числа), «Дварим» (Повторення Закону).

Перша книга «Буття» розпочинається з моменту створення з хаосу світу і містить оповідання про народження людства, насамперед єврейського народу, його правила поведінки, звичаї і традиції. Друга — «Вихід» — розповідає про вихід іудеїв з Єгипту. Третя — «Левіт» — оповідає про вирізнення з іудейського суспільства привілейованого коліна Левітів, до обов'язку яких входило відправлення релігійних культів та обрядів. Четверта книга «Числа» оповідає про літочислення єврейського народу. П'ята — «Второзаконня» — являє собою своєрідну спробу систематизувати правила поведінки, викладені в перших чотирьох книгах¹.

Важливим джерелом іудейського права є *Талмуд*. Після Біблії це найважливіша і свята книга єврейського народу. За своєю структурою Талмуд неоднорідний: він являє собою багатотомний збірник єврейських релігійних, правових та етичних норм, складених у період IV ст. до н. е. — V ст. н. е. Він поділяється на дві основні частини — Мишна і Гемара. Мишна — це збірник правил поведінки, складений єврейськими мудрецами протягом перших двох століть нашої ери, де закріплені норми неписаного права, систематизовані різноманітні звичаї, правила моралі й закони єврейського народу. Гемара — своєрідна інтерпретація і тлумачення норм Мишни, що протягом III–V ст. давали рабини (служителі культу). У III ст. була створена Ієрусалимська Гемара, а в V ст. — Вавилонська. У літературі їх частіше називають Ієрусалимським і Вавилонським талмудами. До талмудичної літератури належать також *Барайти* — тексти, не включені в Мишну і згодом об'єднані в окремі джерела.

Джерелом іудейського права є також *Мидраш (або Мидрашим)*, що тлумачить і інтерпретує Тору. Формування подібного джерела пояснюється кількома причинами: по-перше, необхідністю чіткого з'ясування розпоряджень Тори, яка мала складно усвідомлювану віршову форму; по-друге, об'єктивною необхідністю пристосування Тори до змінюваних суспільних відносин.

Співвідношення значення і впливу Тори та інших джерел Святого Письма протягом історії змінювалося. Як зазначає М. Елон, спочатку Тора була джерелом, яким керувалася і вчена людина у своїх заняттях, і суддя, який приймав рішення. Але після завершення редагування

¹ П'ятикнижжя Мойсееве / Біблія.

Талмуду Тора залишилася чимось на зразок конституції єврейського права, а талмудична література — Мишна, Мидрашим, Барайти, Ієрусалимський і Вавилонський талмуди — стала основним джерелом права. Тільки базуючись на них, учений навчав своїх учнів праву, а суддя виносив вирок¹.

Джерелом іудейського права є також *звичай*. Звичаї історично являють собою загалом перше джерело права у всіх народів, у тому числі й у євреїв. Ще до появи текстів Святого Письма євреї дотримувалися певних звичаїв, що регулювали їхні взаємовідносини. Після створення Тори виникла необхідність узгодження їх із релігійними заповідями. Частина звичаїв було визнано й узаконено Торою, частину скасовано або змінено. Причому в деяких випадках визнавалися звичаї, що суперечили релігійним джерелам. Таким чином звичаї доповнювали і змінювали зміст іудейського права. Так, спочатку єврейське право не знало інституту позовної давності, тому позивач мав право звернутися до суду незалежно від давності зобов'язання. Але поступово склався звичай, відповідно до якого встановлювалося обмеження права звернення до суду трьома або шістьма роками.

Законодавство (постанови й укази) мудреців є ще одним джерелом іудейського права. Слід зазначити, що термін «законодавство» вживається в єврейському праві не в класичному розумінні як нормативно-правовий акт уповноваженого державного органу. Під ним мають на увазі акти, прийняті авторитетними релігійними діячами — мудрецьями, які встановлювали нові правила для віруючих. Наявність подібного джерела права суттєво відрізняє іудейське право від інших релігійних систем — мусульманської й індуської, які позбавляють права людину змінювати норми, даровані Богом. Традиційно ці системи допускали часткову зміну первісних норм тільки шляхом нового тлумачення священних текстів. Єврейське право дозволяє приймати правила поведінки, джерелом яких є не Бог, а людина. Це стає можливим у разі зміни суспільних відносин, коли необхідно змінити існуючі норми або прийняти нові. Право мудреців змінювати існуючі норми і приймати нові обґрунтовується розпорядженнями Тори — вищого джерела єврейського права.

Рішення єврейських судів завжди визнавалися окремим джерелом іудейського права. Формуванню цього джерела сприяла наявність су-

¹ Элон, М. Еврейское право [Текст] / М. Элон : пер. с иврита / под общ. ред. И. Ю. Козлихина. – СПб. : Юрид. центр пресс, 2002. – С. 77.

дової автономії єврейських громад, яку вони мали в багатьох країнах. Протягом століть суди вирішували найрізноманітніші проблеми, що виникали повсякчас у практичному житті громади, використовуючи всі джерела іудейського права. Необхідно зазначити, що поступово склався принцип, відповідно до якого суди мали право приймати рішення, яке відрізнялося від передбачених в інших джерелах права, якщо вважали, що його буквальне застосування буде порушенням справедливості. Таким чином завдяки діяльності єврейських судів протягом століть змінювалися норми іудейського права.

Збірки різноманітних судових рішень становлять важливу частину юридичної літератури. Прикладом такої збірки є «Питання і відповіді». Вона містить судові рішення з усіляких життєвих проблем, які вирішували видатні єврейські правознавці, що жили в різних країнах за всіх часів. У межах цієї збірки дослідники налічують майже триста тисяч таких рішень.

Сучасне право Ізраїлю

Єврейський народ утратив свою державність і розвивався за таких умов майже два тисячоліття. Тільки в 1948 р., як уже говорилося, він утворив свою державу Ізраїль. Проте єврейське право і право Ізраїлю — це різні правові системи.

Правова система Ізраїлю має змішаний характер. У ній перехрещуються риси романо-германського, загального права і релігійних правових систем — іудейського, мусульманського і канонічного права. Це пояснюється тим, що територія сучасного Ізраїлю протягом століть переходила від однієї держави до іншої. Протягом чотирьох століть (1517–1917) ця територія була провінцією Туреччини, внаслідок чого застосовувалося право Османської імперії, у тому числі джерела мусульманського права і закони, створені за французьким зразком. У 1918–1947 роках цією територією правила Велика Британія, діставши мандат від Ліги Націй. У цей період спостерігається експансія загального права і права справедливості на підмандатні території. Проте за спеціальним Декретом судам надавалося право застосовувати також законодавство Османської імперії, прийняте до 1914 р.

На підставі резолюції 181 Генеральної асамблеї ООН від 29 листопада 1947 р. було скасовано мандат Великої Британії на управління країною і 14 травня 1948 р. проголошено державу Ізраїль. Відповідно до Декларації незалежності Ізраїль — єврейська держава. Проте єврейське право не стало основною складовою його права. Історично склалося так, що на цих

територіях проживали не тільки євреї, а й араби, які становлять близько 20 відсотків населення, і на які, звичайно, не могло поширюватися іудейське право. Крім того, всередині єврейської громади не було єдності з питання релігійного чи світського статусу держави.

На сьогоднішній день, як зазначають дослідники, іудейське право розглядається як одна з підсистем ізраїльського права¹. Крім іудейського права в ньому вирізняють ще кілька підсистем. Насамперед це джерела права, що залишилися в спадщину Ізраїлю від Османської імперії й Великої Британії. Вони застосовуються на основі Декрету, прийнятого в 1948 р., який передбачав, що закони, які не суперечать Декларації незалежності і законам Ізраїлю, зберігають свою юридичну чинність. Особливою підсистемою є мусульманське право, що застосовується всередині арабської громади Ізраїлю. Причому згідно із законом про судову владу від 1984 р. мусульманське право застосовують шаріатські суди, що вирішують питання, пов'язані з особистим статусом (шлюби, аліменти, розлучення, усиновлення та ін.). Крім того, як основну підсистему виокремлюють **сучасне ізраїльське право**, прийняте після проголошення незалежності. На даний час його джерелами є **закони, підзаконні акти, судові прецеденти і правові звичаї**.

Специфікою правової системи сучасного права Ізраїлю можна вважати відсутність конституції як єдиного політико-правового акта, якому притаманна вища юридична сила в системі джерел права. З деякими застереженнями можна говорити про те, що в Ізраїлі її замінюють окремі **Основні закони**. Натепер прийнято понад десять таких законів (про Кнесет, президента, уряд, судоустрій, вибори та ін.). Основні закони приймаються і змінюються в такому ж порядку, як і звичайні. Основна відмінність полягає в тому, що вони не можуть бути припинені чи змінені постановами про надзвичайний стан. Ще однією їхньою особливістю є наявність так званих «укріплених» статей, які змінюються не простою, а кваліфікованою більшістю голосів членів парламенту. У 1955 р. було закріплено пріоритет Основних законів над звичайними, а Верховний суд отримав право перевіряти зміст звичайних законів на відповідність Основним.

Вплив англійського права знайшов свій вияв, зокрема, у визнанні **судового прецеденту** повноправним джерелом ізраїльського права, хоча самі англійські судові прецеденти після 1948 р. не мають

¹ Марченко, М. Н. Курс сравнительного правоведения [Текст] / М. Н. Марченко. – С. 947.

обов'язкового характеру. Суди Ізраїлю зараз орієнтуються більше не на англійську, а на американську судову практику. Відповідно до закону від 1957 р. кожен суд зобов'язаний керуватися судовим прецедентом, встановленим вищим судом. Прецедент, встановлений Верховним судом, є обов'язковим для всіх судів, крім нього самого. Внаслідок цього в Ізраїлі склався особливий звід прецедентного права на базі рішень Верховного суду.

Звичаї визнаються джерелом ізраїльського права у разі прямої вказівки закону або виходячи з багаторічної практики його застосування. Низка звичаїв набула великого поширення в Ізраїлі (наприклад, обов'язок роботодавця попереджати працівника про звільнення за два тижні) і захищаються судовою системою.

Сьогодні **іудейське право** регулює тільки деякі види суспільних відносин, пов'язані з особистим статусом євреїв. Іудейське право застосовується рабинськими судами, які згідно із законом від 1984 р. є складовими елементами судової системи Ізраїлю і мають виключну юрисдикцію щодо всіх справ, що стосуються шлюбів та розлучень, а також деяких інших справ.

Іудейське право активно впливає на право Ізраїлю, що виявляється насамперед у закріпленні на державному рівні принципів і норм іудейського права. Так, Декларація незалежності закріпила принцип, відповідно до якого Ізраїль визнавався єврейською державою. Надалі цей принцип знаходить своє підтвердження в низці законодавчих актів, схвалених парламентом. Так, у 1992 р. Кнесет прийняв «Основний закон про повагу людської особистості та її свободи», у якому говориться, що мета цього закону — захистити право людини на повагу і свободу, поєднавши його з основними цінностями Ізраїлю як держави єврейської і демократичної. Принципи єврейського права нині знаходять широке втілення не тільки в законах, що регулюють шлюбно-сімейні відносини, а й у кримінальному, цивільному та трудовому праві.

§ 5. Канонічне право

Загальна характеристика канонічного права

Сучасна література з порівняльного правознавства практично не приділяє уваги цій релігійно-правовій системі. Як і у випадку з іудейським правом, це пояснюється дуже незначним її поширенням у сучас-

ному світі. Однак канонічне право являє собою досить цікавий об'єкт для вивчення, оскільки має унікальні риси і власний вплив на розвиток права в Європі.

Канонічне право — це релігійно-правова система, що регулює суспільні відносини всередині громади, яка сповідує християнство. Назва цієї правової системи походить від грецького терміна «канон», який спочатку означав усяке знаряддя для проведення прямих ліній або для рівняння площин, але згодом його зміст змінився і ним почали називати правила християнської віри і життя. У вузькому — юридичному значенні — цей термін почали вживати для позначення правил поведінки (норм), прийнятих церквою для впорядкування суспільних відносин усередині християнської громади.

Щоб зрозуміти, що ж таке релігійна канонічна система права, необхідно співвіднести між собою два поняття — канонічне і церковне право, які не завжди досить чітко розрізняють. Їх відмінність можна провести за походженням і змістом норм. Канонічне право створюється тільки самою церквою і складається з норм, що визначають не тільки церковні, а й інші правовідносини, які впродовж середніх віків становили предмет її юрисдикції. Церковним же, навпаки, називається право, що регулює відносини виключно церковні, хоча створено воно може бути в тому числі й державою. Отже, з точки зору логіки ці поняття перетинаються, але не збігаються¹.

Характерні особливості канонічного права

1. **Нерозривний зв'язок з релігією — християнством.** Християнство виникло в другій половині I століття в Палестині. У IV ст., у роки правління імператора Костянтина, воно стає державною релігією Римської імперії. Це вплинуло на подальше поширення релігії, оскільки Римська імперія охоплювала величезні території в Європі, Азії й Африці. Користуючись політичною, економічною й ідеологічною підтримкою держави, християнство за декілька століть перетворилося з порівняно невеликого культу на одну з трьох найпоширеніших світових релігій. Церковна організація розвивалася на основі принципу централізації: єпископії й митрополії поєднувалися в патріархії на чолі з патріархом. Основні догмати християнства викладені в 12 пунктах Символу віри, прийнятих на перших всесвітніх соборах у 325 і 381 рр.

¹ Павлов, А. С. Курс церковного права [Текст] / А. С. Павлов. — СПб. : Лань, 2002. — С. 11.

Відповідно до них християни повинні вірити в єдиного Бога, що виступає в трьох особах: Бога-Отця, Бога-Сина, Бога-Духу Святого.

Необхідно зазначити, що до XII ст. термін «канонічне право» практично не застосовувався, бо не існувало окремої системи норм права, яка б відрізнялася від суто релігійних норм, що регулюють питання віри, культу тощо. Норми права й норми релігії були тісно переплетені. При цьому в християнстві завжди була присутня ідея богоугодного характеру права, його всеприсутності в божественній світобудові. Тому порушення норм права завжди розглядалося як гріх.

2. Систематизований характер канонічного права. У процесі систематизації виокремлюють два періоди. На першому етапі воно мало несистематизований і децентралізований характер. З моменту виникнення християнства церква приймала безліч канонів церковних соборів і синодів, декретів і рішень окремих єпископів. Було випущено безліч укладень про покарання (довідників для священиків), що містили опис різних гріхів і покарань, які накладаються за них. Проте до XI ст. не було спроб систематизувати накопичений за тисячоліття звід канонічного права. Крім того, збірники канонів не були загальноєвропейськими в християнському світі, а мали лише регіональне значення.

