**МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ і НАУКИ УКРАЇНИ**

**ДЕРЖАВНИЙ УНІВЕРСИТЕТ**

**«ОДЕСЬКА ПОЛІТЕХНІКА»**

**Гуманітарний факультет**

**Кафедра міжнародних відносин та права**

**КОНСПЕКТ ЛЕКЦІЙ**

**з дисципліни**

**«ПРАВОВІ СИСТЕМИ СУЧАСНОСТІ»**

**Одеса - 2021**

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

ДЕРЖАВНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ОДЕСЬКА ПОЛІТЕХНІКА»

Гуманітарний факультет

Кафедра міжнародних відносин та права

**КОНСПЕКТ ЛЕКЦІЙ**

з дисципліни

«**ПРАВОВІ СИСТЕМИ СУЧАСНОСТІ**»

для здобувачів вищої освіти ІІ курсу спеціальності

291 «Міжнародні відносини, суспільні комунікації та регіональні студії» денної форми навчання

**Розглянуто та затверджено на засіданні**

**кафедри міжнародних відносин та права**

Протокол № 1 від «30» серпня 2021 р.

**Одеса – 2021**

Конспект лекцій з дисципліни «**Правові системи сучасності**» для здобувачів вищої освіти ІІ курсу спеціальності 291 «Міжнародні відносини, суспільні комунікації та регіональні студії» денної форми навчання / Укл.: Чістякова І. М., Озернюк Г. В., Шевченко Т. В., Кривдіна І. Б. Одеса: ДУ «Одеська політехніка», 2021. 163 с.

**ЗМІСТ**

[ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ 4](#_Toc84188262)

[СЕМЕСТРОВИЙ МОДУЛЬ 1 5](#_Toc84188263)

[Змістовиц модуль І. ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА 5](#_Toc84188264)

[Лекція 1. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА 5](#_Toc84188265)

[Лекція 2. МЕТОДОЛОГІЯ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА 12](#_Toc84188266)

[Лекція 3. ВИДИ ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ ТА ПРАВИЛА ЇХ ОРГАНІЗАЦІЇ. 20](#_Toc84188267)

[Лекція 4. ПОНЯТТЯ ТА СТРУКТУРА ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ 28](#_Toc84188268)

[Лекція 5. ПОНЯТТЯ „СІМ`Я ПРАВА” ТА ЗНАЧЕННЯ ЦІЄЇ КАТЕГОРІЇ ДЛЯ НАУКИ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА 40](#_Toc84188269)

[Змістовний модуль 2. ХАРАКТЕРИСТИКА ОКРЕМИХ ПРАВОВИХ СІМЕЙ ТА СУЧАСНИХ ТЕНДЕНЦІЙ ЗБЛИЖЕННЯ НАЦІОНАЛЬНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМ 57](#_Toc84188270)

[Лекція 6. ХАРАКТЕРИСТИКА РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СІМ’Ї 57](#_Toc84188271)

[Лекція 7. ХАРАКТЕРИСТИКА РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СІМ’Ї 63](#_Toc84188272)

[Лекція 8. АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКА ПРАВОВА СІМ’Я 74](#_Toc84188273)

[СЕМЕСТРОВИЙ МОДУЛЬ 2 92](#_Toc84188274)

[Змістовий модуль 3. ХАРАКТЕРИСТИКА ОКРЕМИХ ПРАВОВИХ СІМЕЙ ТА СУЧАСНИХ ТЕНДЕНЦІЙ ЗБЛИЖЕННЯ НАЦІОНАЛЬНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМ 92](#_Toc84188275)

[ЛЕКЦІЯ 9. АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКА ПРАВОВА СІМ’Я 92](#_Toc84188276)

[Лекція 10. ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВИХ СИСТЕМ РЕЛІГІЙНОГО ТИПУ 98](#_Toc84188277)

[Лекція 11. ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВИХ СИСТЕМ РЕЛІГІЙНОГО ТИПУ 107](#_Toc84188278)

[Лекція 12. ХАРАКТЕРИСТИКА ПРАВОВИХ СИСТЕМ ТРАДИЦІЙНОГО ТИПУ 118](#_Toc84188279)

[ЛЕКЦІЯ 13. ХАРАКТЕРИСТИКА ПРАВОВИХ СИСТЕМ ТРАДИЦІЙНОГО ТИПУ 127](#_Toc84188280)

[ЛЕКЦІЯ 14. ПЕРЕДУМОВИ ТА МЕХАНІЗМ ЗБЛИЖЕННЯ НАЦІОНАЛЬНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМ У СУЧАСНИХ УМОВАХ СУСПІЛЬНОГО РОЗВИТКУ 135](#_Toc84188281)

[Лекція 15. ПЕРЕДУМОВИ ТА МЕХАНІЗМ ЗБЛИЖЕННЯ НАЦІОНАЛЬНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМ У СУЧАСНИХ УМОВАХ СУСПІЛЬНОГО РОЗВИТКУ 146](#_Toc84188282)

[РЕКОМЕНДОВАНІ ДЖЕРЕЛА 160](#_Toc84188283)

# ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ

Провідною тенденцією розвитку сучасного світу стає зростаюча роль науки і дослідницької діяльності щодо вивчення різних процесів та явищ, які відбуваються на планеті. Не стало виключенням і вивчення існування інститутів суспільного управління – держави та права, що є головними чинниками регулювання життя як суспільства, так і індивіда в будь-якому суспільстві. Сучасний період розвитку людства характеризується, з одного боку, розширенням зв’язків між різними країнами світу, посиленням міграційних процесів, науково-технічним прогресом, розвитком інформаційних і комунікаційних технологій, а з іншого – прагненням до збереження національної самобутності, формуванням регіонального підходу, і відповідно розширенням регіональної політики та співпраці, що не може не впливати й на правову взаємодію між учасниками світового співтовариства.

У свою чергу це визначає й зростання значення дослідницької діяльності в галузі вивчення різних правових систем, зокрема підвищення освітнього значення такої навчальної дисципліни як «Правові системи сучасності». Варто зауважити, що зростання глобалізації і вплив її на розвиток економіки свідчать, що в сучасний період простежується тенденція зближення національних правових систем та їх інститутів. Панівними положеннями в цьому процесі є зближення правових систем у питаннях захисту прав і свобод людини, турбота про її соціальну захищеність, верховенства права, визначення домінуючими пріоритетами загальнолюдських цінностей, створення громадянського суспільства, розбудови правової держави тощо. Однак це не означає зникнення особливостей, що притаманні тим чи іншим правовим системам, й які з часом лише поглиблюються, підкреслюючи унікальність і своєрідність національних особливостей різних держав.

Навчальна дисципліна «Правові системи сучасності» присвячена вивченню основних характерних рис правових систем через відповідну їх типологію, що дозволяє сформувати уявлення про сучасну юридичну карту світу. Опанування цієї навчальної дисципліни надає можливість пізнати зміст наукових категорій «правова система», «правова сім’я», «правовий тип», розуміти явища і тенденції розвитку правових систем сучасності, сутність основних закономірностей правового розвитку, форми і механізми міжнародної взаємодії сучасних правових систем, місце правової системи України у глобальних правових процесах.

Навчальна дисципліна «Правові системи сучасності» є складовою частиною вивчення циклу професійної підготовки обов’язкової частини навчального плану.

Дисципліну викладають у 3-му семестрі першого (бакалаврського) рівня вищої освіти.

***Мета:*** одержання, оновлення і поглиблення узагальнених достовірних знань про правові системи сучасного світу, пізнання глибинних зв'язків державно-правового життя, котрі визначають його історичний рух. Спираючись на досягнення інших галузей наукового знання, дисципліна «Правові системи сучасності» формулює наукові закони, поняття та визначення державних і правових явищ, які надають можливість не тільки з'ясувати сутність, зміст і різновиди правових сімей світу, а й використати отримані знання для здійснення прогресивних суспільних реформ.

***Завдання навчальної дисципліни:*** навчальна дисципліна досліджує загальні закономірності зародження, еволюційного розвитку правових систем, галузей та інститутів державного права, аналіз відомих дослідникам пам'яток права, усвідомлення студентами нерозривності європейсько-правової та світової традицій, яка має беззастережний вплив на формування правової системи України.

# СЕМЕСТРОВИЙ МОДУЛЬ 1

# Змістовиц модуль І. ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА

# Лекція 1. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА

[1, с. 3-11; 3, с. 49-50; 5, с. 76-95].

1. Поняття порівняльного правознавства.
2. Структура порівняльного правознавства.
3. Функції порівняльного правознавства.
4. Місце порівняльного правознавства в системі юридичних наук.
5. Порівняльне правознавство як навчальна дисципліна.

**1. ПОНЯТТЯ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА.**

***Порівняльне правознавство, або юридична компаративістика*** (лат. comparativus — порівняльний), — наука, яка займається дослідженням загальних і специфічних закономірностей виникнення, розвитку і функціонування сучасних правових систем світу. Науку порівняльного правознавства слід відрізняти від порівняльно-правового методу. Порівняльно-правовий метод — це зіставлення юридичних понять, явищ, процесів одного порядку і з'ясування подібності та відмінності між ними. Залежно від об'єктів порівняльне-правовий метод застосовується вибірково за обов'язкової умови їх порівняності.

Об'єктивно необхідним є процес пізнання права в загальносвітовому порівняльному аспекті (між різними правовими системами світу), тобто міжнаціональне порівняння, порівняння різних правових систем, існуючих у державах світового співтовариства. В основі такого порівняння лежать процеси, що закономірно відбуваються у світовому співтоваристві — розроблення і формування правових систем молодих держав, розширення і поглиблення зв'язків між державами і групами країн, інтеграція низки країн у єдине ціле. Порівняння уможливлює класифікацію державно-правових явищ, властивих правовим системам різних країн, з'ясування їх історичної послідовності, генетичних зв'язків між ними, ступінь запозичення елементів (норм, принципів, форм права) однієї правової системи в іншої.

У світовому науковому середовищі неоднозначно тлумачаться зміст і призначення юридичної компаративістики. Навіть у найменуванні цієї науки виявляються деякі розбіжності, що пояснюється, крім різних підходів до визначення об'єкта і предмета цієї науки, неоднаковим праворозумінням. У Франції перевага віддається терміну «порівняльне право», у країнах Латинської Америки і деяких інших країнах — «порівняльному законодавству», у Німеччині, Україні, Росії — «порівняльному правознавству» [1]. Проте юристи всіх країн вважають за природне розглядати свої правові системи як із погляду їх внутрішніх рис і особливостей, так і крізь призму інших правових систем.

В основному завершене оформлення порівняльного правознавства як самостійної науки, до складу якої входять: предмет науки -підстави і об'єкти порівняння; методологія (включаючи принципи) науки; система науки — її структурні елементи; функції науки; наукова термінологія і категорії науки — понятійний апарат; бібліографія; історія науки — етапи виникнення, розвитку і затвердження; соціальне призначення.

**Предмет порівняльного правознавства** — загальні і специфічні закономірності виникнення, розвитку і функціонування правових систем світу в їх порівняльному пізнанні. Порівняльне пізнання може походити як мінімум із двох правових систем. Важливо підкреслити, що предмет порівняльного правознавства як самостійної науки не тільки містить у собі процес порівняння окремих нормативно-правових актів, галузей права або інститутів, а й охоплює правові системи в цілому. Порівняння припускає діяльність, у ході якої відповідні елементи порівнюваних правових систем зіставляються для того, щоб визначити наявні між ними подібності і відмінності.

Правові системи, як і право, існують у просторі і часі. Вони мають минуле, теперішнє і майбутнє. Об'єктом порівняння є правові системи світу, які розкриваються через їх компоненти (елементи): праворозуміння, правові норми та їх види, система праву, джерела права, нормативно-правові акти, правозастосовні акти, принципи права, юридичну техніку та ін.

Ретроспективне порівняння є передумовою адекватного розуміння сучасного функціонування правових систем і прогнозування їх розвитку.

***Порівняльне правознавство доцільно розмежовувати на загальне і спеціальне (галузеве і внутрішньогалузеве).***

**Загальне порівняльне правознавство**

Спеціальне (галузеве і внутрішньогалузеве) порівняльне правознавство — предметом порівняння є правові системи в цілому, загальні та специфічні закономірності виникнення, розвитку і функціонування правових явищ (законодавства, системи права, співвідношення права і закону, правовідносин, тлумачення, законодавчої техніки та ін.), тобто все те, що належить до загальнотеоретичного знання правового поля держави - предметом порівняння є окремі компоненти (елементи) системи права — галузі: цивільне, кримінальне, адміністративне право та ін., інститути права, ї конкретні норми, тобто все те, що належить до спеціального знання галузевої юридичної науки. Важливою особливістю загального порівняльного правознавства є його орієнтація передусім на дослідження стикових проблем, що лежать у площині порівняльного аналізу різних правових систем світу.

**Об'єктами загального порівняльного правознавства** можуть бути:

1) сучасні типи правових систем (загальне міжтипове порівняння),

2) правові системи різних типів (окреме міжтипове порівняння);

3) правові системи, що належать до одного типу (внутріш-ньотипове порівняння).

Загальне міжтипове порівняння припускає з'ясування ідентичності і своєрідності прояву їх загальних ознак. На рівні порівняння окремих правових систем (окреме міжтипове порівняння і внутрішньотипове порівняння) виявляється єдність загальних, особливих і специфічних (таких, що відрізняються) ознак. Все це сприяє їх цілісному сприйняттю.

Наука порівняльного правознавства покликана охопити порівнянням правові системи, виявити сучасну правову карту світу, де, по можливості, право кожної країни віднесено до певного типу (сім'ї) правових систем. Отже, одним з основних завдань науки порівняльного правознавства є наукова класифікація правових систем світу.

**2. СТРУКТУРА ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА.**

Двома основними структурними частинами порівняльного правознавства, як і інших юридичних дисциплін, є загальна й особлива частини. Загальна частина містить у собі вирішення проблем історії, теорії, предмета методології порівняльного правознавства, місця, ролі порівняльного правознавства в системі юридичної науки, актуальні наукові задачі й основні напрямки порівняльно-правових досліджень вітчизняної системи права з урахуванням її місця на правовій карті світу, досвід досягнень і тенденцій розвитку закордонної юридичної компаративістики.

До особливої частини відноситься вся тематика конкретних порівняльноправових досліджень різних правових (державно-правових) явищ — від порівняльного аналізу окремих норм вітчизняного чи закордонного права до порівняльно-правових досліджень всіх основних минулих і сучасних систем національного права, порівняльно-правового вивчення окремих галузей права (наприклад, порівняльно-правового дослідження конституційного права, трудового права, приватного права) і т.д.

У залежності від мети, напрямку і предмета дослідження визначається структура компаративістики:

1. "вертикальне" і "горизонтальне" порівняльне правознавство чи "історична" та "догматична" компаративістика;
2. "загальна" (загальнотеоретична) і "спеціальна" компаративістика;
3. порівняльне правознавство у сфері приватного і порівняльного правознавства в сфері публічного права.

***Порівняльне правознавство, на наш погляд, структурно розпадається на три складових компоненти: методологічний, теоретичний і прагматичний.***

1. **Методологічний компонент** містить у собі положення про методи порівняльного аналізу, їхнє співвідношення з іншими приватними та загальними методами, його місце і роль у системі інших методів, його значення.
2. **Теоретичний компонент**містить у собі положення, що стосуються поняття та змісту порівняльного правознавства, його цілей, механізму його проведення та ін.
3. **Прагматичний компонент** зводиться до вироблення рекомендацій з найбільш ефективного використання отриманих знань, по практичному застосуванню в тій чи іншій правовій системі порівнюваних юридичних актів, норм та інститутів.

Правові системи різних країн, як об'єкт дослідження порівняльного правознавства, з одного боку — поєднуються в більш загальні правові комплекси, що називаються правовими сім’ями, з іншого боку - вбирають у себе менш загальні правові комплекси, а саме правові системи, системи права, системи законодавства.

**3. ФУНКЦІЇ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА**

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

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

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

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

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

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

Порівняльне правознавство допомагає державам у досягненні таких важливих завдань, як гармонізація і зближення національних законодавств, що обумовлюються сучасними інтеграційними процесами. Так, у 1994 році було укладено Угоду про партнерство та співробітництво між Європейськими співтовариствами і Україною. Ця Угода, зокрема, визнає, що важливою умовою для зміцнення економічних зв'язків між Україною та Співтовариством є зближення існуючого і майбутнього законодавства України з законодавством Співтовариства. Виходячи з цього, Україна взяла на себе зобов'язання про вжиття заходів для забезпечення поступового приведення її законодавства у відповідність до законодавства Співтовариства.

