

МІНІСТЕРСТВО ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ

**ДНІПРОПЕТРОВСЬКИЙ ДЕРЖАВНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ВНУТРІШНІХ СПРАВ**

**ФАКУЛЬТЕТ ПІДГОТОВКИ ФАХІВЦІВ ДЛЯ ПІДРОЗДІЛІВ
ПРЕВЕНТИВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ**

Кафедра теорії та історії держави і права

КОНСПЕКТ ЛЕКЦІЙ

з дисципліни «ЮРИДИЧНА КОМПАРАТИВІСТИКА»

Для слухачів факультету
підготовки фахівців для органів
досудового розслідування

Дніпро – 2016

Конспект лекцій підготував **Кучук А.М.** – завідувач кафедри теорії та історії держави і права факультету підготовки фахівців для підрозділів превентивної діяльності Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент

РЕЦЕНЗЕНТИ:

Білозьоров Є.В. – професор кафедри теорії держави і права Національної академії внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент

Легка О.В. – доцент кафедри міжнародного права, історії права та політико-правових учень Дніпропетровського національного університету ім. О. Гончара, кандидат юридичних наук, доцент

Конспект лекцій обговорений та схвалений на засіданні кафедри теорії та історії держави і права факультету підготовки фахівців для підрозділів превентивної діяльності “29” серпня 2016 р., протокол № 23

**ТЕМА № 1. ЮРИДИЧНА КОМПАРАТИВІСТИКА: ПРЕДМЕТ,
МЕТОДОЛОГІЯ
(2 години)**

ПЛАН ЛЕКЦІЙ:

I. Юридична компаративістика як самостійна навчальна дисципліна	4
II. Методологія юридичної компаративістики	9
III. Правовий поліцентризм як принцип пізнання правових явищ	12

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА:

1. Порівняльне правознавство: підручник / С.П. Погребняк, Д.В. Лук'янов, І.О. Биля-Сабадаш та ін.; за заг. ред. О.В. Петришина. – Х.: Право, 2012. – 272 с.
2. Саїдов А.Х. Порівняльне правознавство (основні правові системи сучасності): Підручник / За ред. В. А. Туманова. - М.: МАУП, 2003. - 448 с.
3. Порівняльне правознавство (правові системи світу) / Ю.С. Шемшученко [та ін.]; ред. Н.М. Оніщенко. – К. : Парламентське вид-во, 2008. – 488 с.
4. Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / отв. ред. А. Я. Сухарев. – М. : Норма, 2000. – 840 с.
 - а. Аннерс Э. История европейского права / Э. Аннерс: пер. со швед. – М.: Наука, 1994. – 397 с.
5. Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Г. Дж. Берман: пер. с англ. – М.: Изд-во МГУ: Инфра-М – Норма, 1998. – 624 с.
6. Давид Рене Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози: пер. с фр. – М.: Междунар. отношения, 1996. – 400 с.
7. Ідея порівняльного міжнародного права: pro et contra: Збірник наукових праць на честь іноземного члена НАН України та НАПрН України Уільяма Елліотта Батлера / За ред. Ю.С. Шемшученка, О.В. Кресіна; упор. О.В. Кресін, І.М. Ситар. – Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. – 536 с.
8. Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход / Р. Леже: пер. с фр. – М. : Волтерс Клувер, 2009. – 584 с.
9. Кресін О.В. Порівняльне правознавство у XIX – XX століттях: проблеми становлення: Монографія. – К.: Логос, 2011. – 294 с.
10. Порівняльне правознавство (теоретико-правове дослідження): монографія / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К. : Фенікс, 2007. – 400 с.
11. Ткаченко О.В. Функціоналістська парадигма порівняльно-правових досліджень: автореферат дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.12 - Філософія права / О. В. Ткаченко; наук. кер. О. В. Кресін; Національна академія внутрішніх справ. – К., 2011. - 20 с.
12. Тихомиров А.Д. Юридическая компаративистика: философские, теоретические и методологические проблемы. – К.: Знання, 2005. – 334 с.

13. Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. / К. Цвайгерт, Х. Кетц; пер. с нем. – М. : Междунар. отношения, 2000. – Т. 1: Основы. – 480 с.

МЕТА ЛЕКЦІЇ:

Ця лекція має таку мету:

- ✓ навчальна: ознайомитися з предметом і методологією юридичної компаративістики;
- ✓ практична: здобути навички щодо застосування методів порівняльного правознавства;
- ✓ виховна: формування переконання про необхідність активної правомірної поведінки як основи існування соціально корисних правових відносин.

ВСТУП

Навчальна дисципліна передбачає забезпечити здобувачам вищої освіти поінформованість та оволодіння сучасними знаннями щодо основних систем сучасного права, а також методології порівняльно-правового дослідження. Виховання юристів нового покоління, здатних працювати в умовах світу, що глобалізується, потребує якісних змін у системі фахової підготовки, особливо це стосується вивчення і критичного осмислення концепцій про право, які є складовою світового духовного надбання.

Опанування «Юридичної компаративістики» здобувачами вищої освіти дозволяє сформувати уявлення про геоправовий простір, правові цивілізації (сім'ї) та виробити уміння проводити порівняльно-правові дослідження, що дозволяє майбутньому фахівцю провадити наукові дослідження правових явищ, враховуючи процес глобалізації, а також ефективно взаємодіяти з органами охорони правопорядку іноземних держав, зважаючи на особливості національних правових систем.

Важливим етапом у цьому процесі є з'ясування теоретичних і методологічних засад навчальної дисципліни «юридична компаративістика», чому і присвячена ця лекція.

I. ЮРИДИЧНА КОМПАРАТИВІСТИКА ЯК САМОСТІЙНА НАВЧАЛЬНА ДИСЦИПЛІНА

Порівняльне правознавство пройшло великий і складний шлях розвитку, і триває й донині - уточнюються його цілі та завдання. Для історичної еволюції юридичної компаративістики характерні як підйоми, що супроводжуються необгрунтованими спробами надати порівняльному правознавству універсальне значення в перетворенні права різних держав і народів, так і спади, коли в ньому бачили лише одне з допоміжних техніко-юридичних

засобів при вивченні права, що призводило до невиправданого применшення його ролі¹.

В історії формування та розвитку порівняльного правознавства загалом вирізняють шість етапів.

«Перший етап характеризується окремими спробами порівняльних досліджень актів різних державних утворень, які проводяться, починаючи з часів античності.

Другий етап пов'язаний з використанням порівняльно-правового методу в історії права. Історико-правову спрямованість мали також перші кафедри порівняльного правознавства, створені в 1831 році в Колежі де Франс та в 1846 році в Паризькому університеті, а також перші журнали з порівняльного правознавства, засновані в Німеччині в 1829 році та у Франції в 1834 році.

Третій етап — це використання порівняльно-правового методу як інструменту законотворчості, зокрема кодифікації. Істотний імпульс його розвитку дали, зокрема, широкомасштабні кодифікаційні роботи, що розгорнулися в різних країнах Європи з початку ХІХ століття.

Четвертий етап характеризується застосуванням порівняльного аналізу до різних правових систем з метою поглибленого вивчення самого феномена права та тенденцій його розвитку. З кінця ХІХ століття порівняльне правознавство шляхом порівняння правових систем та окремих інститутів різних народів виявляє закономірності еволюції правових систем та інститутів, напрямів їх подальшого розвитку та зближення.

П'ятий етап — це формування в ХХ столітті теорії порівняльного правознавства: визначення його цілей, функцій, загальних правил порівняльно-правового аналізу, методики тощо.

Нарешті, шостий етап пов'язаний з поступовим перетворенням теорії порівняльного правознавства на автономну науку: з розширенням кола тем, що досліджуються, формуванням предмета порівняльного правознавства, його понятійного апарату, визначенням місця в системі юридичних наук та інше»²

Зауважу, питання предмету юридичної компаративістики та її місця в системі наук детально дослідили О.В. Чернецька та В.С. Шилінгов. Тому наступний матеріал подається за їх роботою: Чернецька О.В. Юридична компаративістика як самостійна юридична наукова дисципліна / О.В. Чернецька, В.С. Шилінгов [Електронний ресурс]. – Режим доступу: dspace.nbuv.gov.ua/handle/123456789/18341

«Будь-яка юридична наукова дисципліна виступає в якості складового елемента загальної структури правової науки як відносно самостійне наукове формування. Для юридичної компаративістики й досі залишається актуальним визначення її місця та ролі в системі юридичних наук. Самостійний характер

¹ Саїдов А.Х. Порівняльне правознавство (основні правові системи сучасності): Підручник / За ред. В. А. Туманова. - М.: МАУП, 2003. - 448 с.

² Ткаченко В.Д. Порівняльне правознавство [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://uristinfo.net/2011-01-16-19-18-47/39-vdtkachenko-poryvnjalne-pravoznavstvo.html>

наукової дисципліни в класичному варіанті визначається наявністю у неї самостійного предмета і методу дослідження.

Юридична компаративістика — система знань, накопичених у процесі порівняльних досліджень у правовій сфері. Компаративістика — слово латинського походження (лат. *Comparativus*) і в перекладі означає порівняння. В сучасній науковій юридичній літературі відсутня єдина інтерпретація сутності, змісту й призначення юридичної компаративістики, це ж стосується і назви зазначеної дисципліни. Науковці використовують різні терміни для позначення сукупності знань у порівняльно_правовій сфері, зокрема: компаративна юриспруденція, порівняння у праві, порівняльне право, порівняльне правознавство. На наше переконання, у широкому розумінні ці назви слід розглядати як синоніми, а суперечки з цього приводу не мають принципового значення.

Наявність індивідуального, відокремленого предмета досліджень є свідченням самостійного статусу науки. Тому питання стосовно визначення предмета науки є важливим і одночасно складним для будь_якої наукової дисципліни.

Визначення предмета юридичної компаративістики полягає у встановленні кола понять, категорій, інститутів та інших правових явищ, які вона вивчає. Предмет юридичної компаративістики дає відповідь на питання, що вона вивчає як навчальна дисципліна і що досліджує як самостійна галузь знань. Відповідаючи на ці питання, необхідно зазначити, що юридична компаративістика, з одного боку, має справу з такими явищами, категоріями і поняттями, як процес порівняння, порівняльно_правовий метод, співставлення та протиставлення, а з іншого — право, правові інститути, правові системи та інші правові явища. За допомогою юридичної компаративістики правові системи одних держав співставляються, протиставляються, тобто порівнюються з правовими системами інших держав. Отже, можна зробити висновок, що юридична компаративістика не зводиться лише до порівняльно_правового аналізу законодавства, окремих галузей та інститутів права, ідей про право. Вона спрямована на отримання цілісної картини правового розвитку світу.

Визначаючи предмет юридичної компаративістики, необхідно звернути увагу на його співвідношення з об'єктом зазначеної дисципліни, оскільки з'ясування цього питання є не лише теоретично важливим, але й практично значимим. Як відомо, поняття «предмет» і «об'єкт» наукової дисципліни не є тотожними. Поняття об'єкту науки є більш широким порівняно з її предметом. Об'єкт, як правило, є загальним для цілої низки наук, у той час як предмет у кожної із них свій власний, який не може співпадати з предметами інших наук. Загальним об'єктом дослідження для всіх юридичних наук є об'єктивно існуюча правова дійсність. З'ясовуючи питання щодо об'єкта юридичної компаративістики, М. М. Марченко зазначає, що в якості такого завжди виступає об'єктивно існуюча в різних країнах порівняльно_правова реальність. Об'єкт порівняльного правознавства ніким не придумується і не виводиться із

нічого. Він існує в житті, реальній дійсності [4, с. 101]. Як на елементи правової дійсності слід вказати на правові вчення, доктрини, концепції і правові погляди; національні правові системи; правові масиви і комплекси, що регулюють діяльність міжнародних, міждержавних та міжурядових об'єднань; національне законодавство, різноманітні галузі та інститути законодавства, як систему нормативно_правових актів, що регулюють або певну сферу, або однорідні суспільні відносини, закони та підзаконні акти, окремі правові норми; юридичну техніку, що є сукупністю правил і прийомів створення та структурування правових норм.

З'ясовуючи питання про предмет юридичної компаративістики, необхідно зазначити, що єдиної відповіді на поставлене питання в науковій літературі немає. Як справедливо зазначає Х. Бехруз, необхідно визнати, що полеміка з приводу предмета порівняльного правознавства продовжується з моменту його виникнення. До сьогоднішнього дня не вироблений загальний підхід до його визначення, оскільки серед компаративістів відсутня єдність поглядів не лише на його предмет, але і на співвідношення його предмета з його об'єктом та методами [1, с. 18].

В одних випадках предмет юридичної компаративістики ототожнюється з її цілями. Так, відомий російський вчений Г. Ф. Шершеневич вважав, що порівняльне правознавство ставить за мету шляхом порівняння права різних народів на різних рівнях культури з'ясувати загальні закони розвитку права [12, с. 16]. В інших випадках під предметом юридичної компаративістики розуміють процес виявлення та аналізу загальних принципів, що містяться у різних правових системах.

У зв'язку з цим відомий американський компаративіст Р. Паунд наголошував, що порівняння існуючих у різних правових системах норм, так само як і юридичної практики різних країн, — це лише перший крок на шляху порівняльно_правового пізнання. Наступним і найбільш важливим етапом на цьому шляху є проведення глибокого аналізу порівнюваного нормативно_правового матеріалу та визначення («формулювання») загальних принципів права [13, с. 70].

Схожої точки зору дотримуються й інші автори. Зокрема, О. Ф. Скакун вважає, що предметом порівняльного правознавства є загальні та окремі, глобальні та внутрішньоглобальні закономірності виникнення, розвитку і функціонування правових систем світу, які пізнаються через виявлення між ними схожості та відмінностей на мікро – та макрорівнях [7, с. 18].

На думку А. Х. Саїдова, порівняльне правознавство є науковим напрямом, що вивчає основні правові системи сучасності. Він окреслює коло питань, які складають предмет порівняльного правознавства, а саме: методологічні проблеми порівняння у праві (теорія порівняльно-правового методу); порівняльне вивчення основних правових систем сучасності; традиційне «порівняльне законодавство»; так зване функціональне порівняння; історико_порівняльне вивчення права [6, с. 25, 29].

На наше переконання, ті дослідники, які під предметом юридичної компаративістики розуміють процес порівняльно_правових досліджень, ототожнюють його з компаративним методом. Ті ж науковці, які в якості предмета порівняльного правознавства називають загальні закономірності (принципи) виникнення, розвитку та функціонування правових систем, очевидно не вбачають у юридичній компаративістиці самостійної галузі юридичних знань, тому що таке окреслення предмета зазначеної дисципліни неминуче веде до її розуміння як складової частини загальної теорії держави і права.

Оскільки юридична компаративістика вивчає об'єкт дослідження, правову дійсність, під своїм специфічним кутом зору, тому вона має свій власний предмет дослідження, а отже повністю не співпадає із порівняльно-правовим методом і не є складовою частиною загальної теорії держави і права — і саме тому є самостійною юридичною науковою дисципліною.

Юридична компаративістика досліджує геоправовий простір через порівняння комплексу правових явищ, які тісно пов'язані з політичними, соціальними, культурними та іншими аспектами функціонування правових систем в об'єктивно існуючому національному та загальносоціальному контексті.

Підводячи підсумки, можна визначити в якості предмета юридичної компаративістики геоправовий простір, основними елементами якого нині є національні правові системи, як специфічні, неповторні комплекси правових явищ, які тісно пов'язані з цивілізаційними, культурними, психологічними та іншими аспектами буття людського суспільства.

У зв'язку з цим на особливу увагу заслуговує думка О. Д. Тихомирова про те, що юридична компаративістика охоплює метод і науку, науку про метод, міждисциплінарні дослідження в межах юридичних та неюридичних наук та ін., відображає плюралізм наук про право та взаємопов'язані із ним явища на основі загальнонаукового компаративного методу і компаративізму як виду світогляду. Маючи міждисциплінарну природу, юридична компаративістика підкреслює необхідність визнання актуальності проблемної побудови наук, пошуку предмету компаративних досліджень не лише на рівні загальнотеоретичних, спеціальних та галузевих юридичних наук, але у всьому діапазоні існування правової реальності: від правопорядку світу, права людства до правового простору соціальних груп, громад, безпосереднього життя конкретного суб'єкта права»¹.

ВИСНОВКИ ДО ПЕРШОГО ПИТАННЯ

Отже, юридична компаративістика як загальнотеоретична юридична навчальна дисципліна займає поруч із загальною теорією права особливе місце в системі підготовки юриста, що зумовлено специфікою її предмета.

¹ Чернецька О.В. Юридична компаративістика як самостійна юридична наукова дисципліна / О.В. Чернецька, В.С. Шилінгов [Електронний ресурс]. – Режим доступу: dspace.nbuv.gov.ua/handle/123456789/18341

II. МЕТОДОЛОГІЯ ЮРИДИЧНОЇ КОМПАРАТИВІСТИКИ

Дослідження предмета вимагає відповідних його природі методів. Поєднання предмета й методу, їх органічність визнаються методологією як одна з необхідних умов результативності дослідження. Використання неадекватних (невідповідних) предмету дослідження методів не дозволить отримати істинні знання.

Зазвичай методологія розглядається як:

- 1) система методів пізнання;
- 2) вчення про систему методів пізнання.

Водночас методологія – складне й багатогранне явище, що охоплює собою не лише систему методів пізнання і вчення про ці методи. До цієї системи належать, перш за все, методологічні принципи (вихідні ідеї), відповідно до яких має здійснюватися вибір підходів і методів пізнання.

Особливе значення при обранні системи принципів, підходів і методів дослідження має **світогляд**, як цілісна сукупність домінуючих уявлень про світ, роль у ньому людини, а також похідних від них переконань, ідеалів, ціннісних орієнтацій пізнавальної та практичної діяльності людей.

Методологія юридичної компаративістики – це система принципів, підходів та методів пізнання правових явищ, а також учення про цю систему.