І лише на другому етапі, під час так званої Папської революції, ця риса стала відчутна — розпочалося вирізнення церковних законів в окрему релігійну систему норм та їх систематизація. У 90-х роках XI ст. Івон Шартрський уперше зробив спробу систематизувати й викласти все право церкви. Рух із узагальнення законів церкви досяг кульмінації у 1140 р. у трактаті Граціана, авторитет якого був загальноєвропейським. Ним користувалися і на нього посилювалися папи, церковні собори й церковні суди. Нарешті, при папі Григорії IX у 1234 р. вийшло повне зібрання декреталій, що складалося приблизно з двох тисяч розділів, у якому узагальнювалася і систематизувалася майже столітня праця. У 1298 р. вийшла збірка декреталій, виданих папою Боніфацієм VIII, а в 1317 р. — збірка декреталій папи Клементія V. З 1583 р. ці чотири компіляції стали офіційно йменуватися Зводом канонічного права¹. Частиною Зводу вважаються (хоча вони й не включені в нього офіційно) ще два тексти, складені незабаром після правління папи Іоанна XXII. Крім цих основних текстів класичного канонічного права, існують авторитетні тлумачення і коментарі, з яких найбільш важливими були твори Гугуччіо

¹ Аннерс, Э. История европейского права [Текст] / Э. Аннерс : пер. с швед. — М. : Наука, 1994. — С. 184.

й Іоанна Германця. Подальша систематизація канонічного права була продовжена в 1904 р., коли папа Пій X створив комісію для розробки нового Кодексу канонічного права. До 1914 р. робота була завершена, й у тому ж році папа Бенедикт XV видав новий Кодекс канонічного права, що набув чинності у 1918 р.¹ З 1984 р. набув чинності новий Кодекс канонічного права. Таким чином, на другому етапі норми канонічного права знайшли певну автономію всередині релігійних норм і сформувалися в окрему самостійну систему.

3. Канонічне право в Європі розвивалося в умовах становлення особливого політико-правового статусу Римської церкви. Між державою і релігійними організаціями часто виникали протиріччя, пов'язані з боротьбою за владу над людьми. Проте загальновизнаним є факт, що будь-яка релігійна організація завжди існує в рамках тієї чи іншої держави і завжди її влада підпорядковується суверенній владі цієї держави. Особливістю статусу християнської церкви в середні віки стала її боротьба за побудову єдиної централізованої церкви на чолі з Папою Римським, яка була б незалежна від державної влади. Ця боротьба, що дістала назву Папської революції, точилася в XI–XII ст. і відіграла ключову роль у розвитку канонічного права. Саме вона, як указує Г. Берман, породила західні правові системи Нового часу, першою з яких стала система канонічного права².

Папська революція поставила два завдання: по-перше, побудова єдиної централізованої церкви, що охоплює весь християнський світ, управління якою здійснюється виключно Папою Римським; по-друге, проголошення незалежності й верховенства влади церкви над державною владою, втіленням якої був імператор. Під час революції папа Григорій VII у 1075 р. видав документ за назвою «Диктати папи», що складався з 27 положень, серед яких були такі: 1) римська церква заснована єдиним Господом; 2) тільки римський єпископ по праву зветься всесвітнім; 3) він один має право скидати і поновлювати єпископів; 7) йому одному, відповідно до потреб, дозволено створювати нові приписи; 9) одному лише папі всі князі повинні цілувати ноги; 12) він може скидати імператорів; 17) жодний припис або їхня збірка не можуть вважатися канонічними без його схвалення³.

¹ Берман, Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования [Текст] / Г. Дж. Берман : пер. с англ. – М. : Изд-во МГУ : Инфра-М – Норма, 1998. – С. 572.

² Там само. – С. 120.

³ Антология мировой правовой мысли [Текст] : в 5 т. Т. 2. – С. 236–237.

Результатом цього протистояння стало прийняття у 1122 р. Вормського конкордату. Імператор гарантував папі повну й виняткову владу над церквою і духівництвом, а також значну владу над мирянами. Папа мав вищу владу в питаннях релігійної практики й віри, він один міг давати відпущення серйозних гріхів, канонізувати святих, розподіляти індульгенції, схвалював усі зведення в духовний сан, установлював функції й повноваження всіх служителів церкви, створював і скасовував єпархії, став головним управителем усієї церковної власності. Він законодавствував за допомогою видання декреталій, скликав і керував всесвітніми соборами, тлумачив закони, дарував привілеї й дозволи, був також верховним суддею і відправником правосуддя.

Крім того, церква набула загальної юрисдикції у справах, не пов'язаних із внутрішньоцерковними відносинами. Папа здобув владу над мирянами в питаннях віри й моралі, а також у деяких цивільних питаннях, таких як шлюб і спадщина. З деяких питань церква отримала виключну юрисдикцію, а з окремих поділяла її зі світською владою.

У результаті Папської революції церква стала особливим політико-правовим утворенням у Європі. Не будучи державою, вона, як зазначає Г. Берман, набула багатьох її ознак і оголосила себе незалежною, ієрархічною, публічною владою. Її глава — папа — мав право видавати закони, а церква проводила їх через адміністративну ієрархію, через яку папа правив так само, як нині править суверенний правитель через своїх представників. Церква тлумачила свої закони і застосовувала їх через судову ієрархію, вершиною якої була папська курія в Римі. Таким чином, вона здійснювала законодавчі, адміністративні й судові повноваження сучасної держави. На додаток до цього церква дотримувалась раціональної системи юриспруденції, канонічного права. Вона обкладала своїх підданих податком у формі десятини та інших повинностей. Через записи про водохрещення і смерть церква, по суті, вела метричні книги. Водохрещення ж надавало свого роду громадянство, якого можна було позбавитися через відлучення від релігії. Час від часу церква збирала армії¹. Жодна інша релігійна організація у світі не змогла здобути подібного політико-правового статусу.

4. Вплив римського права на процес розвитку системи канонічного права. Відкриття наприкінці XI ст. зводу законів Юстиніана, його вивчення й викладання — основні події у становленні всього

¹ Берман, Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования [Текст] / Г. Дж. Берман : пер. с англ. – М. : Изд-во МГУ : Инфра-М – Норма, 1998. – С. 118.

права в Європі. Римське право розглядалося як право ідеальне, як писане втілення розуму, принципами якого повинні керуватися всі, включаючи й церкву. Канонічне право запозичало багато понять і норм римського права, особливо в питаннях власності, спадкування й договорів. Зокрема, Граціан використовував при складанні Декрету як загальну схему побудови інституцій Юстиніана, так і величезну кількість виписок із джерел римського цивільного права. Римська церква протягом середніх віків у всіх своїх мирських справах керувалася виключно римським правом, ігноруючи розрізнені варварські звичаї й закони германських племен. Ось чому нерідко церква характеризується як хранителька римського права.

5. Наявність у канонічного права складної внутрішньої структури. У результаті розвитку уже в XII–XIII ст. воно являло собою не просто сукупність правил поведінки з різних питань, віднесених до компетенції церкви, а чітку систему права зі своєю структурою. Причому аналітичне об'єднання канонічного права, його докладна логічна систематизація відштовхувалися від уявлення про те, що в основі різноманіття правових норм і процедур лежить певний набір фундаментальних правових принципів і що завдання юристів — знайти ці принципи і привести право у відповідність до них. На підґрунті юрисдикції церкви над певними класами осіб і категоріями справ виникло декілька галузей канонічного права — корпоративне, кримінальне, шлюбно-сімейне, спадкове, право власності, договірне і процесуальне право.

6. Канонічне право ніколи не розглядалося як вічне і незмінне: воно змінювалося відповідно до потреб часу. Цим система канонічного права відрізняється від системи мусульманського права. Як зазначає Е. Аннерс, іслам був так прив'язаний до авторитету Корану, що законотворчість була просто неможлива. Учені тільки розробляли деталі правопорядку шляхом умоглядного філософського тлумачення окремих місць Корану. Арабські правознавці, однак, і не прагнули створити окреме право на основі раціонального аналізу текстів¹. У канонічному праві авторитет Біблії так само ніколи не оспорювався, але водночас визнавалося, що церква може приймати й абсолютно нові норми права, якщо вони не суперечать загальним принципам віри. У Диктатах папи Григорія VII, виданих у 1075 р., було вперше прямо закріплено його право створювати нові закони відповідно до вимог часу.

¹ Аннерс Э. История европейского права [Текст] / Э. Аннерс ; пер. со швед. – М. : Наука, 1994. – С. 204.

7. Створення двох систем канонічного права після розколу християнської церкви. У другій половині IX ст. протиріччя в питаннях влади між Римським і Константинопольським патріархами призвели до розколу єдиної християнської церкви на Західну і Східну, який був остаточно закріплений у 1054 р. Це надзвичайно вплинуло на використання цими церквами певних джерел канонічного права. Західна церква — католики визнали вищу владу Папи Римського і відповідно його актів — декреталій. Східна церква — православні визнають насамперед джерела, що утворилися в період всесвітніх соборів. Джерела, прийняті церквами після розколу, взаємного визнання не мають. Відмінністю цих систем є також ступінь систематизації норм права. Католицька церква пішла шляхом систематизації канонічного права, усунення внутрішніх протиріч на основі формально-логічних методів схоластики. Східна церква пішла шляхом збереження первісних традицій всесвітніх соборів, через що не знала широкої переробки та систематизації.

Джерела канонічного права

Оскільки канонічне право — це релігійно-правова система, його першоджерелом є божественна воля, що знаходить своє втілення в книгах *Святого письма — Біблії*. Християнська церква визнає священними лише книги *Нового Заповіту*¹. Норми цього божественного за походженням права є першоосною й вищим началом позитивного церковного права. Презумується, що норми церковного (людського) права не можуть суперечити праву божественному. Проте в повсякденній практичній діяльності на книги Святого Письма, як правило, не посилаються, а переважно використовують право, створене церквою.

В епоху визнання християнства в Римській імперії діяло правило, щоб у кожній церковній області місцеві єпископи не рідше одного разу на рік збиралися на собор для обговорення загальних справ і вирішення питань, викликаних місцевим церковним життям і практикою. *Постанови обласних (помісних) соборів*, що вирішують проблеми і встановлюють правила поведінки для християнської громади, стали одним із джерел канонічного права. Спочатку вони мали регіональний характер, оскільки були обов'язкові тільки для церков тієї області, де собор був вищою церковною інстанцією. Але у зв'язку з тим, що підвалини церковного життя були однакові в різних провінціях, правила деяких обласних соборів стали застосовуватися і в інших церковних

¹ Новий заповіт // Біблія. — С. 1185–1523.

областях, ставши джерелами права для всієї церкви. Подібного значення набули, зокрема, рішення семи обласних соборів, що проходили в IV і V ст.: анкірський (314), неокесарійський (314), антиохійський (341), сардинський (344), гангрський (362–370), лаодикійський (343–381) і карфагенський (419)¹.

Щоб приймати рішення, обов'язкові для всієї християнської церкви, почали збиратися надзвичайні собори, на які запрошувалися представники всіх патріархій. Вони дістали назву Всесвітніх соборів, а їх рішення — **Постанови Всесвітніх соборів** стали найважливішими джерелами канонічного права. Загальне визнання одержали сім Всесвітніх соборів — Нікейський перший (325), Константинопольський перший (381), Ефеський (431), Халкідонський (451), Константинопольський другий (553), Константинопольський третій (680), Нікейський другий (787)². Слід зазначити, що вже на цьому етапі становлення канонічного права виникли розбіжності між Східною і Західною церквами з приводу рішень всесвітніх соборів. Східна і Західна церква не визнають окремих правил цих соборів. У середині XI — першій половині XIII ст. церковні юристи розробили вчення про те, що тільки санкція Папи Римського надає собору статус «Всесвітнього». З 1123 р. папи відновили скликання Всесвітніх соборів, внаслідок чого католицька церква налічує тепер 21 Всесвітній собор³.

Після розколу церков на Сході перестали скликати періодичні собори. Їхнє місце посів постійний собор (синод) при константинопольському патріархові. Поступово він став головним органом церковного законодавства, а його акти — **Постанови синоду** — стали невід'ємним джерелом канонічного права Східної церкви.

Одним із найважливіших джерел канонічного права на Заході стали **Папські декреталії (декрети)**. Уже в V ст. ці акти мали не менше значення, ніж соборні постанови, і включалися в усі збірники канонічного права. За часів Папської революції Григорій VII у Диктатах прямо закріпив своє виняткове право видавати нові закони відповідно до потреб часу, визнавати або не визнавати книги канонічними і скликати Всесвітні собори. Відповідно до вчення Гугуччіо, яке офіційно визнано католицькою церквою, Папські декреталії почали розглядатися вище соборних канонів.

¹ Павлов, А. С. Вказ. праця. — С. 44.

² Павлов, А. С. Вказ. праця. — С. 45.

³ Антология мировой правовой мысли [Текст] : в 5 т. Т. 2. — С. 143.

Наукові трактати авторитетних богословів, офіційно визнані церквою, аналізували і давали тлумачення існуючих норм канонічного права. На Заході до таких належать праці Граціана, Гугуччіо, Іоанна Германця, на Сході — твори Олексія Арістіна, Іоанна Зонара і Федора Вальсамона та ін.

Так, праця «Декрети», видана Іоанном Граціаном близько 1140 р., вплинула на подальший розвиток всього канонічного права Західної церкви. Граціан став вважатися творцем каноністики (науки канонічного права). Ця праця була не тільки систематичною збіркою джерел церковного права, але водночас і коментарем до них. Граціан відповідно до схоластичного методу виявляв відмінності між суперечливими або не цілком ясними положеннями і ставив питання, що вимагали вирішення в теорії та на практиці. «Декрет» був поділений на три частини. Перша охоплювала 101 відмінність, причому 20 перших були присвячені загальним питанням і джерелам, в інших ішлося про церковну організацію. Друга частина підрозділялася на 36 справ, у яких Граціан виокремлював численні «питання», розглядаючи майнове, процесуальне, орденське і шлюбно-сімейне право церкви, а також систему покаяння. Третя частина, розділена на п'ять «відмінностей», трактувала церковні таїнства¹.

Ще одним джерелом канонічного права є **звичай**. Церква не лише не заперечує звичаї як джерело права, а й у деяких випадках прямо визнає їх дію в канонах Всесвітніх соборів. Однак для визнання звичаю від нього потрібно, по-перше, щоб він не суперечив духу як усієї церкви, так і природі того інституту, якого він стосується; по-друге, щоб його існування і дія могли бути доведені за більш-менш тривалий час. Якщо церковний звичай задовольняє цим вимогам, він може не тільки заповнювати прогалини церковного законодавства, але й у деяких випадках обмежувати його дію.