Зокрема, згідно з Угодою приблизна адекватність законів матиме місце в таких галузях, як митна справа, банківська справа, корпоративне право, бухгалтерський облік і податки, інтелектуальна власність, охорона праці, фінансові послуги, антимонопольне законодавство, законодавство про державні закупки, охорону здоров'я та життя людей, тварин і рослин, захист навколишнього середовища, захист прав споживачів. Виконання Україною цих зобов'язань потребує належного наукового забезпечення. Важливу роль тут відіграє саме порівняльне правознавство.

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

**4. МІСЦЕ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА В СИСТЕМІ ЮРИДИЧНИХ НАУК.**

Юридична наука має складну внутрішню структуру.

Традиційно в ній вирізняють групу теоретико-історичних наук (теорія держави та права, історія держави та права, історія політичних та правових вчень), групу галузевих (міжгалузевих) наук (наука цивільного права, кримінального права, адміністративного права, екологічного права тощо), групу прикладних наук (судова медицина, криміналістика, кримінологія, правова статистика), науку міжнародного права (що утворює самостійну групу) та групу наук, що вивчають зарубіжні державу і право.

Порівняльне правознавство належить до останньої групи юридичних наук і є її основним системоутворюючим елементом. Таке місце компаративістики дає підстави говорити про автономність порівняльного правознавства в системі юридичних наук.

Порівняльне правознавство перебуває у взаємозв'язку з іншими юридичними науками.

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

**1. Порівняльне правознавство та історія держави і права.**

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

**2. Порівняльне правознавство і галузеві юридичні науки.**

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

**3. Порівняльне правознавство і наука міжнародного права.**

Порівняльне правознавство активно взаємодіє як з міжнародним приватним, так і з міжнародним публічним правом.

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

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

Цікаво зазначити, що сьогодні існують спроби видання спільних підручників з міжнародного приватного права і порівняльного правознавства. Саме комплексне вивчення цих дисциплін дає найповніше уявлення про зарубіжне право, що є безперечним підтвердженням тісного взаємозв'язку, який існує між даними науками.

При висвітленні взаємозв'язку порівняльного правознавства з міжнародним публічним правом слід мати на увазі, що **міжнародне публічне право** — це система норм та принципів, які регулюють відносини між державами і міжнародними організаціями, а також у деяких випадках відносини цих суб'єктів з іншими особами. Порівняльне правознавство є “чистою наукою”, тоді як міжнародне право є одночасно наукою і розгалуженою правовою системою (міжнародне право становить особливу систему норм, яка існує поряд (паралельно) з національними правовими системами). Порівняльне правознавство збагачує як методи міжнародного права, які воно використовує, так і його зміст (допомагає при створенні норм міжнародного права).\

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

**5. ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО ЯК НАВЧАЛЬНА ДИСЦИПЛІНА.**

Порівняльне правознавство - це в певному сенсі структурована концептуально-понятійна система правових знань, систематизовані, так чи інакше пов'язані один з одним уявлення про основні правові системах сучасності, теорії застосування порівняльного методу як у науково-пізнавальному, так і в практико-прикладному аспекті. Зрозуміло, що питома вага кожного з названих аспектів і кожної з проблем порівняльного правознавства в різних країнах різний. Якісь проблеми висуваються на авансцену і інтенсивно розробляються в одних соціальних і пізнавальних умовах, якісь - в інших.

Порівняльне правознавство має не стільки хронологічне, временнбй вимір, скільки просторове. Це обумовлено тим, що його розвиток відбувався і відбувається в межах досить чітко відмежованих один від одного культурно-історичних регіонів і одночасно в умовах значного розширення географії сучасної юридичної компаративістики.

Компаративістські концепції минулого по відношенню до сучасного порівняльного правознавства виступають насамперед як історичного остова його понять і доктрин, його структури та мови. Попередньо пройшовши через відповідні пізнавальні та соціальні фільтри, вони природно входять у тканину сучасної юридичної компаративістики. У зв'язку з цим цілком правомірно говорити про те, що істерія порівняльного правознавства являє собою ту ж актуальну сьогодні правову теорію, але взяту з точки зору її генезису та розвитку.

Історія порівняльного правознавства грає роль не тільки живої пам'яті і разом з тим своєрідною методологічною лабораторії сучасної юридичної компаративістики. Вона є також свого роду полігоном, на якому випробовувалися юридичні концепції, безліч типів праворозуміння різних наукових напрямків і шкіл. Всебічний ретельний аналіз і глибоке узагальнення особливостей, тенденцій і закономірностей історичного розвитку Компаративістські мислі'необходіми для прогнозування шляхів і способів подальшого розвитку та вдосконалення сучасного теоретичного знання про правову карті світу. Звернення до історії порівняльного правознавства найчастіше виявляється досить ефективним засобом, щоб знайти ключ для вирішення цілого комплексу проблем сучасної юридичної науки.

Без активної розробки історії компаративістських концепцій, без оволодіння її матеріалами, без оцінки пізнаного не можна скільки обгрунтовано виявити коло тих основних питань, дослідження яких становить предметний зміст сучасного порівняльного правознавства. Така розробка сприяє точному виявленню вузлових точок розвитку юридичної компаративістики, допомагає розкриттю її зв'язків з різними юридичними дисциплінами та напрямами правової ідеології, сприяє реалізації всіх її теоретико-пізнавальних, ідеологічних і практико-прикладних можливостей.

Сьогодні порівняльне правознавство набагато дифференцированнее і глибше, ніж раніше, осмислює складні процеси, що відбуваються на правовій карті світу. Крім того, структура сучасної юридичної компаративістики складна, і в ній можна виокремити, зокрема, своєрідне концептуально-понятійне її ядро, значення, що виражає переважно конкретно-історичні особливості досліджуваного об'єкта та особисті ініціативи та пізнавальні установки провідних її представників.

Присутність у порівняльному правознавстві поряд з скороминущої проблематикою і минущим знанням певного ядра «вічних проблем» та відповідного їм відносно стабільного наукової мови забезпечує не тільки стійкість і спадкоємність його понятійно-категоріального апарату, а й статус самостійної і розвивається галузі юридичного знання.

В якості критеріїв для визначення характеру порівняльного правознавства як утверждающейся самостійної галузі наукового правового знання необхідно приймати наступні фактори:

- інтенсивний зростання проведених порівняльно-правових дослі джень і наукових публікацій ;

- поява систематизирующих та оглядових робіт, включаючи рет роспектівную бібліографію, хрестоматії, проведення міжнарод них і двосторонніх колоквіумів і конференцій з найбільш ак льну проблемам;

- видання спеціалізованої періодичної літератури з по постійними методологічними розділами, присвяченими порівняй тельному правознавства;

- створення системи підготовки відповідних фахівців-компаративістів на факультетах університетів або в інших наукових центрах, видання навчальних програм та посібників;

- формування національних та міжнародних науково-ис слідчих центрів, шкіл, напрямків.

Зрозуміло, розвиток порівняльного правознавства як наукового напрямку має не тільки «зовнішні» характеристики. В якості конструктивного ознаки, визначального становлення цієї автономної наукової дисципліни, слід розглядати специфічні особливості предмета дослідження, покладені в основу дисциплінарної роботи і встановлюють значимість і автономність даної галузі правового знання, її статус у системі юридичних павук в цілому. Іншими словами, виникнення і розвиток порівняльного правознавства зв'язується зі специфічним підходом і предметом, що забезпечують загальне його визнання.

Порівняльне правознавство показує відносність існуючого національного права. Воно дозволяє вийти за межі простого визначення писаної норми як єдиного вираження права, чинного на певної державної території, або як єдиної мети використання певної юридичної техніки та внести певні корективи в наші уявлення щодо місця і ролі кожної національної правової системи на правовій карті світу.

Порівняльне правознавство дозволяє виявити і зрозуміти юридичну політику різних держав. Воно допомагає нам побачити і зіставити між собою пріоритетні законодавчі течії в різних країнах, точніше, основні напрямки законодавчих реформ у міжнародному розрізі. У зв'язку з тим що використання даних порівняльного правознавства дозволяє запозичувати вже накопичений зарубіжний досвід для задоволення своїх потреб правового розвитку, можна говорити, що порівняльне правознавство виходить на прогнозування перспектив законодавчого розвитку.

Законодавець може використовувати порівняльно-правові матеріали при вирішенні деяких кардинальних, наскрізних проблем законодавчої політики; при вирішенні окремих проблем шляхом вироблення актів національного законодавства; при вдосконаленні законодавчої техніки.

Зараз вкрай важливо вийти за межі ідеологічних схем, шукати і знаходити все краще в праві і державності всіх епох (не виключаючи, зрозуміло, і сучасної), що може бути поставлено на службу правовим реформам. Порівняльно-правове дослідження, з одного боку, допомагає виявити все те корисне, що виправдало себе за кордоном під час вирішення вихідної проблеми, позбавляє від непотрібного праці «винаходити велосипед», а з іншого-дає можливість врахувати негативні сторони зарубіжного досвіду, неефективфективность тих чи інших правових рішень. Особливо істотно обставина, що, створюючи новий правовий акт, національний законодавець звертається до вже існуючим нормам зарубіжного права, ті. до таких, щодо яких вже накопичено досвід практичного застосування. Мова, звичайно, йде не про те, щоб пропонувати законодавцю готові зразки і моделі, взяті за кордоном, а про вивчення зарубіжної-правового досвіду як позитивного, так і негативного плану. Це вивчення аж ніяк не ставить своєю метою тільки запозичення чи наслідування, хоча такий результат і не виключений. Воно розширює кругозір науки, дає можливість більш широкого підходу до проблем.

Викладання порівняльного правознавства - у плані введення до вивчення основних правових систем сучасності або в плані порівняльного вивчення галузей та інститутів права - є важливою підмогою для розвитку сучасної правової науки та юридичної освіти. У їх завдання, поряд з вивченням національного права, входить також дослідження глобальних закономірностей і тенденцій розвитку права в сучасну епоху. Тому правова наука повинна спиратися на серйозні теоретичні розробки, об'єктом яких є інші, закордонні правові системи. Важливість аналізу досвіду світового розвитку, в тому числі вивчення процесів, що відбуваються в со-тимчасовому суспільстві, як уже говорилося, випливає з потреб політичної і правової реформ.

# Лекція 2. МЕТОДОЛОГІЯ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА

[1, с. 12-50; 3, с. 50-55].

1. Поняття методології юридичної компаративістики.
2. Структура методології порівняльно-правових досліджень.
3. Характеристика підходів до методології порівняльного правознавства (цивілізаційний, герменевтичний, аксіологічний, антропологічний).
4. Принципи порівняльно-правових досліджень.

**1. ПОНЯТТЯ МЕТОДОЛОГІЇ ЮРИДИЧНОЇ КОМПАРАТИВІСТИКИ.**

Кожна наука в процесі пізнання свого предмету виробляє свій метод.

Методологія – це теоретичне обгрунтування методів, які застосовуються наукою для пізнання об”єктивної дійсності.

Методологія порівняльного правознавства – це застосування сукупності певних теоретичних принципів, категорій, логічних прийомів та спеціальних способів дослідження явищ правової дійсності.

**Порівняльно-правовий метод** – це не лише певна система мислення, тобто сума критеріїв, яка повинна забезпечити досягнення вірного результату, але це і робочий метод.

**Порівняльний метод** – це відносно самостійний, системно організований спосіб дослідження, при якому порівняння є необхідним для досягнення специфічних цілей пізнання.

Порівняльно-правове дослідження шляхом виявлення спільного знаходить і те, чим різняться порівнювані правові системи. Обидві задачі і можливості порівняльно-правового дослідження (встановлення спільного і відмінного в порівнюваних об”єктах) також взаємопов”язані, як спільне і відмінне в правових системах.

З одного боку, порівняння передбачає встановлення спільного, що може бути виявлено лише порівняльним методом, а з іншого сприяє встановленню відмінностей в порівнюваних об”єктах.

Порівняльно-правовий метод є одним із важливих засобів вивчення правових явищ. Завдяки його застосуванню стає можливим виявити загальне, особливе та конкретне в правових системах сучасності .

Необхідно більш детально зупинитися на критеріях порівняльно-правового дослідження. У зв”язку з цим слід зазначити, що досить важливим є знаходження критерія, за допомогою якого можна віднайти інститути і норми, які належать до різних правових систем та піддаються порівнянню між собою настільки, що це порівняння є виправданим. Відправним пунктом тут є використання тих самих понять і термінів, якими користуються в іншій правовій системі, і це дає ефект при порівнянні споріднених систем. При розширенні кола порівнюваних правових явищ зменшується вірогідність тотожності юридичної термінології і зростає ризик помилок під час пошуку іноземного юридичного поняття або терміна, який відповідав би вітчизняному.

Обмеженість такого критерія приводить до висновку про більшу корисність такого критерія, як “функціональне порівняння” правових явищ. Відправною точкою зору є вирішення схожих задач дійсності, порівняння за суспільними потребами, які задовольняються за допомогою права, його інститутів і норм.

Прихильниками “функціонального критерія” в порівняльному правознавстві є німецькі юристи К. Цвейгерт і Х. Кьотц. На їх думку різні правові системи піддаються порівнянню лише в тій мірі, в якій вони вирішують відповідну проблему, задовольняючи потребу в адекватному правовому регулюванні. Лише функціональна однозначність, лише виконання правовими інститутами різних країн однієї і тієї ж задачі, на їх думку, робить можливим і доцільним будь-яке порівняння .

Позитивний момент “функціонального критерія” полягає в орієнтації на те, щоб знайти аналогії рішення власних правових проблем в тих або інших галузях зарубіжного права.

Узагальнюючи наукові розробки, можна без перебільшення вважати розвиток методології порівняльного правознавства найважливішим теоретичним завданням. Його успішне вирішення дасть змогу озброїти студентів-юристів, депутатів законодавчих органів, службовців органів виконавчої влади, суддів знанням прийомів і способів відбору, розгляду, оцінки і використання нормативно-правових джерел і матеріалів, які порівнюються.

Загальна методологія означає глибокий і всебічний системний аналіз порівнюваних юридичних явищ різних правових систем із застосуванням комплексу засобів порівняння з метою виявлення загального, специфічного і того, що не піддається порівнянню .

**2. СТРУКТУРА МЕТОДОЛОГІЇ ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ.**

В структурі порівняння можна виділити: об’єкт, який ми порівнюємо; об’єкт, з яким ми порівнюємо; властивості, за якими порівнюються об’єкти – підстави порівняння; юридичну оцінку; висновки з порівняння.

Серед інших методів юридичної компаративістики важливе значення мають методи аналізу і синтезу, теоретичного моделювання, а також системний підхід.

*Основні методологічні правила порівняльно-правового дослідження.*

Ю. А. Тихомиров розробив основні методологічні правила порівняльно-правового дослідження:

1. Правильний вибір об”єкта порівняльного аналіза і коректна постановка цілей обумвлених його природою та потребами суб”єкта порівняльного праознавства.

2. Проведення правового порівняння на різних рівнях з використанням методів системно-історичного, логічного аналізу, аналогії для з”ясування внутрішніх зв”язків і залежностей в межах правових систем, що поріівнюються, а також її розвиток в контексті конкретної держави і суспільства.

3. Правильне визначення ознак правових явищ, норм, інститутів, що порівнюються, встановлення суспідбних і державних завдань, вирішення яких обумовило їх появу і розвиток.

4. Виявлення ступеню подібності, відмінності, непорівнюваності правових явищ, інститутів і норм.

5. Розробка і застосування критеріїв оцінки подібності, відмін і неспівставлюваності правових явищ, інститутів, норм.

6. Визначення результатів порівняльно-правового аналізу і можливостей їх використання у нормотворчій діяльності, розвитку законодавства та його галузей, правозастосовчій практиці.

*Типові помилки порівняльно-правових досліджень.*

Ю. А. Тихомиров виділяє 5 видів помилок,які допускаються при проведенні порівняльно-правових досліджень:

1. Невірний вибір об”єктів правового аналізу і критерії їх порівняння ( для недопущення цієї помилки необхідно вибирати об”єкти однопорядкового рівня - галузі, інституту, норми, а в якості критеріїв порівняння вибирати фактори функціонального, територіального,. Історико-культурного змістк або інші, але такі які відповідають природі (структурі, властивостям) об”єктів порівняння).

2. Іноді не враховуються об”єктивні умови та фактори, які обумовлюють ті або інші правові явща (інститути, норми) у іноземному і внутрішньому праві.

3. Іноді запроваджуються без необхідного ананлізу і пристосування (напряму) науково-правові концепції або правові (законодавчі) новели, які не завжди можуть бути відображені (сформульовані) у національному законодавстві ( введення суду присяжних, адвокатів на різних стадіях слідства).

4. Невірне використання юридичних конструкцій, понять, термінів.