Систему принципів, підходів та методів пізнання правових явищ складають:

1) принципи пізнання правових явищ – основоположні ідеї, що ними керується дослідник як універсальними, загально значущими та такими, що мають найвищу імперативність у процесі пізнання предмета дослідження:

- *об'єктивності*, що з необхідністю вимагає розгляду правових явищ у всій багатогранності, складності та суперечливості, виходячи з сукупності позитивних і негативних моментів, незалежно від їх суб'єктивного сприйняття та оцінки;

- *всєбічності й повноти*, що передбачає дослідження різних аспектів правових явищ, їх взаємозв'язків і взаємодії як між собою, так і з іншими, близькими до них соціальними явищами. Наука не повинна акцентувати увагу лише на окремих властивостях явища, ігноруючи інші, вважаючи їх несуттєвими. Так, визначаючи поняття права, не можна не враховувати різні концепції праворозуміння та ототожнювати право із законом. Так само не можна пов'язувати право лише з діяльністю держави (прийняттям чи санкціонуванням правил поведінки), а правотворчість розуміти як діяльність держави *за участю громадянського суспільства* і вважати при цьому формами права правовий звичай, правову доктрину і релігійно-правовий текст;

- *правового поліцентризму*, що вимагає врахування того, в межах якої правової сім'ї, правової цивілізації досліджуються правові явища (під **правовою цивілізацією** слід розуміти *групу правових систем, що мають спільні релігійно-моральні й ідейно-філософські засади, подібні юридичні ознаки та споріднені соціокультурні, нормативно-ціннісні структури і, відповідно, підхід до праворозуміння*). Не викликає заперечень той факт, що в різних

правових сім'ях неоднакове розуміння права, а відтак і норм права, системи права, правовідносин, правомірної поведінки тощо; різні серед них і правові цінності. Тому вказані питання є орієнтирами при дослідженні права. Цей принцип є відображенням неуніверсальності права й об'єктивною умовою неможливості однозначного визначення його змісту. Правовий поліцентризм дає підстави говорити про особливості праворозуміння відповідної цивілізації;

2) підходи до пізнання права – сукупність світоглядних ідей і уявлень про місце та роль держави і права в суспільному житті:

- *діалектичний* – вимагає з'ясування генези права, його взаємозв'язку з іншими явищами суспільної дійсності. Те, що за радянських часів цей підхід у юридичній науці ґрунтувався виключно на класових позиціях, зовсім не означає його безперспективності. Ще очікують на своє використання в аспекті методологічного значення такі категорії діалектики, як «можливість» і «дійсність» (при дослідженні, наприклад, суб'єктивного права як міри можливої поведінки суб'єкта), «зміст» і «форма» (при дослідженні змісту правовідносин, форми держави та її складових елементів, форм права), «сутність» і «явище» (при дослідженні сутності держави і права та форм їх прояву: функцій держави і права, правовідносин тощо), «простір» і «час» (при дослідженні меж чинності нормативно-правових актів), «ціле» й «частина» (при дослідженні складу правопорушення та його елементів тощо) та ін. По-новому мають бути використані й закони діалектики (єдності та боротьби протилежностей, переходу кількісних змін у якісні, заперечення заперечення);

- *синергетичний* – з огляду на який право необхідно розглядати як складноорганізовану систему з нелінійним розвитком. Право – складна, відкрита система, тому для неї характерний нелінійний розвиток. На його стан значною мірою впливають не лише економічні, але й політичні, ідеологічні та ін. чинники, і який із них у певний період існування системи має вирішальний вплив на подальше її функціонування, визначити доволі складно. Виявлені в межах відповідних точок біфуркації правові закономірності не можуть повною мірою (або й узагалі) застосовуватися до інших періодів функціонування системи;

3) методи дослідження правових явищ – це сукупність прийомів і способів пізнання держави та права. До них слід віднести такі логічні методи:

- *абстрагування* – є одним із основних методів теоретичних досліджень, що полягає у відході від несуттєвих властивостей, зв'язків, відносин предметів і в одночасному виокремленні, фіксуванні однієї чи кількох найважливіших рис, які особливо цікавлять дослідника. Наприклад, при дослідженні держави основний акцент робиться на таких її важливих рисах, як суверенітет, територія, населення (народ), державний апарат, державна влада, податки, у той час як державна мова, грошова одиниця та ін. залишаються поза увагою дослідника;

- *аналіз* – це логічна операція, що передбачає поділ цілого на складові частини. Зазначений метод, як правило, використовується для виокремлення суттєвих ознак понять, які досліджуються, та їх класифікації;

- *синтез* – протилежний аналізу спосіб, що полягає в дослідженні явища в цілому на основі об'єднання пов'язаних один із одним елементів у єдине ціле. За допомогою цього методу формулюються визначення загальнотеоретичних категорій, а також узагальнюються висновки про предмет дослідження;

- *індукція* – перехід від часткового до загального, коли на підставі знання про частину предметів класу робиться висновок стосовно класу в цілому. Використання цього методу наукового пізнання дозволяє сформулювати цілісні системні знання про форми держави, норми права, правовідносини, правопорушення, юридичні факти тощо на основі знань про окремі сторони, прояви цих явищ державно-правової дійсності;

- *дедукція* – спосіб пізнання, відповідно до якого висновок щодо одного з елементів множини робиться на підставі знання загальних властивостей всієї множини. За допомогою цього методу висновок щодо форми окремо взятої держави, норми права, правовідносин, юридичного факту, правопорушення робиться на основі узагальнених знань про ці явища державно-правової дійсності;

- *моделювання* – вивчення об'єкта (оригіналу) шляхом створення і дослідження його копії (моделі), що заміняє оригінал з певних сторін, які цікавлять суб'єкта пізнання. Використання цього методу дозволяє дослідникові готувати пропозиції щодо вдосконалення національного законодавства, основне функціональне призначення якого полягає у регулюванні та охороні суспільних відносин, тобто фактично створювати ідеальну модель поведінки учасників цих відносин.

Важливе значення у дослідженні держави і права має використання юридичних методів:

- *техніко-догматичного* (або *формально-догматичного*) – передбачає дослідження державно-правових явищ у «чистому вигляді», що існують незалежно від інших видів суспільної та державної діяльності, поза сферою економіки, політики тощо;

- *компаративного* – передбачає зіставлення державно-правових явищ з метою виокремлення їх спільних і відмінних рис. «Компаративний метод не зводиться лише до порівняльного методу, а охоплює всі методи дослідження «не одного» об'єкта на різних рівнях їх узагальненості: загальних методів мислення, філософських, загальнонаукових, спеціально-наукових тощо. До особливостей компаративного методу належить не тільки орієнтація на дослідження «не одного» об'єкта, його властивості чи стану, а й спрямованість на встановлення різного в дослідженнях множинності та відмінностей явищ правової реальності, формування загального для них у їх реальній взаємодії, а не тільки за задалегідь встановленими критеріями, виявлення як наявності загального і різного, так і їх відсутності, тобто універсального та унікального» (О. Тихомиров).

Для дослідження окремих державно-правових явищ необхідним є використання таких соціологічних методів:

- *спостереження* – це свідоме цілеспрямоване сприйняття явищ і процесів без безпосереднього в них втручання;

- *експеримент* – підхід, який передбачає дослідження державно-правових явищ в умовах, що контролюються дослідником.

ВИСНОВКИ ДО ДРУГОГО ПИТАННЯ

Таким чином, методологію юридичної компаративістики необхідно розглядати і як систему принципів, підходів та методів, і як учення про цю систему, а не обмежувати її штучно якимось одним «всеохоплюючим» чи «всезагальним» універсальним методом дослідження.

ІІІ. ПРАВОВИЙ ПОЛЦЕНТРИЗМ ЯК ПРИНЦИП ПІЗНАННЯ ПРАВОВИХ ЯВИЩ

У вітчизняній юридичній навчальній літературі право визначається переважно як система загальнообов'язкових, формально визначених правил поведінки, що встановлюються (санкціонуються) і охороняються державою. Відтак, незважаючи на проголошення напряду на розбудову правової держави, закріплення у чинному законодавстві принципу верховенства права, визнання найвищою цінністю людини і до сьогодні у студентів, які отримують юридичну освіту, формується розуміння права як результату діяльності держави, як суто «зовнішнього» щодо суспільства явища. Нагадаю, що таке визначення права сформулював А.Я. Вишинський: право – це сукупність правил поведінки людей, установлених державною владою, як владою панівного класу, а також звичаїв і правил співжиття, санкціонованих державною владою, які реалізуються в примусовому порядку за допомогою державного апарату з метою охорони, закріплення і розвитку суспільних відносин і порядків, вигідних і бажаних для панівного класу.

Водночас, слід вказати, що коли Радянський Союз розглядається як тоталітарна / авторитарна держава і, відповідно, право розуміється як засіб тримання у покорі населення, засіб терору, протиправним діям каральних органів надається форма законності, то нелогічно аналогічно розглядати право у демократичній державі, пов'язуючи при цьому його з справедливістю, мірою свободи.

До того ж, неправильно розглядати право як результат діяльності держави і при цьому намагаючись надати йому «демократичного характеру» правотворчість розглядати як процес творення права за участю народу, правове ж регулювання розглядати винятково як діяльність держави, правосвідомість – через ставлення до законів; зводячи право до закону, розмежовувати систему права і систему законодавства при цьому розглядаючи галузі права в аспекті системи законодавства, пов'язуючи переважно з наявністю кодифікованого акту; порівнюючи норми права з іншими соціальними нормами, в тому числі нормами в первісному суспільстві, вказувати на ознаки права лише через державницьке його розуміння. Вказане дозволяє зробити висновок про алогічність положень «сучасної» теорії держави і права, їх еkleктизм,

прагнення більшості авторів поєднати положення радянського права з новими соціальними умовами без критичного осмислення як перших, так і других.

Зазначу, одним з важливих факторів вказаного вище стану як в сфері правничої науки, так і юридичної освіти є неврахування того, що право – явище соціокультурне, відтак його зміст і сутність повинні розглядатися саме в цьому аспекті, а не як результат діяльності держави. Зауважу, перший крок до цього вже зроблено давно – в межах теорії права розглядається правова система та типи правових систем (правові сім'ї) і при цьому наголошується, що в кожній з останніх превалює одна з форм права – чи то правовий звичай, чи правовий прецедент, чи нормативно-правовий акт та ін. Хоча, водночас, навіть в межах типів правових систем, право розглядається поза межами впливу суспільства, як щось «зовнішнє» щодо нього, лише як імператив, без висвітлення його сутності та змісту; а правова система розкривається через сукупність правових явищ, як щось суто механічне. Так, наприклад, відносячи Японію і Китай до традиційного типу (сім'ї) права, О.Ф. Скакун зазначає: «Як і в Китаї, в Японії поширився погляд на право як на «рицу» - карний закон із його твердістю, що й породило традиційно негативне до нього ставлення. Еталоном також стала не правова, а етична поведінка людини з її почуттям моральної відповідальності, доброчесності, особливо стосовно знайомих осіб»¹. Як бачимо, не зважаючи на те, що вже традиційно і загальноприйнято вважати, що основною формою права у державах сім'ї традиційного права є звичаї, традиції (звідси і назва цього типу правової системи), автор (більш за все виходячи з нормативістського праворозуміння, що характерне для держав пострадянського простору) право ототожнює із законом. А японці і китайці, як видно зі слів самого автора, розмежовують їх, не розглядаючи закон єдиною формою права.

Між тим, право не є якимсь штучним утворенням, а є результатом життєдіяльності суспільства, є елементом культури останнього. П. Сандевуар писав, що кожна політична система кожна держава продукує особливе право у відповідності зі своїми особливостями, рівнем розвитку, своєї філософії, ідеології, вірувань і устремлінь. Право будь-якого суспільства - унікальне, воно є вираженням особливої концепції громадського порядку, який встановило у себе це суспільство і вказує на ту роль, яке це суспільство відводить праву. Право, таким чином, є відображенням суспільства².

«Нікому не вдалося дати достатньо задовільне визначення права. Існують три пов'язані один з одним причини, які пояснюють нездатність всіх цих теорій дати бажане універсальне визначення права, а саме: неуніверсальність права як принцип соціальної організації, різноманітність несумісних епістемологій, що лежать в основі цих теорій, і плюралізм, або неуніверсальність, правових цінностей»³.

¹ Скакун О.Ф. Етнокультурний зміст права / О.Ф. Скакун / Часопис Київського університету права. – 2004. - №4. – С. 17-23, с. 18

² Сандевуар П. Структура правовой системы: государственное право и частное право / П. Сандевуар. – М., 1994. – С. 3.

³ Suria Prakash Sihna. Jurisprudence. Legal philosophy in a nutshell. 1993., p. 281.

Зауважу, що таке розуміння права не означає його агностичного характеру. Як зазначав П. Сорокин «будь-який культурний комплекс може бути логічно інтерпретований», не дивлячись на різній його зміст. Так, наприклад, геометрія Евкліда і геометрія Лобачевського Повністю відповідають одній і тій же математичній логіці, але, «тим не менше, їх теореми та висновки - різні ... Обидві геометрії логічні, правильні, обидві відповідають канонам математичної логіки, але починають вони з різних великих посилок»¹. На думку П.А. Сорокіна можна виокремити дві системи культури – ідеаціональну і чуттєву, кожна з яких «володіє власною ментальністю, власною системою істини і знання, має власну філософію і Weltanschauung; особливий тип релігії та зразки «святості»; своє власне уявлення про правильне і неправильне; особливі форми мистецтва і літератури; звичаї, закони, правила поведінки; власну економічну і політичну організацію; нарешті, специфічний тип людської особистості з особливим складом розуму і манерами поведінки».

Вказане вище знайшло формальне закріплення на міжнародному рівні у Декларації АСЕАН про права людини: «Всі права людини є загальними, неподільними, взаємозалежними і взаємопов'язаними. Всі права та основні свободи людини у цій Декларації повинні застосовуватися в справедливому і рівному порядку, на рівних підставах і з однаковим значенням. У той же час, реалізація прав людини повинна розглядатися на регіональному та національному рівні, враховуючи різні політичні, економічні, правові, соціальні, культурні, історичні та релігійні передумови».

Зазначу, незважаючи на плюралізм підходів до розуміння права, кожен з них (підходів) розглядає право як засіб впорядкування відносин у суспільстві, який дозволяє в певній мірі спрогнозувати поведінку інших людей, для коригування власної. Тобто фактично право сприймається як «сукупність умов, при яких свавілля однієї особи сумісне зі свавіллям іншої з погляду загального закону свободи». Водночас, в межах різних цивілізацій різне розуміння свободи. Так, наприклад, одні вважають її іманентною характеристикою людини, відтак властивою останній від народження, а інші – як похідну від держави, яка і надає її особі та забезпечує. Заходу відома ідея політичної свободи. В Греції – правда, тільки короткочасно – існувала свобода, що не виникала більш ніде. ...Китай і Індія не знають подібної політичної свободи» – вказує К. Ясперс².

С.А. Арутюнов, М.В. Карпов и К.В. Асмолов акцентують увагу на тому, що «проблеми виникають при перекладі багатьох термінів на китайську мову. «Наприклад, термін «свобода». Були певні суперечки щодо того, як правильно перекладати - «дзі джи» або «дзі ю». Багатьом здається, що знехтуваний варіант «дзі джи» точніше передавав європейське розуміння свободи, в той час як «дзі

¹ Сорокин П.А. Социальная и культурная динамика / П.А. Сорокин; пер. с англ., вст. Статья и комментарии В.В. Сапова – М.: Астрель, 2006. – 1176 с., с. 59-60.

² Ясперс К. Смысл и назначение истории / Пер. с нем. – М.: Политиздат, 1991. – 527 с., с. 84

ю» швидше означає «вільність». Як у російській мові є поняття «воля» і «свобода». Чи добре ми розуміємо, чим *liberty* відрізняється від *freedom*?»¹.

Наведене дозволяє зробити висновок і про різне розуміння змісту прав людини. Тому, визначення поняття «права людини», що наводяться вітчизняними вченими (наприклад: **«гарантована законом міра свободи (можливості) особи, яка відповідно до досягнутого рівня еволюції людства в змозі забезпечити її існування і розвиток та закріплена у вигляді міжнародного стандарту як загальна і рівна для усіх людей»** явно не відповідають західному менталітету і, відповідно, цінностям західноєвропейської культури, а є надбанням радянської цивілізації.

«Вивчення зарубіжної літератури стикається з двома основними труднощами - з точністю перекладу тексту і з адекватністю його розуміння. Знайомство з рідною літературою автоматично знімає першу трудність, але залишає місце для другої, тим більше що можна довго сперечатися про те, чи можливе взагалі однозначне трактування змісту (смислів, ідей) художнього твору» - зазначає В.С. Хазиев. При цьому автор акцентує увагу на тому, що «така вся західна культура, яка спрямована вперед, постійно женеться за втікаючим горизонтом прогресу. Не випадково європейці прийшли колонізувати Схід, а не навпаки, хоча в XV ст. Китай був наймогутнішою державою в усіх відношеннях - економічному, політичному, військовому, морському, науковому і т.д. Але східна культура інтровертна, зациклена на самій собі. Західна ж культура екстравертна - вона спрямована зовні і в просторовому й у часовому, і в пізнавальному, і в практичному сенсі»²

Або, наприклад, порівнюючи в межах так званої континентальної правової сім'ї підстави кримінальної відповідальності, можна побачити, що в Україні – це наявність у діянні особи складу злочину, а в Федеративній Республіці Німеччини – це три рівні побудови злочину: фактичні обставини злочину, протиправність і вина.

Відтак, краще вести мову не про правову систему, а про правову цивілізацію. При цьому одним з вихідних принципів дослідження правових явищ має бути принцип правового поліцентризму, що вимагає врахування того, в межах якої правової цивілізації досліджуються правові явища і, відповідно, підхід до розуміння права. Не викликає заперечень той факт, що в різних правових цивілізаціях неоднакове розуміння права, а відтак і норм права, системи права, правовідносин, правомірної поведінки тощо; різні серед них і правові, цінності. Тому вказані питання є орієнтирами при дослідженні права.

Вказаний принцип є відображенням неуніверсальності права і об'єктивною умовою неможливості однозначного визначення його змісту.

¹ Арутюнов С.А., Карпов М.В., Асмолов К.В. Общй историко-социокультурный контекст проблематики прав человека на Дальнем Востоке и в Юго-Восточной Азии / С.А. Арутюнов, М.В. Карпов, К.В. Асмолов // Культурные аспекты и правоприменительная практика в области прав человека на Дальнем Востоке и в Юго-Восточной Азии : препринт WP18/2011/03; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». – М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2011. – С. 3-8., с.7

² Хазиев В.С. Герменевтические упражнения над стихотворением Гейне «Fichtenbaum» // Вестник Московского университета. Серия 7 «Философия». – 2006. - №6. – С. 42-55.

Правовий поліцентризм дає підстави говорити про особливості розуміння права відповідної цивілізації.

При цьому, на мою думку, під правовою цивілізацією слід розуміти відносно замкнутий, локальний стан суспільства, що характеризується єдністю релігійно-моральних і ідейно-філософських засад розуміння права, має споріднені соціокультурні, нормативно-ціннісні структури.

ВИСНОВКИ ДО ТРЕТЬОГО ПИТАННЯ

Таким чином, використання принципу правового поліцентризму дозволяє встановити, що на сьогодні інтенція права має відбуватися через його соціокультурність. Саме таке розуміння цього соціального регулятора дозволить розв'язати значну частину проблем, глибше розуміти трансформаційні процеси, що відбуваються у сучасному світі.

ВИСНОВКИ З ТЕМИ

Таким чином, юридична компаративістика є доволі молодою навчальною дисципліною. Її поява є закономірним результатом глобалізаційних процесів, що відбуваються у сучасному світі. Юридична компаративістика має свій предмет, яким виступають основні системи сучасного права; методологія порівняльно-правових досліджень. Саме специфіка предмету і визначає місце юридичної компаративістики в системі юридичних навчальних дисциплін.