Застосування канонічного права в сучасному світі

Канонічне право в сучасному світі застосовується набагато вужче, ніж у середні віки, залишаючись панівною системою тільки для однієї країни — Ватикану. Ватикан як держава був утворений у 1929 р. Хоча його площа становить лише 44 гектари, вона має всі ознаки державності: дипломатичні відносини з понад 100 країнами світу, голо-

¹ Антологія мирової правової мисли [Текст] : в 5 т. Т. 2. – С. 240–273.

ву — Папу Римського, уряд — Римську курію та ін.¹ Ватикан — це приклад теократичної монархії, влада в якій належить церковній ієрархії на чолі з Папою Римським.

Більшість країн, у яких діяли великі християнські громади і застосовувалося канонічне право (насамперед країни Європи), проголосили принцип відокремлення церкви від держави. Відповідно до нього церква має право регулювати тільки внутрішньоцерковні відносини, а її норми розглядаються виключно як корпоративні і не можуть суперечити законодавству. Так, згідно зі ст. 1 Конституції Франції проголошено світський характер держави і рівність усіх громадян перед законом незалежно від віросповідання². Цей конституційний принцип забезпечується Законом від 1905 року «Про відділення церкви від держави», а в деяких випадках — і Кримінальним кодексом, що передбачає відповідальність священнослужителів, наприклад, за здійснення обряду одруження до укладення цивільного шлюбу.

Деякі держави у взаєминах із церквою дотримуються іншого принципу і проголошують християнство панівною релігією. Так, Конституція Греції закріпила, що панівною в Греції є релігія східно-православної Церкви Христової. Православна церква Греції, що визнає своїм главою Господа нашого Ісуса Христа, нерозривно пов'язана у своїх догматах з Великою Константинопольською церквою і з усякою іншою єдиновірною церквою Христовою, неушкодливо дотримується, так само як і вони, святих апостольських і соборних канонів і священних традицій³. У Греції існують і церковні суди, але до їх компетенції належить лише вирішення питань про відповідальність священнослужителів. Але навіть у таких країнах канонічне право є не діючою правовою системою, а скоріше ідеологією, якої дотримується держава у своїй діяльності.

Проте канонічне право вплинуло на становлення основних правових систем сучасності, передусім романо-германського й англо-американського права. Багато сучасних правових інститутів у цих державах втілюють ідеї і принципи канонічного права. Так, Цивільний кодекс Греції, що набрав чинності в 1946 р., в положеннях, які стосуються сімейного права, закріпив багато канонів грецької православної

¹ Релігієзнавчий словник. – С. 53.

² Конституция Французской республики [Текст] // Конституции государств Европейского Союза. – М. : Инфра-М–Норм, 1997. – С. 665–682.

³ Конституция Греции [Текст] // Конституции государств Европейского Союза. – М. : Инфра-М–Норм, 1997. – С. 245–294.

церкви (укладення шлюбу лише в церковній формі, заборона шлюбу з нехристиянами, обмеження в розлученні, юридичне оформлення інституту заручення та ін.)¹.

Нині лише деякі держави визнають чинність канонічного права на своїй території. Згідно зі ст. 111 Конституції Кіпру будь-яке питання щодо заручин, шлюбу, розлучення, судового поділу або реституції подружніх прав чи сімейних відносин повинне регулюватися правом греко-православної церкви або відповідно до церкви іншої релігійної групи, яке застосовувалося на 1960 р., і має бути підсудним судам такої церкви. Більше того, Конституція забороняє законодавчій владі втручатися в зазначену сферу².

В Ізраїлі серед кількох офіційно визнаних релігійних правових систем (іудейського, мусульманського права) діє також і канонічне право. У країні існує система релігійних судів, що застосовують відповідне право щодо осіб, які належать до тих чи інших релігійних спільнот. Християнські релігійні суди мають виключну юрисдикцію на всі справи «персонального статусу» християн — громадян Ізраїлю, що стосуються вступу в шлюб, розлучень та аліментів.

Питання для самоконтролю

1. Назвіть характерні риси релігійних правових систем та їх види.
2. У яких країнах використовується релігійне право та як воно співвідноситься з національним?
3. Охарактеризуйте особливості джерел права в релігійних правових системах.
4. Поясніть, у чому полягає персональний характер дії релігійного права.
5. Назвіть особливості мусульманського права.
6. Назвіть характерні риси іудейського права.
7. Які ознаки притаманні індуському та канонічному праву?

¹ Правовые системы стран мира [Текст] / Энциклопедический справочник. – С. 178.

² Там само. – С. 313.

Розділ 10

Традиційні правові системи

§ 1. Загальна характеристика правових систем традиційного типу

Традиційна правова сім'я поділяється на два підтипи правових систем — держав Далекого Сходу і країн Африки. До далекосхідної підсистеми належать насамперед правові системи Китаю і Японії, а також деяких інших країн, що розвивалися під їх впливом, — Монголії, Кореї, Малайзії, Індонезії, М'янми (Бірми). До другої підсистеми належать понад 40 держав, розташованих на африканському континенті, і Мадагаскар.

Характерні особливості традиційних правових систем

1. *Основним джерелом права є звичай.* На відміну від правових систем країн Заходу, що визнали провідну роль держави у створенні норм права (шляхом законодавчої чи судової діяльності), у традиційних правових системах пріоритет у формуванні норм права належить самому суспільству. Протягом багатьох століть підвалини правового регулювання цих країн становили норми звичаєвого права, що базувалися на традиціях і морально-етичних уявленнях народу. Звичай, який є правилом поведінки, що ввійшло у звичку внаслідок багаторазового застосування впродовж тривалого часу, регулював практично всі аспекти життя суспільства.

2. *Негативне ставлення до законодавства.* Таке джерело права, як законодавство, вважалося неприродним для суспільства. Негативне ставлення населення до законодавчого права, що сформувалося упродовж багатьох століть, спричинило надалі відчутні наслідки. У XX столітті, після широкої рецепції західного права, значного поштовху в розвитку законодавства й кодифікації, склалася ситуація, коли доволі значна частина населення стала ігнорувати ці норми права, а реальні суспільні відносини, як і раніше, регулювалися на підставі традиційних норм.

3. *Ігнорування державних структур у процесі реалізації норм права.* Визнання звичаєвого права й ігнорування законодавчого спричинило особливості в процесі реалізації норм права, зокрема в роз-

гляді правових спорів. Протягом століть ці норми забезпечувалися здебільшого за допомогою не державних установ, у тому числі судів, а самокерованих суспільних структур і соціального тиску на правопорушників. Звертатися до судів за захистом своїх прав люди уникали. Переважна більшість спорів вирішувалася у процесі примирливих процедур за посередництва шанованих членів суспільства на основі норм звичаєвого права.

4. **Слабкий розвиток юридичної інфраструктури.** Століттями ці країни не знали юридичних професій — суддів, прокурорів, адвокатів, нотаріусів тощо, бо не існувало ні навчальних закладів для їх підготовки, ні правової науки, ні юридичних шкіл, ні видатних учених — носіїв правових знань.

§ 2. Правові системи країн Далекого Сходу

Правова система Китаю

Правова система Китаю — одна з найстаріших у світі. Держава і право виникли в цій країні у II тисячолітті до н. е. і тривалий період розвивалися під сильним впливом філософських учень даосизму, конфуціанства й легізму. Оскільки повага до спадщини предків, їх традицій є там однією з найвищих соціальних цінностей, без урахування впливу цих філософських учень неможливо зрозуміти правову систему, що склалася в Китаї.

Засновником даосизму вважається давньокитайський філософ Лао-цзи (VI ст. до н. е.). Його погляди, викладені в роботі «Канон про дао і де», вплинули на розвиток політичної й правової думки Китаю. Центральним поняттям його роботи було «дао», що означало закони розвитку людини і природи. Людина не повинна прагнути до активності, до зміни навколишнього світу, у тому числі й у державно-правовій сфері, бо це порушує гармонію «дао»: «Коли зростають закони й накази — збільшується кількість злочинів і розбійників»¹. Лао-цзи проповідував ідею рівності всіх людей перед «дао» поза залежністю від соціального стану й багатства.

¹ Антология мировой правовой мысли [Текст] : в 5 т. / Руководитель науч. проекта Г. Ю. Семигин. – М. : Мысль, 1999. – Т. I. Античный мир и Восточные цивилизации. – С. 495.

Ще більш істотний вплив на розвиток Китаю зробило вчення Конфуція (551–479 рр. до н. е.), яке пропонує відмінну від даосизму концепцію суспільства і права. У таких його працях, як «Чжоу лі», «І лі», «Лі цзи» («Книга ритуалів») та інших, закріплювалися лі («етикет», «ритуал») — правила, якими від народження і до самої смерті мав керуватися кожен член суспільства в повсякденному житті. Ці правила включали і жень (гуманність), і сяо (синівська шанобливість), повагу до старших і підпорядкування їм, чесність і відвертість, постійне прагнення до внутрішнього самовдосконалення. «Благородний муж (ідеальна людина, яка є прикладом для наслідування всіма іншими людьми — авт.) завжди виходить із почуття справедливості. Це проявляється в тому, що у справах він слідує Правилам (лі), у речах скромний, завершуючи справи, правдивий...»¹. Лі як соціальні норми мали силу й величезний авторитет, визнавалися державою. За працею Конфуція «Лунь юй» («Судження й бесіди»), належні методи управління народом і державою нерозривно пов'язані з сутністю, моральними якостями благородного мужа. Лі було не лише організуючим началом суспільства, а й основою держави, завдяки лі суспільство органічно поєднувалося з державою². У конфуціанській моделі держави знайшлося місце й для общини. Саме вона вирішувала, хто наділений чеснотами, мала право вирішувати тяжби між членами общини.

Конфуцій наполягав, що гуманність — «жень» — найбільш цінна якість особистості. На основі цього почуття люди повинні будувати свої відносини і дотримуватися правила «лі». Але на відміну від даосизму конфуціанство проголошує природним станом соціальну нерівність — поділ суспільства на певні групи. Кожна така група має свій комплекс правил «лі», яких і повинна дотримуватися. Покарання за злочин так само залежить від соціального статусу особи. З недовірою Конфуцій ставився до ідеї регулювання суспільних відносин за допомогою законів: «Якщо керувати народом за допомогою законів і підтримувати порядок за допомогою покарань, народ прагнучим ухилитися і не відчуватиме сорому. Якщо ж керувати народом за допомогою чесноти і підтримувати порядок за допомогою ритуалу, народ знатиме сором і він виправиться»³. Не схвалювало конфуціанство й судового

¹ Духовная культура Китая [Текст] : Энциклопедия : в 5 т. / гл. ред. М. Л. Титаренко : Ин-т Дальнего Востока РАН. – М. : Вост. лит., 2006. – [Т. 4 :] Историческая мысль. Политическая и правовая культура / ред. М. Л. Титаренко и др. – 2009. – С. 117.

² Там само. – С. 122.

³ Антология мировой правовой мысли [Текст] : в 5 т. – Т. 1. – С. 487.

захисту суб'єктивних прав громадян. За етичними уявленнями, навіть якщо якийсь інтерес людини і було порушено, це, однак, не дає їй морального права відразу звертатися до суду. Добропорядний громадянин повинен самостійно спробувати врегулювати конфлікт шляхом компромісу й часткових поступок. Той, хто звертався до суду або привселюдно обвинувачував іншого, вважався невихованою людиною, позбавленою скромності й готовності піти на примирення заради громадського спокою. Конфуціанство стало панівним ученням у II столітті і відіграло роль офіційної ідеології Китаю аж до початку XX століття.

Ще одна філософська течія — легізм — виникла в Китаї в III ст. до н. е. У своєму ставленні до права їх концепція була прямо протилежною конфуціанству. Так, якщо Конфуцій виступав за саморегулювання суспільства за допомогою неписаних норм «лі», то легісти наполягали на упорядкуванні суспільних відносин за допомогою законодавчої діяльності держави: «Порядок і сила створюються законом»¹. Закони, на їх думку, повинні застосовуватися до всіх незалежно від соціального статусу й багатства: «Якщо правити державою на підставі закону, то застосовувати його до всіх»². Якщо громадяни не дотримуються законів, до них необхідно вживати жорсткі, але справедливі санкції. Однак погляди легістів були далекими для більшості людей, суперечили психології общинника, який був під впливом члена патронімії з системою підпорядкування старшому поколінню, тому їх вчення й не стало панівним у Китаї.

Шан Ян (390–338 рр. до н. е.), основоположник легізму, виклав своє вчення у трактаті «Шан цзюнь шу» («Книга правителя області Шан»). Полемізуючи з конфуціанцями, Шан Ян говорить про те, що однієї лише гуманності або справедливості недостатньо для доброго управління Піднебесною. Необхідно, щоб правитель спирався на єдині, обов'язкові для всіх закони. Саме за допомогою закону, вважав Шан Ян, можливе проведення значних економічних і політичних змін. Тому закону надається роль верховної сили, якій мають підкорятися всі жителі Піднебесної. Правитель як творець законів наділяється необмеженою владою, але сам має дотримуватися свої законів. Одним із найбільш ефективних методів управління народом Шан Ян вважав покарання.

¹ Антология мировой правовой мысли [Текст] : в 5 т. – Т. 1. – С. 505.

² Там само. – С. 503.

Під впливом цих концепцій сформувалася правова система Китаю, багато рис якої відрізняють її від інших, насамперед систем західних держав. Протягом століть у Китаї, за визначенням Р. Давида, існувало «суспільство без права», засноване більше на традиціях, аніж на законі. Однак цей висновок вимагає застереження. Не зовсім точно вести мову про те, що права в Китаї не було, оскільки будь-яке високорозвинене суспільство, яке досягло державності, не може без нього існувати. Але в якій формі воно існувало? На відміну від правових систем країн Заходу, що визнали провідну роль держави у створенні норм права (шляхом законодавчої чи судової діяльності), у Китаї цю роль виконувало суспільство. Саме звичаєве право, засноване на традиціях і морально-етичних нормах китайської громади, становило підґрунтя правового регулювання в Китаї. Забезпечувалися ці норми теж здебільшого не за допомогою державних структур, у тому числі судів, а за допомогою суспільних структур і соціального тиску на правопорушників. Китайське право — автономна система, яка розвивалася практично без якогось впливу зовні. Це була самостійна оригінальна правова система, власна традиційна правова культура й самобутня правосвідомість, які поклали початок далекосхідній правовій сім'ї (або правовим системам).

Фактичне відсторонення державних структур від правової регламентації суспільних відносин мало свої наслідки. Китай протягом століть жив, не знаючи організованих юридичних професій. Судовий процес здійснювали адміністратори, які складали для зайняття посад іспити, що мали виявити літературний хист. Вони не знали права й керувалися порадами своїх чиновників, які належали до спадкової касти. Людей, обізнаних на законі, особливо не брали до уваги, а якщо й радилися з ними, то таємно. Не існувало юридичної доктрини, і в довгій історії Китаю немає жодного знаного юриста, який залишив би в ній слід¹.