5. Пряме копіювання правових інститутів та норм без оцінки можливостей їх “трансплантації та вживлення” в національну правову систему.

**3. ХАРАКТЕРИСТИКА ПІДХОДІВ ДО МЕТОДОЛОГІЇ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА (ЦИВІЛІЗАЦІЙНИЙ, ГЕРМЕНЕВТИЧНИЙ, АКСІОЛОГІЧНИЙ, АНТРОПОЛОГІЧНИЙ).**

Концептуальні підходи (ідеї), як відзначає В. П. Малахов, є вихідними положеннями про предмет, його програмними припущеннями. Вони виступають як вузлові моменти в організації інтелектуального процесу пізнавальної діяльності і містять різноманітні багатства змісту предмета дослідження. Концептуальні підходи (ідеї) належать до конкретного предмета, хоча вони народжуються поза теорією даного предмета.

П. М. Рабінович визначає концептуальний підхід як побудовану на загальних світоглядних категоріях аксіоматичну ідею, яка є постулатом загальної стратегії дослідження, відбір досліджуваних фактів і інтерпретацію результатів дослідження.

Таким чином, концептуальні підходи (ідеї) відображають методологічні основи пізнання, які виконують роль прожекторів, що освітлюють шлях дослідника до розуміння об'єкта дослідження. У рамках концептуальних підходів може бути використана певна система методологічних принципів, методів.

У структурі методології порівняльно-правових досліджень доцільно виділити цілий ряд концептуальних підходів, зокрема — цивілізаційний, герменевтичний, аксіологічний і антропологічний.

**3.1. Цивілізаційний підхід**

Одним із затребуваних концептуальних підходів (ідей) у методології порівняльно-правових досліджень, що сформувалися в рамках цивілізаційної теорії, є цивілізаційний підхід, Згідно з яким центральною категорією виступає цивілізація. Існують різні визначення цього поняття, кожне з яких відображає філософський, соціологічний або історичний напрями суспільного знання.

Більшість дослідників уважає, що поняття «цивілізація» вперше виникло в концепціях «суспільного договору» наприкінці XVIII ст. Особливий інтерес у цьому відношенні викликає праця А. Фергюсона «Досвід історії громадського суспільства» (1767 p.), в якій розглядається перехід від дикості і варварства до цивілізації. Цивілізація виникає як новий вищий етап історії людства, унаслідок необхідності приборкання небезпечних для цілісності суспільства суперечностей і створення того способу існування, який дозволить людству жити і розвиватися далі.

Але, незважаючи на поширеність даного твердження, необхідно відзначити, що ще задовго до цього, у XIV ст., на необхідність використання цивілізаційного підходу при вивченні суспільного життя, частиною якого, природно, є і правове життя, звернув увагу відомий арабський філософ, історик, економіст Абд Ар-Рахман Ібн Халдун (1332—1406). Зокрема він відзначав, що різні стани суспільного життя необхідно пояснювати з позицій цивілізаційного підходу, який може служити поясненням фактів, пов'язаних із життям суспільства. Більше того, як відзначають дослідники його діяльності, ймовірно, Ібн Халдун був першим, хто запровадив у науковий ужиток поняття «цивілізація», і був першим мислителем, який подивився на історичний процес із цивілізаційної точки зору, і відповідно до цього визначив завдання історії не тільки в описуванні зміни поколінь суспільства, але й у вивченні цивілізаційних особливостей різних народів. Таким чином, відлік застосування цивілізаційного підходу необхідно починати не з кінця XVIII ст., а з XIV ст. і пов'язувати з ім'ям Ібн Халдуна.

На думку А.Дж. Тойнбі, кожна цивілізація є своєрідною спробою єдиної, великої, загальнолюдської творчості, а якщо дивитися на неї ретроспективно, це — своєрідний приклад єдиного, великого, загальнолюдського досвіду. Цивілізації у нього подаються як типи людських спільнот, що викликають певні асоціації у сфері релігії, архітектури, живопису, звичаїв, тобто в царині культури. А.Дж. Тойнбі стверджував також, що якщо йти від Греції і Сербії, намагаючись зрозуміти їхню історію, то приходиш до православного християнства або візантійського світу. Якщо починати шлях із Марокко й Афганістану, то неминуче прийдеш до ісламського світу».

Велику увагу розкриттю поняття цивілізації та закономірностей її формування і розвитку приділяє С. Хантінгтон. На його думку, цивілізація — це найширший рівень культурної ідентичності людей, пов'язаний з наявністю таких рис об'єктивного порядку, як мова, історія, релігія, звичаї, інститути, а також суб'єктивна самоідентифікація людей (так мешканець Рима може характеризувати себе як римлянина, італійця, християнина, європейця, людини західного світу).

**Цивілізації** — це унікальні ціннісні світи, і саме тому люди різних цивілізацій по-різному дивляться на відносини між Богом і людьми, індивідом і групою, громадянином і державою, батьками і дітьми, чоловіком і дружиною, мають різні уявлення про співвідносну значущість права і обов'язків, свободи і примусу, рівності і ієрархії.

Таким чином, цивілізацію можна визначити як соціально-історичну структуру усталених спільнот, які характеризуються ідеологічними, релігійними, культурними, морально-етичними особливостями формування, що відображають перехід людства від варварства до нового, більш упорядкованого рівня розвитку.

У теперішній час спостерігається тенденція використання цивілізаційного підходу при вивченні державно-правових явищ, зокрема правових систем. Використання цивілізаційного підходу передбачає відмову від застосування принципу європоцентризму, який полягає у вузькому підході до аналізу всесвітньої історії, що є наслідком недостатності знань про історію інших народів і відчуття переваги над іншими, незахідними цивілізаціями. На цій основі трансформація уявлень про право і державу в рамках цивілізаційного підходу має безпосереднє відношення до об'єктивного вивчення правової панорами світу взагалі і різних правових систем зокрема, що є головною умовою досягнення об'єктивних результатів досліджень і найбільшою мірою відповідає реаліям правового розвитку.

Цивілізаційний підхід дає можливість розглядати історію людства як багатоваріантний процес. Відповідно, використання даного підходу в порівняльному правознавстві дозволить, з одного боку, зробити наше бачення еволюції правових систем більш багатовимірним. З іншого боку, послідовне використання даного підходу у вивченні еволюції правових систем призводить до висновку про їх принципову рівнозначність у плані культурно-історичного розвитку, що, у свою чергу, зумовлює необхідність вивчення всіх правових систем.

Таким чином, цивілізаційний підхід дозволяє виявити як унікальність, так і рівноцінність не тільки різних цивілізацій, але й правових систем. Даний підхід указує не тільки на відмінності між правовими традиціями і системами, але й відкриває нові горизонти правової акультурації в рамках діалогу правових систем.

Сучасна методологія правових наук висунула на перший план проблему герменевтики як головного підходу в роботі з правовим джерелом, твором або текстом.

Герменевтика розуміється як наука про правила тлумачення, породжена необхідністю роз'яснення і конкретизації священних текстів, творів поетів, письменників, філософів, учених, заснована на процесі інтерпретації на стику мови і життєвого досвіду. Разом із тим уважається, що жодне тлумачення тексту не може претендувати на загальне визнання, оскільки те, що тлумачать, містить приховану суперечність, що підриває зсередини його зв'язаність. Тому будь-який смисл — це щось надзвичайно не вирішуване, а «дійсного» смислу не існує взагалі

Періодом зародження герменевтики вважається епоха Ренесансу, що отримала розвиток у трьох напрямах: філологічна, теологічна, юридична герменевтика.

Герменевтика в її сучасному розумінні остаточно сформувалася в епоху романтизму. Основоположником такого розуміння герменевтики вважають німецького філософа кінця XVIII — початку XIX ст. Ф. Шлейєрмахера, який розробив загальні правила герменевтичного підходу, що передбачав його одноманітне застосування до текстів релігійного і світського характеру, для яких раніше вважалося за необхідне застосовувати різні способи інтерпретації. На його думку, кожен текст має дві сторони — наочно-змістовну і індивідуально-особову, тобто текст має граматичну (об'єктивну) і психологічну (технічну) природу. Герменевтика, на думку Ф. Шлейєрмахера, — це мистецтво розуміння чужої (авторської) індивідуальності як вона виражена в тексті (художньому або науковому).

Таким чином, герменевтика є об'єднуючим поняттям, що включає мистецтво інтерпретації, тлумачення і розуміння пись-мово зафіксованих у мові життєвих об'єктивувань. Вона відстоює цінність традицій, указує на зразки поведінки, які існували у минулому, як еталони сучасності. Для неї найважливішим є питання про розуміння людиною сущого і належного. У процесі розуміння на предмет пізнання поширюється інтелект, відчуття, інтуїція, взагалі особистість того, хто прагне до розуміння.

Сучасна герменевтика виходить далеко за межі традиційного розуміння тексту, звертаючись до більш загальних проблем мови і психології. В. Дільтей у своїй праці «Витоки герменевтики» висловив думку, що герменевтика є методологічною основою гуманітарного знання, мистецтвом розуміння письмово фіксованих життєвих проявів.

Герменевтика як мистецтво і одночасно як теорія тлумачення текстів застосовується в різних галузях суспільствознавства: філософії, філології, психології, праві. Як зазначав Г. Г. Гадамер, не можна не визнати, що історик права і юрист-практик вирішують різні завдання: перший — умоглядну, а другий — практичну. При цьому розуміння права виявляється в діяльності обох. Чому ж тоді розуміння правового змісту закону в одного може бути іншим, ніж у другого?

У сучасній герменевтиці розуміння — це не прикладне завдання при тлумаченні текстів, а фундаментальна характеристика, що визначає людське буття і мислення.

У зв'язку із цим виникла проблема використання гуманітарних традицій у діалозі культур, і, наприклад, політична (правова) наука стала перед необхідністю розроблення нової гуманітарної методології політичного (правового) аналізу, яка названа політичною (правовою) герменевтикою.

Якщо до недавнього часу юридичні дослідження, як правило, обмежувалися формально-логічними операціями, то герменевтика права передбачає складніший семантичний підхід до його оцінки.

Отже, правова герменевтика покликана стати новим науковим методологічним підходом ведення діалогу в умовах різноманітності правових культур і рівноправ'я світових цивілізацій. Правова герменевтика здатна забезпечити визначення і розуміння базових правових цінностей, здійснити розроблення тлумачення текстів, що з'явилися в рамках різних правових культур, провести психоаналіз учасників правових відносин, скласти картину правових світів інших цивілізацій.

Як відзначає П. М. Рабінович, у правовій герменевтиці в теперішній час вироблено такі поняття, положення, методики, процедури, використання яких дозволяє вивести наукове і науково-прикладне розроблення тлумачення юридичних норм на якісно новий рівень. У цьому плані роль герменевтичного підходу при вивченні правових систем важко переоцінити.

Завдяки використанню можливостей герменевтики і потенціалу герменевтичного підходу можна виявити не просто справжній зміст пам'яток права, але і знайти ту нитку, яка пов'язує їх із сучасним періодом розвитку і функціонування різних правових систем. Наприклад, без використання даного підходу неможливо виявити, з одного боку, значення багатьох положень основоположного джерела ісламського права — Корану, а з іншого — виявити його реальний вплив на функціонування ісламської держави і права.

Суть і ефективність правових систем багато в чому зумовлюється їх історичним корінням, історичними закономірностями, властивими еволюції цих правових систем. Так розкрити суть сучасного китайського праворозуміння неможливо без розуміння того факту, що історичною основою даного найдавнішого права є філософія конфуціанства. Саме завдяки підходу герменевтики можна пояснити причину своєрідного ставлення китайців до реальної ролі права в суспільному житті, продиктованого вченням Конфуція.

Таким чином, завдяки підходу герменевтики стає можливим виявлення не тільки букви, але й духу тих джерел, які виступають як пам'ятки права в рамках різних правових систем і багато в чому зумовлюють їх функціонування.

Аксіологія включає вивчення ціннісних аспектів наукових дисциплін, а в більш широкому розумінні — всього спектру соціальної, художньої й релігійної практики, людської цивілізації та культури в цілому'. Правова аксіологія є одним із напрямів аксіології взагалі, тобто теорії про цінності, теорії загальнозначущих принципів, що визначають людську діяльність, мотивацію поведінки.

Основні сутнісні аспекти, що визначають людське буття, його сенс, як відзначає А. К. Абішева, зазвичай складають ті чи інші цінності або систему цінностей. При цьому цінності, по-перше, належать до фундаментальних підстав людського співжиття (в ім'я цінностей проживається життя); по-друге, цінність, навіть реалізована, не втрачає своєї якості належного; по-третє, цінність має загальний характер для даного життя, культури,

індивіда, душі; по-четверте, цінність отримує свою зовнішню символічну форму в діях, предметах, думках і словах; по-п'яте, цінності, прийняті індивідом, пронизують собою весь його духовний світ.

«Ціннісна характеристика права, — відзначає М. П. Орзіх, — доповнює його сутнісно-змістовну характеристику обґрунтуванням значущості, корисності, придатності, «утилітарності» права. Вона забезпечує можливість інструментальної оцінки правових явищ, установлення критеріїв цієї оцінки та на цій основі визначення ефективності права, відмінності корисності й ефективності дії правових норм».

У правовій аксіології розрізняють інструментальну, власну і соціальну цінність права.

**Інструментальна цінність права** — це його ціннісний сенс як певного регулятора, відповідно до правил і вимог якого люди вибудовують свою поведінку. Існуючі відмінності правових культур опосередковують, у свою чергу, характер, ступінь і форми нормативності, а також процесуальний характер її забезпечення. Чим вище інструментальна цінність права, тим більшою мірою обсяг правового регулювання відповідає вимогам життя.

Разом з інструментальною цінністю виділяють власну цінність права, яка полягає в тому, що саме за допомогою права можна відстоювати права і свободи. Як відомо, власна цінність права виражається через його соціальну і особистісну цінності. Власна цінність права знаходить своє вираження в тому, що право цінне саме по собі.

Особистісна цінність права полягає перш за все в тому, що право є джерелом свободи особи, що входить в певну соціальну спільноту. За допомогою права вдається вирішити протиріччя між особистою свободою і загальним благом. При цьому право указує шляхи руху до різних цінностей, додаючи суспільним відносинам такі властивості, як доступність, оперативність, надійність, подібність, безпека.

Соціальна цінність права визначається його здатністю вирішувати проблеми, що виникають у суспільстві, за допомогою правових засобів, направлених на забезпечення соціальної стабільності.

Аксіологічний підхід дозволяє розмірковувати про різні типи праворозуміння в рамках різних правових систем залежно від того, яка реальна роль права в житті різних суспільств. Адже залежно від того, наприклад, як виявляється особистісна цінність права, можна розмірковувати про те, до якої правової сім'ї належить та чи інша правова система, який рівень реалізації прав людини в різних правових системах. Наприклад, якщо в західних правових системах право відіграє роль головного регулятора суспільних відносин і виступає головним засобом захисту прав людини, то в «незахідних» правових системах право не є єдиним і головним регулятором відносин у суспільстві, і його роль в еволюції цих суспільств є різною.

Таким чином, завдяки аксіологічному підходу можна розкрити сутнісно-змістовний аспект сприйняття права в різних правових системах, що, у свою чергу, дозволяє виявити закономірності їх формування і механізм функціонування.

Ще одним концептуальним підходом у методології порівняльно-правових досліджень є антропологічний. Як відомо, антропологія розуміється як наука про походження й еволюцію людини, яка отримала потужний імпульс завдяки відносно недавнім відкриттям етнографів, істориків, археологів, філологів та ін. Що стосується юридичної антропології, яку називають ще антропологією права, то вона є науковою і навчальною дисципліною, що вивчає процеси юридизації людського буття, зумовлені конкретними історичними типами цивілізацій. У результаті цього виявляються закономірності, що роз'яснюють основні моменти, пов'язані із соціальним і правовим життям людства.

Юридична антропологія у своїх дослідженнях ґрунтується на аналізі усних і письмових пам'яток права, з одного боку, і практиці суспільного життя, з іншого. На думку B. C. Нерсесянца, юридична антропологія є наукою про людину як про соціальну істоту в її правових проявах, вимірюваннях, характеристиках.

Вона вивчає правові форми суспільного життя людей від старовини до наших днів. У її предметну сферу входять правові системи, і в цілому — весь комплекс правових явищ (усі правові форми в широкому розумінні цього слова — правові норми, відносини, ідеї й уявлення, інститути, процедури, способи регуляції поведінки, захисту порядку, вирішення конфліктів і та ін.), які складаються в різних співтовариствах (первісних, традиційних, сучасних), у різних етносів (народів, націй), у різні епохи і в різних регіонах світу. Дане положення має принципове значення при вивченні правових систем, правових традиції та їх різноманіття.