Водночас, досліджуючи свій предмет, компаративістика має виходити з принципу правового поліцентризму. Адже, особливо актуальним питання правових цивілізацій є сьогодні, коли продовжує відбуватися глобалізація. При цьому слід вказати, що з одного боку остання вимагає уніфікації, а з іншого – дозволяє виявити плюралізм (в нашому випадку правових цивілізацій), тому можна погодитися зі словами Р. Дарендорфа про те, що глобалізація супроводжується глокалізацією. В свою чергу вказане питання актуалізує тематику національної держави, наявності суверенітету і необхідності виконання міжнародних зобов'язань тощо. Розв'язання цих та похідних від них питань є можливим і буде сприйняте позитивно лише через врахування соціокультурного бачення права. Зауважу, що на сьогодні демократія вже не розглядається як «тиранія більшості» і потребує передусім врахування прав меншості, що знову вказує на необхідність врахування ментальних особливостей народу, його культури.

МЕТОДИЧНІ ПОРАДИ ЩОДО ПІДГОТОВКИ ДО ДАНОЇ ТЕМИ

Під час вивчення положень цієї теми особливу увагу слід звернути на методологічні засади проведення порівняльно-правових досліджень. Необхідно чітко усвідомити, що право є соціокультурним феноменом, відтак, особливої уваги потребує питання правового поліцентризму.

Важливо також з'ясувати історичні аспекти становлення юридичної компаративістики та її місця в системі юридичної освіти.

ТЕМА № 2. РОМАНО-ГЕРМАНСЬКА ПРАВОВА СІМ'Я (2 години)

ПЛАН ЛЕКЦІЇ:

I. Поняття та етапи становлення романо-германської правової сім'ї.....	18
II. Структура права у державах романо-германської правової сім'ї	22
III. Форми (джерела) права у державах романо-германської правової сім'ї	24
IV. Загальна характеристика систем права окремих держав, що належать до романо-германської правової сім'ї	27

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА:

1. Жукова Т.С. Особливості правової системи Італії // Європейські перспективи. – 2012. - №2. – Ч.2. – С. 190-196.
2. Загальна теорія держави і права / За ред. М.В. Цвіка, В.Д. Ткаченка, О.В. Петришина. – Харків: Право, 2002.
3. Зайчук О. В., Оніщенко Н. М. Теорія держави і права. Академічний курс Підручник. – К.: Юрінком Інтер, 2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ebk.net.ua/Book/law/zaychuk_tdp/part3/2701.htm
4. Кельман М. С., Мурашин О. Г., Хома Н. М. Загальна теорія держави та права: Підручник.-Львів, «Новий Світ - 2000», 2003.
5. Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права.-М., 2001.
6. Рабинович П.М. Основи загальної теорії прав та держави: Навчальний посібник.-Х.: Консум, 2002.
7. Решетников Ф.М. Правовые системы стран мира. Справочник.-М., 1993.-
8. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности).-М.. 2000.
9. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира.-М., 1993.
10. Теорія держави і права: підручник / кол. авт.; кер. авт. кол. канд. юрид. наук, проф. Ю.А. Ведерніков. – Дніпропетровськ: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2014.
11. Теорія держави та права: Підручник / С.Л. Лисенков, А.М. Колодій, О.Д. Тихомиров, В.С. Ковальський; За ред. С.Л. Лисенкові.-К.: .: Юрінком Інтер,2005.

МЕТА ЛЕКЦІЇ:

Ця лекція має таку мету:

- ✓ навчальна: ознайомитися з особливостями романо-германської правової сім'ї;
- ✓ практична: здобути навички щодо аналізу джерел права романо-германської правової сім'ї;

✓ виховна: формування переконання про необхідність активної правомірної поведінки як основи існування соціально корисних правових відносин.

ВСТУП

Сучасні глобалізаційні процеси зумовлюють актуальність досліджень різних типів правових систем (правових сімей), адже їх взаємодія і взаємовплив передбачає чітке розуміння особливостей цих правових утворень.

Актуальність обраної теми дослідження посилюється тим, що Україна більшістю науковців відноситься саме до романо-германського типу правової системи. Хоча, в останній час зросла кількість публікацій, в яких Україна відноситься до слов'янської правової сім'ї. Тому для з'ясування цього питання необхідне розуміння особливостей романо-германської правової сім'ї. Зауважимо, що належність національної правової системи до відповідної правової сім'ї зумовлює і напрями розвитку права та інших правових явищ, що є вкрай важливим для нашої держави, яка обрала європейський напрям розвитку

Методологічною основою є як загальнотеоретичні, так і спеціальні наукові методи, підходи та принципи, зокрема методи аналізу, синтезу (використано для виокремлення ознак, формулювання визначень понять, що складають предмет дослідження), узагальнення/порівняння (використано для дослідження особливостей розвитку права в країнах романо-германської правової сім'ї), правового моделювання (використано для дослідження моделі романо-германської правової сім'ї).

І. ПОНЯТТЯ ТА ЕТАПИ СТАНОВЛЕННЯ РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СІМ'Ї

Термін «правова система» виражає конкретно історичний, реально існуючий комплекс взаємозалежних юридичних засобів і явищ держави. У цьому терміні міститься узагальнююча теоретична модель (конструкція) правового змісту, яка функціонує легітимно.¹

Термін «правовий тип (сім'я)» -- це узагальнююча теоретична модель правового змісту, яка має штучний характер. Вона є результатом наукової класифікації (типології). Тип (сім'я) правових систем відображає загальні та особливі риси конкретних національних правових систем, подібність і відмінність яких визначаються відповідно до позначених критеріїв.²

«Тип (сім'я) правової системи -- сукупність національних правових систем держав, які мають спільні риси, що проявляються в єдності закономірностей і тенденцій розвитку, домінуючих форм (джерел) і принципів

¹ Теорія держави і права [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://readbookz.com/book/176/5931.html>

² Теорія держави і права [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://readbookz.com/book/176/5931.html>

права, систем права і систем законодавства, організації правових установ, насамперед судової системи, подібності правових категорій і понять»¹.

Слід зауважити, що терміни «тип правової системи» і «сім'я правових систем» вживаються як однакові за змістом поняття. Поняття «сім'я» має більш соціальне, ніж юридичне значення. Термін «тип» адекватно відображує юридичний зміст поняття, позначеного терміном «сім'я». Доцільність його введення обумовлена також необхідністю єдиного підходу до типології як держави, так і її правової системи: класифікація держав дається за типами, а не за «сім'ями»².

Як вказують Н.М. Оніщенко і О.В. Зайчук «Рене Давид виділяє три основні групи правової сім'ї: 1. романо-германську; 2. сім'ю загального права; 3. сім'ю соціалістичного права.

Поряд з країнами з названими правовими системами (які Давид називає основними), існують Індія, Далекий Схід, США, мусульманський світ. Вони, на думку автора, залишаються вірними своїм поглядам, право розуміється зовсім інакше і йому відводиться зовсім інша роль, ніж у західних країнах.

С. Алексєєв називає чотири основні сім'ї національних систем:

1. романо-германську (національні правові системи Франції, ФРН, Італії, Іспанії тощо);
2. англосаксонське загальне право (національні правові системи Англії, США і ряду інших країн);
3. релігійно-общинні юридичні системи (правові системи, притаманні ряду держав Азії та Африки);
4. заідеологізовані правові системи при авторитарних політичних режимах.

Своєрідною видається позиція В. Синюкова, який пропонує таку класифікацію:

1. сім'я загального права (історично створена в Англії у X—XIII ст.);
2. романо-германська правова сім'я (історичні корені якої сягають римського права, I ст. до н.е. — VI ст. н.е.);
3. традиційні (Японія, ряд держав Африки та ін.) і релігійні правові сім'ї (мусульманське право, індуське право);
4. слов'янська правова сім'я»³.

Як вказують фахівці в сфері порівняльного правознавства, «Романо-германський тип правової системи (країн континентальної Європи: Італія, Франція, Іспанія, Португалія, Німеччина, Австрія, Швейцарія та ін.). У середині романо-германського типу правової системи виділяють два підтипи, або дві правові групи:

романську (Франція, Бельгія, Люксембург, Голландія, Італія, Португалія, Іспанія. Провідною у цій групі є національна правова система Франції);

¹ Котюк В. О. Загальна теорія держави і права: Навчальний посібник.-К. : Атака, 2005.- С. 339.

² Теорія держави і права [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://readbookz.com/book/176/5931.html>

³ Зайчук О. В., Оніщенко Н. М. Теорія держави і права. Академічний курс Підручник. – К.: Юрінком Інтер, 2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ebk.net.ua/Book/law/zaichuk_tdp/part3/2701.htm

германську (Німеччина, Австрія, Швейцарія та ін. Провідною у цій групі є національна правова система Німеччини)»¹.

Загально визнаним центром розвитку романо-германського типу правової системи є континентальна Європа, тому його називають ще континентальним. Як і англо-американський, романо-германський тип правової системи вважається класичним.²

На думку О.Ф. Скакун, романо - германський тип правової системи -- це сукупність національних правових систем держав, що мають загальні риси, які проявляються в єдності закономірностей і тенденцій розвитку на основі давньоримського права і його пристосування (разом із канонічними і місцевими нормами-звичаями) до нових національних умов. Характерними рисами даного типу правової системи є домінування нормативно-правового акта як форми (джерела) права, поділ системи права на дві підсистеми -- публічну і приватну, диференціація і кодифікація галузей права³.

Як вже зазначалось раніше, романо - германський тип правової системи охоплює країни континентальної Європи: Францію, Бельгію, Люксембург, Іспанію, Португалію, Нідерланди, Австрію, Ліхтенштейн, Німеччину, Швейцарію, Бельгію та ін. Вплив романської і німецької групи континентального права виходить за межі Європи: Латинська Америка, значна частина Африки, країни Близького Сходу, Японія, Індонезія.⁴

Таким чином, характеризуючи тип правової системи, що розглядається. Слід вказати на те, що загальним для визначень права є вказівка на нормативність права, розгляд норми права як загального правила поведінки, встановленого законодавцем або уповноваженими органами. Дефініція права ґрунтується на визнанні норми права як моделі, масштабу поведінки загального (однакового для всіх), узагальненого (абстрактного, без деталізації), певного формально-визначеного характеру. Відзначається, що норма права створюється не суддями, а є результатом вивчення практики (її узагальнення) відповідно до принципу справедливості, моральності.⁵

Як вказує Л.М. Шестаков, «Визнання нормативності права як неодмінної його ознаки (а відтак, і регулятивного характеру права) дозволяє законодавцю чітко і оперативно регулювати суспільні відносини. Проте узагальнений характер норм права потребує уваги до їх тлумачення з метою уточнення волі законодавця, забезпечення єдності їх розуміння і реалізації. Отже, у поняття права романо-германського типу правової системи включається система норм права, а також норм-роз'яснень (тлумачення), що виходять, насамперед, під законодавців і судів»⁶.

¹ Котюк В. О. Загальна теорія держави і права: Навчальний посібник.-К. : Атака, 2005.- С. 340

² Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник. - Харків: Консум; Ун-т внутр. справ, 2000. - 704 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravolib.pp.ua/ist-16--idz-ax308--nf-195.html>

³ Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник. - Харків: Консум; Ун-т внутр. справ, 2000. - 704 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravolib.pp.ua/ist-16--idz-ax308--nf-195.html>

⁴ Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник. - Харків: Консум; Ун-т внутр. справ, 2000. - 704 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravolib.pp.ua/ist-16--idz-ax308--nf-195.html>

⁵ Теорія держави і права [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://readbookz.com/book/176/5931.html>

⁶ Теорія держави і права : Навчальний посібник/ за ред. Л. М. Шестоналова.-К. : Прецедент, 2004.- С. 58.

Заслуговує на увагу думка М.В. Цвік про те. Що романо-германська правова сім'я зазнала кілька періодів у своєму розвитку. Хронологічно вирізняють такі:

перший — період звичаєвого права (кютюмів) і писаного римського права (до XIII століття);

другий — відродження вивчення римського права в університетах (XIII — XVIII ст.);

третій — період кодифікації, завершення формування романо-германської правової сім'ї як цілісного явища (XVIII — 50-ті рр. XX ст.);

четвертий — “ера декодифікації” і розвитку тематичної правотворчості (50-ті рр. XX ст. і до нашого часу)¹.

Прр цьому, як акцентує увагу автор, формувалася романо-германська правова сім'я за умов феоальної роздрібленості Європи, відсутності національного права, нетривких, тимчасових союзів. Позитивне право перебувало в хаотичному, роздрібленому стані, панували анархія і свавілля, а суперечки вирішувалися за правом сильнішого. Суспільство прийшло до усвідомлення необхідності нового права, що було б засноване на справедливості і єдиних, універсальних критеріях, гарантії виконання судових рішень. Таким правом, що було основою викладання в університетах, а пізніше і національних кодифікацій, стало римське і канонічне право. Воно відповідало свідомості та потребам суспільства. Кодифікація, яка пройшла у європейських державах з XVIII по XX століття, дала можливість покласти край множинності, архаїчності звичаїв, створити таке право, що відповідало б інтересам суспільства, а також поширити романо-германське право не тільки на територію Європи, але й за її межі. Шляхом кодифікації право окремих держав систематизувалося на основі загальних принципів, що полегшило його подальше практичне використання. Перші національні кодекси були прийняті в Пруссії — Пруське земельне уложення 1794 року, Австрії — Австрійське цивільне уложення 1811 року, у Франції — Французький цивільний кодекс 1804 року, Німеччині — Германське цивільне уложення 1896 року та ін. Причому Французький цивільний кодекс мав найбільший вплив на розвиток континентального права. Історичне його значення полягає в тому, що він набув поширення у всьому світі. У тій чи іншій формі Французький цивільний кодекс був рецептований Бельгією, Голландією, Люксембургом, частково Німеччиною, двома кантонами Швейцарії, Італією, Іспанією, Португалією, Сирією, Ліваном, Алжиром, Тунісом, Марокко, Південною та Центральною Америкою, штатом Луїзіана США, канадською провінцією Квебек та іншими.²

На сьогодні демократичні традиції романо-германського права поповнилися ідеями створення «європейського будинку», Євросоюзу. Популярними стали ідеї правової інтеграції країн, позитивне значення яких безперечно. Основами інтеграції виступають як загальні принципи, «дух»

¹ Загальна теорія держави і права / За ред. М.В. Цвіка, В.Д. Ткаченка, О.В. Петришина. — Харків: Право, 2002. — С. 254.

² Загальна теорія держави і права / За ред. М.В. Цвіка, В.Д. Ткаченка, О.В. Петришина. — Харків: Право, 2002. — С. 255-256.

римського права, так і норми англійського прецедентного права. Третє тисячоліття, в яке вступив світ, стане новим етапом розвитку романо-германського типу правової системи, ознаменований зближенням, гармонізацією та уніфікацією законодавчих комплексів континентально-європейських країн і побудовою загальноєвропейської правової системи. Початок цього уже призначений введенням загальноєвропейської валюти¹

ВИСНОВКИ ДО ПЕРШОГО ПИТАННЯ

Таким чином, однією з важливих правових сімей сучасності є романо-германська. Вона пройшла тривалий час становлення і має свої особливості, що проявляються в джерелах права, структурі права та ін., що і буде висвітлено нижче.

II. СТРУКТУРА ПРАВА У ДЕРЖАВАХ РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СІМ'І

«Система права континентальних країн Європи має свою структуру, що складається, як і в римському праві, із двох підсистем -- публічної і приватної. У підсистемі публічного права домінують імперативні (категоричні) норми, які не можуть змінювати учасники правовідносин. У підсистемі приватного права переважають диспозитивні норми, і тільки в тій частині, в якій вони не змінені учасниками відносин» – вказує О.Ф. Скакун².

При цьому, на думку В. М. Карельського і В. Д. Первалов «Схожість приватного права країн романо - германської правової сім'ї пояснюється такими самими причинами. Немає сумніву, що кожному національному праву властива певна оригінальність, що виявляється в наявності притаманних тільки йому інститутів. Але у сфері приватного права особливо чітко спостерігається теоретична однаковість правових систем країн романо - германської правової сім'ї. Це пояснюється тим, що в основу формування приватного права покладено римське право. До того ж у відносинах, регламентація яких ґрунтується на канонічному праві, також існує певна єдність, у всякому разі, коли йдеться про правові системи християнських держав»³.

Публічне право, як і приватне, в усіх країнах романо - германської правової сім'ї диференціюється на одні й ті самі основні галузі: конституційне право, адміністративне право, міжнародне публічне право, кримінальне право, кримінально-процесуальне право тощо. Така сама диференціація спостерігається і на нижчому рівні правових інститутів і понять, у зв'язку з чим у більшості випадків не виникає труднощів щодо розуміння головних дефініцій у правових системах країн-представниць романо - германської правової сім'ї.

¹ Кельман М. С., Мурашин О. Г., Хома Н. М. Загальна теорія держави та права: Підручник.-Львів, «Новий Світ - 2000», 2003.-С. 249.

² Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник. - Харків: Консум; Ун-т внутр. справ, 2000. - 704 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravolib.pp.ua/ist-16--idz-ax308--nf-195.html>

³ Теорія держави та права: Підручник для вищих навчальних закладів/ Під редакцією В. М. Карельського і В. Д. Первалова.-2-ге видання з доповненнями.-М. Видавництво «Норма»,2003.- С. 414.

Отже, хто обізнаний з правовою системою хоча б однієї з країн, що належить до цієї правової сім'ї, буде здатним успішно розуміти й правові системи інших членів сім'ї. При цьому не треба пристосовуватися до іншої форми правового мислення, хоча кожна національна правова система не позбавлена деяких особливостей¹.

«Система права -- це система всіх чинних юридичних норм певної держави.

Структура системи права -- це об'єктивно зумовлена внутрішня організація права певної держави, яка полягає в єдності і погодженості всіх юридичних норм та в їх розподілі за галузями й інститутами права.

Отже, основними структурними елементами, «блоками» цієї системи є:

- 1) норми права;
- 2) інститути права;
- 3) галузі права.

Не може існувати юридичної норми, яка б не входила до певного інституту і до певної галузі права»².

Скакун О.Ф зазначає, що різні галузі права в окремих країнах мають неоднаковий ступінь розробленості і кодифікації. Значна частина приватного права кодифікована, чого не можна сказати про публічне право. Особливо це стосується адміністративного права. Воно було розроблено у Франції, після чого введено іншими європейськими країнами. Правда, адміністративне право в цілому не кодифікувалося навіть у Франції. Тільки частина відносин, що регулюються адміністративним правом, увійшла в створені зібрання законодавчих і підзаконних нормативних актів. У деяких країнах (ФРН, Австрії, Бельгії, Італії, Швейцарії) творцями адміністративного права були адміністративні суди, які вирішували спори з адміністративно-правових питань, що, природно, вплинуло на своєрідність формування цієї галузі права в зазначених країнах³.