Однак держава не відмовилася цілком від правового регулювання суспільних відносин. При формуванні права Піднебесної одним із його джерел стали книги про лі. Держава і створене нею право вибрали з лі все, що вважали потрібним, і включили цей зміст у кримінальні кодекси й інші форми законодавства. Так, зокрема, у кодексі династії Тан «Тан люй шу і» є посилання на «І лі» й «Лі цзи» (їх більше 60),

¹ Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози : пер. с фр. — М. : Междунар. отношения, 1996. — С. 358.

наприклад щодо засудження та заборони кровозмісних зв'язків, значення соціального статусу особи у сфері кримінального права

Ще до об'єднання Китаю в єдину імперію було створено низку законодавчих актів, зокрема кодексів. Найдавніший кодекс, що зберігся з тих часів, був складений 652 року, пізніше — ще декілька законодавчих актів¹. Найдавніші китайські кодекси називалися сін — зводи кримінальних покарань. Першим таким кодексом, що згадується в історичних джерелах, був «Фу сін» (947–927 рр. до н. е.), складався з 3 тис. статей. У 407 р. до н. е. був складений «Фа цзін» (Канон законів), який традиційно вважається одним із перших китайських кодексів. Сучасні китайські історики права вважають «Фа цзін» першою повною і систематизованою книгою законів. Кодекс містив розділи про крадіжки й інші види розкрадання майна, про арешт і тримання під вартою, розділ «Різні закони», розділ про грабежі, статті про покарання за заколот, вбивство й завдання поранень; спеціальний розділ про збільшення чи зменшення міри покарання. У 206–194 рр. до н. е. на основі «Фа цзіна» був складений «Цзю чжан люй» (Кодекс у дев'яти главах (розділах)). Цей кодекс був доповнений такими новими розділами: закони про начиння та зброю, закони про сім'ї (двори), закони про мобілізацію на військову службу та трудові повинності, закони про імператорські конюшні. Історики китайського права вважають, що так чи інакше всі наступні китайські кодекси пішли від «Цзю чжан люй» династії Хань. Розділи кодексів змінювалися від династії до династії, хоча в них було багато спільного. Їх специфікою було те, що вони містили переважно норми кримінального й адміністративного права. Питань цивільного права вони торкалися лише у зв'язку з кримінальними чи адміністративними санкціями за їх порушення. Як зазначає Ц. Инако, Китай не створив системи приватного права, як це було в римському праві. Тут закони являли собою лише засіб та знаряддя правління і не діяли в сільських громадах, де застосовувалося звичаєве право, що передавалося з покоління в покоління з найдавніших часів². Крім кодексів, джерелами давньокитайського права були й різні закони (статути), постанови, імператорські укази. Китайське традиційне право відрізнялося від сучасного тим, що воно не висувало на перший план індивідуальні й цивільні права. Інтереси суспільства,

¹ Антология мировой правовой мысли [Текст] : в 5 т. – Т. 1. – С. 525–542.

² Инако, Ц. Право и политика современного Китая [Текст] / Ц. Инако : пер. с япон. – М. : Прогресс, 1978. – С. 25.

колективу, суспільної групи, до якої належала людина, були вище прав людини.

Судова система країни теж розглядала переважно справи, пов'язані з кримінальним та адміністративним правом. Якщо людина хотіла захистити в суді цивільно-правовий інтерес, вона мала довести, що за порушення її права встановлено кримінальну відповідальність. Оскільки суди були некомпетентні, корумповані й бюрократизовані, люди уникали звертатися до них. Переважна більшість спорів вирішувалася за допомогою примирливих процедур за посередництвом шанованих членів суспільства на підставі норм звичаєвого права, що формувалися століттями.

За останньої, Цинської династії (1644–1911), Китай мав два систематизованих зводи законів, один із яких стосувався державного й адміністративного права, другий — кримінального, цивільного, сімейного. Перший звід містив детальні приписи щодо функцій усіх урядових закладів, другий складався із семи розділів: у першому вказувалися види покарань та обставини, за яких вони можуть бути пом'якшені, в інших містилися склади злочинів і способи вирішення цивільних спорів, причому кожен розділ був пов'язаний з діяльністю одного з міністерств. Багато положень цього кодексу в модернізованому вигляді діяли до 1931 р. Шлюбно-сімейні, спадкові, торговельні й інші відносини регулювало звичаєве право, для якого була характерна надзвичайна різноманітність (партикуляризм)¹.

Правова система країни почала змінюватися після революції 1911–1912 рр., в результаті якої була прийнята перша Конституція, що проголосила Китай республікою. Процес модернізації традиційного права розпочався зі створення сучасних кодексів. У 1912 р. було прийнято перше Кримінальне уложення, змінене й перейменоване в 1928 р. в Кримінальний кодекс. Положення цього кодексу майже повністю були запозичені з кримінального законодавства Японії, Франції, Бельгії, Німеччини та Нідерландів. Цей кодекс вніс до кримінального права Китаю багато нових ідей та інститутів. У 1929–1931 рр. набрав чинності Цивільний кодекс, що об'єднував цивільне й торговельне право. ЦК Китайської Республіки був розроблений на основі ЦК Японії та Германського цивільного уложення, водночас маючи і свої певні особливості, зокрема відсилки до норм звичаєвого права. Були прийняті й багато інших законів, які регулювали промислову й торговельну ді-

¹ Правовые системы стран мира [Текст] / Энциклопедический справочник. – С. 320.

ьяльність. У кінці 20-х — на початку 30-х рр. активно розвивається трудове законодавство. У 1930 р. в Китаї прийняли Земельний кодекс, а в 1932 р. — Цивільний процесуальний кодекс. У цілому законодавство Китаю в довоєнний період було достатньо докладним у всіх галузях і, крім того, безперервно доповнювалося й уточнювалося. Основні гомінданівські закони були зведені в «Люфа цюаньшу» («Повна книга шести законів»), куди ввійшли законодавчі акти, згруповані за певною схемою: конституційне, цивільне, цивільно-процесуальне, кримінальне, кримінально-процесуальне, адміністративне (включалося трудове, фінансове й земельне) право. Таким чином відбулася якісна зміна законодавства Китаю, що знайшла своє втілення в систематизації та кодифікації його основних галузей на ґрунті романо-германського права.

Однак, як зазначають дослідники, прийняття кодексів аж ніяк не означало, що автоматично змінилися реальні суспільні відносини. За їх фасадом продовжували існувати традиційні поняття і, за деякими винятками, саме їм віддавалася перевага в реальному повсякденні. Праці кількох правників, які хотіли вестернізації своєї країни, не могли враз перекреслити китайське мислення і за короткий час запровадити серед юристів і китайського населення романську концепцію права, котра юристами Заходу розроблялася понад тисячоліття. Кодекси й закони застосовувалися в Китаї лише настільки, наскільки вони відповідали народному розумінню справедливості. Практика ігнорувала закони, якщо вони порушували традицію. До суду не зверталися, тому що люди не знали своїх прав або не хотіли бути не схваленими суспільством. Суспільні відносини, таким чином, практично регулювалися так само, як і колись. Навіть у виняткових випадках, коли люди зверталися до судів, часто траплялося так, що китайські судді виносили рішення за стандартами конфуціанства, замість того, щоб застосовувати норми писаного права: вони відмовлялися виселити наймача з приміщення, бо той бідний і ні в чому не завинив, тоді як власник багатий і не має потреби в ньому; надавали відстрочку боржникові, якщо він був у скрутному становищі. Внаслідок прийняття нових кодексів збільшилася кількість судових процесів, що здавалося китайцям ознакою занепаду¹.

Новий етап у розвитку правової системи розпочався після перемоги в громадянській війні (1925–1949 рр.) комуністичної партії і проголошення у 1949 р. Китайської Народної Республіки. Характерною

¹ Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози : пер. с фр. — М. : Междунар. отношения, 1996. — С. 359–360.

рисию цього етапу стала повна відмова від існуючої раніше правової системи попереднього китайського законодавства. ЦК КПК в лютому 1949 р. прийняв рішення про скасування «Повної книги шести законів», що включала Конституцію і всі кодекси¹. Наступною ознакою правової системи Китаю стало посилення законодавчої діяльності держави на основі рецепції соціалістичного права, що існувало в СРСР. У 1950–1951 рр. було видано низку великих нормативних актів: закони про шлюб, земельну реформу, тимчасові правила з регулювання трудових відносин, постанови, відомчі інструкції й положення щодо регулювання господарських відносин у промисловості й торгівлі, положення, накази й директиви з кримінального й виправно-трудоного права тощо. У 1954 р. було прийнято Конституцію, побудовану за зразком Конституції СРСР 1936 р. З'явилася значна кількість нормативних актів, які приводили правову систему країни у відповідність до конституційних положень. З 1957 р. починають відкрито проявлятися нігілістичні тенденції щодо права й законності, у тому числі й до правових основ держави. Вимоги законності в діяльності державних установ стали розглядатися як прояви «буржуазного правового світогляду», спроба «зв'язати диктатуру по руках і ногах». Так, зокрема, замість законів працівникам суду пропонувалося використовувати як критерії для розв'язання справ настанови, що містилися у виступах Мао Цзедуня. Поступово кількість публікацій нормативних актів скоротилася, згодом їх перестали публікувати взагалі.

Напередодні «культурної революції» все активнішою ставала пропаганда правового нігілізму. У 1965 р. провідний юридичний журнал КНР «Чжен-фа яньцзю» виступив із такими рекомендаціями: «Ми маємо спиратися на революційну точку зору класової боротьби, а не ставитися до різних положень законів метафізично». «Культурна революція» 1966–1976 рр. стала вакханалією свавілля й беззаконня, санкціонованих владою. «Революційні учні» (хунвейбіни) заздалегідь звільнялися від відповідальності за скоєні «під час руху» злочини. Слід вважати, що період «культурної революції» випадає з історії права Китаю.

У 1978 р. була прийнята Конституція КНР, яка стала основою відновлення правової системи КНР після «культурної революції». Перші після п'ятнадцятирічної перерви нормативні акти були опубліковані на початку 1979 р. — Положення про арешти й затримання та Закон

¹ Инако, Ц. Право и политика современного Китая [Текст] / Ц. Инако : пер. с япон. – М. : Прогресс, 1978. – С. 23.

КНР про лісове господарство (Лісовий кодекс КНР). У тому ж 1979 р. були прийняті Кримінальний і Кримінально-процесуальний кодекси, закони про організацію місцевих органів влади й управління, народних судів і народних прокуратур, Закон про спільні підприємства з китайським та іноземним капіталом. Надалі господарське законодавство стало домінуючою галуззю права КНР за кількістю нормативних актів (70 % чинних актів). У першу чергу приймалися акти, спрямовані на створення ефективного державного механізму й посилення боротьби зі злочинністю. У 1986 р. були введені в дію Загальні положення цивільного права, що включали загальні інститути й норми цивільного права (щось на зразок Загальної частини Цивільного кодексу). Для регулювання окремих цивільно-правових інститутів ухвалювалися окремі закони, зокрема закони про товарні знаки, патенти, спадкування, авторське право тощо. У 1982 р. як експериментальний був прийнятий Цивільно-процесуальний кодекс КНР, а в 1991 р. він був прийнятий у новій редакції як постійний. У 1989 р. був прийнятий Адміністративно-процесуальний кодекс КНР. У 1994 р. у Трудовому кодексі КНР кодифіковано трудове законодавство. Починаючи з 1979 р. набула чинності значна кількість нормативних актів у сфері охорони довкілля. У 1996 р. вийшла нова редакція Кримінально-процесуального, а у 1997 — Кримінального кодексу КНР. Нові кодекси були розраховані на більш високий рівень правової грамотності населення і суттєве збільшення кількості дипломованих юристів. У 2000 р. був ухвалений Закон КНР про правотворчість, який регулює порядок прийняття правових актів різними законодавчими й адміністративними органами, а також визначає сфери здійснюваної ними правотворчості.

У результаті реформ у Китаї склалася система законодавства, що поєднує принципи соціалістичного права із засадами романо-германської правової сім'ї, насамперед у сфері регулювання економіки. У КНР триває процес нарощування й модернізації законодавства в різних галузях права, що є важливим фактором соціального розвитку. **Основними джерелами права в КНР** є законодавчі акти: Конституція, закони, постанови Постійного комітету Всекитайських зборів народних представників (ВЗНП), постанови й розпорядження Державної ради, підзаконні акти інших органів державної влади і управління.

Разом із тим наявність розвиненого законодавства не означає, що воно використовується в повсякденному житті громадян Китаю.

Сформовані за століття погляди на право уможлиблюють ігнорування багатьох норм законодавства. Сторони конфлікту, як і раніше, почасти звертаються не в суди, а до посередників, які для його вирішення застосовують традиційну техніку досягнення компромісу. Очевидно, має пройти ще не одне десятиліття, щоб змінилася правосвідомість більшості громадян. У Китаї, як і раніше, продовжується боротьба ідей конфуціанства й легізму.

Особливе місце у правовій системі КНР посідають дві території — колишня англійська колонія Гонконг (Сянган) і Тайвань. Відповідно до китайсько-британських домовленостей спеціальному адміністративному району Сянган надано високий ступінь самоврядування, у нього є право мати власні виконавчу, законодавчу й судову систему, а також провадити самостійну імміграційну й податкову політику. Поза компетенцією місцевої влади перебувають лише питання зовнішньої політики й оборони. За прийнятим ВЗНП у 1990 р. Основним Законом для Гонконгу до 2047 р. гарантується непорушність території, соціально-економічної системи й місцевого способу життя; за ним зберігається статус вільного порту (порто-франко), окремої митної території, міжнародного фінансового центру з власною валютно-фінансовою системою. Китаєм було підтверджено дію близько 140 законів Великої Британії, що раніше поширювалися на Гонконг. Острів Тайвань, що номінально належить КНР, насправді має незалежність і не визнає її суверенітету над своєю територією. Там продовжує діяти політична і правова система, успадкована від гомінданівського Китаю¹.

Правова система Японії

Правова система Японії формувалася протягом багатьох століть. Її зародження сягає 250 року до н. е., коли на японських островах діяло неписане право, яке ще не відокремлювалося від традиційних релігійних поглядів синтоїзму. Ця релігія передбачала поклоніння окремим предметам природи — сонцю, місяцю, горам, рікам тощо. У I столітті на островах уже існували численні невеличкі країни, що об'єдналися в IV–V століттях у єдину державу.