Юридична антропологія допомагає відкинути власні національні упередження на користь сприйняття інших суспільств з їхнім способом життя.

Оскільки головним суб'єктом правових відносин практично в усіх правових системах уважається людина, то її соціальне і правове буття (що є предметом юридичної антропології) має велике яничсннм для вивчення його формування і функціонування. Дана обставини дозволяє розглядати еволюцію різних правових систем. Досягнення юридичної антропології сприяють вивченню правової культури, правової свідомості і правового менталітету. Особливо це проявляється, наприклад, при вивченні сімейно-правових і спадково-правових відносин у рамках різних правових систем.

Антропологічний підхід дозволяє розкрити суть відносин, що склалися в людському суспільстві, які згодом послужили підставою для формування різних правових відносин у рамках різних правових систем. Як відзначає Н. Рулан, не існує системи спорідненості, єдиної для всіх суспільств: нам відомі приблизно вісімсот таких систем. Крім того, у кожному конкретному випадку ідентичні споріднені зв'язки не означають ідентичних споріднених відносин. Ця обставина багато в чому пояснює різні варіанти регулювання сімейно-правових відносин у рамках різних правових сімей, зумовлених цивілізаційними особливостями.

Як справедливо відзначає О. Ф. Скакун, антропологічний підхід дозволяє розглядати людину як біосоціальний індивід, що служить мірою всіх речей, зокрема порівнюваних правових систем.

Таким чин ом, використання антропологічного підходу в рамках методології порівняльно-правових досліджень дозволяє визначити реальне місце людини в правовому житті суспільства, що забезпечує об'єктивний розгляд закономірностей формування і функціонування різних правових систем

**4. ПРИНЦИПИ ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ.**

Методологія порівняльно-правових досліджень складається також із методологічних принципів як основоположних пізнавальних установок, в рамках яких проводяться порівняльно-правові дослідження. Вони формуються в рамках і під впливом концептуальних підходів (ідей). Іншими словами, основоположні пізнавальні установки (методологічні принципи) формуються під впливом початкових думок, аксіоматичних ідей, що визначають загальні стратегії дослідження (концептуальні підходи), тобто їх співвідношенням є співвідношення конкретного і загального.

Методологічні принципи, на думку В. П. Малахова, виступають як розумові передумови, пізнавальні алгоритми теоретичного збагнення предмета. Вони служать умовами проникнення в предмет і дозволяють конструювати смислову модель предмета в результаті його теоретичного збагнення. Вибір методологічних принципів зумовлює результат дослідження.

Основними методологічними принципами порівняльно-правових досліджень є: принцип об'єктивності; принцип функціоналізму; принцип порівнянності; принцип всебічного урахування історичних, національних, економічних, соціально-політичних умов та ін.

Принцип об'єктивності в рамках методологи порівняльно-правових досліджень належать до найважливіших методологічних принципів, оскільки в порівняльному правознавстві немає і не повинно бути місця релігійним або культурним упередженням щодо тієї чи іншої правової системи або проти певного народу. «Головна мета порівняльного аналізу правових систем, — справедливо відзначає К. Осакве, — не хвалити одну систему і ганьбити іншу, не обілити одну правову культуру і очорнити іншу, А зрозуміти історичні передумови формування кожної з них». Наприклад, у рамках даного принципу виходить на перший план дотримання» оптимальної різноманітності правових систем і підсистем (правових явищ, норм і інститутів) при їх класифікації, відповідно до якого необхідно уникати хаотичного захаращування системи непотрібною різноманітністю і визначення реальної цінності правових перетворень у правовій системі за загальним результатом правотворчою і правозастосовною практикою.

Наступним методологічним принципом порівняльно-правових досліджень v принцип всебічного врахування історичних, національних, економічних, соціально-політичних умов, в яких, на думку М. М. Марченко, «виникають і розвиваються порівнювані правові норми, інститути, галузі і системи права. Даний принцип передбачає встановлення не тільки спільних рис і ознак порівнюваних правових систем, але і їх особливостей, а також специфічних ознак, властивих окремим системам; виділення головних і другорядних ознак і рис порівнюваних систем; порівняльне дослідження правової матерії не тільки в статиці, але й у динаміці і ін.».

Теоретична концепція функціоналізму виступає основоположним методологічним принципом порівняльного правознавства, який передбачає, що правова система володіє системоутворювальними атрибутами і загальносистемними закономірностями, що розглядають правову систему не просто як умову життя людей у державно організованому суспільстві, або як комплекс зв'язків між індивідуумами, а швидше, як достатньо самостійну цілісну освіту, основним завданням якої є самозбереження і самовідтворювання в різночасовому аспекті існування системи.

Функціоналізм розуміється К. Цвайгертом і X. Кьотцем як фундаментальна невід'ємна якість систем права, тобто порівнюється в праві лише те, що виконує одну і ту ж функцію.

Правова система є функціональною системою, а щодо свого конкретного середовища, щодо суспільства — підсистемою, основним завданням якої є досягнення внутрішньої стабільності суспільства. Дотримання принципу функціоналізму дозволяє пояснити ті чи інші тенденції в розвитку правових систем різних типів і припустити можливі напрями їх еволюції.

Серед методологічних принципів також виділяється принцип порівнянності даних явищ і інститутів, який випливає з попереднього методологічного принципу, суть якого зводиться до того, що в процесі підготовки і проведення порівняльно-правових досліджень необхідно дотримувати вимоги, згідно з якою об'єкти порівняння повинні бути «порівнянними», інакше між ними в обов'язковому порядку повинен існувати прямий зв'язок. Даний принцип прередбачає наявність у різних явищ, інститутів і установ спільних рис, ознак належності їх до одного і того ж роду або виду, наявність у них схожих структур, функцій, спільної сфери застосування, схожих завдань і цільових установок.

Як відзначав О. В. Сурілов, відносини, в яких об'єкти перебувають у процесі порівняння, називаються компаративними, а властивість (або властивості), за якими ці об'єкти утворюють компаративні відносини один з одним, називаються підставою порівняння. Головна функція порівняння полягає в зведенні порівнюваних державно-правових інститутів до певної єдності, завдяки чому вони стають якісно порівнянними і кількісно вимірними.

Таким чином, використання методологічних принципів, разом із концептуальними підходами, дозволяє об'єктивно і всебічно досліджувати предмет порівняльного правознавства.

# Лекція 3. ВИДИ ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ ТА ПРАВИЛА ЇХ ОРГАНІЗАЦІЇ.

[1 с. 29-37, 59-65; 6 с. 49-71]

1. Нормативне та функціональне порівняння.
2. Поняття діахронного та синхронного порівняння.
3. Характеристика внутрішнього та зовнішнього порівнянь. Бінарне порівняння та мультипорівняння.
4. Правила організації та здійснення порівняльно-правового дослідження.
5. Способи оформлення результатів порівняльно-правового дослідження.

**1. НОРМАТИВНЕ ТА ФУНКЦІОНАЛЬНЕ ПОРІВНЯННЯ.**

Нормативне порівняння - це такий спосіб порівняння, при якому порівнюються правові норми, інститути, законодавчі акти.

Іноді такий підхід трактується як формально-юридичний (догматичний) аналіз, доктринальні традиції якого були закладені юридичним позитивізмом ще на зорі виникнення порівняльного правознавства в XIX в.

Нормативне порівняння привело до двох істотних висновків:

- Зовні ідентичні юридичні терміни не завжди мають одне і те ж значення в різних правових системах (наприклад, в англосаксонській і романо-германської правової сім'ї);

- Ті ж самі правові норми і інститути можуть виконувати різні функції (іноді іноземне право регулює порівнювані суспільні відносини інший галуззю права або навіть не правовими засобами - моральними або релігійними).

В даний час нормативне порівняння втрачає актуальність в результаті того, що спроби в минулому уніфікувати всі правові системи, створити світове наднаціональне право зазнали невдачі.

Недоліки нормативного порівняння змусили компаративистов звернутися до так званого функціонального порівнянні.

Функціональне порівняння починається не з визнання певних правових норм і інститутів в якості відправного пункту порівняння, а з висунення певної соціальної проблеми, і вже потім - пошуку правової норми або інституту, за допомогою якого проблема може бути вирішена. Таким чином, розширюється коло питань, що підлягають порівнянню, в першу чергу за рахунок практики застосування правових норм і юридичної доктрини. Порівняння йде не від норми до соціального факту, а, навпаки, від соціального факту до його правовому регулюванню.

У функціональному порівнянні правові інститути і норми вважаються порівнянними, якщо вони вирішують подібну соціальну проблему, хоча і діаметрально протилежним чином.

**2. ПОНЯТТЯ ДІАХРОННОГО ТА СИНХРОННОГО ПОРІВНЯННЯ.**

Право це категорія, що існує в часі і в просторі. Воно має минуле, сьогодення і майбутнє. Предметом порівняння можуть бути правові системи, що існували в минулому та їх компоненти, тобто порівняння може носити **історичний (діахронний) характер**. Тоді воно називається діахронним порівнянням. Однак найчастіше предметом порівняння є чинні правові системи - **синхронне порівняння** шляхом застосування якого виявляються тенденції до їх зближення, які і стануть об'єктом порівняльного дослідження. Порівняння правових систем однієї і тієї ж правової сім'ї дозволяє вивчити їх загальні закони розвитку, виявити причини розбіжностей в цих правових системах, обумовлені географічними, конкретно-історичними та іншими факторами, виявити найкращі для тих чи інших умов способи правового регулювання і вивчити питання про можливість взаємного засвоєння юридичного досвіду в галузі правотворчості та правозастосування. Можна вказати і на порівняння правових систем, що відносяться до однієї і тієї ж правової сім'ї, - внутрішньосімейне порівняння, наприклад порівняльне дослідження правових систем сім'ї загального права або романо-германських правових систем.

Для порівняльно-правового дослідження не має значення, скільки різних правових систем воно охоплює. Для порівняння може бути взята своя національна правова система і якась одна іноземна. Воно може починатися як мінімум з двох систем і йти далі аж до охоплення всіх правових систем, існуючих на земній кулі. Для порівняння можна обрати правові системи певного географічного регіону - регіональне порівняння - або ж різні міжнародні об'єднання та організації. Однак у всіх випадках потрібно точно виявити співвідносність порівнюваних об'єктів.

Порівняння всередині однієї держави (федеративної чи унітарної) може бути охарактеризоване як **внутрішнє,** а порівняльне дослідження різних національних правових систем - як **зовнішнє порівняння**. Внутрішні і зовнішні порівняння розрізняються по своєму предмету, цілям і результатам. Внутрішнє порівняння дозволяє дати загальну характеристику певної національної правової системи. При внутрішньому порівнянні найчастіше йдеться про правові системи (законодавствах) федеративних держав. Так, наприклад у США порівняння законодавств різних штатів називають міжштатним порівнянням.

**3. ХАРАКТЕРИСТИКА ВНУТРІШНЬОГО ТА ЗОВНІШНЬОГО ПОРІВНЯНЬ.**

Для порівняльно-правового дослідження не має значення, скільки різних правових систем воно охоплює. Для порівняння може бути взята своя національна правова система і якась одна іноземна. Воно може починатися як мінімум з двох систем і йти далі аж до охоплення всіх правових систем, існуючих на земній кулі. Для порівняння можна обрати правові системи певного географічного регіону - регіональне порівняння - або ж різні міжнародні об'єднання та організації. Однак у всіх випадках потрібно точно виявити співвідносність порівнюваних об'єктів.

Порівняння всередині однієї держави (федеративного або унітарного) може бути охарактеризоване як внутрішнє, а перші два види порівняння - як зовнішні. Внутрішні і зовнішні порівняння розрізняються по своєму предмету, цілям і результатам. Внутрішнє порівняння дозволяє дати загальну характеристику певної національної правової системи.  
При внутрішньому порівнянні найчастіше йдеться про правові системи (законодавствах) федеративних держав. У США порівняння законодавств штатів іменується межштатной порівнянням.  
 Внутрішнє порівняння можна успішно здійснити не тільки у федеративних, але і в унітарних державах, причому як в історичному розрізі, так і синхронно. Для внутрішнього порівняння в рамках унітарної держави на синхронному рівні цікаві матеріали дають змішані правові системи. У цьому випадку внутрішнє порівняння допомагає з'ясуванню значення різних шарів (елементів різних правових систем) однієї унітарної національної правової системи.

**Бінарне порівняння та мультипорівняння.**

Порівняльно-правове дослідження може починатися з порівняння, як мінімум, двох правових систем і йти далі аж до охоплення всіх правових систем, що існують на земній кулі. При порівнянні двох правових систем маємо так зване бінарне порівняння (наприклад, згадане вище порівняння правової системи Англії та правової системи США), при порівнянні більше двох систем — мультипорівняння (наприклад, для порівняння можна обрати правові системи певного географічного регіону — Європи).

**4. ПРАВИЛА ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ЗДІЙСНЕННЯ ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОСЛІДЖЕННЯ.**

Сукупність правил організації та здійснення порівняльно-правових досліджень являють собою**методику порівняльного правознавства.** Дослідженню питання методики компаративістики приділяв значну увагу в своїх працях Ю. А. Тіхоміров.

Вперше на теренах СНД **методичні рекомендації по порівняльному аналізу законодавства держав - учасниць СНД** були розроблені Інститутом законодавства та порівняльного правознавства у 1992 і 1995 рр. Згідно їх положень робота з порівняльного аналізу законодавства передбачає систематичне вивчення фактичного стану законодавства держав - учасниць СНД для можливого використання досвіду вирішення конкретних проблем в законодавчих системах різних держав, вироблення заходів по забезпеченню загального правового простору, запобіганню юридичних колізій в практиці застосування законодавчих актів, усунення невиправданих відмінностей в правовому регулюванні питань, що становлять взаємний інтерес.

Порівняльно-правові дослідження виконуються для законодавчих органів Російської Федерації та інших держав, Міжпарламентської Асамблеї СНД, інших органів СНД. Вони можуть також виконуватися за замовленнями або прохань правотворчих органів окремих держав - учасниць СНД. Результати, отримані в процесі порівняльно-правових досліджень, можуть використовуватися для забезпечення зазначених органів необхідною інформацією, розробки пропозицій та рекомендацій щодо удосконалення законодавства, підготовки концепцій та проектів конкретних законодавчих та інших нормативно-правових актів, вироблення міждержавних угод. Ці результати потрібні для вирішення інших наукових і практичних завдань.

Порівняльному аналізу підлягають прийняті в державах, що входять у Співдружність, нормативно-правові акти, і перш за все законодавчі акти, причому акти з одним і тим же подібним питанням. Слід привернути увагу до того, що в процесі аналізу і при формулюванні висновків враховуються положення, що містяться в угодах про міжпарламентське співробітництво у правовій сфері, про зближення законодавства з економічних та інших питань, що становлять взаємний інтерес.

Однак, поряд з вивченням законодавства необхідно вивчати і аналізувати також практику його реалізації, обставини і причини прийняття досліджуваних актів, ставлення до них практиків і громадськості.

При проведенні масштабних порівняльно-правових досліджень доцільно залучати до участі в них науковців і практиків з відповідних держав, а також забезпечити можливість співпраці з ними в інших формах (обмін інформацією, взаємні відрядження або стажування, консультації, спільне проведення соціологічних досліджень, семінарів, конференцій та т.п.)

**Об'єктами порівняльно-правового дослідження**, згідно методичних рекомендацій, можуть бути:

* + нормативно-правові акти: конституції; закони та інші акти вищих органів влади держав - учасниць СНД;
  + договори та угоди між державами СНД, які мають нормативно-правовий характер; міжнародні договори; нормативно-правові акти Президентів держав - учасниць СНД. При необхідності дослідженню підлягають урядові та інші підзаконні нормативно-правові акти в залежності від теми та наявних інформаційних можливостей;
  + правовий інститут як сукупність однорідних правових норм, зосереджених в одному акті або комплексі актів (наприклад, інститути права власності, купівлі-продажу тощо), галузь, підгалузь законодавства;
  + конкретна правові норми;
  + застосування правил законодавчої техніки, використовувана термінологія, процедура підготовки та прийняття нормативно-правових актів і т. д.

Корисно таке правило, як облік того, якою мірою об'єкти порівняльного дослідження порівнянні, тобто пов'язані між собою спільним предметом регулювання. Обсяг об'єктів порівняльного вивчення повинен бути максимально вичерпним і включати всі нормативно-правові акти, їх частини, що відносяться до досліджуваної сфері правового регулювання.

Вивченню підлягають в першу чергу діючі нормативно-правові акти і норми. У число об'єктів вивчення можуть включатися також скасовані і фактично втратили значення акти, проекти актів з відповідного питання.