Значний вплив на створення і функціонування права справляють, принципи, що сформувалися в процесі становлення і розвитку цієї правової сім'ї. До яких вітчизняний правник П.М. Рабінович відносить такі принципи: «гуманізм: юридичні норми мають закріплювати й охороняти соціальні умови, необхідні для здійснення та захисту основних прав людини, прав народу (нації), усього людства; демократизм: норми права повинні виражати волю більшості населення, враховувати інтереси різних соціальних груп; до участі у правотворчості залучаються найширші верстви населення, різноманітні об'єднання громадян; збереження національної самобутності та інтернаціоналізм: в юридичних нормах мають бути виражені і враховані специфічні інтереси кожної нації, народності та етнічної групи, що проживають

¹ Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник. - Харків: Консум; Ун-т внутр. справ, 2000. - 704 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravolib.pp.ua/ist-16--idz-ax308--nf-195.html>

² Теорія держави та права: Підручник для вищих навчальних закладів/ Під редакцією В. М. Карельського і В. Д. Перевалова.-2-ге видання з доповненнями.-М. Видавництво «Норма»,2003.- С. 418.

³ Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник. - Харків: Консум; Ун-т внутр. справ, 2000. - 704 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravolib.pp.ua/ist-16--idz-ax308--nf-195.html>

на території даної держави; у правотворчій діяльності повинні брати участь представники всіх націй, народностей і національних груп -- для максимального забезпечення прав кожного народу (нації); науковість: юридичні норми повинні відповідати досягнутому рівню розвитку суспільства, реальним соціальним умовам, закономірностям суспільного життя; при їх розробці слід використовувати новітні висновки відповідних наук; законність: юридичні норми повинні встановлювати тільки компетентні органи в межах їх повноважень, з дотриманням визначеної процедури, а головне -- відповідно до змісту конституції та інших законів держави; техніко-юридична досконалість. При розробці та встановленні юридичних норм слід застосовувати оптимальні, рекомендовані юридичною наукою і випробувані практикою засоби правотворчої техніки; принцип поділу влади - влада не може бути безмежною, безконтрольною, всепоглинаючою»¹.

ВИСНОВКИ ДО ДРУГОГО ПИТАННЯ

Отже, право у країнах романо-германської правової сім'ї складається з правових норм, правових інститутів та галузей та включає два великих утворення – публічне право і приватне право.

ІІІ. ФОРМИ (ДЖЕРЕЛА) ПРАВА У ДЕРЖАВАХ РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СІМ'Ї

На думку вітчизняних правників, до особливостей правової сім'ї, що розглядається, відносяться серед інших наступні особливості:

- у законодавстві провідна роль належить конституції, що має вищу юридичну силу в системі джерел права;

- правовий прецедент не є характерним для цієї правової сім'ї, а судова практика скоріше слугує допоміжним джерелом права, а не основним;

- правова доктрина відіграє важливу роль у процесі правотворчості. У процесі правозастосування вона використовується при тлумаченні норм права, але судді не можуть посилатися на позиції відомих учених-юристів для обґрунтування рішень, які ними приймаються;

- серйозне значення приділяється міжнародному праву, нерідко проголошується його примат стосовно внутрішньодержавного права (ФРН, Російська Федерація);

- правовий звичай, як правило, має обмежену дію. Його застосування допускається в сфері приватного права і нерідко не лише як доповнення до закону, але й крім закону, якщо закон не регулює ту чи іншу ситуацію².

Таким чином, як основна форма (джерело) права в романо-германській правовій сім'ї виступає нормативно-правовий акт.

А) Нормативно-правовий акт

«Основним джерелом права у країнах романо - германської правової сім'ї є нормативно-правовий акт - офіційний письмовий документ, що містить

¹ Рабинович П.М. Основи загальної теорії прав та держави: Навчальний посібник.-Х.: Консум, 2002.- С. 98.

² Теорія держави і права: підручник / кол. авт.; кер. авт. кол. канд. юрид. наук, проф. Ю.А. Ведерніков. – Дніпропетровськ: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2014. – С. 210-211.

загальнообов'язкове правило поведінки (норму права). Видані органами законодавчої влади, а також іншими уповноваженими органами нормативно-правові акти, що містять норми права, які юристам належить тлумачити і застосовувати для винесення рішення з конкретних справ, складають у країнах романо - германської правової сім'ї певну ієрархічну систему. Верхній щабель цієї системи належить конституції, або, як вони називаються у деяких країнах, конституційним законам. У всіх країнах романо - германської правової сім'ї є писані конституції, тобто конституції, що являють собою єдиний акт, прийнятий за особливою, ускладненою, процедурою і який має чітку внутрішню структуру»¹.

Теж саме вказує і О.Ф. Скакун: в єдиній ієрархічно побудованій системі джерела писаного права головне місце посідає нормативно-правовий акт (закон). Він має пріоритет щодо звичаю, узагальнення судової практики, внутрішньодержавних договорів. Закони регулюють приватну і публічну сфери суспільних відносин: найбільш важливі питання суспільного устрою, права і свободи громадян, структуру і організацію державної влади, закріплюють правове становище фізичних і юридичних осіб, відносини між ними².

«Нормативно-правові акти неоднозначні з огляду на їх формальну обов'язковість, зокрема, тому, що вони приймаються різними суб'єктами. Ця властивість актів відображається поняттям їх юридичної сили»³ [7, с. 228].

Юридична сила - це особлива властивість нормативно-правових актів, що визначає їх субординацію та визначається місцем суб'єкту правотворчості в апараті держави, а також формою нормативно-правового акту.

Види нормативно-правових актів за юридичною силою: закони, підзаконні акти.

Закон - це нормативно-правовий акт вищого представницького органу державної влади або самого народу, який регулює найбільш важливі суспільні відносини, виражає волю й інтереси більшості населення і має найвищу юридичну силу щодо всіх інших нормативно-правових актів.

«Підзаконні нормативно-правові акти -- це нормативні акти компетентних органів, що видаються на підставі закону, відповідно до закону і для його виконання.

Такі акти:

- є формально обов'язковим волевиявленням держави;
- містять правила поведінки загального характеру;
- приймаються тільки певними державними органами (або у деяких випадках, передбачених законом, іншими суб'єктами);
- мають точно визначені зовнішні реквізити (ознаки);
- публікуються у спеціальних (офіційних) виданнях;

¹ Теорія держави та права: Навчальний посібник / За заг. ред. С.Л. Лисенкова, В.В. Копейчикова.-К.: Юрінком Інтер, 2002.- С. 151.

² Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник. - Харків: Консум; Ун-т внутр. справ, 2000. - 704 с. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://pravolib.pp.ua/ist-16--idz-ax308--nf-195.html>.

³ Теорія держави та права: Навчальний посібник / За заг. ред. С.Л. Лисенкові, В.В. Копейчикова.-К.: Юрінком Інтер, 2002.- С. 228.

поширюють свою чинність на певний час, певну територію, певне коло суб'єктів. За кожним з цих трьох «параметрів» чинності нормативно-правові акти (як і вміщені в них юридичні норми) можуть бути класифіковані за певними видами.

Правила, за якими визначаються межі чинності нормативно-правових актів, встановлюються законодавством держави та міжнародними договорами»¹.

Конституції більшості країн, що належать до романо - германської правової сім'ї, наголошують на принципі, згідно з яким міжнародно-правові акти після їх ратифікації мають пріоритет над актами національного законодавства².

Б) Правовий звичай

Правовому звичаю як джерелу права відведена допоміжна роль. Закон як писаний нормативний акт підкріплює свою силу й загальновизнаність завдяки базуванню на звичаї. Тлумачення закону, щоб зробити його доступним для населення, здійснюють з погляду звичаю. Це спостерігається, наприклад, у Нідерландах і стосується головним чином торгових порядків. Збереглися й інші звичаї, що визнаються не повною мірою. Один із головних принципів сучасної парламентської системи Нідерландів -- «міністри не можуть залишатися на посаді, якщо вони втратили довіру парламенту» -- не записаний у Конституції і є правовим звичаєм, що оформився в 1867 р.³

Проте роль правового звичаю в країнах романо-германського типу обмежена, а в деяких із цих країн зведена на ні. Він виконує другорядну роль як джерело права внаслідок того, що історично багато які із звичаїв вже закріплені в законі. Правовий звичай може бути лише доповненням до закону. Мабуть, тільки в Італії він зберіг характер самостійного джерела права»⁴.

В) Правова доктрина

«Правова доктрина у свій час (до ХХ ст.) відіграла позитивну роль. Виступаючи як одне із джерел права, вона сприяла сприйняттю римського права. Правова доктрина створювалася в університетах і впливала на формування системи права і структуру правової норми.

Будучи одним із неофіційних джерел права, доктрина в ХХ ст. відсунута на другий план основним офіційним джерелом -- законом, про що свідчить кодифікація законодавства. Проте вона і задає значно впливає на розвиток права. Нині роль правової доктрини визнається в законопідготовчій роботі й правозастосовній діяльності -- при тлумаченні норм права. Доктрина допомагає розробці сутнісно-категоріального апарату юридичної науки, її методології, чим користується законодавець. При створенні нормативно-правового акта творець закону керується науково-доктринальним підходом до розуміння

¹ Теорія держави та права: Підручник / С.Л. Лисенков, А.М. Колодій, О.Д. Тихомиров, В.С. Ковальський; За ред. С.Л. Лисенкові.-К.: : Юрінком Інтер,2005. – С. 370.

² Романо-германська_правова_сім'я [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://uk.wikipedia.org/wiki/Романо-германська_правова_сім'я.

³ Скаун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник. - Харків: Консум; Ун-т внутр. справ, 2000. - 704 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravolib.pp.ua/ist-16--idz-ax308--nf-195.html>

⁴ Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права.-М., 2001.- С. 201.

права, тлумачення правової держави та інших правових категорій. При тлумаченні норм права їх застосувач удається до допомоги коментаря до кодексу, який має доктринальний-фаховий характер. Коментарі видаються у Франції, Німеччині та інших країнах континентального права»¹.

Г) Роль судової практики

Судову практику слід віднести до допоміжного джерела права романо-германського типу. Проте об'єктивно спостерігається явне зростання ролі судового прецеденту в правотворчій діяльності держави, чому сприяють:

- 1) недосконалість законодавства (суперечності і прогалини в ньому);
- 2) піднесення «третьої влади» -- судової, що дозволила суддям розробляти принципів рішення, уточнювати положення закону таким чином, що народжуються нові норми, так звані правоположення судової практики. Вони в основному є результатом діяльності суддів касаційних судів як вищих судових інстанцій. Підтвердження касаційним судом судових рішень, особливо прийнятих на основі аналогії або загальних принципів, може сприйматися іншими судами при рішенні подібних справ як фактичний прецедент (наприклад, постанови Касаційного суду і Державної ради Франції). Норми -- правоположення судової практики повинні враховуватися всіма юристами, що застосовують право. З цією метою вони публікуються в судових збірниках і довідниках. У деяких країнах роль судової практики як додаткового юридичного джерела права підтверджується постійним виданням судових збірників і довідників. У ряді країн (Нідерланди та ін.) офіційне опублікування прецедентів не практикується. Найбільш важливі рішення публікуються в щотижневику «Нідерландська юриспруденція», періодичних юридичних виданнях»².

ВИСНОВКИ ДО ТРЕТЬОГО ПИТАННЯ

Отже, романо-германський тип правової системи характеризується пріоритетом норми, що міститься в законодавчих актах. Проте він припускає і пошук кожним юристом у конкретному питанні рішення, що відповідає принципу справедливості, важливе значення мають і міжнародні акти (хоча зазвичай вони розглядаються як частина національного законодавства).

IV. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА СИСТЕМ ПРАВА ОКРЕМИХ ДЕРЖАВ, ЩО НАЛЕЖАТЬ ДО РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СІМ'Ї

Розглянемо тепер у пізнавальному плані національні правові системи деяких країн романо-германської правової сім'ї. Слід пам'ятати, що французьке право, з одного боку, і германське - з другого, й були тією моделлю, згідно з якою романо-германська правова сім'я поділяється на дві групи: романську (до

¹ Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник. - Харків: Консум; Ун-т внутр. справ, 2000. - 704 с. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://pravolib.pp.ua/ist-16--idz-ax308--nf-195.html>

² Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права.-М., 2001.- С. 203-209.

якої належать Франція, Бельгія, Іспанія, Італія, Люксембург, Португалія) і германську (до якої належать ФРН, Австрія, Швейцарія та деякі інші країни)¹.

«Головні ознаки сучасної правової системи Франції сформувалися у період Великої французької революції 1789 - 1794 рр. і перші десятиліття по тому, особливо за часів правління Наполеона. Найважливішими документами того часу були Декларація прав людини і громадянина 1789 р., Цивільний кодекс 1804 р., Цивільний процесуальний кодекс 1806 р., Торговий кодекс 1807 р., Кримінально-процесуальний кодекс 1803 р., Кримінальний кодекс 1810 р.»².

Чинна Конституція 1958 р. передбачає широкі можливості правового регулювання суспільних відносин шляхом видання актів виконавчою владою - урядом, міністерствами і уповноваженими на те органами адміністрації. «Так, Конституція чітко окреслює перелік галузей правового регулювання, що знаходяться у винятковій компетенції законодавчої влади, а всі правові питання, що не входять у сферу законодавства, регулюються актами різного рівня. Серед них найбільш вагомими є ордонанси - акти, що приймаються урядом з дозволу парламенту і згідно з висновком Державної ради у сферах, які регулюються законодавством. Важливе місце у системі нормативних актів займають урядові декрети, що підписуються президентом, а також ті, які видаються тільки президентом»³.

Правова система Бельгії характеризується тим, що з моменту створення самостійної Бельгійської держави (1830 р.) основу її законодавства склали п'ять французьких кодексів: Цивільний, Торговий, Кримінальний, Цивільний процесуальний, Кримінально-процесуальний. Усі вони мали вирішальний вплив на розвиток бельгійського права, а Цивільний кодекс є чинним і нині. Щоправда, при збереженій загальній структурі, текст його зазнав істотних змін. Торговий кодекс Бельгії, прийнятий у 1872 р., і Кримінально-процесуальний - у 1878 р., з моменту їх прийняття і по нині включають запозичені розділи з аналогічних кодексів Франції, і як продовження у 1967 р. був прийнятий Судовий кодекс, який регулює організацію судів і трибуналів, їх компетенцію та процедуру діяльності⁴.

«Правова система Італії, яка є єдиною у Європі спадкоємицею правової системи Стародавнього Риму, внаслідок чого більшість інститутів збереглися без змін і цілісно увійшли до сучасної правової системи. Також через посередництво правової системи Італії формувалися правові системи багатьох країн Латинської Америки. Італійські вчені-соціологи підкреслюють, що соціалізація права в Італії привела до достатньо явної зміни «меж» між публічним і приватним правом, а також до значної «новелізації» права, до виникнення окремої області – соціального права.

¹ Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник. - Харків: Консум; Ун-т внутр. справ, 2000. - 704 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravolib.pp.ua/ist-16--idz-ax308--nf-195.html>

² Решетников Ф.М. Правовые системы стран мира. Справочник.-М., 1993.- С. 607.

³ Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности).-М.. 2000. – С. 17.

⁴ Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник. - Харків: Консум; Ун-т внутр. справ, 2000. - 704 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravolib.pp.ua/ist-16--idz-ax308--nf-195.html>

Сучасна правова система Італії не поміняла своїх традицій та, як і раніше, дотримується поділу права на публічне і приватне відповідно диференціації права по галузях та інститутах та їх кодифікації. Так, приватне право відрізняється більшим ступенем розробленості і кодифікації, ніж публічне, де кодифікацією охоплено кримінальне, кримінально-процесуальне, фінансове і виборче. Це доводить оригінальність і значимість правової системи Італії.

Сьогодні особливий вплив на правову систему цієї країни надають європейські інтеграційні процеси. Демократичні традиції романо-германського права доповнилися ідеями створення єдиної Європи за допомогою правової інтеграції країн цього регіону, яка ґрунтується на загальних принципах римського права. Це виявляється в пріоритетності норм договорів і законодавчих актів та широкому застосуванні цих норм у рішеннях судових органів ЄС. Нове тисячоліття стало новим етапом розвитку італійської правової системи, яка займає гідне місце серед інших правових систем Європи та світу¹.

В Іспанії діють цивільний і торговий кодекси. Регулювання трудових, екологічних, профспілкових відносин здійснюється окремими органічними законами. Публічне право представлене в Іспанії кримінальним правом, відповідно до якого діє кримінальний кодекс редакції 1983 р., кримінально-процесуальним правом, яке сконцентроване у Законі про кримінальне судочинство 1882 р., і законодавством про владу.

Сучасна правова система Великого Герцогства Люксембург в основному склалася після створення самостійної держави (1815 р.). На розвиткові права і судової системи його істотно позначилася французька, бельгійська і нідерландська окупація Люксембургу. Після створення самостійного герцогства у Люксембурзі діє Цивільний кодекс Наполеона та інші кодекси. Лише з часом деякі з них були замінені національними законодавчими актами, проте і останні загалом орієнтувалися на французькі кодекси. Суспільні відносини у Люксембурзі регламентуються не тільки законодавчими актами, що приймаються парламентом, але й постановами, які видаються Великим герцогом у порядку делегованого законодавства².

Правова система Португалії складалася протягом багатьох століть. У ХІХ ст. була здійснена кодифікація головних галузей права. На сьогодні у Португалії діють Цивільний кодекс (1966 р.), Торговий кодекс (1888 р.), Торгово-процесуальний кодекс (1905 р.), Цивільно-процесуальний кодекс (1936 р.), Нотаріальний кодекс (1935 р.), Кримінальний кодекс (1982 р.), Важливим етапом у розвитку законодавства Португалії вважають прийняття Конституції 1976 р., оскільки вона внесла демократичні зміни практично в усі галузі права або ж безпосередньо сформулювала найважливіші норми. Відповідно до її положень вищим законодавчим органом є Рада республіки, яка може надавати уряду у порядку делегованого законодавства право приймати декрети - закони з

¹ Жукова Т.С. Особливості правової системи Італії // Європейські перспективи. – 2012. - №2. – Ч.2. – С. 192-193.

² Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник. - Харків: Консум; Ун-т внутр. справ, 2000. - 704 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravolib.pp.ua/ist-16--idz-ax308--nf-195.html>

певного кола питань. Як свідчить досвід, саме цей шлях є найбільш дієвим щодо подальшого розвитку законодавства Португалії»¹.

ВИСНОВКИ ДО ЧЕТВЕРТОГО ПИТАННЯ

Таким чином, не зважаючи на окремі особливості, національним правовим системам романо-германського типу властиві спільні ознаки (про які йшлося вище), що і дозволяє вести мову про правову сім'ю.

ВИСНОВКИ З ТЕМИ

Отже, романо-германська правова сім'я - це сукупність національних правових систем держав, що мають схожі загальні риси, які проявляються в однакових закономірностях розвитку на основі римського права та для яких характерним є те, що основною формою права виступає нормативно-правовий акт (законодавство).