У період Давньої Японії (VII–X ст.) правова система розвивалася під сильним впливом філософських, культурних і юридичних концепцій Китаю. Японія перейняла ієрогліфічну писемність, буддизм і конфуціанські тексти. У цей період за зразком китайських кодексів були

¹ Правовые системы стран мира [Текст] / Энциклопедический справочник. – С. 321–322.

прийнятті перші законодавчі акти — «Конституція Сьотоку» (604), «Маніфест Тайка» (646), «Тайхо ре» і «Тайхо рицу» (701–702),¹ метою яких було створення єдиної централізованої системи управління країною на чолі з імператором. Суспільство поділилося на певні класи — ранги, кожен із яких повинен був виконувати чітко визначену функцію. Обов'язки кожного уточнювалися в юридичних збірниках, іменованих «рицу-ре». Складені за китайськими зразками, ці збірники включали головним чином кримінальні (рицу) й адміністративні норми (ре). Норм законодавства, що регулюють майновий оборот, практично не було, зазвичай цивільні правовідносини упорядковувалися нормами звичаєвого права.

Наступний період розвитку Японії (X–XV ст.) вирізнявся ослабленням влади імператора, феодалною роздробленістю і співіснуванням декількох правових систем. До цього призвів розвиток у IX і X століттях системи сеньйорії (се) — недоторканного володіння, звільненого від податків. Поступово воно перетворювалося на велике земельне володіння із суверенною владою. Таким чином, у Японії отримали владу кілька крупних феодалів, які не підкорялися імператорові і мали власну юрисдикцію. Однак спільність мови, культури й території стримували відмінності у правових системах. Важливим етапом у розвитку владних структур стало заснування посади військового правителя країни — сьогуна. Поступово імператор стає лише формальним правителем країни, а реальна влада на кілька століть перейшла до рук сьогунів. Одночасно складається особлива військова каста (буке, самураї), якій властивий особливий правовий статус. Для японського права цього періоду був характерний партикуляризм. Так, у роки Камакурського сьогуната (1185–1333) співіснували три правові системи — право куге хо, яке застосовувалося імператорським двором на землях придворної знаті і поширювалося на її людей; право хондзе хо, що діяло в кожному маєтку; право буке хо, яке поширювалося на землі й людей, підвладних сьогуну. Система буке хо відігравала головну роль.

Соціальна структура японського суспільства базувалася на ідеї існування різних класів (лицарів, селян, торговців), кожен із яких мав свій особливий правовий статус. Установлений порядок вважався природним і непорушним, а його основним завданням було чітке розмежування класів і підтримка принципу їх ієрархії. Заперечення ідеї рівності викликало заперечення поняття суб'єктивних прав. Не могло

¹ Антологія мирової правової мисли [Текст] : в 5 т. – С. 550–564.

бути й мови про права осіб нижчого класу щодо вищого. В основному право закріплювало обов'язки осіб нижчого класу стосовно вищого. Як наслідок — за індивідами не визнавалося право звернення до суду за захистом своїх інтересів, що тягло за собою нерозвиненість системи юридичних інститутів. Судові функції не відрізнялися від інших публічно-правових функцій — управління, захисту країни тощо. У Японії не склалися правові школи, не було професійних суддів, прокуратури, адвокатів і нотаріусів. Одним із небагатьох юридичних трактатів того часу є «Госейбай сікімоку», прийнятий у 1232 р.¹

Наступний етап розвитку Японії — перехід до Нового часу (XV–XIX ст.) — характеризувався подоланням феодалної роздрібленості і формуванням централізованої держави. Протягом майже усього цього періоду країна перебувала під владою сьогунів сім'ї Токугава (1603–1867). Тоді вона вперше вийшла зі стану постійних конфліктів між крупними феодалами й почала розвивати державно-правові інститути. Державна система трималася на жорсткій владі верховного правителя — сьогуна з одночасним визнанням певних прав на самоврядування заможних феодалів. Особливістю відносин з іншими державами був крайній ізоляціонізм: японці не могли залишати країну, а іноземці в'їжджати на її територію. Ця заборона не стосувалася тільки китайців і частково голландців.

Соціальна структура, як і раніше, мала феодално-становий характер. На найнижчій сходинці соціальної ієрархії стояли купці й ремісники, вище них — селяни, які орендували землю у феодалів під великі відсотки, ще вище — священики, які походили головним чином зі стану самураїв, лікарі, вчені, чиновники і солдати феодалних правителів і сьогун як верховний головнокомандувач. Найбільш придатною соціальною філософією для японського суспільства з подібною ієрархічною структурою було конфуціанство, один із варіантів якого відповідав умовам розвитку Японії й набув особливого поширення в період правління Токугави².

Поступово в країні сформувалася загальна судова система. Суди розглядали головним чином публічно-правові спори. Цивільні конфлікти, як і в Китаї, вирішувалися переважно за допомогою позасудових примирливих процедур на основі звичаєвого права. У цей час інтен-

¹ Антология мировой правовой мысли [Текст] : в 5 т. – С. 567–576.

² Цвайгерт, К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права [Текст] / К. Цвайгерт, Х. Кетц : пер. с нем. : в 2 т. – Т. 1. Основы. – М. : Междунар. отношения, 2000. – С.437.

сивно розвивається і правова думка Японії, яку ілюструють два документи, що значно вплинули на становлення національної правової ідеології — Токугава сейкен хяккадзьо «Стостатейні установлення Токугава» (1616) й Осадамегакі хяккадзьо «Кодекс зі ста статей» (1742)¹.

З 1867 р. починається новий період розвитку Японії. Загальне невдоволення правлінням сьогунів, зокрема підписанням нерівноправних договорів із західними країнами, викликало до життя відновлення реальної влади імператора. Цей процес дістав назву «Реставрація Мейдзи». У 1889 р. була прийнята перша Конституція Японії, що поєднала ідеї японського імператорського ладу з принципами західно-європейського конституціоналізму². Держава вступила у фазу глибокого перетворення правової системи на основі рецепції романо-германського права. Французький професор Буассонад розробив для Японії Кримінальний і Кримінально-процесуальний кодекси, що набули чинності 1882 р. У 1890 р. набрали чинності Закон про судоустрій, Цивільно-процесуальний кодекс, складені під впливом німецького права, а в 1898 р. — Цивільний кодекс, заснований на німецькому і французькому законодавстві. Тільки до сімейного і спадкового права була включена велика кількість інститутів японського права. У 1899 р. почав функціонувати Торговельний кодекс, також заснований на німецьких зразках. Отже, вся система права Японії до Другої світової війни ґрунтувалася на романо-германському праві.

Після поразки у цій війні Японія опинилася під владою американської військової адміністрації, що призвело до значного впливу американського права на формування нового законодавства країни. Цей процес дістав назву «*вестернізація*» японського права. У 1946 р. набрала чинності Конституція Японії, що закріплювала нові принципи державного й суспільного ладу: принцип суверенітету народу (при формальному збереженні монархії), верховенство парламенту в системі органів державної влади, гарантії основних прав людини, відмова від війни та ін.

На підставі нової Конституції відбулися зміни в існуючому законодавстві. Було прийнято низку законів про заборону приватної монополії і підтримку приватної торгівлі (1947), обіг цінних паперів (1948), відновлення компаній (1952) та ін. Під впливом американських право-

¹ Антология мировой правовой мысли : в 5 т. — Т. 1. — С. 576–591.

² Там само. — С. 601–604.

вих концепцій зазнали змін Кримінальний, Цивільний процесуальний кодекси і навіть традиційні японські інститути сімейного права. Таким чином, законодавство Японії стало змішаним, у ньому присутні елементи як романо-германського, так і англо-американського права.

Джерелами сучасного японського права визнаються *нормативно-правові акти, міжнародні договори та звичаї*. **Конституція** є головним законом країни, і ніякі інші нормативні акти, що повністю чи частково суперечать її положенням, не мають законної сили. **Міжнародні договори** і встановлені норми міжнародного права також визнаються джерелами права. При укладенні урядом міжнародних договорів залежно від обставин обов'язковим є попереднє або подальше схвалення їх парламентом. Вважається, що встановлені норми міжнародного права мають вищу юридичну силу порівняно із законом. Наступною сходинкою в ієрархії джерел є **закони**, що приймаються тільки парламентом — вищим органом державної влади і єдиним законодавчим органом держави. **Урядові укази** приймаються кабінетом міністрів на виконання положень Конституції і законів і не можуть їм суперечити. Муніципальні збори префектур, міст, селищ і сіл у межах компетенції, визначеної законом, можуть приймати нормативні акти місцевого значення — **положення**. **Звичаї** так само визнаються джерелами права. Загальне положення про закони 1898 р. вказує: «Не порушує публічного порядку і добрих нравів звичай у випадках, передбачених законом, або з питань, не врегульованих законом, і має силу, однакову із законом»¹. Незважаючи на значний вплив загального права на розвиток правової системи Японії після Другої світової війни, рішення судів із конкретних справ не мають сили прецеденту.

Багато компаративістів намагаються дослідити, якою мірою права система Заходу прижилася на японському ґрунті. Так, Р. Давид вказує, що це питання постає в плані як публічного, так і приватного права. В обох випадках право, скопійоване за західним зразком, по суті, регулює лише незначну частину суспільного життя Японії. Воно розраховане на буржуазне суспільство, що складається з вільних індивідів, які вільно вступають у різні правовідносини. Японія є далекою від такого стану суспільних відносин. Погляди японців, безумовно, еволюціонують і частково наближаються до цієї моделі, що особливо яскраво виявляється в міському середовищі, а також серед молодого

¹ Инако, Ц. Современное право Японии [Текст] / Ц. Инако : пер. с япон. – М. : Прогресс, 1981. – С. 132.

покоління. Однак японське суспільство ще далеке від європейського і за своєю структурою, і за своїми звичаями. Старі звичаї і спосіб мислення ще дуже живучі у свідомості переважної більшості японців¹. Отож стверджувати, що в результаті реформ правова система Японії повною мірою функціонує на основі принципів права Заходу, не можна.

У сфері публічного права відбувається викривлення змісту багатьох західних інститутів, що зумовлено небажанням японців втручатися в державні справи. Можлива для Японії й ситуація, коли замість вибулого депутата парламенту обирають його дружину чи сина, незалежно від їх особистих якостей. Ось чому близько 25 % парламентських місць передається «у спадщину»². Не маючи уявлення про японську правосвідомість і культуру, західний дослідник не зрозуміє ситуацію фактичного монопартійного режиму ліберально-демократичної партії, який існував майже сорок років (1955–1993) в умовах законодавчо закріпленої багатопартійності й вільних виборів.

У сфері приватного права теорія також багато в чому не збігається з юридичною дійсністю. Наявність розвиненого законодавства за західними зразками і створення сучасної системи судочинства не змінили традиційної правосвідомості більшості громадян. Японці продовжують бачити в праві насамперед апарат примусу, що використовується державою для нав'язування волі правителів, а не засіб досягнення справедливості між громадянами. Реальні цивільно-правові відносини багато в чому регулюються не законодавством, а звичаєвим правом або іншими соціальними нормами.

Особливе місце в системі соціальних регуляторів посідають **норми поведінки** — «гирі». Японський правознавець Ц. Інако вказує, що багато західних дослідників, зокрема Р. Давид³, не зовсім правильно розуміють цей соціальний інститут і перебільшують його вплив на суспільні відносини. Вона пояснює, що «гирі» діють тільки між особами, які вступають у постійні міжособистісні відносини і мають на меті їх збереження і зміцнення. Так, постійні ділові партнери обмінюються на свята знаками уваги — вітаннями або подарунками. У разі встановлення подібних стосунків сторони можуть розраховувати на

¹ Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози : пер. с фр. – М. : Междунар. отношения, 1996. – С. 372.

² Конституционное (государственное) право зарубежных стран [Текст] : учебник : в 4 т. Т. 4. – С. 513.

³ Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози : пер. с фр. – М. : Междунар. отношения, 1996. – С. 368–369.

взаємні поступки в ділових відносинах, які найчастіше навіть не згадуються в договорі. Однак для людей, з якими японці не мають повсякденного спілкування, вони не зроблять нічого зайвого, крім обумовленого в договорі. «Гирі» діють тільки в колі конкретних осіб і груп, а не між незнайомцями чи в рамках усього суспільства¹.

Результатом негативного ставлення до права є також небажання японців вирішувати свої правові суперечки в судах: усі суперечки між членами родини, як і колись, вирішуються в основному на підставі звичаїв і без судового втручання. Наприклад, є усталеною практикою, коли перед укладанням шлюбу родини нареченого і нареченої звертаються до послуг посередника, який і вирішує всі питання, пов'язані з підготовкою весілля, і виступає як свідок. Але його основне завдання — полюбовно вирішувати спори, що можуть виникнути в майбутньому між подружжям або між ними та їх сім'ями. Згідно з японським правом до судової процедури розлучення вдаються лише в тих випадках, коли обидві сторони не одностайні у своєму вирішенні певного питання. Якщо ж їх бажання збігаються, вони вважаються розлученими після того, як оформлять своє рішення. Наслідки розлучення улагоджуються вже згаданим посередником, родичами і друзями колишнього подружжя. Вони вирішують спори про поділ майна, аліменти, батьківські права. Адвокати не відіграють при цьому майже ніякої ролі. Навіть спори між сусідами чи сторонами в договорі щодо найму житлової площі по можливості вирішуються шляхом досягнення взаємної домовленості учасників. У випадку дорожньо-транспортних пригод потерпілий або його родичі намагаються не звертатися до суду, а звертаються до послуг досвідченого посередника для реалізації своїх вимог. Це може бути, наприклад, поліцейський чиновник, який вийшов на пенсію, компетентний у розв'язанні подібних справ, співробітник фірми потерпілого, профспілковий діяч або шанований бізнесмен з відповідним професійним досвідом².

Вплив правосвідомості японців у цих питаннях відчувається й у нормах законодавства. Відповідно до Цивільного процесуального кодексу (ст. 136) суддя повинен у ході процесу постійно намагатися привести сторони до примирення. Найкращий варіант — це не судове

¹ Инако, Ц. Современное право Японии [Текст] / Ц. Инако : пер. с япон. – С. 145.

² Цвайгерт, К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права [Текст] / К. Цвайгерт, Х. Кетц : пер. с нем. : в 2 т. – Т. 1. Основы. – М. : Междунар. отношения, 2000. – С. 473–474.