Робота з порівняльного аналізу законодавства проводиться з використанням автоматизованих інформаційно-пошукових систем по законодавству або довідкової картотеки нормативно-правових актів. При необхідності використовуються також інші джерела правової інформації.

Для одержання матеріалів та інформації, необхідних в роботі з порівняльного аналізу законодавства, використовуються:

- інформаційні фонди парламентів, урядів, міністерств юстиції держав - учасниць СНД;

- фонди нормативних актів та фонди наукових бібліотек, наукових інститутів, і перш за все Інституту законодавства та порівняльного правознавства;

- матеріали засобів масової інформації;

- інформаційні фонди інших органів і організацій (судово-прокурорських органів, республіканських і університетських бібліотек, науково-дослідних інститутів і т. д.).

Дослідження в організації роботи з порівняльного вивчення законодавства також потрібно вести за певними правилами. Вони здійснюються державними органами, науковими та іншими установами за власною ініціативою, а також за дорученнями вищестоящих органів або замовленнями зацікавлених органів.

Державні органи, наукові та інші установи, що здійснюють роботу з порівняльного вивчення законодавства, намічають коло найважливіших тем і черговість дослідження. При цьому враховуються плани і рекомендації парламентів держав - учасниць СНД, парламентських комітетів і комісій, інших правотворчих та інших зацікавлених органів. Ці теми (у разі потреби - з відповідним коригуванням) потім можуть включатися в плани роботи відповідних установ із зазначенням термінів виконання та визначенням найбільш доцільних способів оформлення та реалізації наукових і практичних результатів.

**До найбільш важливих напрямів порівняльно-правових досліджень, згідно вказаних методичних правил, належать:**· законодавче оформлення та реалізація значимих політичних, економічних та соціальних реформ;· правове регулювання міжнаціональних та міжрегіональних відносин· основні права людини, їх забезпечення, ступінь соціально-правової захищеності та охорони;· законодавче регулювання культурно-освітньої сфери.

**Організація і проведення порівняльно-правового дослідження з окремої теми включає:**· усвідомлення дослідником поставленого завдання;· збір необхідного нормативно-правового матеріалу, літератури, статистичних даних, матеріалів зарубіжного досвіду регулювання визначених питань;· обробка і аналіз зібраного матеріалу (відбувається перевірка достовірності і повноти зібраних матеріалів; перевірка автентичності текстів нормативно-правових документів, наявності нормативно-правових актів, до яких відсилаються; розподіл зібраного матеріалу за основними питаннями теми);· проведення власне порівняння (порівняння нормативно-правових рішень з подібних питань; з’ясування їх схожих і відмінних рис за кількісними характеристиками; проведення якісної оцінки нормативно-правових рішень з точки зору їх конституційності, відповідності нормам міжнародного права, відповідності їх реально-існуючим потребам правової дійсності та забезпеченості їх фінансово-правовими засобами; · Підготовка та оформлення результатів дослідження (підготовка та оформлення підсумкових документів, які містять результати дослідження; розробка рекомендацій зацікавленим суб’єктам з метою удосконалення правового регулювання відповідної сфери суспільних відносин та визначення переліку зацікавлених суб’єктів, яким необхідно надати результати дослідження).

**Способи (форми, види) оформлення здобутих результатів порівняльного дослідження** передбачають:· перелік нормативно-правових документів за темою дослідження;· довідки та інформаційні огляди;· порівняльні таблиці;· аналітичні огляди;· статті, брошури, монографії· доповіді, листи, які містять пропозиції та рекомендації· наукові концепції та законопроекти.

**5. СПОСОБИ ОФОРМЛЕННЯ РЕЗУЛЬТАТІВ ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОСЛІДЖЕННЯ.**

Результати наукового дослідження узагальнюються з метою перетворення їх у джерело інформації. Формою узагальнення результатів дослідження може бути усний виклад або друкована праця. Усний виклад являє собою повідомлення або виступ перед аудиторією. Друкованою працею може бути реферат, стаття, науковий звіт, дисертація, монографія. За результатами дослідження його автори також можуть підготувати до друку навчальний чи методичний посібник.

**Усний виклад**

З усним викладом науковець може виступити на науковій нараді, семінарі, конференції, симпозіуми та ін. Зазвичай, час виступу обмежений. Тому повідомлення, а тим більше доповідь, повинні бути стислими, конкретними, чіткими і якнайповніше відображати суть виступу. Для досягнення цього виступ доцільно будувати за такою схемою:

***Вихідні позиції.***Показується, яку наукову концепцію покладено в основу наукового дослідження. Коротко дається виклад стану досліджуваної проблеми, обґрунтовується вибір теми дослідження і її актуальність.

***Гіпотеза, завдання і мета дослідження.***

***Методи дослідження.***Показується, які методи було обрано для вирішення конкретних завдань дослідження.

***Основні аргументовані результати дослідження.***Дається виклад основних кількісних результатів дослідження, аргументується їх достовірність, наводиться коротка інтерпретація і обґрунтованість цих результатів.

***Висновки та пропозиції.***Наводяться основні висновки з результатів дослідження і висуваються пропозиції щодо вдосконалення об'єкта дослідження.

***Теоретична і практична значимість дослідження та його новизна.***Показується, що нового вносять результати дослідження у наукову галузь, до якого воно відноситься, яку практичну цінність мають ці результати, які невідомі раніше науці факти відкриті у процесі дослідження.

***Упровадження результатів дослідження у практику.***Дається виклад того, як результати дослідження відображено у публікаціях, які доповіді зроблено на нарадах, семінарах, конференціях.

***Перспективи дослідження.***Відкриваються перспективи подальших досліджень у даній роботі.

Слід підкреслити, що усний виступ повинен розкривати тільки основну ідею проведеного дослідження і ні в якому разі не деталізувати окремі його положення. Для цього дослідник повинен глибоко усвідомлювати одержані результати, знайти найдоцільнішу форму їх викладу, глибоко аргументувати і обгрунтувати їх як фактичним матеріалом, так і логічними міркуваннями. Головним у науковому виступі повинна бути його змістовність і наукова аргументація. Зайві слова, маловідомі терміни тільки знижують якість повідомлення чи виступу.

При написанні доповіді треба врахувати, що значна частина матеріалу може бути викладена на плакатах (слайдах). На плакатах звичайно подають: статистичні матеріали, графічну інтерпретацію взаємозв'язків між елементами якоїсь системи, структуру системи, алгоритми, схему експерименту, виявлені залежності у табличній або графічній формі та ін. Тому в доповіді викладають коментарі (але не повторення!) до ілюстративного матеріалу. Це дає змогу на 2030 % скоротити її.

Слід також мати на увазі, що за 10 хвилин людина може прочитати матеріал, розміщений на 4 сторінках машинописного тексту (через два інтервали), тому обсяг доповіді звичайно є меншим від обсягу статті. Крім того, доповідач повинен реагувати на попередні виступи за темою його доповіді. Полемічний характер доповіді викликає інтерес слухачів і підвищує їхню активність.

Часто виступу учасників наукових зібрань публікують у вигляді ***тез доповідей.***Обсяг тез доповіді зазвичай не перевищує 1-2 друкованих сторінок тексту. Тому тези доповіді повинні відобразити тільки головні думки виступу.

**Реферат**є одним з найпростіших форм узагальнення результатів дослідження у письмовій формі. Рефератом називають короткий і стислий виклад основних положень дослідження. У рефераті найчастіше розкривається теоретичне і практичне значення досліджуваної теми, аналізуються наявні публікації з даної теми, робиться оцінка і формулюються висновки щодо проаналізованого наукового матеріалу. Реферат повинен відобразити ерудицію його автора, уміння самостійно проаналізувати, систематизувати й узагальнити існуючу наукову інформацію.

Реферат, зроблений автором своєї наукової праці, називають ***авторефератом***(наприклад, автореферат дисертації).

**Наукова стаття**вважається найпоширенішою формою друкованої продукції дослідника. Статті публікуються у наукових журналах, наукових або науково-методичних збірниках. Обсяг статті зазвичай сягає 10-12 сторінок друкованого тексту. Текст статті доповнюється ілюстративними матеріалами -таблицями, графіками, діаграмами, рисунками тощо.

Для майбутнього вченого важливо оволодіти технікою написання статей і підготовки доповідей на конференціях не тільки з точки зору задоволення вимог щодо кількості та рівня публікацій, а й з позицій сприйняття їх слухачами та читачами. Це зобов'язує до певної логіки побудови доповіді чи статті, високої вимогливості до їх форми, стилю і мови.

Опублікувати статтю - це означає зробити даний матеріал надбанням фахівців для використання в їхній роботі. Отже, треба писати просто і зрозуміло.

Слід уникати як передчасних публікацій, так і зволікання з публікаціями. У Фарадея був девіз: to work, to finish, to publish, тобто працюй, закінчуй, оприлюднюй, бо це надає пріоритет в авторстві і практично необмежену аудиторію.

Зазвичай, перед написанням статті треба скласти її план, який найчастіше включає:

* 1) вступ - постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок з важливими практичними завданнями (5-10 рядків);
* 2) останні дослідження і публікації, на які спирається автор, виділення невирішених частин загальної проблеми, котрим присвячується дана стаття (звичайно ця частина статі складає близько 1/3 сторінки); її можна назвати "вихідні передумови";
* 3) формулювання цілей статті (постановка завдання); цей розділ вельми важливий, бо з нього читач визначає корисність для себе даної статті; мета статті випливає з постановки загальної проблеми і огляду раніше виконаних досліджень, тобто дана стаття має на меті ліквідувати якісь "білі плями" у загальній проблемі (обсяг цієї частини статті 5-10 рядків);
* 4) виклад власне матеріалу дослідження. Невеликий обсяг статті вимагає виділення головного у матеріалах дослідження; іноді можна обмежитися тільки формулюванням мети досліджень, коротким згадуванням про метод вирішення задачі і викладом отриманих результатів; якщо на обсяг статті немає суворих обмежень, то доцільно описати методику дослідження повніше;
* 5) у закінченні наводяться висновки з даного дослідження і коротко подаються перспективи подальших розвідок у цьому напрямку.

Деякі журнали для авторів публікують навіть вимоги до структури статей.

Виклад змісту статті повинен бути систематичним і послідовним, відповідати науковому стилю (зрозумілість і виразність викладу, відповідність термінів їх суті, чітке дотримання наукової термінології, лаконізм, послідовність викладу позицій, логічність, взаємозв'язок положень, виразність мови).

Думки автора статті повинні бути зрозумілими, точними і короткими. Особлива увага повинна бути приділена синтаксису і редакції тексту. Зовсім помилково вважати, що тільки складна лексика і часте вживання запозичених слів надає статті науковості.

Для наукового стилю недоречні пишномовні вислови, надмірні підкреслювання дрібниць. Кожне речення наукової статті повинне мати конкретний зміст - голослів'я далеке від наукового стилю.

Особливого значення у науковій статті набуває виклад наукових висновків і пропозицій. Заключна частина статті повинна бути занадто чіткою, стислою, науково підкреслювати суттєві аспекти результатів дослідження і розкривати шляхи їх практичної реалізації.

У науково-методичній статті головними є методичні поради з якогось конкретного питання. Фактичний матеріал, одержаний на основі дослідження, у такій статті носить ілюстративний характер.

**Науковий звіт**являє собою документ, у якому містяться вичерпні відомості про виконане дослідження. Будь-який науковий звіт повинен відповідати певним вимогам, до яких відносять: чіткість побудови; логічність побудови викладу матеріалу; переконлива аргументація; стислість і точність формулювань; конкретність і доказовість викладу результатів дослідження; обґрунтованість пропонованих рекомендацій.

Конкретний зміст звіту залежить від галузі науки, у якій проводилось дослідження, та від мети і завдань самого дослідження. Але узагальнена структура наукового звіту повинна включати такі складові частини: титульну сторінку встановленого зразка, список виконавців проведеного дослідження; реферат, зміст, основну частину (виклад результатів дослідження), список літератури і додатки. При необхідності додається також перелік скорочень, символів і спеціальних термінів з їх визначеннями.

***Реферат***звіту повинен відображати основні відомості про звіт: обсяг, кількість та характер ілюстративних матеріалів і таблиць, перелік ключових слів, сутність виконаної роботи, методи дослідження, короткі висновки і можливості застосування результатів дослідження. *Мета реферату* - стисло і конкретно передати сутність проведеного дослідження.

***Основна частина***звіту включає: вступ; аналітичний огляд; обґрунтування обраного напрямку дослідження; розділи звіту, що відображають методику, зміст і результати проведеного дослідження (їх кількість визначається логікою проведеного дослідження); заключна частина (висновки і пропозиції).

У вступі коротко характеризують стан проблеми на момент початку її дослідження, мету, новизну та актуальність дослідження, доцільність його проведення.

В аналітичному огляді систематизовано і критично аналізують стан питання, якому присвячене дослідження. Сюди включають тільки ті відомості, які мають безпосереднє відношення до теми звіту і, у першу чергу, нові ідеї та проблеми, а також можливі підходи до вирішення цих проблем. Суперечливі відомості, одержані з різних джерел, повинні бути проаналізовані й оцінені особливо ретельно. Іноді аналітичний огляд складають і як самостійний звіт.

Обґрунтування вибору теми дослідження випливає з аналітичного огляду, на основі якого зроблено аргументовані та переконливі висновки. Не слід змішувати обґрунтування вибору теми дослідження і обґрунтування доцільності (необхідності) самого дослідження. Адже останнє визначається завданням на проведення дослідження, про що йде мова ще у вступі звіту.

У розділах звіту дається докладний і послідовний виклад змісту проведеного дослідження, наводяться одержані результати, у тому числі й негативні. До розділів включають теоретичний аналіз літературних джерел, методику дослідження. За результатами експериментальних досліджень розкривають мету і сутність експериментів, оцінюють точність і вірогідність одержаних даних, наводять аналіз цих даних, інтерпретують їх і порівняють з теоретичними даними. Завершують ці розділи звіту трактуванням одержаних результатів дослідження і описом їх можливого застосування.

До заключної частини (висновки і пропозиції) включають оцінку результатів проведеного дослідження з точки зору їх відповідності вимогам завдань дослідження. Тут також можуть розглядатись шляхи та мета подальшої роботи, а також відзначається наукова і практична цінність результатів дослідження в цілому.

До списку літератури включають всі використані джерела, у тому числі й малотиражні відомчі документи і звіти. Бібліографічний опис використаних джерел складають відповідно до існуючих вимог (про це йтиме мова далі).

Додатки можуть включати найрізноманітніші додаткові матеріали звіту: проміжні математичні розрахунки; таблиці допоміжних цифрових даних; описи апаратури і приладів, що були використані у процесі дослідження; приклади анкет, тестів, інструкцій, контрольних робіт тощо, розроблених для даного дослідження; ілюстративні матеріали допоміжного характеру. Розміщують додаткові матеріали у послідовності їх появи у тексті основних розділів змісту.

**Дисертація**(від латинського - розвідка, дослідження) являє собою кваліфікаційну наукову працю, виконану особисто здобувачем наукового ступеня у вигляді спеціально підготовленого рукопису. Вона містить висунуті автором для прилюдного захисту науково обґрунтовані теоретичні або експериментальні результати, наукові положення, а також характеризується єдністю змісту і свідчить про особистий внесок здобувача в науку.

Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата наук повинна відображати проведені автором дослідження, що відповідають одній з таких вимог:

***отримання нових науково обґрунтованих результатів, які в сукупності вирішують конкретне наукове завдання, що має суттєве значення для певної галузі науки;***

***отримання нових науково обґрунтованих теоретичних або експериментальних результатів, які в сукупності є суттєвими для розвитку конкретного напряму певної галузі науки.***

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора наук повинна відображати проведені автором дослідження, що відповідають одній з таких вимог:

***отримання нових науково обґрунтованих результатів у певній галузі науки, які в сукупності розв'язують важливу наукову проблему;***

***здійснення нових науково обґрунтованих розроблень в певній галузі науки, які забезпечують розв'язання значної прикладної проблеми.***

Дисертація повинна відобразити загальну наукову ерудицію дослідника, його знання теорії та історії досліджуваної проблеми, його особистий внесок у науку, його якості як вченого.

Дисертацію можна визнати як спеціальну форму наукового звіту. Тому в цілому дисертація повинна відповідати загальним вимогам до наукового звіту і складатись із вступу, розділів, у яких розкривається зміст дисертаційного дослідження, висновків, списку використаної літератури і додатків. Обсяг дисертації, так само як і вимоги до її оформлення визначаються діючими в Україні положеннями "Порядку присудження наукових ступенів і присвоєння вченого наукового звання старшого наукового співробітника".

**Монографія**- ґрунтовна друкована наукова праця, у якій один досліджуваний предмет, процес або явище розглядаються досить різнобічно і разом з тим цілісно і поглиблено. Авторство монографії може належати одній особі або колективу дослідників.