Романо-германський тип правової системи охоплює країни континентальної Європи: Францію, Бельгію, Люксембург, Іспанію, Португалію, Нідерланди, Австрію, Ліхтенштейн, Німеччину, Швейцарію, Бельгію та ін. Вплив романської і німецької груп континентального права виходить за межі Європи: Латинська Америка, значна частина Африки, країни Близького Сходу, Японія, Індонезія.

Особливостями романо-германської правової сім'ї є домінування нормативно-правового акта як форми (джерела) права, поділ системи права на дві підсистеми — публічну і приватну, диференціація і кодифікація галузей права.

Для цих систем характерний також повний збіг в ієрархії різноманітних джерел права, де головну роль відіграє нормативно-правовий акт та однакова структура галузей та інститутів права. Тобто, для романо-германської системи характерна тенденція до кодифікації норм, прагнення до простоти, точності, ясності і чіткості при формулюванні норм. Крім того, для континентальної системи характерний пріоритет писаного права, правової норми над думкою чи переконанням судді. В цій системі право безпосередньо пов'язане з систематизацією і узагальненням, яке здійснюється у чіткій відповідності з правовою доктриною, яка відіграє надзвичайно важливу роль.

МЕТОДИЧНІ ПОРАДИ ЩОДО ПІДГОТОВКИ ДО ДАНОЇ ТЕМИ

Під час вивчення положень цієї теми особливу увагу слід звернути на особливості романо-германської правової сім'ї. Необхідно враховувати вплив міжнародного права та процесів глобалізації на стан і розвиток цієї правової сім'ї.

Важливо також з'ясувати значення конкретних форм (джерел) права для юридичної практики у цій правовій сім'ї.

¹ Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира.-М., 1993. – С. 28-29.

ТЕМА № 3. СІМ'Я ЗАГАЛЬНОГО ПРАВА (2 години)

ПЛАН ЛЕКЦІЇ:

I. Поняття та етапи становлення англосаксонської правової системи	32
II. Структура та джерела англійського права	35
III. Розвиток та функціонування права США	39
IV. Право інших країн англосаксонської правової сім'ї	42

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА:

1. Бондаренко Є.І. Особливості прецедентного права США // Часопис Київського університету права. – 2011. - №4. – С. 64-68.
2. Джерела права англо-американської правової сім'ї. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://uristinfo.net/2011-01-16-19-18-47/39-vdtkachenko-poryvnyjalne-pravoznavstvo/673-rozdil-6-dzherela-prava-anglo-amerikanskoji-pravovoyi-simy.pdf>
3. Зайчук О. В., Оніщенко Н. М. Теорія держави і права. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ebk.net.ua/Book/law/zaychuk_tdp/part3/2703.htm
4. Кармазіна К.Ю. Особливості джерел загального права // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. - 2013. - № 5. – С. 13-17.
5. Квятківська Б.І. Особливості судового прецеденту в англо-саксонській та романогерманській правових сім'ях (порівняльний аналіз) // Теорія і практика правознавства . - 2013. - Вип. 1. - Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/tipp_2013_1_3.pdf.
6. Кельман М. С., Мурашин О. Г.. Загальна теорія держави і права: Підручник. — К.: Кондор, 2006. —477 с.
7. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. Основные правовые системы современности [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pravolib.com/pravovedenie_818/sovremennyyie-pravovyie-sistemyi-afrikanskih.html.
8. Скакун О.Ф. Теорія держави і права / Пер. з рос. – Харків: Консум, 2008. – 656 с.
9. Теорія держави і права : Підручник / Кол. авт; кер. авт. кол. канд. юрид. наук, проф. Ю.А. Ведерніков. – Дніпропетровськ : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2014. – 489 с.

МЕТА ЛЕКЦІЇ:

Ця лекція має таку мету:

- ✓ навчальна: ознайомитися з особливостями сім'ї загального права;
- ✓ практична: здобути навички щодо аналізу джерел права англо-американської правової сім'ї;

✓ виховна: формування переконання про необхідність активної правомірної поведінки як основи існування соціально корисних правових відносин.

ВСТУП

Участь України у інтеграційних процесах, що відбуваються в світі загалом і в європейському регіоні зокрема, зумовлюють актуальність питання взаємодії правових систем.

Закріплення у чинному законодавстві України припису про визнання рішень Європейського суду з прав людини як форми (джерела) права також зумовлює потребу дослідження правової сім'ї, для якої правовий прецедент є одним з основних джерел права – англо-американської правової сім'ї.

Методологічну базу складають:

- системний метод пізнання державно-правових явищ, що дозволив охарактеризувати особливості підтипів англо-американської правової сім'ї;
- логічні методи аналізу і синтезу – дозволили визначати поняття, встановлювати ознаки, виокремлювати етапи розвитку, робити висновки щодо предмету дослідження;
- історико-правовий – дозволив визначити етапи становлення англосаксонської правової системи;
- метод правового моделювання – дозволив дослідити англо-американську правову сім'ю як правову модель сукупності усіх правових явищ.

I. ПОНЯТТЯ ТА ЕТАПИ СТАНОВЛЕННЯ АНГЛОСАКСОНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

Поряд з романо-германською, до найбільш впливових у світі слід віднести англо-американську сім'ю правових систем. До її складу входять такі держави, як Великобританія, США, Канада, Австралія, Північна Ірландія, Нова Зеландія та багато інших. Сьогодні майже третина населення земної кулі живе за принципами, які було розвинуто в межах даної сім'ї. Англо-американську правову сім'ю називають також англосаксонською або сім'єю загального права. На нашу думку, останні дві назви більшою мірою стосуються історичних підвалин даної сім'ї, тоді як сучасний стан речей дає більше підстав для її іменування англо-американською. Центральне, домінуюче місце в англо-американській правовій сім'ї завжди посідало англійське право¹.

Водночас, слід наголосити, що Кельман М.С. і Мурашин О.Г. вказують: «В основі цієї правової сім'ї лежить англійське право, яке практично застосовується тільки в Англії та Уельсі. Його не можна назвати ні правом Об'єднаною Королівства, ні правом Великої Британії, тому що ні Північна

¹ Англосаксонська (англо-американська) сім'я правових систем [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://uchebnik-online.net/book/33-porivnyalne-pravoznavstvo-navchalnij-posibnik-oo-pogribnij>

Ірландія, ні Шотландія, ні острови Ла-Манш і Мен не підкоряються англійському праву».¹

Ця система як «система загального права (common law) являє собою сукупність національних правових систем, які мають загальні риси, що проявляються у єдності закономірностей і тенденцій на основі норми, сформульованої суддями у судовому прецеденті, який є основним джерелом (формою) права, у поділі права на загальне право і право справедливості, у превалюванні процесуального права над матеріальним».²

Англосаксонська правова сім'я має такі особливості:

«1) основним джерелом права є правовий прецедент, а головними творцями права – судді;

2) поза університетський характер освіти. В Англії право аж до ХХ століття вивчалось не в університетах, а в адвокатських конторах і судах;

3) своєрідне розуміння норм права – вони не відокремлені від судового рішення, а тому носять казуїстичний характер;

4) не сприйняття рецепції римського права;

5) специфіка структури права: їй невідомий поділ на приватне і публічне, а галузі права не мають чіткого вираження. В структурі англійського права виокремлюють: а) прецедентне право, що складається з рішень судових органів; б) право справедливості, сформоване з рішень лорда-канцлера, який діяв від імені короля при розгляді скарг на рішення королівських судів; в) статутне право, що має парламентське походження;

б) надання важливого значення формам судочинства, процесуальним нормам, джерелам доказів;

7) пріоритет процесуального права по відношенню до матеріального;

8) великий ступінь автономії судової влади відносно інших гілок державної влади. Це виражається не лише в правотворчих повноваженнях судової влади, але й у відсутності прокуратури та адміністративної юстиції;

9) некодифікований характер законодавства. І хоча в останні десятиріччя були прийняті парламентом акти, консолідуючі правові норми в інститути та галузі (перш за все цивільне право), разом із тим англійське право продовжує залишатися прецедентним за своїм характером;

10) серед джерел права важлива роль відводиться правовим звичаям;

11) правова доктрина також є джерелом права, адже судді при вирішенні конкретних юридичних справ можуть послатися на правові позиції, сформульовані у працях відомих учених-юристів»³.

Саїдов С.Х. вказує, що своїм корінням англійське право сягає далеко в минуле. Загальне право (Common Law) - це система, що несе на собі глибокий відбиток його історії, а історія ця до ХVIII в. була виключно історією англійського права. Вона йшла трьома шляхами:

¹ Кельман М. С., Мурашин О. Г.. Загальна теорія держави і права: Підручник. — К.: Кондор, 2006. —С. 382.

² Зайчук О. В., Оніщенко Н. М. Теорія держави і права. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ebk.net.ua/Book/law/zaychuk_tdp/part3/2703.htm

³ Теорія держави і права : Підручник / Кол. авт; кер. авт. кол. канд. юрид. наук, проф. Ю.А. Ведерніков. – Дніпропетровськ : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2014. – С. 412-413.

- шляхом формування загального права,
- доповнення його правом справедливості (право справедливості)
- тлумачення статутів (статутного права)¹.

В історії розвитку цієї правової сім'ї дослідники, як правило, розрізняють чотири періоди.

Перший період, який називають англосаксонським, розпочинається з нормандського завоювання Англії в 1066 році. Йому притаманна наявність численних законів і звичаїв варварських племен германського походження (саксів, англів тощо), які мешкали в цей період в Англії. В країні не було загального права, діяли не пов'язані між собою в єдину систему локальні звичаї.

Другий період у розвитку англійського права визначають часом з 1066 по 1485 роки, до встановлення династії Тюдорів. У цей час поступово долається домінуюча роль місцевих звичаїв і відбувається становлення загального права. Він справив великий вплив на всі наступні періоди розвитку правової системи Англії.

Третій період розвитку тривав з 1485 по 1832 роки і вважається періодом розквіту загального права в Англії. Його особливістю слід вважати те, що в силу багатьох причин система загального права в Англії співіснувала з правом справедливості.

Четвертий період визначається з 1832 року і до цього часу. Поступово здійснюється трансформація як державного механізму, так і правової системи Англії. Значних змін зазнала судова система, яка зрівняла всі англійські суди у правах. Вони одержали можливість застосовувати як норми загального права, так і норми справедливості. Проте, як вважають правознавці, реформи не позбавили англійське право його традиційних рис².

Як стверджує А.Х. Саїдов, до 1873 в Англії існував дуалізм судочинства: крім судів, що застосовують норми загального права, існував суд лорда-канцлера. Потім ці системи злилися. У той час як юристи континентальної Європи розглядають право як сукупність встановлених правил, для англійця право - це в основному те, до чого прийде судовий розгляд. На континенті юристи цікавляться насамперед тим, як регламентована дана ситуація, в Англії увага зосереджується на тому, в якому порядку вона повинна бути розглянута, щоб прийти до правильного судового рішення.

У Франції, в Німеччині, Італії та інших країнах романо-германської правової сім'ї правосуддя завжди здійснювалося суддями, що мають університетський диплом юриста. В Англії навіть судді у вищих судах до XIX в. необов'язково повинні були мати юридичну університетську освіту: вони опанували професією, працюючи тривалий час адвокатами

Лише в наші дні отримання університетського диплома стало важливою передумовою для того, щоб стати адвокатом чи суддею; професійні іспити, які

¹ Саїдов А.Х. Сравнительное правоведение. Основные правовые системы современности [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pravolib.com/pravovedenie_818/sovremennyye-pravovyye-sistemyi-afrikanskih.html.

² Теорія держави і права : Підручник / Кол. авт; кер. авт. кол. канд. юрид. наук, проф. Ю.А. Ведерніков. – Дніпропетровськ : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2014. – С. 411-412.

дозволяють займатися юридичними професіями, можуть розглядатися як еквівалент юридичного диплома. Однак і понині головне в очах англійців - це розгляд справи в суді добросовісними людьми; дотримання основних принципів судочинства, складових частина загальної етики, на їхню думку, достатньо для того, щоб «добре судити»¹

ВИСНОВКИ ДО ПЕРШОГО ПИТАННЯ

Таким чином, англосаксонська правова сім'я – це різновид типу правової системи, що являє собою сукупність національних правових систем, в яких провідна роль серед форм (джерел) права належить судовому прецеденту та яким історично властивий позауніверситетський характер освіти.

II. СТРУКТУРА ТА ДЖЕРЕЛА АНГЛІЙСЬКОГО ПРАВА

Структура англійського права складалася протягом століть. У ньому не існує традиційного поділу на приватне і публічне, на імперативне і диспозитивне, на цивільне, адміністративне, торгове та ін. У той же час англійське право поділяють на загальне і право справедливості. Різниця між англійським і романським правом існує і на елементарному рівні правової норми. Норма англійського права більш конкретна, ніж норма романського права.

Загальне право — сукупність норм, що були створені системою королівських судів.

Право справедливості — система правових норм, що створені судами лорда-канцлера в процесі доповнення, а іноді й перегляду системи загального права².

«У Англії загальне право виникло на основі королівської влади і раніше, ніж у країнах континентальної Європи. Це пояснюється тим, що тут раніше, ніж в інших країнах Європи, затвердилася сильна централізована монархія. У той час, як у країнах європейського континенту римське цивільне право активно рецепувалося (приблизно з 1400 р.), загальне право в Англії сформувалося і укоренилося без випереджаючого впливу римського права — завдяки позитивним місцевим властивостям. Воно було орієнтовано головним чином на засоби правового захисту. На сто років загальне право випередило континентальне право розробкою засобу захисту від зловживання: піддавати своїх ворогів позбавленню волі без суду і слідства. Про це свідчить наказ про *habeas corpus*, що означає: «ви повинні пред'явити (у суді) тіло (затриману особу)». Відповідно до *habeas corpus* доставлена в суд особа може бути звільнена суддею, якщо для її затримання немає юридичного виправдання. Загальне право Англії було сформовано (і значною мірою функціонує й зараз) як неписане право, яке ґрунтується на професійній традиції, а пізніше — на міркуваннях суддів при вирішенні справ. Одним із фундаментальних його засад було те, що кримінальні справи і більшість цивільних справ (починаючи з XIII ст.) розглядалися судом присяжних» - зазначає О.Ф. Скакун³.

¹ Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. Основные правовые системы современности [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pravolib.com/pravovedenie_818/sovremennyye-pravovyye-sistemyi-afrikanskikh.html.

² Кельман М. С., Мурашин О. Г.. Загальна теорія держави і права: Підручник. — К.: Кондор, 2006. — С. 383.

³ Скакун О.Ф. Теорія держави і права / Пер. з рос. – Харків: Консум, 2008. – С. 548.

Водночас, характеризуючи право справедливості О.Ф. Скакун зазначає, що суд справедливості виник як правомочність монарха здійснювати через лорда-канцлера право пом'якшення суворих судових рішень, посилаючись на загальні принципи права, поняття добра і гуманізму, а не на конкретні прецеденти. Суд лорда-канцлера заповнював прогалини загального права. Лорд-канцлер втручався в розгляд справи «в ім'я справедливості». Він брався за справу лише тоді, коли міг застосувати санкції до відповідача, який порушив його розпорядження. Не претендуючи на зміну норм, установлених судами, він по сутності виробляв додаткові норми, що називалися нормами права справедливості. До сфери дії права справедливості входили спори про нерухомість, відносини довірчої власності, справи про торгові товариства, про банкрутство, спадкування. Предметом загального права стали договірні відносини, інститути цивільно-правової відповідальності, кримінально-правові справи та ін. Принципового розмежування між ними не відбулося.»¹

Норма англійського права відрізняється від норми у романо-германській правовій сім'ї. Розуміння норми права французькими та англійськими юристами нетотожне. Англійські правові норми вироблені судами. Це положення, що беруться з основної частини рішень, винесених вищими судами Англії. Таким чином, норма права в Англії тісно пов'язана з обставинами конкретної справи і застосовується до вирішення справ, аналогічних тим, рішення з яких було вже прийнято раніше. Таку норму не можна зробити більш загальною й абстрактною, бо це перетворить прецедентне право на право доктринальне. Навіть норми права, що містяться у законах, англійські суди застосовують тільки після того, як вони розтлумачені судами².

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

1) літературне джерело — конкретний офіційний документ, акт, звернувшись до якого можна знайти ту чи іншу норму права (наприклад, статут Парламенту, судовий звіт);

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

3) історичне джерело права — те, звідкіля історично походить та чи інша норма права (наприклад, загальне право і право справедливості, римське, 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).³

¹ Скакун О.Ф. Теорія держави і права / Пер. з рос. — Харків: Консум, 2008. — С. 548-549.

² Кельман М. С., Мурашин О. Г.. Загальна теорія держави і права: Підручник. — К.: Кондор, 2006. — С. 383.

³ Джерела права англо-американської правової сім'ї. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://uristinfo.net/2011-01-16-19-18-47/39-vdtkachenko-poryvnyjalne-pravoznavstvo/673-rozdil-6-dzherela-prava-anglo-amerikanskoyi-pravovoyi-simyi.pdf>

Зауважимо, дослідивши особливості джерел загального права, Кармазіна К.Ю. вказує: «У юридичній літературі висловлюються різні підходи щодо системи джерел права Англії. Наприклад, Романов О. К. до основних джерел англійського права відносить законодавство, судові прецеденти та правові доктрини Європейського Союзу, а до додаткових джерел: звичаї, правові публікації, судові звіти, канонічне право, римське право, матеріали Правової комісії. Водночас, К. Осакве здійснює диференціацію джерел права Англії на обов'язкові та необов'язкові. До обов'язкових джерел він відносить: право Європейського Союзу, Європейську конвенцію про права людини, конституції (конституційні закони), загальне право (основні принципи права), універсальні міжнародні договори, статuti, підзаконні акти (делеговане законодавство), судовий прецедент, справедливість, розум, королівські прерогативи, канонічне право, звичай, правові угоди (договори). До необов'язкових джерел права він відносить: доктрину, закони зарубіжних країн, правові положення (думки), сформовані суддями, рішення зарубіжних судів, судову практику. Разом з тим, І. Ю. Богдановська робить висновок, що сучасна правова доктрина до основних (первинних) джерел англійського права відносить статут та судовий прецедент, а до вторинних джерела англійського права – делеговане законодавство, правову доктрину та правовий звичай»¹.

Як було зазначено вище – основним джерелом права у правовій сім'ї, що розглядається, традиційно вважається судовий прецедент. У зв'язку з чим не можна не погодитися із Б.І. Квятківською, яка вказує, що класична форма судового прецеденту – це безумовно його англійська модель. В Європі прецедент має зовсім іншу структуру та форму, що дозволяє говорити про окрему континентальну модель судового прецеденту. І цілком обґрунтовано видається думка про те, що без дослідження різниці між зазначеними моделями проблема механічного використання терміна «прецедент» у вітчизняній і зарубіжній літературі залишається, що призводить до суперечностей та розходжень у розумінні «судового прецеденту» та «судової практики». Особливістю, що характеризує традицію загального права і відмежовує її від континентально-правової системи, є доктрина *stare decisis*. За словником *Black's law dictionary* *stare decisis* – це доктрина, в якій суд, встановивши один раз принцип права як такий, що застосовується до певного стану речей, буде слідувати цьому принципу і застосовувати його до всіх наступних справ, де факти значною мірою однакові. Термін «*stare decisis*» з латини буквально перекладається як «стояти на вирішеному», а сама фраза «*stare decisis*» є скороченим латинським висловом «*stare decisis et non quieta movere*», що означає «стояти на вирішеному (слідувати рішенню) і не турбувати раніше вирішені справи». Суть доктрини зводиться до того, що однакові чи подібні справи повинні вирішуватися однаково. Певне правило, що виводиться із судового рішення, сприймається як взірець і застосовується при вирішенні майбутньої подібної справи, а судові рішення, в якому це правило

¹ Кармазіна К.Ю. Особливості джерел загального права // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. - 2013. - № 5. – С. 13-14.