рішення, а відмова від позову й полюбовна угода. Судді надано багато можливостей, щоб на всіх стадіях судового провадження відігравати роль посередника. Звернувшись до суду, сторони можуть просити не винесення рішення, заснованого на законі, а створення примирливої комісії, якій доручається запропонувати їм можливу мирову угоду. До складу такої комісії входять два посередники й суддя, але суддя не бере участі в засіданнях, щоб не створилося враження, що насправді спір вирішено владою судді. З метою збереження добропорядної репутації сторони віддають перевагу саме такому компромісному шляху. Крім того, за певними категоріями справ (сімейними, трудовими) закон прямо приписує цю процедуру. Якщо ж зусилля виявилися безрезультатними, тобто посередники запропонували угоду, але одна зі сторін чи обидві нею не задоволилися, то будь-яка сторона одержує в цьому випадку право в двотижневий строк звернутися до суду. Однак суду й у цьому випадку надано вибір: вирішити спір суворо на підставі закону або підтвердити варіант мирової угоди, запропонованої посередниками¹. Ц. Инако, оцінюючи статистику розгляду цивільних справ у судах, указує, що в Японії подається в десять разів менше позовів, аніж у США й Великій Британії, і більше половини від поданих позовів закінчуються мировою угодою або відмовою від позову². Можливо, цим і пояснюється досить мала кількість суддів у країні — близько 2200 при кількості населення понад 126 млн людей³.

§ 3. Правові системи держав Африки

На африканському континенті нині налічується близько сорока незалежних держав. Їх правові системи становлять значний інтерес для порівняльно-правового дослідження. Водночас виникає питання: чи можна розглядати ці правові системи в рамках єдиної правової сім'ї? Більшість компаративістів вважає, що можна. Крім схожих географічних умов і расового складу цих країн, їх поєднують схожість історичного розвитку, джерела права та традиційна правосвідомість населення.

¹ Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози : пер. с фр. – М. : Междунар. отношения, 1996. – С. 375.

² Инако, Ц. Современное право Японии [Текст] / Ц. Инако : пер. с япон. – С. 151.

³ Шишкін, В. І. Судові системи країн світу [Текст] : навч. посіб. Кн. 1. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – С. 289–301.

У розвитку правових систем країн Африки вирізняють **три основні етапи**: перший — зародження і формування традиційного африканського права (до XIX ст.); другий — розвиток звичаєвого права в умовах колоніальної залежності африканських держав (XIX — середина XX ст.); третій — розвиток сучасних правових систем в умовах становлення державної незалежності (друга половина XX ст. — дотепер).

Традиційне право африканських народів протягом століть являло собою **право звичаєве**, що складалося виключно зі звичаїв — правил поведінки, що ввійшли у звичку в силу багаторазового повторення протягом тривалого часу. Розглядувана правова система має багато цікавих особливостей і характерних рис, зрозуміти які можна лише знаючи соціальну структуру африканського суспільства.

Річ у тому, що основною соціальною одиницею африканського суспільства був не окремий індивід, а громада, об'єднана за родинними й національними ознаками. Лише спільними зусиллями вона могла вижити в умовах нерозвиненості знярядь праці, агресії інших племен чи подолання стихійного лиха. Інтереси особи були цілком підпорядковані інтересам громади. Внаслідок подібної соціальної організації суспільства правила поведінки, що виникали, також відбивали інтереси всієї громади, а не окремих її жителів. Р. Давид пише, що інтереси африканців завжди зосереджувалися на групах (триба, каста, село і т. д.), узятих поза часом, а не на їх більш мінливих елементах, як-от індивід чи родина. Шлюбний договір являв собою скоріше угоду двох сімейних груп, аніж союз двох індивідів, і розлучення можливе було тільки за згодою родин. Право власності на землю належало соціальній групі. У спадковому праві майно, як правило, переходило не до індивідів, а до родини чи групи. При компенсації шкоди виплату робила одна родина або клан іншій родині чи клану, але не одна особа другій. І навіть спори в африканському суспільстві теж виникали головним чином між співтовариствами і групами. Не можна сказати, що особистість ігнорувалася, вона визнавалася, але щодо зовнішнього світу єдиним суб'єктом виступала група¹.

Звичаєве право мало неписаний характер. Правила поведінки передавалися з покоління в покоління у формі усних переказів, розповідей про вирішені казуси, юридичних за змістом прислів'їв і приказок, а також у вигляді конклюдентних дій. Англійський юрист А. Еллот, який досліджував Африканський континент, писав, що африканське

¹ Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози : пер. с фр. — М. : Междунар. отношения, 1996. — С. 379.

звичаєве право не знало юридичних праць. Не було ні юридичних текстів, ні манускриптів з питань права, ні сформульованих на папері позовних заяв, ні повісток до суду, ні ордерів на виконання судових постанов, ні письмових документів про передачу майна, ні наукових коментарів правознавців. Не було скрупульозного критичного аналізу текстів парламентських актів, наукових дебатів у журналах про значення того чи іншого параграфу або діапазону судового рішення, процедурних дискусій про представництво чи форму обвинувачень¹.

Звичаєве африканське право вирізнялося великою розмаїтістю норм права, казуальністю й несистематизованістю. У переважній більшості регіонів Африки протягом століть не існувало єдиних централізованих держав, тому публічна влада й поширювалася на окремі громади, об'єднані за родинною й національною ознакою. З огляду на велику кількість народностей, які населяли Африку, цілком зрозумілим є формування величезної кількості найрізноманітніших звичаїв, що діяли на вузькій території тих чи інших громад. Правила поведінки формувалися не шляхом встановлення норм права, що регулювали яку-небудь однорідну групу суспільних відносин, а вирішенням окремих правових конфліктів (казусів). Сукупність таких розрізнених звичаїв не могла бути якоюсь системою. Це право ще не знало поділу на приватне й публічне, на певні галузі й інститути. Навіть поділ норм права на цивільні та кримінальні був досить умовним, тому що часто одне й теж діяння в різних умовах могло бути розцінене і як кримінальне правопорушення, і як цивільно-правове. Водночас дослідники зазначають, що більшість правил поведінки було присвячено заборонам та обов'язкам людини, а не її суб'єктивним правам.

Норми права були тісно переплетені з іншими соціальними регуляторами — мораллю і релігією. Їх реалізація була більшою мірою забезпечена повагою до традицій предків і страхом перед надприродними силами, ніж побоюваннями негативних юридичних наслідків для правопорушника.

Специфіка африканського права порівняно із правовими системами Заходу виявляється також в юридичному процесі, необхідність у якому виникала в разі правового спору або здійснення правопорушення. Західна система судочинства ставить собі за мету відшукати істину у справі, тобто визначити, хто правий, а хто винен, захистити інтерес

¹ Цит. за: Цвайгерт, К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права [Текст] / К. Цвайгерт, Х. Кетц : пер. с нем. : в 2 т. – Т. 1. Основы. – М. : Междунар. отношения, 2000. – С. 335.

правого й покарати винного. Завдання органів, які розглядали спори в африканських громадах, були більше схожі на завдання органів, що вирішували їх у далекосхідних країнах — Китаї та Японії. Їх основна мета — примирити сторони для забезпечення єдності та згуртованості всієї соціальної групи. Усі сторони конфлікту повинні піти на компроміс і бути впевненими в справедливості такого рішення. Тільки після цього конфлікт забувався, а його учасники продовжували спільно трудитися на благо всієї громади, не вдаючись до розбрату та її розколу.

За класифікацією Т. В. Кашаніної, цей тип права належить до архаїчного права. Проте йому (історично першому типу права) притаманні не лише недоліки, а й достоїнства: а) воно не являло собою звід правил, нав'язаних зверху, а було невід'ємною частиною свідомості народу; б) архаїчне право виражало закономірності, що існують у суспільстві, і давало відчуття цілісності життя, впевненості в тому, що правові рішення становлять частину всесвітньої гармонії; в) архаїчне право відзначалося добровільністю й масовістю виконання, оскільки ґрунтувалося на переконаності в належному характері правил поведінки і на звичці їх дотримуватися; г) оскільки воно мало усний характер, то було доступне всім; д) винесення судового рішення було етапом процесу примирення, і питання про те, хто правий і хто винуватий, не ставилося на перше місце. Архаїчне право було засобом, щоб тримати людей разом, інструментом їхнього примирення, і сприймалося як процес посередництва, спосіб спілкування. До появи розвиненого права було більше простору для вираження переконань і думок людей, а самому архаїчному праву не був властивий формальний характер: воно було досить пластичним, мовби живим законом¹.

Традиційне африканське право вперше зазнало активного зовнішнього впливу у зв'язку з приходом до Африки християнства й ісламу. Християнство почало поширюватися в IV ст. з Ефіопії, іслам — трохи пізніше, з XI ст., у Північній і Західній Африці. Релігія принесла із собою не лише віру й культу, а й свою систему права, яка багато в чому не відповідала звичаєвому праву африканських народів. Однак це не спричинило відмову від норм традиційного права, воно лише намагалося пристосуватися до нових систем права. Проте християнство й іслам сприяли руйнуванню першооснови традиційного права — віри в надприродні сили й магію, якими протягом століть було оповите звичаєве право.

¹ Кашанина, Т. В. Происхождение государства и права. Современные трактовки и новые подходы [Текст] / Т. В. Кашанина. – М. : Юристь, 1999. – С. 234–235.

Ці релігії принесли нове розуміння світоустрою, в якому норми звичаєвого права були підпорядковані нормам релігійного права.

Другий етап розвитку звичаєвого права проходив в умовах колоніальної залежності африканських держав. У XIX ст. розвинені європейські держави майже цілком колонізували Африканський континент, перетворивши його на сировинний придаток, внаслідок чого африканські народи були позбавлені права самостійно визначати зміст і форму свого права. Розпочалася **примусова рецесія європейського права**. Колоніальна влада — англійська, французька, португальська й бельгійська — в основному прагнула впровадити в африканських країнах право і свою судову систему, що діяли у відповідній метрополії. Кожна колоніальна держава нав'язувала своїм володінням власну правову модель: французьке право було введено у Французькій Африці й на Мадагаскарі, бельгійське — у Конго, португальське — в Анголі й Мозамбіку, загальне — в англійських колоніях, романо-голландське, змінене пізніше під впливом англійського загального права, — у Південній Африці, Ліберія запозичала загальне право й деякі судові звичаї Англії та США¹.

Результатом взаємодії традиційного й запозиченого права стало, з одного боку, становлення нових галузей права, а з другого — зміна і пристосування звичаєвого права до нових суспільних відносин. Проте останнє не було цілком витіснене правом метрополій. Колонізатори не прагнули заборонити всі норми традиційного африканського права. Було офіційно визнано, що окремі види суспільних відносин — сімейні, земельні, спадкові — регулюються нормами звичаєвого права. Були збережені суди, що склалися з місцевих старійшин і поширювали свою юрисдикцію на корінних африканців.

Третій етап формування африканських правових систем проходив в умовах становлення державної незалежності африканських країн. Цей процес, що почався в другій половині XX ст., становив розпад колоніальних імперій. Використовуючи закріплене в Статуті ООН право націй на самовизначення, африканські народи один за одним проголошували свою незалежність від метрополій. У 1952 р. здобув незалежність Єгипет, у 1956 — Марокко, Судан і Туніс, у 1960 — Конго, Нігерія й Сенегал, у 1961 — Танганьїка, у 1962 — Алжир, у 1963 р. — Занзібар.

В умовах державної незалежності африканські народи дістали реальну можливість самостійно формувати свою державну і правову систему.

¹ Саидов, А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) [Текст] / А. Х. Саидов. – М. : Юристъ, 2000. – С. 340.

Одні країни стали республіками, інші — монархіями чи диктатурами, одні будували соціалізм, інші — капіталізм. Спільною тенденцією постколоніального розвитку можна вважати *збереження загальних параметрів правових систем, створених метрополіями*. Держави, що перебували під управлінням країн романо-германської правової сім'ї, зберегли її основні ознаки — верховенство нормативно-правових актів, кодифікацію законодавства тощо (Алжир, Конго, Марокко, Сенегал, Туніс та ін.). Країни, що були під протекторатом Великої Британії, зберегли багато інститутів загального права (Нігерія, Судан, Танзанія та ін.).

Значний вплив на становлення правових систем незалежних держав мав іслам. Чимало африканських держав визнали його норми як складову частину системи права. *Мусульманське право* нині застосовується в Алжирі, Єгипті, Марокко, Нігерії, Судані, Танзанії, Тунісі, Ефіопії. У більшості країн ним регулюється досить вузька сфера суспільних відносин — шлюби, розлучення, спадкування. Деякі країни визнали закони шаріату як основні принципи всієї правової системи. Конституція Єгипту (ст. 2) закріпила іслам як державну релігію, а шаріат — як основне джерело законодавства. У деяких країнах (Нігерія, Ефіопія) діють спеціальні мусульманські суди.

Практично всі африканські держави більшою чи меншою мірою *визнають дію традиційного звичаєвого права*, яке являє собою складову частину системи права цих країн. Деякі з них для застосування цих норм створюють спеціальні суди звичаєвого права (Ефіопія, Нігерія, ПАР). Конституція Ефіопії (ст. 78) передбачає право Палати народних представників і Рад штатів засновувати нові або офіційно визнавати суди звичаєвого права. Звичаєве право традиційно регламентує досить вузьку сферу суспільних відносин, пов'язаних із землею, родиною, спадкуванням, деякими видами угод. Як правило, норми звичаєвого права перебувають на нижчому рівні порівняно з нормами законодавства. Існують країни, наприклад, Сенегал, де норми звичаєвого права прирівняні за юридичною силою до норм закону.

Важливою тенденцією розвитку правової системи країн Африки можна визнати законодавче закріплення норм традиційного права. У деяких країнах навіть поняття звичаєвого права знайшло своє законодавче закріплення. Так, згідно з ордонансом про тлумачення й загальними статтями, виправленими й доповненими законом про магістратські суди Танзанії 1963 року, звичаєве право означає правило чи сукупність правил, за допомогою яких здобуваються права й накладаються обов'язки,

встановлені звичаєм у будь-якій африканській громаді Танзанії і визнані цією громадою як норми, що мають юридичну силу; сюди включається також будь-яка декларація чи модифікація звичаєвого права, прийнята відповідно до ордонансу місцевих органів управління, але не включається якесь правило і практика, що скасовані, заборонені, карані, оголошені протиправними... чи замінені писаним правом¹.

Таким чином, у другій половині ХХ ст. в державах Африки *створено сучасну систему права й розвинене законодавство*. При цьому компаративісти намагаються з'ясувати, наскільки нове законодавство витіснило звичаєве право і наскільки реально воно регулює суспільні відносини. Виникає ситуація, схожа з правовими системами держав Далекого Сходу, де закони наказують одне, а в реальних суспільних відносинах населення керується нормами традиційного права. Р. Давид у зв'язку з цим питанням наголошує: «Не слід обманювати себе: будь-які нові закони, особливо ті, що спрямовані на принципові реформи сімейних структур, зіштовхуються з протидією населення і не змінили способу життя більшості. За фасадами законів селяни продовжують жити так само, як жили їхні предки, ігноруючи “право міст” й інститути, встановлені інтелектуалами»². З огляду на те, що сільське господарство — головна галузь економіки африканських країн, а переважна більшість жителів — селяни, слід зробити висновок, що правові системи цих країн, як і раніше, належать до традиційної правової сім'ї.