У монографії завжди розкривається стан досліджуваної проблеми, дається аналіз того, як вона вирішується на момент початку проведення дослідження. Далі розкривається сутність теоретичних і практичних ідей авторів дослідження, дається виклад методики дослідження, наводяться результати експериментальних досліджень. Результати дослідження докладно систематизуються і теоретично аналізуються. На основі цього робляться аргументовані висновки і наводяться обґрунтовані рекомендації щодо практичної реалізації одержаних у процесі дослідження результатів. У кінці наводять список використаних літературних джерел.

У закінченому вигляді монографія являє собою наукову книгу.

# Лекція 4. ПОНЯТТЯ ТА СТРУКТУРА ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

[1 с. 29-37, 59-65; 6 с. 49-71]

1. Поняття та класифікація правових систем.
2. Походження та зміст терміну «правова система».
3. Класифікація основних правових систем сучасності.
4. Місце правової системи України на правовій карті світу.

**1. ПОНЯТТЯ ТА КЛАСИФІКАЦІЯ ПРАВОВИХ СИСТЕМ.**

У загальній теорії права «правова система» – поняття, яке характеризує сукупність усіх правових явищ дійсності з точки зору вираження їхньої цілісності і взаємозв’язку, які склалися у певному суспільстві. Дослідження правової системи у взаємодії з економічною, політичною, ідеологічною, моральною, релігійною та іншими системами суспільства, тобто усім комплексом соціальних інститутів і цінностей, властивих певній країні, становить поняття національної (внутрішньодержавної) правової системи як поодинокого явища.

Національна правова система як конкретно-історична соціальна реальність відповідає поняттю правової системи у «вузькому розумінні» і в межах державного кордону має ознаки єдності і суверенності.

Під правовою системою у «широкому розумінні» (правовою сім’єю) мають на увазі більш-менш велику сукупність, класифікацію типів національних правових систем, близьких за конструктивними, техніко-юридичними та іншими особливостями.

Нам здається, що більш доцільно використовувати два терміни:

1) **«правова система»**, під яким слід розуміти комплекс взаємопов’язаних, взаємоузгоджених та взаємозалежних між собою правових явищ і пов’язаних з ними процесів, які розвиваються системно, циклічно та послідовно, а також правових інститутів, які справляють управлінський вплив, за чітко визначеною процедурою, на суспільні відносини з метою їх врегулювання та охорони, враховуючи при цьому і реагуючи на зміни соціального життя держави;

2) **«правова сім’я»**, який розглядається як певна сукупність національних правових систем, об’єднаних на основі ряду спільних ознак. До таких ознак відносяться історичні умови формування і розвитку права, види джерел права, галузей та інститутів права, суб’єкти і процеси правоутворення, право реалізації та право охорони.

Таким чином, термін «правова сім’я» є дещо умовним і об’єднує правові системи певних країн на основі не одного, а цілого ряду критеріїв. Ця обставина обумовлює те, що в залежності від кількості та змісту таких критеріїв може утворюватись різний перелік правових сімей.

Так, на Першому Міжнародному конгресі порівняльного права, що відбувся у 1900 році, виділяли французьку, англо-американську, германську, слов’янську і мусульманську правові сім’ї. У 1919 році члени французького Товариства порівняльного законодавства обмежились класифікацією, що складається із трьох правових сімей: французької, англо-американської, мусульманської.

Німецькі компаративісти К. Цвайгерт та Х. Кьотц за критерій для класифікації правових систем запропонуали «стиль права», який, на їх думку, складається із п’яти елементів: походження і еволюція правової системи; своєрідність юридичного мислення; специфічність правових інститутів; природа джерел права і способи їх тлумачення; ідеологічні фактори. На підставі «стилю права» дослідники виділяють сім правових кіл: романське коло; германське; скандинавське; англо-американське; соціалістичне; ісламське та індуське.

Один із класиків порівняльних досліджень Рене Давид на основі двох критеріїв – ідеологічного (релігія, філософія, свідомість) і техніко-юридичного обґрунтовує виділення трьох основних правових сімей – романо-германської, англо-саксонської, соціалістичної, до яких до того ж додає релігійні та традиційні правові системи. Ця класифікація правових систем і досі є популярною в юридичній науці, оскільки дає можливість без ґрунтовного аналізу особливостей конкретної правової системи, а, зосередивши увагу лише на загальних ознаках і властивостях, визначити, до якої групи правових систем, що об’єднуються в одну правову сім’ю, вона відноситься.

Леві-Ульман, визначаючи різну роль джерел права у правових системах, розрізняє континентально-європейське, англо-американське та ісламське право.

На основі національного критерію Созе-Алль виокремлює індоєвропейські, семітські, монгольські правові сім’ї, права нецивілізованих народів.

А. Армінджон, Б. Нольде, М. Вольф за змістовним критерієм, що залежить від ступеня «спорідненої близькості», при відмові від використання зовнішніх критеріїв – географічних, національних та інших, розрізняють такі правові сім’ї: французьку, скандинавську, германську, англійську, російську, ісламську, індійську.

На думку автора підручника «Загальна теорія держави і права» С. Л. Лисенкова найбільш авторитетним є погляд, що розглядає право як явище, яке має багато елементів. Ці елементи не можуть бути ніким змінені або відмінені, оскільки обумовлені процесами розвитку цивілізації. Якщо приймати до уваги такі постійні елементи, а не виходити із змісту конкретних норм, то різниця між правом різних країн істотно зменшується. Зміст норм може відрізнятися, але спосіб їх створення, систематизації, реалізації, зміни чи відміни є спорідненим. А це і робить можливим групування ряду національних правових систем у правові сім’ї.

Такої ж точки зору дотримуються викладачі Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого професора М. В. Цвік та О. В. Петришин, доцент В. Д. Ткаченко, які найбільш аргументованою вважають класифікацію, що ґрунтується на системі критеріїв. Це дозволяє уникнути одномірності, однобічності при вивченні змісту правових систем. Зокрема, в основу класифікації можуть бути покладені такі критерії:

а) історична ознака – спільність походження;

б) географічні ознаки;

в) своєрідність нормативної основи, ієрархія джерел права;

г) техніко-юридичні особливості, засоби право творення, своєрідність юридичних понять або окремих правових інститутів;

ґ) роль судових органів у право творенні;

д) особливості механізму реалізації і застосування юридичних норм;

е) особливості юридичної ідеології сил, які є при владі, і морально-етичні уявлення в суспільстві.

На підставі вищезазначених критеріїв, вони розрізняють такі основні структурні сукупності правових систем: романо-германське право (його називають ще континентальним), до якого також належить скандинавське, латиноамериканське право і право Японії; англо-американське право, або система «загального права»; соціалістичне право; релігійно-традиційні правові системи, включаючи мусульманське право, індуське, іудейське, канонічне, далекосхідне, традиційне право країн Азії та Африки.

Аналіз романо-германського типу правових систем свідчить про оптимальне поєднання загальних та спеціальних засобів, а також про адекватний вибір останніх, що дозволяє говорити про високий рівень нормативності. Проте відсутність різноманітних джерел права та оптимального ступеня їх поєднання веде до заформалізованості правової системи, відсутності гнучкості в правовому регулюванні. Це в свою чергу може впливати на ефективність правового регулювання та на рівень нормативності типу правових систем.

Серед ознак романо-німецької правової сім’ї можна виділити наступні:

* єдина ієрархічно побудована система джерел писаного права, в якій домінуюче місце займають нормативні акти (законодавство);
* головна роль у формуванні права приділяється законодавцю, який створює загальні юридичні правила поведінки; людина, яка застосовує право (суддя, адміністративні органи тощо) повинна лише точно реалізувати ці загальні норми в конкретних правозастосовчих актах;
* маються писані конституції, які мають вищу юридичну чинність;
* високий рівень нормативних узагальнень досягається за допомогою кодифікованих нормативних актів;
* вагоме положення займають підзаконні нормативні акти (регламенти, інструкції, циркуляри й таке інше);
* розподіл системи права на публічне та приватне, а також на галузі;
* правовий звичай і юридичний прецедент виступають у якості допоміжних, додаткових джерел;
* на першому місці знаходяться не обов’язки, а права людини і громадянина;
* особливе значення має юридична доктрина, яка розробила і розробляє в університетах основні принципи (теорію) побудови даної правової родини.

В англо-американському типі поєднання загальних та спеціальних засобів характеризується таким чином: значна частина загальних правових засобів входить до складу механізму правового впливу поряд зі спеціальними і при цьому порушується оптимальність у корисності перших. До того ж рівень нормативності знижує менш загальний та абстрактний характер юридичної норми, а також можливість її об’єктивації не тільки у нормативно-правових актах, але й у судових прецедентах. Тому рівень нормативності цього типу правової системи – середній.

Серед ознак даної правової сім’ї можна виділити наступні:

* основним джерелом права виступає судовий прецедент (правила поведінки, сформульовані суддями в їхніх рішеннях по конкретній справі, які поширюються на аналогічні справи);
* юридичні прецеденти носять індивідуальний (казуїстичний) характер;
* ведучу роль у формуванні права (у правотворчості) приділяються судам, які у цьому зв’язку займають особливе положення в системі державних органів;
* на першому місці знаходяться не обов’язки, а права людини і громадянина, які захищаються насамперед судом;
* чільне значення має процесуальне (процедурне, доказове) право, що багато в чому визначає право матеріальне;
* відсутні кодифіковані галузі права;
* відсутній класичний розподіл права на приватне і публічне;
* статутне право (законодавство) і юридичні звичаї виступають у якості допоміжних, додаткових джерел;
* юридична доктрина, зазвичай, носить суто прагматичний, прикладний характер.

Особливості права США:

a) в основі лежить право Англії;

b) прецедент трохи обмежений законодавством штатів і федеральним законодавством;

c) законодавство штатів не тільки не збігається, але і може суперечити один одному;

d) тенденціями розвитку законодавства є збільшення обсягу федерального нормотворчості.

В релігійно-звичаєвому та традиційному типах низький рівень нормативності пояснюється тим, що, перш за все, загальні правові засоби (а часто і неправові засоби) мають перевагу над спеціальними. Свою роль у зниженні рівня відіграє і недиференційований характер норми (нерозмежованість нормативного та індивідуальних приписів, правових та моральних, релігійних, звичаєвих, традиційних правил), а звідси і специфічні способи об’єктивації (традиції, звичаї, релігійні джерела тощо).

До сім’ї *релігійного права* відносяться правові системи таких мусульманських країн, як Іран, Ірак, Пакистан, Судан і ін., а також індуське право громад Індії, Сінгапуру, Бірми, Малайзії та іудейське право – Ізраїлю та ін.

Серед ознак даної правової сім’ї можна виділити наступні:

* головний творець права Бог, а не суспільство, держава, тому юридичні розпорядження дані раз і назавжди, у них потрібно вірити і відповідно строго дотримувати;
* джерелами права є релігійно-моральні норми і цінності, що містяться, зокрема, у Корані, Суне, Іджме і поширюються на мусульман або в Шастрах, Ведах, законах Ману і т. і. та діють у відношенні індусів;
* дуже тісне переплетення юридичних положень з релігійними, філософськими і моральними постулатами, а також з місцевими звичаями утворить у своїй сукупності єдині правила поведінки;
* особливе місце в системі джерел права займають праці вчених-юристів (доктрини), що конкретизують і тлумачать першоджерела і лежать в основі конкретних рішень;
* відсутній розподіл права на приватне і публічне;
* нормативно-правові акти (законодавство) мають вторинне значення;
* судова практика у власному змісті слова не є джерелом права;
* багато в чому заснована на ідеї обов’язків, а не прав людини (як це має місце в романо-германской і англо-саксонської правових родинах).

До сім’ї *традиційного права* відносяться правові системи Мадагаскару, ряду країн екваторіальної Африки і Далекого Сходу.

Серед ознак даної правової родини можна виділити наступні:

* домінуюче місце в системі джерел права займають звичаї і традиції, які мають, як правило, неписаний характер і передаються з покоління в покоління;
* звичаї і традиції являють собою синтез юридичних, моральних, міфічних розпоряджень, які склалися природним шляхом і визнані державами;
* звичаї і традиції регулюють відносини в першу чергу груп та співтовариств, а не окремих індивідів;
* нормативні акти (писані закони) мають вторинне значення, хоча останнім часом їх приймається все більше і більше;
* судова практика (юридичний прецедент) не виступає як основне джерело права;
* судова влада керується ідеєю примирення, встановлюючи згоду в суспільстві та забезпечуючи його згуртованість;
* юридична доктрина не грає істотної ролі в юридичному житті даних суспільств;
* архаїчність багатьох її звичаїв і традицій.

Що ж стосується змішаного типу (особливо скандинавських правових систем), він характеризується високим рівнем нормативності, у скандинавському підтипі, як за рахунок оптимального поєднання загальних та спеціальних засобів, так і за рахунок узгодження різних способів і форм об’єктивації норм права та адекватності їх застосування у відповідних сферах регулювання. Важливу роль для зростання рівня нормативності у групі скандинавських правових систем відіграє уніфікація законодавства.

В окремих державах спостерігається переплетіння, множинність двох або більше правових систем. Ці правові системи інколи називають «гібридними», оскільки їх важко віднести до якоїсь правової сім’ї - це стосується правових систем Філіппін, Ізраїлю, Японії, Камеруна, Греції, Сомалі, Південно-Африканської Республіки, штату Луїзіана в США, провінції Квебек у Канаді, Шотландії та ін. Ми не погоджуємося із думкою автора з приводу визначення правових систем як «гібридні». Дане поняття відсутнє в юридичній термінології, а тому, на наш погляд, доречніше буде використовувати формулювання «змішаний тип правових систем».

До сім’ї соціалістичного права відносяться правові системи країн Китай, В’єтнам, Корейська народно-демократична республіка, Куба.

У країнах соціалістичної правової сім’ї одержали правове втілення наступні ідеї:

- централізованого керування економікою, господарськими відносинами, що тягло за собою використання імперативних норм, планових регуляторів, детальної регламентації цивільних договорів, правового положення майна і повноважень суб'єктів;

- усуспільнення власності, створення державної, «загальнонародної» власності як основи економіки;

- націоналізації підприємств, банків, господарського майна, а в деяких країнах – землі, інших об'єктів нерухомості;

- регулювання міри праці і споживання і, як наслідок, створення соціально-правових інститутів нормування трудової діяльності і розподілу соціальних благ.

Хід розвитку людства, необхідність вирішення загальнолюдських (загальносвітових) проблем та інші фактори спричинили інтеграційні світові процеси, результатом яких стало формування якісно нової інфраструктури світового порядку, появу міждержавних (міжнародних) об'єднань як універсального, так і регіонального характеру, що здійснюють структуризацію міжнародних суспільних відносин.

Все це сприяло виникненню на сучасному етапі розвитку нового типу правової системи – міждержавно-правової. Його поява об'єктивно визначається рядом таких закономірностей як: розширення кола учасників міжнародних відносин, ускладнення та збільшення кількості міжнародних відносин; визнання багатьох людських проблем всесвітніми, глобальними; необхідністю зміни правових засобів та їх адекватністю з цілями міжнародно-правового регулювання, зростанням ролі права у врегулюванні міжнародних відносин.

**2. ПОХОДЖЕННЯ ТА ЗМІСТ ТЕРМІНУ «ПРАВОВА СИСТЕМА».**

Виникнення автономної юридичної категорії «правова система» обумовлено системним підходом в дослідженні правових явищ шляхом поєднання формально-юридичного, порівняльно-правового та соціологічного методів пізнання.

Термін «правова система» використовувався ще в XIX сторіччі. Однак здебільшого цей термін трактувався як синонім права або законодавства. Активне дослідження цього правового феномену пов’язують, насамперед, з інтенсивним розвитком такого напряму дослідження як порівняльне правознавство протягом минулого століття.

Тривалий час у порівняльному правознавстві термін «правова система» використовувався у трьох значеннях:

1) у розумінні типу права;

2) як тотожні поняття з правом або законодавством;

3) у розумінні груп правових систем («правової сім’я»).

Сучасна ж компаративістика розрізняє широке і вузьке розуміння правової системи. У широкому розумінні – це сукупність національних правових систем, які об’єднує спільність походження джерел права, основних правових понять, методів та способів розвитку. У вузькому – національна правова система.

Генезис поняття «правова система» має декілька періодів. Ще у 20-ті роки XX ст. у радянській юридичній літературі правова система трактувалася досить широко (як правова реальність), і виводилось дане поняття не із юридичних норм, а із соціальних функцій як елементів структури права, правової ідеології, правовідносин.