сформульоване, стає судовим прецедентом. Тобто доктриною *stare decisis* забезпечується дія судового прецеденту в англосаксонській правовій сім'ї.

Зазвичай прецедент одночасно діє і по вертикалі, і по горизонталі. Наприклад, в Англії це правило розкривається доктриною через три достатньо прості положення:

1) рішення, винесені Палатою лордів, є обов'язковими прецедентами для всіх судів;

2) рішення, винесені Апеляційним судом, – обов'язкові для всіх судів нижчих ланок і (крім кримінального права) для самого цього суду;

3) рішення, винесені Високим судом, – обов'язкові для судів нижчих ланок і, не будучи строго обов'язковими, мають досить велике значення і переважно використовуються як керівні різними відділеннями Високого суду і Суду Корони¹.

За традицією, закони в англійському праві відіграють другорядне значення. Вони вносять лише доповнення чи корективи в існуюче право, утворене Вестмінстерськими судами і канцлерським судом.

Серед інших джерел англійського права необхідно відмітити звичай, доктрину, розум, які теж відіграють другорядне значення щодо прецеденту і законів².

Водночас, слід наголосити, що як вказує О.Ф. Скакун «У сфері конституційного права сформувався звичай, який відіграє більшу роль, ніж судовий прецедент. Це так звані конституційні угоди, що регулюють важливі питання державного життя. Вони є своєрідним джерелом конституційного права. Наприклад, відповідно до звичаю монарх зобов'язаний підписати акт, ухвалений обома палатами парламенту. В традиційний спосіб відбувається формування уряду лідером партії, яка перемогла на парламентських виборах. Конституційні угоди становлять собою письмово не зафіксовані правила конституційної практики, їх слід відрізнити від звичаїв, які є частиною загального права. В інших сферах регулювання суспільних відносин роль правового звичаю поступово зменшується»³.

Під впливом глобалізації для правових систем загального права характерною є низка тенденцій: зростання кількості міжнародних договорів та законів; урізноманітнення системи джерел права; уподібнення правового регулювання під впливом міжнародних правових стандартів; зближення із континентальним правом. Та попри значну уніфікацію, для національних правових систем характерною є відповідна специфіка, яка найбільш яскраво проявляється у системі джерел права⁴.

¹ Квятківська Б.І. Особливості судового прецеденту в англо-саксонській та романогерманській правових сім'ях (порівняльний аналіз) // Теорія і практика правознавства . - 2013. - Вип. 1. - Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/tipp_2013_1_3.pdf.

² Кельман М. С., Мурашин О. Г.. Загальна теорія держави і права: Підручник. — К.: Кондор, 2006. — С. 384.

³ Скакун О.Ф. Теорія держави і права / Пер. з рос. – Харків: Консум, 2008. – С. 550-551.

⁴ Кармазіна К.Ю. Особливості джерел загального права // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. - 2013. - № 5. – С. 13-14.

ВИСНОВКИ ДО ДРУГОГО ПИТАННЯ

Таким чином, в цілому можна погодитися із А.Х. Саїдовим відносно того, що англійське право знайшло як би потрібну структуру: загальне право - основне джерело, право справедливості, доповнює і коригує основне джерело, і статутне право - писане право парламентського походження.

ІІІ. РОЗВИТОК ТА ФУНКЦІОНУВАННЯ ПРАВА США

Як вказують О.В. Зайчук і Н.М. Оніщенко. поряд з англійським правом у англосаксонській правовій сім'ї особливо виділяється також американське право — правова система США. Вона почала формуватися ще в XVII—XVIII ст. в умовах світового колоніалізму і зберегла свої первинні особливості до цього часу.

Особливий вплив на процес становлення і формування правової системи США справило англійське право. Проте на правові системи окремих штатів безумовно впливали іспанська, французька правові системи тощо. Зазнавши впливу англійського права, правова система США залишалася цілком самостійною у правовому відношенні, хоч за своєю структурою суттєво не відрізняється від права Англії. Вона також поділяється на загальне право і право справедливості, тут також формується судова практика у вигляді прецедентів. Джерелами права є судові прецеденти, закони, правові доктрини, розроблені окремими суддями і судовими корпораціями. Велике значення має інститут присяжних.

Серед інших особливостей правової системи США слід виділити і її федеральний характер. На території США фактично діє 51 система права. Серед інших особливостей необхідно вказати на більшу роль, що у ній відіграє законодавство порівняно з англійською правовою системою, більшу «кодіфікованість», меншу роль судової практики¹.

Як вказує Є.І. Бондаренко «На перший погляд здається, що судова практика відіграє в США ту саму роль, що і в Англії. З одного боку, американські юристи, як і англійські, вважають нормою права тільки правила судової практики, сформульовані в конкретній справі. Проте місце прецеденту серед інших джерел права в США та Англії суттєво різниться. Також потрібно наголосити, що в Англії і США істотно різниться юридична техніка застосування прецеденту. Суттєво змінює дію правила прецеденту той факт, що вищі суди США (Верховний суд США і Верховні суди штатів) ніколи не вважали себе зв'язаними власними прецедентами, на відміну від англійського Апеляційного суду і Палати лордів».²

На відміну від англійського права, у США:

- є Конституція, вона має дворівневий характер системи законодавства та прецедентного права (загально-федеральний та штатів);

¹ Зайчук О. В., Оніщенко Н. М. Теорія держави і права. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ebk.net.ua/Book/law/zaichuk_tdp/part3/2703.htm

² Бондаренко Є.І. Особливості прецедентного права США // Часопис Київського університету права. – 2011. - №4. – С. 64.

- прецеденти (створюються Верховним Судом США та вищими судами штатів) є менш формалізованими і можуть змінюватися;
- функції конституційного правосуддя здійснюють Верховний Суд США чи вищі суди штатів¹.

«Сучасна судова система Америки відрізняється від англійської наявністю федеральних судів і судів штатів. До федеральних судів можна звернутися як до першої інстанції, а також вони виконують функції вищих судових інстанцій. Федеральні суди США умовно можна поділити на дві групи. Перша група - це федеральні суди, що діють як окружні, їх рішення можна оскаржити до апеляційних судів, рішення яких, у свою чергу, оскаржують до Верховного суду США. Проте для того щоб цей суд прийняв справу до розгляду і виніс щодо неї мотивоване рішення, необхідно спочатку отримати від нього особливий дозвіл. А для цього потрібно звернутися до суду з петицією, вказавши поважні причини оскарження. Крім цієї системи, існують ще спеціальні федеральні суди, створені на підставі законів. Вони розглядають митні, податкові, патентні справи, а також справи, пов'язані з відповідальністю держави. Рішення всіх цих органів можуть бути оскаржені до одного з окружних судів або безпосередньо до Апеляційного суду, або навіть до Верховного суду США.

Другий елемент судової системи США утворюють суди штатів. Кожен штат має свою судову систему, що зумовлено значними розбіжностями штатів у традиціях і за кількістю населення. В одних штатах діє дворівнева система судів, в інших – трирівнева».²

Особливістю американської правової системи в період її формування був високий, на відміну від Англії, престиж статутного права, а прийняття в 1787 р. Конституції США тільки підвищило його.

Усе це разом було причиною загострення інтересу до континентального права, яке принесли на американський материк переселенці з Франції³.

На думку М.С. Кельмана і О.Г. Мурашина, після здобуття США незалежності виникло питання про національне право. Після того, як було прийнято Декларацію про незалежність та Конституцію США постало питання про кодифікацію. Ряд штатів прийняли кримінальний, кримінально-процесуальний та цивільно-процесуальний кодекси.

Проте, незважаючи на це, всі штати, крім Луїзіани, залишилися у системі загального права. Загальне англійське право було незмінним тільки до проголошення незалежності. Після названої дати правові системи Англії і США розвивалися незалежно. Оригінальність права США можна пояснити такими рисами:

Англія — острів у Європі, США — континентальний масив;

¹ Кармазіна К.Ю. Особливості джерел загального права // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. - 2013. - № 5. - С. 13.

² Бондаренко Є.І. Особливості прецедентного права США // Часопис Київського університету права. – 2011. - №4. – С. 65.

³ Бондаренко Є.І. Особливості прецедентного права США // Часопис Київського університету права. – 2011. - №4. – С. 65.

Англія — країна традицій, американці не люблять стародавніх традицій;
Англія монархія, де правосуддя централізоване, США — республіка, в якій існує федеративний поділ і система судів;

американське право відрізняється від права англійського за структурою й змістом норм, понять та структурою права в цілому¹.

Стосовно системи джерел американського права у юридичній літературі висловлюються різноманітні точки зору. Наприклад, «А.Х.Саїдов до джерел американського права відносить: судовий прецедент, законодавство, адміністративну нормотворчість органів виконавчої влади, звичай та право справедливості . С. Боботов, І. Жигачьов до системи джерел американського права відносять: 1) звичаї та традиції; 2) законодавство, яке у широкому розумінні називається статутним правом; 3) прецедентне право, що створюється судами. В. Шумілов до джерел американського права відносить загальне прецедентне право; статутне право (закони, що прийняті Конгресом США, а також законодавство штатів); конституційне право (Конституція США та конституції штатів); підзаконні акти, що видаються виконавчою владою (адміністративне право). Юридичний словник Д. Баувієра розділяє джерела права США на: «писані» та «неписані». До «писаних» джерел права відносяться: Конституція США, міжнародні договори, закони Конгресу, конституції штатів, акти органів законодавчої влади штатів, акти, що видані нижчими законодавчими органами, акти судів, що мають загальний характер. До «неписаних» джерел американського права відносяться: загальне право (загальне право Англії та рішення американських судів); звичаї; основні принципи римського права; канонічне право; судова практика»²

ВИСНОВКИ ДО ТРЕТЬОГО ПИТАННЯ

Таким чином, можна погодитися з О.В.Талдикінім відносно того, що певною своєрідністю характеризується правова система США, що знаходить свій вияв у таких її особливостях: 1) на відміну від Великобританії в США існує федеральна Конституція; 2) дуалізм правової системи, оскільки поряд із прецедентним правом діє система законодавства. Але законодавчі норми стають складовою правової системи США лише після їхнього неодноразового тлумачення і застосування судами, причому посилання робляться на судові рішення; 3) у федеральній системі США штати мають істотну самостійність, і суди одного штату не обов'язково повинні посилатися на судові рішення іншого штату, а можуть приймати інші рішення; 4) значна маневреність, гнучкість, здатність пристосовуватися до умов, що змінюються, оскільки вищі судові інстанції не зв'язані власними прецедентами; 5) кодифікований характер законодавства багатьох штатів, наприклад кримінальні кодекси діють у всіх штатах; 6) наявність судового контролю за законністю федеральних законів і законів, які приймаються на рівні окремих штатів. Особливу роль тут відіграє

¹ Кельман М. С., Мурашин О. Г.. Загальна теорія держави і права: Підручник. — К.: Кондор, 2006. — С. 384.

² Кармазіна К.Ю. Особливості джерел загального права // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. - 2013. - № 5. - С. 15

Верховний Суд США, який має право тлумачити Основний Закон держави, а вищі судові інстанції штатів – конституції своїх штатів¹.

IV. ПРАВО ІНШИХ КРАЇН АНГЛОСАКСОНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СІМ'Ї

Як було вказано вище, ні Північна Ірландія, ні Шотландія не підкоряються англійському праву. Їх правові системи мають певні особливості. Так, наприклад, до системи джерел права Ірландії відносяться: Конституція, закони, судові прецеденти, делеговане законодавство, консолідовані акти. Конституція Ірландії передбачає, що єдиним органом, який видає закони є Парламент (ст. 15), а міжнародна угода, учасником якої стає держава, повинна передаватися Палаті представників (ст. 29)².

Під впливом англійського права розвивається і правова система Шотландії. Система джерел права Шотландії складається із прецеденту, законодавства, юридичних трактатів, що мають інституційне значення.³

Особливість правової сім'ї загального права полягає в тому, що англійське загальне право поширилося і на інші країни. Сформувалася ціла група країн, де специфіка англійського юридичного мислення, підходу до правових питань була визначена історичним процесом створення права судами. Процес поширення англійського загального права складався по-різному в силу особливості взаємодії Об'єднаного Королівства зі своїми колоніальними володіннями. Якщо набуття Сполученими Штатами незалежності безсумнівно знайшло відображення у своєрідності розвитку їх права, то Канада, Австралія і Нова Зеландія тривалий час зазнавали впливу англійського права, яке мало пряму дію на території цих країн. У них не тільки відбулося запозичення принципу прецеденту, але й саме англійське загальне право багато в чому вкоренилося в національних правових системах.⁴

Основними джерелами права Австралії є судові рішення (прецеденти) та закони. Силу прецеденту мають рішення Верховного Суду Австралії та верховних судів штатів і територій. Крім законів, до системи джерел права відносять і підзаконні акти. Значна сфера суспільних відносин регулюється законами: про трудові відносини, корпорації, охорону вод від забруднення нафтою та іншими шкідливими речовинами, державні злочини та ін. В деяких штатах діє Кримінальний кодекс, а в інших консолідовані акти у сфері кримінального права. А з 1901 р. в Австралії діє Конституція⁵.

¹ Теорія держави і права : Підручник / Кол. авт; кер. авт. кол. канд. юрид. наук, проф. Ю.А. Ведерніков. – Дніпропетровськ : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2014. – С. 413.

² Кармазіна К.Ю. Особливості джерел загального права // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. - 2013. - № 5. – С. 14.

³ Кармазіна К.Ю. Особливості джерел загального права // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. - 2013. - № 5. – С. 14.

⁴ Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. Основные правовые системы современности [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pravolib.com/pravovedenie_818/sovremennyye-pravovyye-sistemyi-afrikanskih.html

⁵ Кармазіна К.Ю. Особливості джерел загального права // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. - 2013. - № 5. – С. 14.

На відміну від Австралії у Новій Зеландії відсутня писана конституція, а неписану складають закони, конституційні угоди, прецеденти. Основними джерелами права є закони та судові прецеденти (як обов'язкові–новозеландські так іпереконливі– англійські, австралійські, канадські). Значна сфера відносин регулюється законами: про право власності, компанії, купівлю-продаж, торгівлю, морські перевезення, корпорації, статус дітей, судоустрій та ін., а також консолідаційними актами (правила цивільної процедури у Верховному суді, правила Апеляційного суду тощо). Кодекси у Новій Зеландії відсутні¹.

Аналогічно іншим британським колоніям у Канаді закріпилась система англійського загального права, згідно з яким рішення судів вищого рівня набирають сили судового прецедента. Джерелом права у Канаді вважають законодавчі норми, що видаються парламентом, чинні й ті, що зберігають відносну самостійність, норми права справедливості, які були створені рішеннями Суду канцлера в Лондоні у XV—XIX ст. Рішення канадських судів протягом тривалого часу підлягали оскарженню у Судовому комітеті Таємної ради у Лондоні. Нині ця практика скасована, проте раніше прийняті рішення англійських судів, що тлумачать чинні у Канаді англійські закони і норми загального права, мають загальнообов'язкову силу. Єдність системи канадського загального права забезпечується Верховним судом Канади і вищими судами провінцій, рішення яких є загальнообов'язковими для всіх нижчих судових інстанцій².

У ст. 52 Конституційного акту 1982 р. передбачено, що Конституція Канади є вищим законом Канади і будь-який закон, що їй не відповідає не має сили і не діє. Конституція Канади складається із Акта про Канаду 1982 р., актів та наказів вказаних у Додатках (30 документів), а також поправок до них. А ст. 91 Конституційного акту 1867 р. передбачає, що королеві належить право за порадою та за згодою Сенату та Палати общин видавати закони для підтримання миру, порядку та доброго управління. А далі Конституційний акт передбачає законодавчі повноваження Парламенту Канади. Водночас, ст. 92 Конституційного акту 1867 р. Передбачає сфери повноважень законодавчих зборів провінцій з видання законів, а ст. 92 А – виключну компетенцію законодавчих зборів провінцій з прийняття законів³.

При цьому необхідно зазначити, що поряд із іншими провінціями правове регулювання суттєво відрізняється у провінції Квебек (яка значною мірою є подібною до романо-германського типу). Тут діють кодекси, наприклад, Цивільний кодекс, Цивільно-процесуальний кодекс (створений за французьким зразком). Деякі відмінності має і судова система Квебеку⁴.

¹ Кармазіна К.Ю. Особливості джерел загального права // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. - 2013. - № 5. – С. 14.

² Теорія держави і права / За редакцією академіка АПрН України, доктора юридичних наук, професора В.В. Копейчикова [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.pravo.vuzlib.su/book_z1503_page_27.html

³ Кармазіна К.Ю. Особливості джерел загального права // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. - 2013. - № 5. – С. 15.

⁴ Кармазіна К.Ю. Особливості джерел загального права // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. - 2013. - № 5. – С. 15.

ВИСНОВКИ ДО ЧЕТВЕРТОГО ПИТАННЯ

Таким чином, найбільшим чином вплив англосаксонського права позначився на тих державах, які складають Об'єднане королівство, а також на колишніх колоніях.

ВИСНОВКИ З ТЕМИ

В процесі поширення у світі, передусім, завдяки колоніальній політиці Англії - загальне право стало однією із найбільших правових систем світу. Як наслідок, на сьогодні майже третя частина світу проживає в значній мірі за нормами англійського права.

Англосаксонська правова сім'я - це такий тип правової системи, де головним джерелом є судовий прецедент. Система загального права ставить судовий прецедент на один рівень із законом, вона майже не знає кодексів (функціонують окремі закони, які прийняті для конкретних цілей), але надає велике значення судовій практиці. Водночас, до основних сучасних джерел англійського права відносяться: конституційні закони, міжнародні договори, звичаєві закони, делеговане законодавство. Розширюються сфери регулювання законами, звужується сфера регулювання прецедентами, змінюється сутність прецедентного права. Систему англійського права складають загальне право і право справедливості.

Важливим підтипом англосаксонської правової сім'ї є американське право. До основних джерел американського права відносяться: Конституція США; конституції штатів; федеральне законодавство та законодавство штатів; федеральний судовий прецедент та судові прецеденти штатів. Особливості американського права зумовлюються передусім ірмою державного територіального устрою, а також меншою роллю, яку відіграє у системі джерел права прецедент, підвищеною роллю у регулюванні суспільних відносин, у порівнянні з англійським правом, нормативно-правових актів.