Питання для самоконтролю

1. Розкрийте характерні особливості традиційних правових систем.
2. У яких країнах поширене традиційне право?
3. Назвіть особливості сучасного китайського права.
4. Що характеризує сучасну правову систему Японії?
5. Які правові системи здійснили найбільший вплив на формування правової системи Японії?
6. Охарактеризуйте основні етапи розвитку правових систем країн Африки.
7. У чому полягають складності реформування правових систем традиційного типу?

¹ Правовые системы стран мира [Текст] / Энциклопедический справочник. — С. 642.

² Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози : пер. с фр. — М. : Междунар. отношения, 1996. — С. 394.

Рекомендована література

Література універсального характеру

1. Аннерс, Э. История европейского права [Текст] / Э. Аннерс : пер. со швед. – М. : Наука, 1994. – 397 с.
2. Берман, Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования [Текст] / Г. Дж. Берман : пер. с англ. – М. : Изд-во МГУ: Инфра-М – Норма, 1998. – 624 с.
3. Бехруз, Хашматулла. Порівняльне правознавство / Х. Бехруз. – О. : Фенікс, 2009. – 464 с.
4. Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози : пер. с фр. – М. : Междунар. отношения, 1996. – 400 с.
5. Дмитрієв, А. І. Порівняльне правознавство [Текст] / А. І. Дмитрієв, А. О. Шепель ; відп. ред. В. Н. Денисов. – К. : Юстиніан, 2003. – 184 с.
6. Кох, Х. Международное частное право и сравнительное правоведение [Текст] / Х. Кох, У. Магнус, П. Моренфельс Винклер фон : пер. с нем. – М. : Междунар. отношения, 2001. – 480 с.
7. Леже, Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход [Текст] / Р. Леже : пер. с фр. – М. : Волтерс Клувер, 2009. – 584 с.
8. Малько, А. В. Сравнительное правоведение [Текст] / А. В. Малько, А. Ю. Саламатин. – М. : Норма, 2008. – 352 с.
9. Марченко, М. Н. Курс сравнительного правоведения [Текст] / М. Н. Марченко. – М. : Городец-издат, 2002. – 1068 с.
10. Осакке, К. Сравнительное правоведение в схемах и определениях: Общая и Особенная части [Текст] / К. Осакке. – М. : Дело, 2000. – 256 с.
11. Порівняльне правознавство (теоретико-правове дослідження) [Текст] : монографія / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К. : Фенікс, 2007. – 400 с.
12. Порівняльне правознавство (правові системи світу) [Текст] / Ю. С. Шемшученко [та ін.] ; ред. Н. М. Оніщенко. – К. : Парламентське вид-во, 2008. – 488 с.
13. Правова система України: історія, стан та перспективи [Текст] : у 5 т. Т. 1. Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України / за заг. ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Х. : Право, 2008. – 728 с.
14. Правовые системы стран мира [Текст] : Энциклопедический справочник / отв. ред. А. Я. Сухарев. – М. : Норма, 2000. – 840 с.
15. Рулан, Н. Историческое введение в право [Текст] : [учеб. пособие] / Норбер Рулан ; [пер. с фр. А. Б. Воронов, Г. В. Гаровников, Е. В. Головина и др.]. – М. : NOTA BENE, 2005. – 672 с.
16. Саидов, А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) [Текст] / А. Х. Саидов ; под ред. В. А. Туманова. – М. : Юристъ, 2000. – 448 с.
17. Тихомиров, Ю. А. Курс сравнительного правоведения [Текст] / Ю. А. Тихомиров. – М. : Норма, 1996. – 432 с.

18. Харитонов, О. І. Порівняльне право Європи: Основи порівняльного правознавства. Європейські традиції [Текст] / О. І. Харитонов, Є. О. Харитонов. – Х. : Одісей, 2002. – 592 с.
19. Цвайгерт, К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права [Текст] : в 2 т. / К. Цвайгерт, Х. Кетц : пер. с нем. – М. : Междунар. отношения, 2000. – Т. 1: Основы. – 480 с.

Додаткова література до розділів 1–2

1. Бенуа-Ромер, Ф. Право Ради Європи. Прямуючи до загальноєвропейського простору [Текст] / Ф. Бенуа-Ромер, Г. Клебес ; пер. з англ. – К. : «К.І.С.», 2007. – 232 с.
2. Гердеген, М. Європейське право [Текст] / М. Гердеген ; пер. з нім. – К. : «К.І.С.», 2008. – 528 с.
3. Лисенко, О. М. Порівняльне правознавство як наука та його місце в системі юридичних наук [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О. М. Лисенко ; Київ. нац. ун-т. – К., 2001. – 19 с.
4. Луць, Л. А. Європейські міждержавні правові системи та проблеми інтеграції з ними правової системи України (теоретичні аспекти) [Текст] / Л. А. Луць. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2003. – 304 с.
5. Луць, Л. А. Типологізація сучасних правових систем світу [Текст] : [відкрита лекція] / Л. А. Луць. – К. ; Сімф. : Логос, 2007. – 22 с.
6. Маркова-Мурашова, С. А. Современные правовые системы: тенденции интеграции и дифференциации [Текст] : монографія / Светлана Александровна Маркова-Мурашова. – Краснодар : Кубан. гос. ун-т, 2005. – 320 с.
7. Оборотов, Ю. М. Традиції та оновлення у правовій сфері: питання теорії (від пізнання до розуміння права) [Текст] / Ю. М. Оборотов. – О. : Юрид. літ., 2002. – 278 с.
8. Оніщенко, Н. М. Правова система: проблеми теорії [Текст] / Н. М. Оніщенко. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2002. – 352 с.
7. Очерки сравнительного права [Текст]. – М. : Прогресс, 1981. – 256 с.
8. Порівняльне правознавство у системі юридичних наук: проблеми методології [Текст] / О. В. Кресін [та ін.] ; ред. Ю. С. Шемшученко. – К. : [б. в.], 2006. – 256 с.
9. Порівняльне правознавство (теоретико-правове дослідження) [Текст] / О. Л. Копиленко [та ін.] ; наук. ред. Н. М. Оніщенко ; відп. ред. О. В. Зайчук. – К. : Фенікс, 2007. – 430 с.
10. Рабель, Э. Задачи и необходимость сравнительного правоведения [Текст] / Э. Рабель : пер. с нем. – Екатеринбург : Полиграфист, 2000. – 47 с.
11. Синюков, В. Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию [Текст] / В. Н. Синюков. – Саратов : Полиграфист, 1994. – 494 с.
12. Сравнительное правоведение [Текст] : сб. ст. – М. : Прогресс, 1978. – 247 с.
13. Тилле, А. А. Сравнительный метод в юридических дисциплинах [Текст] / А. А. Тилле, Г. В. Швеков. – М. : Высшая школа, 1978. – 199 с.
14. Тихомиров, А. Д. Юридическая компаративистика: философские, теоретические и методологические проблемы [Текст] / А. Д. Тихомиров. – Киев : Знання, 2005. – 334 с.

Додаткова література до розділів 3–4

1. Бержель, Ж.-Л. Общая теория права [Текст] / Ж.-Л. Бержель : пер. с фр. – М. : Nota Bene, 2000. – 576 с.
2. Брэбан, Г. Французское административное право [Текст] / Г. Брэбан : пер. с фр. – М. : Прогресс, 1988. – 488 с.
3. Ведель, Ж. Административное право Франции [Текст] / Ж. Ведель : пер. с фр. – М. : Прогресс, 1973. – 512 с.
4. Жалинский, А. Введение в немецкое право [Текст] / А. Жалинский, А. Рерихт. – М. : Спарк, 2001. – 767 с.
6. Зіллер, Ж. Політико-адміністративні системи країн ЄС. Порівняльний аналіз [Текст] / Ж. Зіллер : пер. з фр. – К. : Основи, 1996. – 420 с.
7. Кабрияк, Р. Кодификации [Текст] / Р. Кабрияк : пер. с фр. – М.: Статут, 2007. – 476 с.
8. Морандьер, Ж. Л., де ла. Гражданское право Франции [Текст] : в 3 т. / Ж. Л. Морандьер : пер. с фр. – М.: Изд-во иностр. лит., 1958. – 742 с.
9. Покровский, И. А. История римского права [Текст] / И. А. Покровский. – СПб. : Летний сад, 1999. – 533 с.
10. Покровский, И. А. Основные проблемы гражданского права [Текст] / И. А. Покровский. – М. : Статут, 1999. – 353 с.
11. Правовая система Нидерландов [Текст] / отв. ред. В. В. Бойцова, Л. В. Бойцова. – М. : Зерцало, 1998. – 432 с.
12. Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии [Текст] : пер. с нем. – М. : БЕК, 2001. – 336 с.
13. Судебная практика как источник права [Текст]. – М. : Юристь, 2000. – 160 с.
14. Судебные системы европейских стран. Справочник [Текст] : пер. с фр. и с англ. – М. : Междунар. отношения, 2002. – 336 с.
15. Харитонов, С. О. Рецепції приватного права: парадигма прогресу [Текст] / С. О. Харитонов, О. І. Харитонova. – Кіровоград : Центрально-Укр. вид-во, 1999. – 144 с.
16. Шевчук, С. Основы конституційної юриспруденції [Текст] / С. Шевчук. – К. : Укр. центр правн. студій, 2001. – 302 с.
17. Шевчук, С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні [Текст] / Станіслав Шевчук. – К. : Реферат, 2007. – 640 с.
18. Шумилов, В. М. Введение в правовую систему ФРГ [Текст] / В. М. Шумилов. – М. : Дека, 2001. – 140 с.
19. Эннексерус, Л. Курс Германского гражданского права [Текст] / Л. Эннексерус : пер. с нем. – М.: Изд-во иностр. лит., 1949. – 436 с.

Додаткова література до розділу 5

1. Безбах, В. В. Право собственности на землю в странах Латинской Америки (Проблемы регламентации и преобразований) [Текст] / В. В. Безбах. – М. : Изд-во УДН, 1989. – 144 с.
2. Варьяш, О. И. Рецепция римского права в Португалии и трансформация традиционных обществ [Текст] / О. И. Варьяш // Древнее право. IVS ANTIQVVM. – 2001. – № 1 (8). – С. 124–128.
3. Гражданское и семейное право развивающихся стран [Текст] : сборник нормативных актов. Гражданские кодексы стран латинской Америки / Предисл. О. А. Жидкова. – М. : Изд. УДБН, 1988. – 208 с.

4. Кулінич, Т. Громадянські суспільства країн Ібероамерики на сучасному етапі розвитку. Ібероамериканська спільнота націй [Текст] / Т. Кулінич // Вісн. Київ. нац. ун-ту ім. Тараса Шевченка. Міжнародні відносини. – 2007. – № 35–36. – С. 77–81.
5. Исаев, М. А. Основы конституционного строя Швеции [Текст] : учеб. пособие / М. А. Исаев ; Моск. гос. ин-т междунар. отношений (ун-т) МИД России, каф. конституц. права. – М. : МГИМО-Университет, 2008. – 192 с.
6. Исаев, М. А. Основы конституционного строя Норвегии [Текст] / М. А. Исаев. – М. : Муравей, 2001. – 213 с.
7. Моргунова, М. А. Скандинавский парламентаризм. Теория и практика [Текст] / М. А. Моргунова. – М. : Рос. гос. гуманит. ун-т, 2001. – 350 с.
8. Моргунова, М. А. Государственное право Финляндии [Текст] / М. А. Моргунова. – М. : ОАО «Изд. Дом “Городец”», 2005. – 368 с.
9. Комаров, А. С. Источники права Швеции [Текст] / А. С. Комаров // Сов. государство и право. – 1986. – № 6. – С. 97–102.

Додаткова література до розділів 6–8

1. Бернхем, В. Вступ до права та правової системи США [Текст] / В. Бернхем : пер. з англ. – К. : Україна, 1999. – 554 с.
2. Богдановская, И. Ю. Закон в английском праве [Текст] / И. Ю. Богдановская. – М. : Наука, 1987. – 143 с.
3. Богдановская, И. Ю. Прецедентное право [Текст] / И. Ю. Богдановская. – М. : Наука, 1993. – 239 с.
4. Богдановская, И. Ю. Правовые системы Канады, Австралии и Новой Зеландии: особенности развития [Текст] / И. Ю. Богдановская / Право и политика. – 2002. – № 8. – С. 21–25.
5. Бромхед, П. Эволюция Британской Конституции [Текст] / П. Бромхед : пер. с англ. – М. : Юрид. лит., 1978. – 334 с.
6. Дженкс, Э. Английское право [Текст] / Э. Дженкс : пер. с англ. – М. : Юрид. изд-во Мин-ва юстиции СССР, 1947. – 378 с.
7. Джиффорд, Д. Дж. Правовая система Австралии [Текст] / Д. Дж. Джиффорд, К. Х. Джиффорд. – М. : Юрид. лит., 1988. – 342 с.
8. Загайнова, С. К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения [Текст] / С. К. Загайнова. – М. : Норма, 2002. – 176 с.
9. Кросс, Р. Прецедент в английском праве [Текст] / Р. Кросс : пер. с англ. – М. : Юрид. лит., 1985. – 238 с.
10. Ллойд, Д. Идея права [Текст] / Д. Ллойд : пер. с англ. – М. : Югона, 2002. – 416 с.
11. Малишев, Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії [Текст] / Б. В. Малишев. – К. : Праксис, 2008. – 344 с.
12. Офіційний сайт Співдружності Націй [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.thecommonwealth.org
13. Романов, А. К. Правовая система Англии [Текст] / А. К. Романов. – М. : Дело, 2000. – 344 с.
14. Судебная практика как источник права [Текст]. – М. : Юристь, 2000. – 160 с.
15. Уолкер, Р. Английская судебная система [Текст] / Р. Уолкер : пер. с англ. – М. : Юрид. лит., 1980. – 631 с.

16. Фридмэн, Л. Введение в американское право [Текст] / Л. Фридмэн. – М. : Изд. гр. «Прогресс» «Универс», 1993. – 286 с.
17. Шевчук, С. Основы конституційної юриспруденції [Текст] / С. Шевчук. – К. : Укр. центр правн. студій, 2001. – 302 с.
18. Шевчук, С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні [Текст] / Станіслав Шевчук. – К. : Реферат, 2007. – 640 с.