У 30-х роках XX ст. у радянській юридичній науці перевага надається вузьконормативному розумінню права, де основна увага приділялася вивченню системи права та системи законодавства щодо правової системи. Для цього періоду характерним є ототожнення правової системи з системою права, зокрема, такими дослідниками як *Г. Кельзен* у «Загальній теорії права та держави» (1946 р.), *Дж. Рац* y «Концепції правової системи» (1970 р.), *А. Ватсон* у «Природі закону» тощо.

Поряд з цим у літературі з’являються наукові праці, автори яких намагаються трактувати поняття «правова система» більш широко: не лише як сукупність юридичних норм, а й правовідносин (*Б. Л. Назаров*).

Значну роль у розвитку поняття «правова система» відіграв системний аналіз як методологічний принцип, згідно з яким будь-яка система є сукупністю діалектично взаємопов’язаних елементів, що в своїй єдності набувають нової якості.

Отже, згідно з системним підходом, правова система є складним, багатофункціональним явищем, що з одного боку є складовою  (підсистемою) соціальної системи, з іншого – сама є системою, що складається з підсистем.

Аналіз наукових розвідок у даному контексті дозволяє констатувати, що становлення поняття «правова система» пов’язують із дискусіями навколо поняття права. Так, *Ю. А. Тихомиров* вважає, що саме дослідження права як єдиного цілого викликало необхідність розробки поняття правової системи.

Дещо відмінна позиція стосовно генезису цього поняття простежується у поглядах *Л. Б. Тіунової*, яка пов’язує появу поняття «правова система» з інтеграцією юридичних знань.

Близькими до позиції *Л. Б. Тіунової* є погляди *В. М. Протасова*, який вважає, що поняття правової системи може бути лише результатом практичного втілення у життя уже розробленої теоретичної моделі системи.

В наукових колах існує також думка, що поняття «правова система» є компромісом між «вузьким» та «широким» підходами до права, так як і позиція, стосовно якої це поняття покликане об’єднати у цілісному баченні всі підходи до праворозуміння.

Отже, нині поняття «правова система» є теоретико-методологічною основою для розвитку уявлень про правові явища і є родовим поняттям для таких видових понять як «система законодавства», «система права» тощо.

Аналіз наукових досліджень у цій сфері, дозволяє констатувати про дискусійність поняття «правова система».

Так, американський дослідник *Л. Фрідмен* в книзі «Вступ у американське право» розглядає правову систему як сукупність державних органів, норм права, зразків поведінки, конкретних рішень і дій та правової культури.

На думку ряду дослідників, правова система – це сукупність внутрішньо узгоджених, пов’язаних, соціально однорідних юридичних засобів, методів, процедур, за допомогою яких публічна влада здійснює регулятивно-організуючий та стабілізуючий вплив на суспільні відносини, реалізує заходи юридичної відповідальності.

*С. Б. Кобринська* визначає правову систему як цілісне багаторівневе утворення, яке відображає сукупність взаємопов’язаних юридичних засобів (явищ), і, по-друге, в якості елементів розглядає такі правові явища, які забезпечують єдність соціальних і правових якостей.

*О. Ф. Скакун* під правовою системою розуміє зумовлений об’єктивними закономірностями розвитку суспільства цілісний комплекс взаємозалежних і погоджених спеціальних і загальних засобів правового впливу на суспільні відносини, що постійно відтворюється та використовується людьми та їх організаціями (у тому числі державою) як суб’єктами права для досягнення приватних та публічних цілей, забезпечення правопорядку.

*П. М. Рабінович* трактує правову систему як система всіх юридичних явищ, які існують у певній державі або у групі однотипних держав, до складу якої входять: різноманітні правові акти і діяльність відповідних суб’єктів по створенню таких актів, різноманітні види і прояви правосвідомості, стан законності та рівень її деформації.

У «Словнику спеціальних юридичних термінів правоохоронної діяльності» за загальною редакцією Я. Ю. Кондратьєва міститься думка про те, що правову систему можна розглядати у двох аспектах:

1) у широкому значенні – це сукупність взаємопов’язаних однорідних юридичних засобів (явищ), за допомогою яких органи влади здійснюють стабілізуючий, регулятивний та управлінський вплив на суспільні відносини (шляхом закріплення, конкретного чи загального регулювання, дозволу, зобов’язання, заборони, переконання і примусу, попередження, встановлення санкцій тощо);

2) у вузькому значенні правова система – це єдність правових норм національного права та законодавства, які складаються з центральної частини (Конституції), периферійних (галузевих) і комплексних (міжгалузевих) законів.

Інші фахівці вказують, що **правова система** – це комплекс взаємопов’язаних, взаємоузгоджених та взаємозалежних між собою правових явищ та процесів, які розвиваються системно, циклічно та послідовно, а також правових інститутів, які здійснюють управлінський вплив на суспільні відносини у відповідності з чітко визначеною процедурою.

Отже, як вірно зауважує *О. І. Харитонова* і *Є. О. Харитонов*, у сфері порівняльного правознавства це поняття, незважаючи на його широке застосування, залишається малодослідженим. Слід також зауважити, що, незважаючи на його широку вживаність й в загальнотеоретичних та галузевих юридичних дослідженнях, це поняття й по нині залишається дискусійним.

Аналіз зазначених вище наукових позицій щодо трактування поняття «правова система» дозволяє виокремити декілька наукових підходів:

1) правова система – це комплекс взаємозв’язаних та узгоджених юридичних засобів, які призначені для регулювання суспільних відносин, а також юридичних явищ, що виникають внаслідок такого регулювання (правові норми, правові принципи, правосвідомість, законодавство, правові відносини, юридичні установи, юридична техніка, правова культура, стан законності та її деформації, правопорядок та ін.);

2) правова система – це об’єктивне, історично закономірне правове явище, яке включає в себе взаємозв’язані, взаємообумовлені і взаємодіючі компоненти: право і втілююче його законодавство, юридичні установи і юридичну практику, суб’єктивні права і обов’язки, правовідносини, правову ідеологію та ін.;

3) правова система – це формалізований комплекс нормативних, організаційних, контрольних, ідеологічних складових права, що існують на національному, регіональному та міжнародному рівня;

4) правова система – це система всіх юридичних явищ, які існують у певній державі або групі однотипних держав; єдина, стійка, динамічна сукупність, конституціональність явищ правового характеру, і, насамперед, системи права, правосвідомості й правової діяльності, що відображають певний ступінь узагальнення юридичної дійсності;

5) правова система – це цілісне багаторівневе утворення, яке відображає сукупність взаємозв’язаних юридичних засобів (явищ) і як елементи включає правові явища, котрі забезпечують єдність соціальних і правових якостей;

6) правова система – це зумовлена об’єктивними закономірностями (у тому числі, культурними, історичними та географічними особливостями) розвитку певного об’єднання людей (громади, суспільства, держави, етносу) цілісна сукупність взаємно пов’язаних норм, правових інституцій та юридичних явищ, що постійно відтворюються та використовуються людьми у процесі співжиття в рамках локальної цивілізації.

Німецькі компаративісти К. Цвайгерт і Х. Кьотц в якості критерію для класифікації правових систем запропонували «стиль права», який, на їх думку, складається із п’яти елементів: походження і еволюція правової системи; своєрідність юридичного мислення; специфічність правових інститутів; природа джерел права і способи їх тлумачення; ідеологічні фактори.

На підставі «стилю права» дослідники виділяють сім правових кіл: романське коло; германське; скандинавське; англо-американське; соціалістичне; ісламське та індуське.

Кожна з наукових позицій окреслює найбільш важливі ознаки правової системи, а тому їх інтегративний розгляд має важливе наукове значення для дослідження цієї складної правової категорії.

Саме тому, ***іманентними ознаками правової системи***є:

- *системність* – із самого визначення «системи» ми розуміємо, що мається на увазі певне коло правових явищ і процесів, які до того ж пов’язані між собою певними зв’язками;

- *циклічність* функціонування передбачає те, що у правовій системі, в процесі регуляції, охорони та захисту суспільних відносин, взаємодія елементів відбувається за принципом «отриманий результат тягне за собою певні зміни, які в свою чергу створюють підстави для досягнення якісно нового результату», іншими словами, відбувається постійне вдосконалення системи;

- *послідовність* розвитку правових процесів у системі – це визначений на основі здобутого досвіду та зумовлений необхідністю процесів регулювання та охорони суспільних відносин у різних умовах порядок переходу від одних елементів правової системи суспільства до інших;

- *поєднання* статики і динаміки можна визначити із двох характерних взаємопов’язаних блоків елементів правової системи суспільства: постійних (система права, система законодавства, правова культура та ін.) і змінних (правовідносини, правотворчість, право реалізація та ін.);

- *інтегративність* правової системи можна розглядати у двох значеннях:

* внутрішній аспект – це глибокі взаємозалежні зв’язки між елементами правової системи суспільства, які забезпечують її існування як цілісної структури;
* зовнішній аспект – можливість правової системи, наприклад певної держави, «зближатись» з метою взаємопроникнення з правовою системою іншої держави, результатом чого є виникнення нового утворення, яке органічно поєднує у собі елементи та властивості обох правових систем. Географія регулювання таких утворень збільшується, взаємозв’язки держав у сфері регуляції, охорони та захисту суспільних відносин – спрощуються;

- *чіткість* – забезпечується тим, що правова система структурована, тобто в ній визначені конкретні елементи, що і забезпечують її функціонування;

- *внутрішня впорядкованість*, яка надає системі, при всій її динамічності, стійкого характеру. Мається на увазі те, що елементи всередині правової системи розвиваються і функціонують не хаотично, а на засадах взаємозв’язку і взаємозалежності одне від одного, вони являють собою ланки єдиного ланцюга, який називається «правова система суспільства».

Беручи до уваги зазначене вище, слід зробити ряд ***висновків***:

По-перше, правова система є самостійною юридичної категорією, становлення та виокремлення з-поміж інших мало тривалу історію.

По-друге, правова система є об’єктивне, історично закономірне правове явище.

По-третє, правова система є комплексом взаємопов’язаних та взаємозалежних правових явищ (підсистем, структурних елементів).

По-четверте, цей комплекс взаємопов’язаних та взаємозалежних правових явищ (підсистем, структурних елементів) лише у своїй єдності складає правову систему.

По-п’яте, основною метою комплексу взаємопов’язаних та взаємозалежних правових елементів (підсистем, структурних елементів) є упорядкування суспільних відносин шляхом їх регулювання та захисту.

По-шосте, правова система є динамічною системою, що знаходить свій прояв у її перманентному розвитку кожного з елементів, так й її самої в цілому.

Таким чином, у концептуальному плані правова система становить цілісний екзистенціальний феномен, який можна пізнати винятково крізь призму її системних властивостей з іншими соціальними системами. Своєю чергою, підсистеми правової системи є багатогранні та різноманітні, що корелятивно поєднані між собою, та лише в своїй інтегративній сукупності складають таку самостійну соціальну систему як правова система. Навіть поява інших підсистем не змінюватиме сутності феномена правової системи.

**3. КЛАСИФІКАЦІЯ ОСНОВНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМ СУЧАСНОСТІ.**

У сучасному світі сформувалася велика кількість різноманітних правових систем. Найбільш поширеними є ***національні правові системи,*** які утворені та існують у межах певної держави. Станом на 2012 р. у світі налічувалося 194 незалежні країни, що міжнародно визнані, кожна з яких має власну правову систему. Тісний зв'язок цих правових систем з державністю відображається в їхніх назвах – правові системи України, Німеччини та ін.

На політичній мапі світу існують також невизнані або частково визнані держави (Тайвань, Північний Кіпр та ін.). Деякі території можуть бути тимчасово залежними від інших держав або міжнародних організацій (території з перехідним правовим режимом). Усі вони також мають власні правові системи, які можна вважати ***квазінаціональними.***

У межах деяких національних правових систем існують ***субнаціональні правові системи,*** які мають значну внутрішню автономію (наприклад, правова система Квебеку в Канаді, Шотландії у Великій Британії). При цьому субнаціональні системи можуть бути побудовані на засадах, притаманних правовим системам іншого типу.

Окремим правовим феноменом є ***наднаціональні правові системи,***дія яких поширюється на декілька країн. До них належать:

– ***міжнародні правові системи,*** що поширюють свою дію на політичні союзи декількох держав. У їх межах створюються наднаціональні органи, що можуть наділятися повноваженнями нормотворчості, правозастосування, здійснення правосуддя. Такі системи поширюють свій вплив на національні правові системи держав-учасниць у межах, що визначаються нормативною базою відповідних союзів (наприклад, правові системи Європейського Союзу, Ради Європи);

– ***релігійні правові системи,*** що поширюють свою дію на певні релігійні громади та їх членів (мусульманське, канонічне, іудейське та індуське право).

Таким чином, на правовій мапі сучасного світу слід розрізняти національні, квазінаціональні, субнаціональні та наднаціональні правові системи, які взаємодіють між собою й утворюють міжнародний правопорядок.

Значна кількість правових систем, їх неоднорідний характер ускладнюють їх дослідження, зумовлює необхідність їх об'єднання у відповідні групи (правові сім'ї), які вивчає порівняльне правознавство (компаративістика).

***Правова сім'я –****це сукупність правових систем, що об 'єднані спільністю їх найбільш важливих рис (структура системи права, система джерел права, правова культура і правосвідомість, юридична доктрина, юридична техніка та ін.).*

***Основними правовими сім'ями*** сучасного світу є *романо-германська, англо-американська, традиційна і релігійна.*

Крім того, правові системи можуть бути класифіковані на ***чисті*** та ***мішані (гібридні).*** Чистими є системи, що побудовані на романо-германському, англо-американському, релігійному або традиційному праві. Мішані правові системи об'єднують інститути, що походять з різних правових систем. Так, правові системи багатьох країн Азії та Африки побудовані на взаємодії інститутів романо-германського, англо-американського, релігійного і традиційного права. До мішаних належать, зокрема, правові системи Філіппін, Японії, Шрі-Ланки, Маврикію, Камеруну.

Слід звернути увагу на існування ***материнських*** і ***дочірніх*** правових систем. Материнськими є ті системи, що утворили основу певної правової сім'ї. Дочірні правові системи побудовано за моделлю інших (материнських) правових систем. Так, материнською є англійська правова система, тоді як правові системи Канади, Австралії, Нової Зеландії, що побудовані за моделлю права Англії, належать до дочірніх.

***Рамано-германська правова сім'я*** сформувалася в континентальній Європі починаючи з ХІ-ХІІ ст. і набула значного поширення також у неєвропейських державах, які запозичили її основні риси. До цієї сім'ї тяжіють правові системи багатьох латиноамериканських (Аргентини, Бразилії, Мексики та ін.) і скандинавських країн (Швеції, Данії, Фінляндії та ін.), а також правові системи України та деяких інших пострадянських країн.

***Спільними ознаками*** правових систем романо-германської сім'ї є такі:

* 1) їх формування *на основі рецепції (запозичення) римського права*;
* 2) розуміння сутності права, що склалося *завдяки дослідженню і викладанню римського та канонічного права в середньовічних європейських університетах*;
* 3) *єдине розуміння норми права,* яка розглядається як *абстрактне і загальне* правило поведінки;
* 4) *нормативно-правовий акт* (закон) як *основне джерело* права. Інші джерела права також визнаються, але мають менше значення;
* 5) *поділ права на публічне і приватне,* а також *на галузі* (конституційне, цивільне, кримінальне, адміністративне та ін.);
* 6) *поширеність кодифікації* законодавства;
* 7) *загальний понятійний фонд і термінологія,* тобто подібність правових понять і категорій, які використовуються в кожній національній правовій системі;
* 8) *наявність загальних принципів права,* на яких грунтується правовий порядок (наприклад, заборона зловживання правом, заборона дискримінації).

Історія формування ***англо-американської правової сім'ї*** почалася з XI–XIII ст., коли в Англії виникло загальне право. Пізніше це право було запозичене СІЛА і деякими іншими державами світу. Зараз до цієї сім'ї поряд із правовою системою Англії та США входять більш ніж 50 країн Співдружності націй.