Водночас, слід вказати, що не існує ідеальної правової моделі, яка б одночасно підходила б для всіх країн світу. Належність країни до однієї і тієї ж правової сім'ї не виключає суттєвих відмінностей між національними правовими системами цих держав. На це вказує аналіз особливостей загального права Австралії, Канади та ін.

МЕТОДИЧНІ ПОРАДИ ЩОДО ПІДГОТОВКИ ДО ДАНОЇ ТЕМИ

Під час вивчення положень цієї теми особливу увагу слід звернути на особливості сім'ї загального права. Необхідно враховувати вплив міжнародного права та процесів глобалізації на стан і розвиток цієї правової сім'ї.

Важливо також з'ясувати значення конкретних форм (джерел) права для юридичної практики у цій правовій сім'ї.

ТЕМА № 4. РЕЛІГІЙНО-ТРАДИЦІЙНІ ПРАВОВІ СІМ'Ї (2 години)

ПЛАН ЛЕКЦІЇ:

I. Поняття та структура релігійно-традиційної правової сім'ї	46
II. Сім'я мусульманського права	47
III. Звичаєва правова сім'я	55

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА:

1. Али-заде Айдын Ариф оглы Хроники мусульманских государств I–III веков хиджры. – М.: УММА, 2004 – 445 с.
2. Антология мировой правовой мысли: В 5 т. / Рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин.– М.: Мысль, 1999.
3. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В. А. Туманова. – М.: Международные отношения, 1999.
4. Загальна теорія держави і права / За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, В. О. Петришина. – Х.: Право, 2002.
5. Коран: Пер. с араб. И. Ю. Крачковского. – М.: СП ИКПА, 1990.
6. Легка О.В. Специфіка сім'ї мусульманського права // Актуальні проблеми політики. – 2012. – Вип. 47. – С. 207-212.
7. Марченко М. Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: Городец-издат, 2002.
8. Марченко М.Н. Иудейское право и его основные особенности //Вестник Московского университета серия 11 „Право” - 2000 - № 1. – С. 13-18.
9. Нахла Юсеф Особливості правової культури країн Близького Сходу // Політичний менеджмент. – 2009. - №1. – С. 147-149.
10. Правовые системы стран мира: Энциклоп. справочник / Отв. ред. А. Я. Сухарев. – 2 изд. – М.: Норма– Инфра-М, 2001.
11. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) / Под ред. В. А. Туманова. – М.: Юрист, 2000.
12. Сюкияйнен Л. Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики. – М.: Наука. – 1986.
13. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х т.: Пер. с нем. – М.: Междунар. отношения, 2000.

МЕТА ЛЕКЦІЇ:

Ця лекція має таку мету:

- ✓ навчальна: ознайомитися з особливостями груп держав, які складають релігійно-традиційну правову сім'ю;
- ✓ практична: здобути навички щодо аналізу особливостей груп держав, які складають релігійно-традиційну правову сім'ю;

✓ виховна: формування переконання про необхідність активної правомірної поведінки як основи існування соціально корисних правових відносин.

ВСТУП

Дослідження релігійно-традиційних сімей права і, зокрема, мусульманського права є досить актуальним для української науки з декількох причин.

По-перше, в Україні спостерігається нестача знань про інші правові системи, у тому числі про мусульманське право. В Україні, на жаль, ця тенденція збереглася. Останнім часом було надруковано всього одну спеціалізовану роботу з ісламського права. Водночас іслам є релігією, яка найбільш динамічно розвивається в сучасному світі. Майже кожен п'ятий у світі сповідує іслам.

По-друге, сприйняття правового досвіду інших систем є необхідною умовою динамічного та стабільного розвитку будь-якої правової системи. Мусульманське право, індуське та індуїстське право є досить цікавою правовою системою, що містить багато специфічних правових норм та інститутів, які невідомі більшості вітчизняних теоретиків права. Їх теоретичне осмислення є важливим для становлення молодого української державно-правової науки та практики.

По-третє, значні зміни в сучасному світі, які характеризуються як глобалізація, призводять до конвергенції різних соціальних систем. Відсутність об'єктивних знань про інші правові системи має наслідком викривлення правосвідомості та правової культури як юристів, так і пересічних громадян, які сприймають власну правову систему як єдиний можливий варіант та апріорі не сприймають будь-яких інших поглядів. Як наслідок – формується соціальне підґрунтя для так званих цивілізаційних конфліктів.

І. ПОНЯТТЯ ТА СТРУКТУРА РЕЛІГІЙНО-ТРАДИЦІЙНОЇ ПРАВОВОЇ СІМ'Ї

Як вказує О.В. Легка, релігійно-традиційний тип правової системи – це сукупність національних правових систем держав, що мають спільні риси, які проявляються в єдності закономірностей і тенденцій розвитку на основі релігійної норми, норми-звичаю і норми-традиції як основних джерел права, що являють собою тісне переплетення юридичних, моральних, міфічних розпоряджень, які склалися природним шляхом і визнані державою.

Серед типів правової системи цей тип є найрізноманітнішим і складається з двох великих груп правових систем, поєднаних внутрішньою схожістю:

1) **релігійно-общинної** – поєднує групи систем мусульманського, індуського, іудейського і канонічного права; характеризується фундаментальним значенням релігійних вчень у поєднанні з тривалим збереженням общинного устрою;

2) **далекосхідної (традиційної)** – містить групи систем китайського і японського права та характеризується провідною роллю релігійно-моральних доктрин у соціальному житті народу.

Своєрідність зазначених груп правових систем характеризується такими ознаками:

- 1) кожна із зазначених груп правових систем ґрунтується на власних релігійно-філософських системах – іслам, індуїзм, конфуціанство, християнство;
- 2) юридичні джерела права співвідносяться з релігійними як форма та зміст;
- 3) релігійно-моральна норма має пріоритет над правовою нормою;
- 4) правові системи релігійно-традиційного типу не є «нерухомими», не застигли у своєму первинному вигляді, а при збереженні спадкоємності з минулою правовою культурою та під впливом романо-германських і континентальних правових систем внесли чимало змін у національне право, його структуру¹.

ВИСНОВКИ ДО ПЕРШОГО ПИТАННЯ

Таким чином, релігійно-традиційний тип правової системи являє собою сукупність національних правових систем держав, що мають спільні риси, які проявляються в єдності закономірностей і тенденцій розвитку на основі релігійної норми, норми-звичаю і норми-традиції як основних джерел права, що являють собою тісне переплетення юридичних, моральних, міфічних розпоряджень, які склалися природним шляхом і визнані державою.

II. СІМ'Я МУСУЛЬМАНСЬКОГО ПРАВА

Мусульманське право стало об'єктом порівняльно-правового дослідження вже на початку формування компаративістики як окремої юридичної науки. Ще на Першому міжнародному конгресі порівняльного права, який відбувся в 1900 р. у Парижі, учасники конференції виокремили мусульманську правову сім'ю серед інших правових сімей – французької, германської, англо-американської та слов'янської. У 1919 р. під час 50-річного ювілею французького Товариства порівняльного законодавства його учасники класифікували всі правові системи всього на три сім'ї: французьку, англо-американську та мусульманську².

У другій половині ХХ ст. сформувалися два головні напрями класифікації правових систем. Перший напрям розкрито у працях Р. Давида, який запропонував ідею трихотомії – виокремлення трьох основних правових сімей: англо-американської, романо-германської та соціалістичної на основі двох критеріїв – юридичної техніки та однакових філософських, політичних та економічних принципів. Всі інші правові системи він об'єднав під умовною назвою „релігійні та традиційні системи”. У більш пізніх своїх роботах він

¹ Теорія держави і права : підручник / кол. авт.; кер. авт. кол. канд. юрид. наук, проф. Ю.А. Ведерніков. – Дніпропетровськ : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2014. – С. 414.

² Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) / Под ред. В. А. Туманова. – М.: Юрист, 2000. – С. 121.

розподілив цю сім'ю на окремі підвиди: мусульманську, іудейську, індуську сім'ю, а також правові сім'ї країн Африки та Далекого Сходу¹.

Другий напрям представлений К. Цвайгертом. Він запропонував використовувати критерієм класифікації поняття „правовий стиль”, який складається з п'ятьох факторів (по суті критеріїв класифікації): походження і еволюція правових систем, своєрідність юридичного мислення, специфічні правові інститути, природа джерел права та способи їх тлумачення й ідеологічні фактори. На цих підставах він розрізняв вісім правових сімей: романську, германську, англо-американську, соціалістичну, скандинавську, далекосхідну, ісламську та індуську². Вітчизняні та російські автори тією чи іншою мірою також використовують ці основні класифікації.

Зазначимо, що кожна з цих класифікацій не є досконалою в питаннях класифікації релігійних правових систем, зокрема й мусульманського права. По-перше, наведені класифікації є неповними, тому що не охоплюють всі 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, об'єднуються правові системи, які не мають майже нічого спільного, а іноді мають протилежні риси. Мається на увазі 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 різні правові системи.

На наш погляд, поряд із загальноновизнаними сім'ями романо-германського та англо-американського права необхідно розрізняти дві окремі сім'ї релігійного та традиційного права. Головним критерієм такого поділу є основні джерела права цих систем, а другорядними критеріями можуть бути специфічність правосвідомості та правової культури, особливості правової практики, спільність історичного розвитку тощо.

Релігійна правова сім'я, вважаємо, об'єднує чотири правові системи: мусульманського, індуського, іудейського й канонічного права. Традиційна правова сім'я об'єднує два підтипи правових систем – держав Далекого Сходу і країн Африки. «Мусульманська правова система належить до сім'ї так званого релігійно-традиційного права, властивого багатьом країнам Азії і Африки.» - зазначає Нахла Юсеф³

Як і будь-яка інша класифікація, запропонований нами поділ, є лише логічною операцією, умовним об'єднанням, основним сенсом якого є певна

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В. А. Туманова. – М.: Международные отношения, 1999. – С. 25.

² Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х т.: Пер. с нем. – М.: Междунар. отношения, 2000. – Т.1. – С. 117.

³ Нахла Юсеф Особливості правової культури країн Близького Сходу // Політичний менеджмент. – 2009. - №1. – С. 147-148.

користь для проведення компаративістських досліджень. Об'єднання чотирьох систем релігійного права в межах однієї правової сім'ї дозволяє більш ефективно проводити порівняльно-правові дослідження, виокремлювати схожі риси та відмінності цих систем, порівнювати й аналізувати їх.

Становлення мусульманського права почалося в VII ст. на Аравійському півострові та відбувалося в умовах утворення нової моноістичної релігії – ісламу – та формування єдиної держави в арабських племен.

Провідна роль у цьому процесі належала Мухаммаду (571–632 рр.)¹, якого відповідно до ісламської традиції Аллах обрав пророком, що повинен донести до людей божественне відкриття. Мухаммад народився в 571 р. у місті Мекка, яке знаходиться в західній частині Аравійського півострова та було важливим торговельним і релігійним центром. У Мекці розташована головна святиня арабських племен – Кааба. Пророк належав до роду хашимитів, який входив до складу впливового та заможного племені курай. Мухаммад рано осиротів: батько помер ще до його народження, а мати – коли йому виповнилося шість років. Його опікуном став спочатку дід – Абд аль-Муталіб, а згодом дядько – Абу Таліб.

Перші божественні відкриття він почув у сорок років на горі Хіра, після чого почав проповідувати. Центральною ідеєю проповідей було обґрунтування існування єдиного Богу та рівності всіх людей перед ним. Племінні, етнічні та національні відмінності не мали впливати на статус особи. Але проповіді Мухаммада спочатку визвали ворожість більшості його одноплемінників. Внаслідок цього Мухаммад з невеликою групою однодумців у 622 році переселяються в місто Йасриба (зараз – Медина). Важливою специфікою вчення Мухаммада було визнання необхідності створення окремої ісламської держави, яка повинна слугувати захистом віруючої громади мусульман та водночас знаряддям поширення віри.

У Медині Мухаммад був офіційно визнаний пророком, головою міста, військовим лідером та верховним суддею. *У Медині був прийнятий перший політико-правовий документ ісламу – Мединський договір або конституція Медини. Цей документ заложив підвалини формування ісламської держави та общини, належність до якої віднині визначалася не кровною спорідненістю, а вірою.* Із формальної точки зору він уявляв собою трьохсторонню угоду, яку підписали мухаджири (мусульмани, які перебралися з Мекки), ансари (мусульмани Медини) та іудейські племена, що мешкали в місті. Ураховуючи таку форму, деякі ісламські автори вказують, що цей документ виконував дві основні функції: суспільного договору між основними соціальними групами та конституції нової держави². Відповідно до цієї угоди мусульмани й немусульмани визнавалися рівноправними мешканцями ісламської держави. Іудеї, які не сповідували іслам, мали право на релігійну автономію. У мусульманській общині було заборонено багато архаїчних племінних звичаїв, зокрема кровну помсту. Було встановлено загальну кримінальну

¹ Сафи ар-Рахман аль-Мубаракфури Жизнь пророка. – М.: ИД "Ummah", 2003 – С. 21

² Муктедар Хан. Мединское соглашение сегодня. Конституция и общественный договор в Исламе // www.islam.ru

відповідальність – будь-яка особа, яка скоїла злочин, повинна нести покарання незалежно від племінної й релігійної належності. Мухаммад проголосив ідею дотримання соціальної справедливості у громаді. Розуміючи, що досягнення соціальної рівності є неможливим ідеалом, він намагався пом'якшити цю нерівність за допомогою різних релігійно-правових інститутів. Так, одним із основних обов'язків мусульманина було визнано обов'язок допомагати бідним.

У 631 р., через вісім років після вигнання, Мухаммад на чолі десятитисячного війська захопив Мекку, очистив Каабу від язичницьких ідолів й обернув населення в іслам.

У 632 р. Мухаммад пішов із життя. Після смерті пророка чотири його найближчих сподвижника один за одним обралися на пост правителя – халіфа – та отримали пізніше прізвисько „праведні”. Відповідно до мусульманської традиції вважається, що їх правління та державно-правова практика найбільше відповідали нормам шариату. Перший халіф Абу Бакр очолював ісламську общину всього два роки (632 – 634 рр.), але встиг багато зробити для становлення молодого ісламського держави і права. Саме Абу Бакр зібрав всі божественні відкриття в єдину книгу – **Коран**, об'єднав усі арабійські землі в одну державу та поширив іслам на територію сучасного Іраку та Сирії. Другим халіфом став Умар, який правив десять років (634 – 644 рр.). За його правління було багато зроблено для розвитку системи державного управління, зокрема вперше **запроваджено постійні органи ісламського правосуддя**. Для прийняття державних і правових рішень він першим створив консультативно-дорадчий колегіальний орган при халіфі – **шуру**. Третім халіфом став Усман (644 – 656 рр.), який доклав багато зусиль для поширення ісламу та мусульманського права, зокрема зробив шість точних копій першого екземпляру Корану й розіслав їх по різних частинах країни для однакового розуміння та застосування. Останнім праведним халіфом став Алі (656 – 661 рр.). Його правління закінчилося політичним і релігійним розколом мусульманської общини.

Арабський халіфат історично сформувався як теократична монархія, в якій поєднано релігійну та світську владу. Водночас приписи Корана не дають точних відповідей на питання про те, якою повинна бути мусульманська держава, як повинна формуватися та здійснюватися влада. Це призвело до того, що **засади мусульманської державності розроблялися перш за все ісламськими теологами**.

Досить суттєві відмінності мають концепції держави і політики двох основних напрямків ісламу, які утворилися після вбивства останнього праведного халіфа Алі. Так, шіїти вважають, що верховна влада в мусульманській общині може належати лише сім'ї пророка. Враховуючи, що найближчим нащадком Мухаммада залишився Алі (двоюрідний брат і зять пророка), то верховна влада повинна, на їх думку, передаватися у спадок лише в його роду. Таким чином імам (верховний правитель мусульман – шіїтів) не може обиратися общиною, його влада має божественне походження та передається у спадок. Суттєвою відмінністю концепції влади імама шіїтів є те,

що він не лише виконує політичні функції верховного правителя общини, але є також тлумачем Корана, релігійних та правових норм.

Особливостями сунітської концепції є визнання легітимності влади всіх чотирьох праведних халіфів та рівної авторитетності чотирьох основних релігійно-правових шкіл. Вони визнають як можливість обрання верховного правителя з числа членів мусульманської общини, так і передачу його влади у спадок. Верховним сувереном для сунітів є лише Аллах, а повноваження халіфа позбавлені божественності. Відповідно до сунітської традиції халіфат – це угода між халіфом та мусульманами, за якою халіф зобов'язаний дотримуватися положень **Корану та суні**, дотримуватися інтересів мусульман і захищати їх майно, а мусульмани були зобов'язані поважати халіфа та виконувати його праведні накази.

Таким чином, завдяки поєднанню таких різних методів, як принципово нова ідеологія та політика „меча”, за досить короткий строк була утворена величезна держава, межі якої були від Іспанії до Північної Індії¹.

Правові системи релігійного права мають наступні характерні риси.

1. Нерозривний зв'язок з релігією. Кожна правова система, що входить у цю правову сім'ю, 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 співпадають. У цих системах не відбулося чіткого виокремлення норм права від інших соціальних норм, насамперед релігійних. «Мусульманське право – це своєрідна релігійно-правова доктрина, яка сформувалася протягом 13 століть існування ісламської релігії.»²

2. Розгляд права як результату божественного відкриття, а не як наслідку раціональної діяльності особистості і держави. Право надано один раз і назавжди, тому 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.

3. Персональний характер дії права. Це означає, що засноване на релігії право поширює свою дію не на певну територію, а індивідуально – на членів релігійної громади. Це одна з принципових відмінностей релігійних систем права від національних, які поширюють свою дію за територіальною ознакою – на всіх осіб у межах кордонів держави – і екстериторіальною – на своїх громадян за межами держави.³

4. Визнання соціальної цінності права. В усіх релігіях присутня ідея богоугодного характеру права, та воно визнається необхідним елементом справедливого суспільного устрою. Р. Давід зазначає, що існують два види

¹ Али-заде Айдын Ариф оглы Хроники мусульманских государств I–III веков хиджры. – М.: УММА, 2004 – С. 123

² Легка О.В. Специфіка сім'ї мусульманського права // Актуальні проблеми політики. – 2012. – Вип. 47. – С. 208

³ Марченко М.Н. Иудейское право и его основные особенности // Вестник Московского университета серия 11 „Право” - 2000 - № 1. – С. 14

принципів, якими керуються незахідні країни. Одні визнають велику цінність права, але само право розуміють інакше, ніж на Заході; інші відкидають саму ідею права і вважають, що суспільні відносини повинні регламентуватися іншим шляхом. Перші – це країни мусульманського, індійського й іудейського права, другі – країни Далекого Сходу, Африки й Мадагаскару¹.