Додаткова література до розділу 9

1. Берман, Г. Дж. Вера и закон: примирение права и религии [Текст] / Г. Дж. Берман : пер. с англ. – М. : Ad Margines, 1999. – 431 с.
2. Біблія, або книги Святого письма Старого і Нового Заповіту [Текст] : пер. з давньоєвр. і грец. – Всеукр. євангельсько-баптистське братство. – 1528 с.
3. Вишнеvский, А. А. Каноническое право. Древняя Церковь и Западная традиция [Текст] / А. А. Вишнеvский. – М. : Ин-т философии, теологии и истории Святого Фомы. – 2006. – 276 с.
4. История государства и права стран Азии и Африки. Очерки [Текст] / А. И. Рогожин, И. П. Сафронова, Н. Н. Страхов. – М. : Юрид. лит., 1964. – 254 с.
5. Кодекс канонического права [Текст]. – М. : Ин-т философии, теологии и истории св. Фомы, 2007. – 624 с.
6. Конституционное (государственное) право зарубежных стран [Текст] : в 4 т. / отв. ред. Б. А. Страшун. – М. : Норма-Инфра-М, 2001. – Т. 4 : Часть Особенная: страны Америки и Азии. – 656 с.
7. Коран [Текст] : пер. с араб. И. Ю. Крачковского. – М. : СП ИКПА, 1990. – 512 с.
8. Крашенинникова, Н. А. Индусское право: история и современность [Текст] / Н. А. Крашенинникова. – М. : Изд-во МГУ, 1982. – 192 с.
9. Кудрявцев, М. К. Кастовая система в Индии [Текст] / М. К. Кудрявцев. – М. : Наука, 1992. – 262 с.
10. Лазор, Л. И. Каноническое право [Текст] : учебник / Л. И. Лазор, В. В. Лазор, И. И. Шамшина. – 1-е изд. – Луганск : Изд-во ООО «Виртуальная реальность», 2010. – 569 с.
11. Лубський, В. І. Мусульманське право [Текст] / В. І. Лубський, В. Д. Борис. – К. : Вілбор, 1997. – 256 с.
12. Мусульманский мир 950–1150 [Текст] : пер. с англ. / Отв. ред. В. В. Наумкин, М. Б. Пиотровский. – М. : Наука, 1981. – 312 с.
13. Мусульманское право (структура и основные институты) [Текст] / отв. ред. Л. Р. Сюкияйнен. – М. : ИГПАН, 1984. – 145 с.
14. Мусульманские страны. Религия и политика (70–80-е годы) [Текст] : сб. статей. – М. : Наука, 1991. – 183 с.
15. Павлов, А. С. Курс церковного права [Текст] / А. С. Павлов. – СПб. : Лань, 2002. – 384 с.
16. Релігійзнавчий словник [Текст] / за ред. А. Колодного і Б. Лобовика. – К. : Четверта хвиля, 1999. – С. 392 с.
17. Франческо, Марджотта Брольо, Чезаре, Мирабелли, Франческо, Онида. Религии и юридические системы. Введение в сравнительное церковное право [Текст] / Франческо, Марджотта Брольо, Чезаре, Мирабелли, Франческо, Онида : пер. с итал. (Серия «История церкви»). – М. : Библийско-богословский ин-т св. апостола Андрея, 2008. – 437 с.

18. Русская православная церковь и право : Комментарий [Текст] / отв. ред. М. В. Ильичев. – М. : Бек, 1999. – 464 с.
19. Сюкияйнен, Л. Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики [Текст] / Л. Р. Сюкияйнен. – М. : Наука, 1986. – 257 с.
20. Сюкияйнен, Л. Р. Шариат и мусульманско-правовая культура [Текст] / Л. Р. Сюкияйнен. – М. : Ин-т государства и права РАН, 1997. – 48 с.
21. Шарль, Р. Мусульманское право [Текст] / Р. Шарль ; пер. с фр. – М. : Изд-во иностр. лит., 1959. – 142 с.
22. Элон, М. Еврейское право [Текст] / М. Элон ; пер. с иврита / под общ. ред. И. Ю. Козлихина. – СПб. : Юрид. центр пресс, 2002. – 611 с.

Додаткова література до розділу 10

1. Денисов, В. Н. Системы права развивающихся стран [Текст] / В. Н. Денисов. – К. : Наук. думка, 1978. – 276 с.
2. Духовная культура Китая : Энциклопедия [Текст] : в 5 т. / гл. ред. М. Л. Титаренко ; Ин-т Дальнего Востока РАН. – М. : Вост. лит., 2006. – Т. 4 : Историческая мысль. Политическая и правовая культура / ред. М. Л. Титаренко и др. – 2009. – 935 с.
3. Еремин, В. Н. История правовой системы Японии [Текст] / В. Н. Еремин ; отв. ред. А. А. Кириченко. – М. : Рос. полит. энцикл. (РОССПЭН), 2010. – 293 с.
4. Инако, Ц. Право и политика современного Китая [Текст] / Ц. Инако ; пер. с япон. – М. : Прогресс, 1978. – 295 с.
5. Инако, Ц. Современное право Японии [Текст] / Ц. Инако ; пер. с япон. – М. : Прогресс, 1981. – 270 с.
6. История государства и права стран Азии и Африки. Очерки [Текст] / А. И. Рогожин, И. П. Сафронова, Н. Н. Страхов. – М. : Юрид. лит., 1964. – 254 с.
7. Кашанина, Т. В. Происхождение государства и права. Современные трактовки и новые подходы [Текст] / Т. В. Кашанина. – М. : Юристь, 1999. – 335 с.
8. Конституционное (государственное) право зарубежных стран [Текст] : в 4 т. / отв. ред. Б. А. Страшун. – М. : Норма-Инфра-М, 2001. – Т. 4 : Часть Особенная: страны Америки и Азии. – 656 с.
9. Куманин, Е. В. Юридическая политика и правовая система Китайской Народной Республики [Текст] / Е. В. Куманин ; отв. ред. Б. А. Страшун. – М. : Наука, 1990. – 157 с.
10. Рогожин, А. И. История государства и права рабовладельческого Китая [Текст] / А. И. Рогожин, Н. Н. Страхов. – М. : Госюриздат, 1960. – 93 с.
11. Синицына, И. Е. Обычай и обычное право в современной Африке: История изучения. Кодексы обычного права [Текст] / И. Е. Синицына. – М. : Наука, 1978. – 285 с.
12. Супатаев, М. А. Право в современной Африке (основные черты и тенденции развития) [Текст] / М. А. Супатаев. – М. : Наука, 1989. – 175 с.

Предметний покажчик

- Acquis communautaire 47, 70
Акти Парламенту 129, 158–160, 189
Акти реформи права 160
Артхашастра 215
Біблія 220, 221, 223, 224, 234
Варварські правди 65
Веди 209, 211, 213, 215
Верховенство статутів 158
Відмова від використання прецеденту 157
Гармонізація права 17, 47, 48
Германська група 61–86, 89–110
Група англійського права (англо-американської правової сім'ї) 128–146, 150–170, 171–193
Деклараторна теорія права 151
Делеговане законодавство 125, 150, 162–165, 186, 191
Джерела права:
 первинні 45, 94, 150
 вторинні 45, 94, 150
 матеріальні 92
 формальні 92, 93
 обов'язкові 93, 150
 необов'язкові 154, 155
Договір 45, 46, 52, 53, 127
Доктрина 23, 56, 68, 93, 94, 105–110, 117, 119, 120, 151, 152, 158, 168, 188, 193, 203
Дхармасутра 214
Дхармашастра 212, 214, 215
Європейське право 27, 42–52, 70, 71, 110, 135
Загальне право (common law) 126, 129, 130, 138–140, 142–149, 150, 160, 165, 171, 177, 186–189, 207, 260
Загальні принципи права 44, 45, 56, 93, 94, 100, 101
Звичаєве право 39, 80, 93, 103, 165, 192, 193 с
Звичай 55, 56, 100, 102–105, 137, 138, 143, 150, 165–168, 186, 191, 192, 204, 218, 225, 236, 239
Звід Юстиніана (Corpus Juris Civilis) 73, 80, 81
Іджма 197, 200, 202, 203
Індуське право 193, 197, 209–219
Іудейське (єврейське) право 219–228
Канонічне право 228–238
Кійас 197, 202, 203
Класифікація К. Цвайгерта 35–36
Класифікація Р. Давида 34–35
Кодекс 21, 35, 54, 55, 63, 69, 73, 81–83, 90, 97, 98, 104, 105, 108, 109, 112–114, 124, 125, 131, 132, 173, 177, 178, 191, 207, 208, 217, 218, 231, 237, 243–249, 252
Кодекс канонічного права (codex iuris canonici) 231
Кодифікація 81, 98, 123, 131, 175
Компаративізм 11
Консолідація 132, 134, 160, 161, 177, 191
Конституційний контроль 186
Конституція 53, 55, 97, 101, 117, 176, 178, 184, 185, 190, 217, 218, 237, 238, 247, 250, 253, 261
Контроль делегованого законодавства 164
Коран 197, 199, 200, 202, 203, 204, 233
Критерії класифікації правових систем 33
Lex mercatoria 67
Матеріально-процесуальне право 131
Метод Вембо 155
Методологія порівняльного правознавства 14
Мидраш 224, 225
Міждержавна національна система 8, 9, 19
Міжнародне приватне право 19
Міжнародне публічне право 20
Мусульманське (ісламське) право 36, 193, 195–209, 211, 216, 219, 227, 261
Новий Заповіт 223, 224
Нове канонічне право 83
Нормативно-правовий акт 41, 97, 116
obiter dictum 154, 155, 169
Пальські декреталії 235
Парламентський суверенітет 134, 135, 158, 159
Перегляд скасування прецеденту 156
Порівняльне державознавство 20
Порівняльне право 11, 12
Порівняльна юриспруденція 11

- Порівняльне правознавство:
 предмет 13–16, 18
 об'єкт 13–16, 19, 20, 22, 23, 26
 як метод 10–12, 20
 як навчальна дисципліна 10, 11
 як наука 6, 11, 14
- Порівняння:
 бінарне 22
 внутрішнє 22–23
 мультипорівняння 22
 внутрішнє 22–23
 змішане 25
 діахронне 22
 інституціональне 23
 макро- 23
 мікро- 23
 нормативне 23–25
 сімейне 22–23
 синхронне 22
 функціональне 23–25
- Постанови:
 всесвітніх соборів 235
 обласних (помісних) соборів 234
 синоду 235
- Право справедливості (equity law) 146
- Правова акультурація 39
- Правова система:
 дочірня 34, 108
 материнська 31, 34
 наднаціональна 7, 8, 30
 національна 8, 13, 16, 17, 19, 21, 22,
 27–33, 46, 51
 субнаціональна 8, 30
 розвинута 34
 не розвинута 34
 чиста 33, 38, 183
- Правова сім'я:
 англо-американська 128–129
 англосаксонська 129–130
 континентальна 61
 релігійна 8, 194
 романо-германська 8, 61–64
 соціалістична 36, 41
 традиційна 8, 239, 243
- «Правовий стиль» 33, 35
- Практична течія в юриспруденції 81
- Принцип переконливості прецеденту
 153, 154
- Принцип підкореності прецеденту 152,
 154
- Рада Європи 42, 49, 71, 114
 ratio decidendi 153–155
 Рецепція 66, 77–79, 113, 180, 260
 Римське право 63, 66, 68, 73, 75, 77–82,
 113, 130, 170, 233
 Розум 64, 68, 76, 86, 150, 169, 233
 Романська група 82
 Самостійний підзаконний акт 96
 Сім'я загального права 129
 Сім'я цивільного права 63
 Смирти 213–216
 Співдружність Націй 181
 Старий Заповіт 223
 Статутне право 130, 145, 146, 186, 189
 stare decisis 152, 153, 168, 179
- Структура порівняльного правознавства:
 вертикальна 15
 горизонтальна 15
 загальна (загальнотеоретична)
 компаративістика 15
 особлива (спеціальна)
 компаративістика 15
 порівняльне правознавство у сфері
 приватного права 16
 порівняльне правознавство у сфері
 публічного права 16
- Структура судового прецеденту 154
- Структура правової системи 26, 28,
 Судова практика 41, 51, 91, 93, 94, 101,
 107, 108, 125, 138, 150, 152, 191, 204,
 216,
- Судовий прецедент:
 обов'язковий 152
 переконливий 188
- Суна 197, 199, 202
- Схоластичний метод 73, 77
- Тора 223–225
- Уніфікація права 10, 16, 17, 22
- Функції порівняльного правознавства:
 евристична 16
 методологічна 17
 пізнавальна 16
 допомоги практиці 17
 наукового передбачення 16
- Школа глосаторів 74
- Школа гуманістів 75, 79
- Школа постглосаторів 74–76, 79
- Школа природного права 68, 76
- Юридична фікція 140, 141

Автори підручника

- Погребняк С. П.** – доктор юридичних наук, доцент – розділи 1; 2 (§ 1–4) (у співавт. з Д. В. Лук’яновим); розділи 3; 4; 6; 7; 8 (§ 1, 2)
- Лук’янов Д. В.** – кандидат юридичних наук, доцент – розділ 2 (§ 1–4) (у співавт. з С. П. Погребняком); розділ 9; розділ 10 (у співавт. з Г. П. Пономарьовою)
- Биля-Сабадаш І. О.** – кандидат юридичних наук, доцент – розділ 5 (§ 2)
- Богачова Л. А.** – кандидат юридичних наук, доцент – розділ 2 (§ 6)
- Сморозинський В. С.** – кандидат юридичних наук, доцент – розділ 2 (§ 5)
- Протасова В. Є.** – кандидат юридичних наук – розділ 5 (§ 1)
- Пономарьова Г. П.** – кандидат юридичних наук – розділ 10 (у співавт. з Д. В. Лук’яновим)
- Хаустова М. Г.** – кандидат юридичних наук, доцент – розділ 2 (§ 7)
- Христова Г. О.** – кандидат юридичних наук, доцент – розділ 8 (§ 3)

Навчальне видання

ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО

Підручник

За загальною редакцією академіка НАПрН України
О. В. Петришина

Редактор *С. А. Пашинська*
Коректор *О. В. Синицина*
Комп'ютерна верстка *О. І. Євтеєвої*
Дизайн *В. М. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 23.11.2011.
Формат 60×90 ¹/₁₆, Папір офсетний. Гарнітура Times.
Обл.-вид. арк. 14,7. Ум. друк. арк. 17. Вид. № 564.
Тираж 700 прим.

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України
та Національного університету «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»
Україна, 61002, Харків, вул. Чернишевська, 80а
Тел./факс (057) 716-45-53
Сайт: www.pravo-izdat.com.ua
E-mail для авторів: proizvodstvo@pravo-izdat.com.ua
E-mail для замовлень: sales@pravo-izdat.com.ua

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 559 від 09.08.2001 р.

Виготовлено у друкарні «Манускрипт»
Тел. (057) 758-35-98