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 – залежно від належності до певної групи, виділеної за різними критеріями – статевим, національним, релігійним або соціальним. Так, в індуському праві класичним прикладом є кастовий поділ, який офіційно визнається та захищається в Індії. У мусульманському праві встановлено, зокрема, різний правовий статус для чоловіка та жінки, які мають різні права та обов'язки³.

У науковій юридичній літературі не склалося визнаного всіма компаративістами єдиного визначення мусульманського права. Учені, акцентуючи увагу на тих чи інших характерних його рисах, наводять найрізноманітніші визначення. Так, Л. Р. Сюкіяйнен трактує мусульманське право як систему діючих юридичних норм, що підтримуються державою та виражають інтереси пануючих соціально-політичних сил⁴. К. Цвайгерт і Х. Кетц визначають його інакше: „Ісламське право (шаріат) є сукупністю норм або правил, витягнутих з божественного відкриття, якими зобов'язаний керуватися віруючий мусульманин, якщо він хоче правильно виконувати свій релігійний обов'язок”⁵.

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 норми⁶.

Активний розвиток різних напрямків і шкіл у мусульманському праві призвело до побоювання, що воно може втратити єдині принципи і розчинитися в безлічі окремих думок. Щоб протидіяти цьому, відомий учений Аш-Шафія сформулював учення „чотирьох коренів” мусульманського права, завдяки якому юристи одержали єдину систему його джерел. Відповідно до цього

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В. А. Туманова. – М.: Международные отношения, 1999. – С. 25

² Загальна теорія держави і права / За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, В. О. Петришина. – Х.: Право, 2002. – С. 196.

³ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х т.: Пер. с нем. – М.: Междунар. отношения, 2000. – Т.1.

⁴ Сюкіяйнен Л. Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики. – М.: Наука. – 1986. – С. 5.

⁵ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т.: Пер. с нем. – М.: Междунар. отношения, 2000. – Т. 1. – С. 447.

⁶ Правовые системы стран мира: Энциклоп. справочник / Отв. ред. А. Я. Сухарев. – 2 изд. – М.: Норма–Инфра-М, 2001. – С. 831.

вчення, „чотири корені” мусульманського права – це Коран, суна, іджма та кійас.

Коран – священна книга мусульман, запис дарованого Аллахом відкриття, переданого через пророка Мухаммада. Це, безперечно, перше джерело мусульманського права. Однак положень юридичного характеру, що містяться в ньому, явно недостатньо для того, щоб регламентувати всі відносини, які виникають між мусульманами. Лише близько 500 з більше ніж 6200 аятів (віршів), які містяться в Корані, встановлюють певні правила поведінки.

Ісламська юриспруденція виділяє 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 одержали вираження лише в декількох айатах. Так, торгівлі прямо стосуються тільки чотири з них (12: 275, 282; 4: 29; 62: 9)¹. Друга група правил правового змісту має вид загальних принципів і цілей, свого роду вихідних орієнтирів, які повинні бути основою формулювання конкретних правових рішень. До них можна віднести принципи виконання взятих зобов'язань, не обтяження людини тощо (5: 1; 2: 286)².

Суна – це збірник зафіксованих у формі переказів (хадисів) висловів і вчинків пророка Мухаммада, що вважаються зразком, якому зобов'язані слідувати мусульмани³. Разом із положеннями Корану вона складає зміст шаріату і вважається його провідним джерелом, яке має вирішальне значення для тлумачення заповідей цієї священної для мусульман книги. Ці перекази збиралися й відтворювалися багатьма посередниками. Два великих доктори ісламу аль-Бухарі та Муслім у IX ст. виконали кропітку роботу задля виявлення дійсних висловлень пророка. Робота, проведена ними й іншими вченими того ж періоду, створила солідне підґрунтя мусульманської віри. Мусульманська правова наука спирається на різні зводи норм, серед яких провідна роль надається „Достовірному збірнику”⁴ імама аль-Бухарі (810 – 870 рр.). Його відмітною 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 та практики. У цих же цілях склалися спрощені збірки хадисів, відібраних не тільки з цього збірника, а й з інших визнаних зводів. Серед таких коротких збірників великим авторитетом у мусульманських правознавців користується компіляція „Одержання бажаного із джерел правових норм” аль-Аскалані (1372 – 1449 рр.).

Іджма (доктрина мусульманського права) – одне з основних джерел мусульманського права, одностайні думки найбільш авторитетних ісламських правознавців однієї чи всіх шкіл з питань, не врегульованих у прямій формі в

¹ Коран: Пер. с араб. И. Ю. Крачковского. – М.: СП ИКПА, 1990. – С. 59, 60, 84, 85, 458.

² Там само. – С. 61, 101.

³ Антология мировой правовой мысли: В 5 т. / Рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин. – М.: Мысль, 1999. – Т. I: Античный мир и Восточные цивилизации. – С. 657 – 674.

⁴ Аль-Бухари Сахих (краткое изложение): Пер. с араб. В. М. Нирша. – М.: УММА, 2003. – С. 12

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 стало пануючим 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 загальною згодою вчених. Знайдені таким способом рішення стали складати 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. Їх діяльність обмежилася тлумаченням правових книг, визнаних окремими школами як авторитетні джерела.

У сучасному мусульманському праві вирішальне значення надається єдиній погодженій думці вчених, оскільки вона в остаточному підсумку визначає, яку норму Корану чи суні конкретно або за аналогією варто застосувати як чинне право. Безпосередньо до Корану чи суні можуть звертатися лише деякі найбільш знані вчені. Більш того, як вказує Л. Р. Сюккяйнен, саме в формі доктрини була створена більша частина діючого мусульманського права¹.

Слід відзначити, що ні звичай, ні судова практика не визнаються офіційно джерелами права. Судова практика ніколи не зв'язує дії судді (каді). Його численні й різноманітні рішення ніколи не розглядалися мусульманськими юристами як джерела права, бо це тільки судження морального плану, які 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.

Поряд 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

¹ Сюккяйнен Л. Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики. – М.: Наука, 1986. – С. 69.

ними ініціативи. „Немає ніякого злочину в укладанні 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. У силу цього судова практика низки мусульманських країн допускала раніше і допускає зараз деякі відступи від існуючих правил, зокрема, при укладанні шлюбів або при рішенні інших сімейно-побутових питань (наприклад, можливість розірвання шлюбу з ініціативи не тільки чоловіка, а й дружини)¹.

ВИСНОВКИ ДО ДРУГОГО ПИТАННЯ

Отже, система мусульманського права відрізняється від інших правових систем світу як за джерелами права, юридичною термінологією і конструкціями, забарвленими в релігійні тони, так і за структурою, яку складають специфічні галузі, що сформувалися за різних часів, інститути і норми права. Доктринальна розробка мусульманського права ускладнювала його систематизацію, хоча і надавала йому гнучкості і можливості розвитку. З позицій ісламу право не повинно бути відображенням дійсності. Воно — «світило», яке веде віруючих до релігійного ідеалу.

III. ЗВИЧАЄВА ПРАВОВА СІМ'Я

Традиційними суспільствами західні вчені вважають майже 100 держав сучасного світу. Це, зокрема, азіатські країни Середнього та Близького Сходу, Африки. Традиційні суспільства - це перехідні суспільства, кожне з яких мало свій шлях розвитку. Теорії модернізації визначають їх як «плюралістичне суспільство», «призматичне» чи «патрімоніальне». Складні процеси соціального оновлення традиційних суспільств досліджуються такими науками, як соціологія, соціальна антропологія, економіка, політологія, історія, правознавство².

Порівняльне правознавство розглядає право, що притаманне традиційним суспільствам, як природне право соціальних спільнот, якого іноді додержується більшість населення. Традиційне право - це дуалістичне право в силу наявності елементів європейського і звичаєвого права, його існування у формі писаного й неписаного права, звичаю та релігійного закону.

Для правових звичаїв характерними є неписана форма, їх значна кількість і зумовлений їх незмінністю консерватизм. Усе це не дає можливості адекватно реагувати на зміни, що відбуваються в суспільстві, й тому правові звичаї втрачають свою роль у регулюванні найбільш важливих суспільних відносин, особливо у сфері публічного права, і поступово відмирають. Але можливий ще один шлях - правові звичаї формалізуються і закріплюються в національному законодавстві як приписи законів та інших нормативних актів держави. Проте в окремих сферах суспільного життя ефективність чинності звичаїв продовжує бути вищою порівняно з формалізованим правом. Це зумовлено міцністю

¹ Марченко М. Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: Городец-издат, 2002. – С. 1030 – 1031.

² Проблемы теории государства и права / Под ред. М.Н. Марченко. – М., 2000. – С. 35.

родинних зв'язків, поширеністю традиційної свідомості. Живучість і довготривалість застосування звичаєвого права як регулятора соціальних відносин можна пояснити ще й тим, що воно, на відміну від офіційного права, є виявом самобутності суспільства, формою національного самоствердження.

В основі системи джерел традиційного права і сьогодні домінує правовий звичай. Так, у Нігерії діють 15 тисяч судів звичаєвого права, які розглядають майже 90 відсотків справ судів першої інстанції. Значення правових звичаїв зберігається в Індії, Індонезії, Малайзії, Заїрі та інших країнах Африки й Далекого Сходу.

Стаття 7 індійського закону про шлюб (1955 р.) визначає, що звичай - це «правило, яке після безперервного та однакового дотримання протягом тривалого часу набуло сили права серед осіб, які сповідують індуїзм у будь-якій місцевості, племені, спільноті, групі чи родині, за умови, що таке правило є визначеним і розумним чи таким, що не суперечить державній політиці»¹.

Сам звичай у народів Африки, Мадагаскару і Далекого Сходу базується на ідеї інтересу певної групи людей. Хоч індивід і має деяку вагу і визнається у межах групи, але у зовнішніх взаємозв'язках як єдиний суб'єкт виступає група (певна спільнота людей). Земля, за звичаєм, належить скоріше пращурам і майбутнім поколінням, ніж тим, хто нині на ній проживають. Шлюб вважається скоріше союзом між сім'ями, ніж об'єднанням двох людей різної статі. За такої постановки питання зовсім мало місця залишається суб'єктивному праву. Основу звичаєвого (традиційного) права становлять обов'язки, причому юридичні обов'язки нічим не відрізняються від моральних. Юристи Заходу робили спроби розрізнити правовий і моральний звичай, але такі дії не були зрозумілі африканцям, бо у них не було ні науки про право, ні власних юристів.

Не було у цих народів того часу і структури права, його поділу на публічне і приватне, цивільне і кримінальне, загальне право і право справедливості та ін.

Поняття закону в традиційних суспільствах досить різноманітне. У колишніх англійських колоніях під законом у вузькому значенні найчастіше розуміли спільний акт парламенту і президента (Індія, Пакистан, Кенія), а в широкому - будь-яку писану чи неписану норму, що підлягає захисту в судовому порядку. У країнах, що зазнали впливу французького права, закон - це акт тільки парламенту, причому закони приймаються з обмеженого кола питань суспільного та державного життя. Своєрідно тлумачиться поняття «закон» у традиційному мусульманському праві, де закон має другорядне значення щодо приписів Корану².

Визнання у традиційних суспільствах судового прецеденту як форми й джерела права є, зазвичай, результатом впливу англійського права. Судовий прецедент застосовується у випадках: наявності прогалин у законодавстві; дозволу використовувати прецедентне право Англії як частини чинного

¹ Теорія держави і права / За ред. С.Л. Лисенкова. - К., 2005. - с.423.

² Теорія государства и права / Под ред. В.В. Лазарева. - М., 2000. - С. 361.

законодавства країни; офіційного визнання судового прецеденту джерелом права.

У колоніальний період чужоземні суди, що діяли на територіях країн традиційного суспільства, не застосовували місцеві правові звичаї щодо представників країни-метрополії. З одержанням цими країнами незалежності чинність звичаєвого права поширюється на всіх осіб, що мешкають на їх територіях, хоча законодавством деяких з цих країн передбачено випадки виходу певних категорій осіб з-під сфери чинності звичаю.

Колізія між звичаями різних етнічних спільнот, що проживають на території однієї країни, законодавством вирішується по-різному:

- шляхом формування спеціального колізійного законодавства;
- шляхом надання судам та іншим правозастосовувачам у таких випадках діяти за власним розсудом, тобто обирати ту з колізійних норм звичаєвого права, яка, на їхню думку, є доцільнішою, справедливішою тощо.

У даній сім'ї правових систем шанувалися традиції, і вони дотримуються в даний час завдяки тривалому збереженню общинного устрою. Тут людина використовує, головним чином, минуле, тоді як у класичних сім'ях правових систем (романо-германській і англо-американській) вона стає творцем майбутнього.

Основні загальні ознаки:

- 1) шанування традицій — моральних норм (у китайському і японському праві) і норм-звичаїв (в африканському праві);
- 2) невіддиференційованість юридичних від інших соціальних норм (моральних, звичаєво-общинних, релігійних та ін.);
- 3) використання релігійних норм;
- 4) протиставлення традиційних (моральних і звичаєвих) норм, з одного боку, і приписів законів та інших нормативних актів держави, з іншого;
- 5) реалізація традиційного права без звертання до судових органів держави у разі його порушення, ігнорування державної допомоги в конфліктних ситуаціях і застосування примирливих процедур на основі традицій;
- 6) відсталість юридичної інфраструктури, що існувала сторіччями: відсутність навчальних установ освіти юридичного профілю, нерозвиненість юридичної науки;
- 7) вплив права колишніх метрополій на розвиток правових систем;
- 8) сучасне визнання закону як джерело права¹.

Серед ознак даної правової сім'ї виділяють певні особливості:

- домінуюче місце в системі джерел права-звичаїв і традицій, що мають, як правило, неписаний характер і передаються із покоління в покоління;
- звичаї і традиції являють собою синтез норм, міфів, моральних вимог, що склалися природним шляхом і визнані державою;
- звичаї і традиції регулюють відносини в першу чергу груп чи спільнот, а не окремих індивідів;

¹ Скаун О.Ф. Теорія держави і права: Енциклопедичний курс. - 2006. - с.314.

- нормативні акти (писані закони) мають вторинне значення, хоча у наш час їх питома вага зростає і зростає;
- правовий прецедент не набуває певного значення як джерело права;
- юридична доктрина не відіграє суттєвої ролі в юридичному житті даних суспільств¹.

Кожна з груп (далекосхідна й африканська) має свої особливості, що дозволяють об'єднати їх у відносно самостійні підтипи даного типу (сім'ї) правових систем. Якщо в далекосхідній групі (китайське і японське право) моральна норма має пріоритет перед правовою нормою, то в африканській першенствує норма-звичай. Як і правові системи релігійного типу, традиційний тип правових систем перетерпів еволюцію під впливом романо-германських і англо-американських правових систем, визнав норму права як модель поведінки, а закон — як джерело права та ін.

Проте дотепер особистість розглядається в контексті груп, у які вона входить. А групи функціонують на принципах ієрархічності й одноголосності — рішення приймаються при абсолютній або відносній більшості.

Отже, однією із соціальних моделей традиційного права є правові системи Африки і Мадагаскару.

Другою соціальною моделлю традиційного права можна вважати правові системи Далекого Сходу. Відмінністю, яка характеризує різноманіття цих моделей, є те, що країни Африки і Мадагаскару тривалий період перебували у колоніальній залежності, а країни Далекого Сходу розвивалися як вільні держави. На відміну від Заходу, народи цих країн не були схильні вірити у право як засіб забезпечення соціального порядку і справедливості. До суду вони зверталися лише тоді, коли буди вичерпані всі інші способи розв'язання конфліктних ситуацій і встановлення порядку. Судове рішення, яке чітко окреслювало права та обов'язки, і пов'язаний з ним примус, не знаходили підтримки і схвалення серед населення. Людям більш до вподоби буди методи переконання, техніка посередництва, самокритична оцінка протиправної поведінки, помірність і злагода при вирішенні конфліктів. Це загальний підхід, який характеризує загальні риси всіх країн Далекого Сходу. В той же час це зовсім не виключало того, то правові системи Китаю, Японії,

Монголії, Кореї, держав Індокитаю відрізнялися одна від одної і вплив на них Заходу не призвів до зміни традиційних структур. Різні інститути та правові структури, що були запроваджені Заходом, залишилися лише фасадом, за яким фактично регламентація суспільних відносин здійснювалася за традиційними моделями.

Сім'я традиційного права представлена країнами континенту, що тривалий час перебували на правах колоній і залежали від метрополій та, незважаючи на це, зберегли вірність традиціям і звичаям. Інша соціальна модель традиційного права характеризується країнами, що розвивалися як незалежні держави.

¹ Оніщенко Н.М. Правова система: проблеми теорії; Монографія. — К., 2002. — С. 122

ВИСНОВКИ ДО ТРЕТЬОГО ПИТАННЯ

Таким чином, традиційний тип (сім'я) правових систем — сукупність національних правових систем, які мають загальні закономірності розвитку і подібні ознаки, що склалися на основі традицій як основних джерел права, котрі являють собою тісне переплетення моральних, звичаєво-общинних, міфічних, релігійних, юридичних норм, визнаних державою.

ВИСНОВКИ З ТЕМИ

Найбільш суттєвими ознаками мусульманського права є такі: нерозривний взаємозв'язок права й ісламу, персональний характер дії мусульманського права, переважання в системі права обов'язків людини і санкцій за їх порушення, багато в чому архаїчний, казуальний і формальний характер права, його несистематизований характер, існування в мусульманському праві декількох течій і шкіл. Багато цих рис не має аналогів в інших правових системах, зокрема в українському праві.

Сьогодні держави сім'ї традиційного права активно запозичують правові інновації країн європейського і американського континентів. Основним акцентом у правових системах далекосхідних країн є компроміс, якого досягають без застосування закону. У питанні про співвідношення прав і обов'язків особи пріоритет надається обов'язкам. Складні процеси соціального життя, науково-технічних революцій, загальнопланетний рух до свободи спричиняють зближення правових сімей. Якщо в Англії, США та інших країнах загального права посилилася роль закону, загальних норм кодифікації, то в країнах Континентальної Європи тенденція формування більш абстрактних норм викликала до життя закономірну, за логікою юридичних систем, зустрічну тенденцію: посилення ролі судових органів у процесі юридичного регулювання, розвиток їх індивідуально-правової, творчої діяльності. Ще більш знаменним фактом є вироблення в ході правової європейської інтеграції (зокрема, Судом європейських спільнот) положень і конструкцій, що об'єднують, здавалося б, несумісні, якісно різні положення континентального права і загального прецедентного права. Це пояснюється тим, що в сучасних умовах чітко визначилося значення для правових систем їх загальноцивілізаційної, загальнокультурної основи, глобальних процесів інтеграції та утвердження свободи.

МЕТОДИЧНІ ПОРАДИ ЩОДО ПІДГОТОВКИ ДО ДАНОЇ ТЕМИ

Під час вивчення положень цієї теми особливу увагу слід звернути на особливості релігійно-традиційних сімей права. Необхідно враховувати вплив міжнародного права та процесів глобалізації на їх стан і розвиток.

Важливо також з'ясувати значення конкретних форм (джерел) права для юридичної практики у різних правових групах, що складають цю сім'ю.