***Спільними ознаками*** правових систем англо-американської сім'ї є такі:

* 1) *відсутність значного впливу з боку римського і канонічного права,* їх розвиток під впливом переважно внутрішніх чинників;
* 2) найбільший вплив на його розвиток справили *юристи-практики, в першу чергу судді*;
* 3) *казуальний (менш абстрактний) характер правил,* обумовлений тим, що більшість таких норм створювалися при розгляді судових справ і тому розраховані насамперед на вирішення конкретних спорів;
* 4) *судовий прецедент* і *нормативно-правовий акт* (статут) як *основні джерела* права;
* 5) *відсутність істотного значення* поділу системи права на *публічне і приватне,* а також на *галузі;*
* 6) поділ права на *статутне* і *прецедентне.* У свою чергу в прецедентному праві виокремлюється *загальне право* і *право справедливості;*
* 7) *нехарактерність кодифікації;*
* 8) особлива значущість *змагальної судової процедури.*

***Сім'я традиційного права*** охоплює правові системи, засновані на звичаєвому праві. Традиційна правова сім'я поділяється на ***два підтипи*** правових систем – *держав Далекого Сходу* і *країн Африки.*

***Особливостями*** традиційних правових систем є:

* 1) *звичай як основне джерело права.* Упродовж багатьох століть підвалини правового регулювання цих країн становили норми звичаєвого права, що базувалися на традиціях і моральних уявленнях;
* 2) *негативне ставлення до законодавства.* Таке джерело права, як законодавство, вважалося неприродним для суспільства явищем. Негативне ставлення до нього й дотепер має відчутні наслідки. У XX ст. після широкої рецепції західного права, значного поштовху в розвитку законодавства та кодифікації склалася ситуація, за якої значна частина населення ігнорує ці правила, а реальні суспільні відносини, як і раніше, регулюються на підставі традиційних норм;
* 3) *ігнорування державних структур у процесі реалізації права.* Визнання звичаєвого права та ігнорування законодавства спричинили особливості реалізації права. Упродовж століть дія звичаїв підтримувалася за допомогою самокерованих суспільних структур і соціального тиску на правопорушників, без звернення до державних органів, зокрема до судів. Переважна більшість спорів і дотепер вирішується шляхом застосування процедур примирення за посередництвом шановних членів суспільства на основі норм звичаєвого права;
* 4) *слабкий розвиток юридичної інфраструктури.* Століттями ці країни не знали юридичної професії – суддів, прокурорів, адвокатів, нотаріусів та ін., не існували системи юридичної *науки* та освіти.

У свою чергу ***релігійна правова сім'я*** об'єднує правові системи *мусульманського, індуського, іудейського і канонічного права.*

***Характерними рисами*** релігійних правових систем є:

1) *нерозривний зв'язок із релігією.* Кожна правова система, що входить до цієї правової сім'ї, є частиною певної релігії – ісламу, індуїзму, іудаїзму, християнства. Норми права засновано на релігійних уявленнях і віруваннях, унаслідок чого правові та релігійні норми тісно переплетені, а часто й збігаються;

2) *розгляд права як божественного відкриття,* а не як наслідку раціональної діяльності людини і держави. У такому разі завдання людини зводиться насамперед до правильного усвідомлення і тлумачення божественних норм;

3) *визнання соціальної цінності права.* В усіх релігіях присутня ідея богоугодного характеру права і воно визнається необхідним елементом справедливого суспільного устрою;

4) *персональний характер дії права.* Це означає, що засноване на релігії право поширює свою дію не на певну територію, а персонально – на членів релігійної громади. Тому релігійні правові системи стосуються насамперед осіб, які сповідують певну релігію, незалежно від того, де територіально вони проживають;

5) *невизнання принципу формальної рівності.* Зазначені релігії нерідко наділяють людину різним правовим статусом – правами та обов'язками залежно від віднесення до певної групи, відокремленої за різними критеріями (статевим, етнічним, релігійним або соціальним).

**4. МІСЦЕ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ НА ПРАВОВІЙ КАРТІ СВІТУ.**

Українська правова система формувалася у складних умовах за відсутності державної незалежності протягом значних періодів її історії, під впливом різних правових і суспільних концепцій, зумовлених геополітичним положенням України.

***Самобутність вітчизняної правової системи*** зумовлена такими історичними обставинами:

1) *генетичним зв'язкам з Руською Правдою.* Цей акт, що став першою кодифікацією звичаєвого права Київської Русі, є відправним пунктом вітчизняної правової традиції;

2) *впливом польсько-литовського права.* Так, на розвиток права впливало надання литовськими і польськими королями та князями українській шляхті, міщанству і духовенству, а пізніше козацтву "привілеїв" на права та вольності;

3) *дією Магдебурзького права* на території України (ХШ-XVIII ст.), яке є одним із найбільш відомих систем міського права;

4) *державно-правовим досвідом періоду Гетьманщини* (Війська Запорізького), який був утілений у політичних програмах гетьманів та їх державотворчій практиці. Важливими для цієї сфери були "пакти й Конституції законів та вольностей Війська Запорізького" Пилипа Орлика 1710 р.;

5) *перебуванням українських земель* протягом XVIII-XX ст. *у складі різних державних утворень* (Російська імперія, Австро-Угорщина, Польща та ін.), завдяки чому українська правова система зазнала впливу різних правових традицій та правових систем;

6) *державно-правовим досвідом періоду української революції* (1917-1921 рр.), який втілено у правових актах Центральної Ради, УНР, ЗУНР, української держави гетьмана П. Скоропадського, Директорії, УСРР;

7) *існуванням Української РСР у складі Радянського Союзу,* що дало підставу для віднесення українського права до правових систем соціалістичного типу;

8) *формуванням правової системи незалежної України.* Умови для її створення з'явилися після проголошення Декларації про державний суверенітет 1990 р. і Акта про незалежність України 1991 р. Важливе значення для формування незалежної правової системи мало прийняття у 1996 р. Конституції України, яка зафіксувала правові засади її подальшого економічного, політичного та соціально-культурного розвитку, накреслила основні шляхи реформування її правової системи.

***Особливими рисами сучасної правової системи України*** є;

1) *тяжіння до романо-германської правової сім'ї,* що зумовлює наявність таких притаманних цій сім'ї рис, як домінування нормативно-правових актів у системі джерел права, кодифікація, поділ права на приватне і публічне та ін.;

2) *перехідний тип,* що обумовлений соціалістичним минулим України і офіційно проголошеним курсом на демократичну, правову державність, верховенство права;

3) *євроінтеграційний вектор розвитку,* що зумовлює зближення національного права України з європейським правом. У 1995 р. Україна стала членом Ради Європи, взяла на себе зобов'язання щодо реформування правової системи і впровадження європейських стандартів. Значний вплив на національну правову систему справляє сприйняття практики Європейського суду з прав людини. Крім того, починаючи з 90-х рр. XX ст. відбувається адаптація законодавства України до законодавства Європейського Союзу.

# Лекція 5. ПОНЯТТЯ „СІМ`Я ПРАВА” ТА ЗНАЧЕННЯ ЦІЄЇ КАТЕГОРІЇ ДЛЯ НАУКИ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА

[1, с. 66-73; 3, с. 55-59, с. 62-68, с. 71-72; 5, с. 68-72]

1. Поняття правової сім`ї.
2. Значення категорії „правова сім`я» для юридичної компаративістики.
3. Проблема класифікації правових систем у правові сімї.
4. Критерії класифікації правових систем Зміст концепції правових сімей Р. Давіда.
5. Характеристика концепції „правового стилю” К. Цвайгерта.

**1. ПОНЯТТЯ ПРАВОВОЇ СІМ`Ї.**

Ще одним важливим поняттям є поняття «правова сім’я».

Поняття «правова сім'я» є теоретико-синтетичним утворенням. В реальному житті ми маємо справу не з сім'ями, а з національними правовими системами.

Дослідження правових систем окремих країн формують широкий масив емпіричних даних, які дозволяють побачити особливості кожної держави. Але накопичення інформації про правові явища різних країн вимагає її систематизації. Розглядаючи особливості історичного виникнення права в різних країнах, його побудови, юридичної практики та інших чинників, можна зафіксувати закономірні зв'язки між різними правовими системами. Для того, щоб скласти глибокі наукові уявлення про закономірності розвитку права в різних регіонах світу, скласти його правову карту, яка буде відповідати дійсності, зробити обґрунтовані прогнози щодо шляхів подальшого розвитку правових систем, необхідно об'єднати існуючі національні правові системи у певні групи та сконцентрувати увагу на порівнянні різних «моделей», типів права, уособленням яких і є «правові сім'ї».

**Правова сім'я** – сукупність національних правових систем, які мають спільні риси, що проявляються в єдності закономірностей розвитку та функціонування права, домінуванні певних джерел права та правових ідей, схожості правових категорій і понять.

Найбільш поширеною класифікацією правових сімей сьогодні є наступна:

- романо-германська (континентальна) сім’я (з виділенням в ній романської та центральноєвропейської (германської) груп);

- англо-американська сім’я;

- сім’я релігійного права (мусульманське право);

- сім’я традиційного права;

- в окрему групу слід також виділити змішані правові системи.

**1. Романо-германська правова сім’я.** До неї компаративісти відносять правові системи, які з`явилися у континентальній Європі на основі Римських, канонічних та місцевих правових традицій. За висловленням Рене Давида, вона є першою сім’єю, з якою ми зустрічаємося у сучасному світі.

Ця правова система є найбільш стародавньою і широко розповсюдженою у світі. Це пояснюється не тільки її історичним корінням – (право Римської імперії). Система відрізняється нормативною упорядкованістю і структуризованістю джерел, стійкими демократичними правовими принципами, забезпеченням суворої юридичної техніки. «Носіями» і рушійними силами даної системи були найбільш могутні держави: два тисячоліття тому назад Римська імперія, дещо пізніше держави Європи – Франція, Німеччина тощо. Їх вплив на життя Європи і країн інших континентів, як в культурологічному значенні, так і у військово-політичному і економічному, був беззаперечним. Континентальна система набула характеру універсальної, з тими особливостями і модифікаціями, які вона зазнала в різних регіонах світу.

Правові системи цієї сім`ї поділяються на дві групи: романську і германську. До першої групи належать правові системи Франції, Італії, Іспанії, Бельгії, Люксембургу та Голландії. До другої групи відносить правові системи ФРН, Австрії, Швейцарії та ряду інших країн.

Загальновизнаним центром розвитку романо-германської правової сім`ї є континентальна Європа. Однак, її бурхливий розвиток за останнє століття спостерігався і в інших регіонах. З урахуванням цього романо-германську правову сім`ю іноді поділяють на латиноамериканську, скандинавську, латинську та інші правові підгрупи.

Дослідники цієї правової сім`ї виділяють три основні періоди її еволюції.

Першим періодом становлення і розвитку романо-германської правової сім`ї хронологічно вважається період, що передував її еволюції до ХІІІ століття. У цей період елементи, з яких складалася романо-германська правова система, мали характер звичаєвого права. Широко використовувалися кодекси, дігести і інституції Юстиніана.

Система правосуддя в цей період була розрізненою. В судових засіданнях панувало «звернення до надприродного». Виконання судових рішень ніяк не забезпечувалося. Суперечки між приватними особами і соціальними групами вирішувалися в цей період «за законом сильного».

Другий період розвитку романо-германської правової сім`ї хронологічно визначається з ХІІІ по ХVІІІ ст. він безпосередньо асоціюється з Ренесансом, що був започаткований в Італії, а далі розповсюджувався на всю Західну Європу. Ідея звернення до культурної спадщини, в тому числі і юридичної, а саме до правової системи стародавнього Риму, розповсюдилася практично на всю Європу.

Рене Давид характеризував цей період як такий, коли нове суспільство знову почало розуміти необхідність звернення до права, оскільки тільки право може забезпечити порядок і безпеку. Передові верстви суспільства вимагали від панівних класів того, щоб всі суспільні відносини базувалися тільки на праві, щоб був усунений режим анархії і сваволі. В цей час зароджується ідея рецепції римського права.

Як вже згадувалось, однією з особливостей права романо-германської системи є те, що в цей період і в подальші часи вона не була результатом розширення і посилення королівської влади чи будь-якої іншої влади, не була наслідком централізації. Її фундаментом з самого початку слугувала спільність культури і традицій західноєвропейських країн. Основним засобом поглиблення і розповсюдження ідей, що лежали в основі романо-германського континентального права, були європейські університети. Університетська юстиція засновувалася на понятті права як права-зобов`язання (яким воно повинно бути), а не права-сутності (якими воно є). Вивчення права розглядалося в тісному взаємозв`язку з нормами моралі. Судова діяльність була орієнтована на положення права, а не на власний розсуд при винесені рішень у справі. В цьому одна з відмінностей континентального права від англо-американського.

Право розглядається як своєрідна наука для суддів в їх професійній та суспільній діяльності. Воно являє собою сукупність рішень церковних соборів, а також постанов та інших актів, які походили від Римського Папи. З допомогою норм канонічного права регулювалися питання внутрішнього життя церковних організацій, а пізніше і деякі сімейні, шлюбні і майнові відносини.

Канонічне право поступово кодифікувалося (наприклад, Зводи канонічного права 1582 р. та ін.).

Одним із різновидів цього регулювання внутрішньодержавних зв`язків та відносин стає інквізиція, що діяла з ХІІІ по ХІХ ст. Інквізиція являла собою судово-поліцейську установу, що запроваджувалася для боротьби з єретиками. Проте вона фактично контролювала все суспільство і справляла величезний вплив на всі верстви населення. Особливого розповсюдження набуває в Іспанії.

Із подальшим розвитком європейського суспільства змінюються не тільки ставлення до права, а й уявлення про нього. В університетських програмах та курсах пріоритетне ставлення до римського права поступово трансформується в намір формулювати такі принципи права, які були виразом не тільки академічних, а й раціональних начал. Ця нова течія, напрямок, школа (теорія, доктрина) природного права остаточно затверджується в університетах Європи в ХVІІ – ХVІІІ ст. Тут розроблялись і реалізовувались нові ідеї, постулати, теоретичні положення, що формували „краще право”, „нове право”, „справедливе право”, виявлялися зв’язки права з філософією, релігією, мораллю.

Третій період, який триває і зараз в розвитку системи романо-германського права, який значною мірою був підготовлений школою природного права, асоціюється з посиленням розвитку законодавства в європейських країнах і кодифікацією. Буржуазні революції змінили докорінно або відмінили як такі феодальні правові інститути. Закон стає основним джерелом романо-германського права. Рене Давид констатує, що саме в цей період уперше виникає інтерес до позитивного права. Вперше суверен може створювати право і переглядати його в цілому. Причини, що обумовили підвищення ролі позитивного права, закону і законодавства, визначили також необхідність систематизації нормативного матеріалу, а саме кодифікації. Вона виступала як остаточне завершення процесу формування системи романо-германського права як цілісного явища. Багато з європейських країн приймають кодекси. Так, у Франції (1804 р.), в Німеччині (1896 р.), в Швейцарії (1881-1907 рр.), в інших країнах також приймалися цивільні кодекси.

В наступний період – кримінальні, кримінально-процесуальні і інші аналогічні їм нормативно-правові акти.

В наш час кодекси (поряд з іншими правовими актами і, в першу чергу, із звичайними діючими законами) регулюють практично всі важливі сфери суспільного життя. Вони в романо-германській правовій сім`ї є основними джерелами права. На вершині піраміди нормативно-правових актів в системі романо-германського права знаходяться конституції та конституційні закони, вища юридична сила яких та вплив на зміст і процес розвитку системи романо-германського права є беззаперечні.

Серед інших джерел права важлива роль належить підзаконним актам, звичаєвому праву, а також судовій практиці.

Публічне право регулює всі ті загальні потреби, відносини, інтереси, без забезпечення яких неможливе як задоволення особистих інтересів, так і загальнозначимих, публічних інтересів в цілому.

Тому публічне і приватне право органічно пов’язані і взаємодіють між собою. За останній період одержує розвиток так зване «соціальне право», яке є засобом гарантування прав громадян, стандартів реалізації їх особистих прав на освіту, охорону здоров`я, безпечне природне середовище, достатній життєвий рівень тощо.

Публічне право знаходить свій матеріалізований, структурно-пізнавальний вираз в побудові правових систем, галузей законодавства, в законах і інших джерелах права, правових актах, в методах правового регулювання.

**2. Англо-саксонська правова сім’я** (система загального права).

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, що сформульована суддями в судовому прецеденті, який є основним джерелом (формою) права, в поділі права на загальне право і право справедливості, в превалюванні процесуального права над матеріальним.

Ця сім`я, що сформувалася багато віків тому в Англії, є найбільш розповсюдженою у світі. Від інших правових сімей вона відрізняється тим, що в якості основного джерела права в ній визнається судовий прецедент.

Суди не тільки застосовують, але й створюють норми права в процесі вибору відповідного прецеденту, його тлумачення, прийняття або неприйняття під приводом значних розбіжностей обставин справи, яка розглядається від тієї, що розглядалася раніше; суд в цілому і судді зокрема мають значну свободу. Визначення прецеденту джерелом права означає, що суд здійснює не тільки юридичну функцію (вирішення конфліктів на основі права), але й правотворчість. В силу таких обставин загальне право досить часто називають «судовим правом». Ще однією особливістю є відсутність в англійській правовій сім`ї чітко вираженого (порівняно з континентальним правом) поділу на галузі права. Норми загального права спрямовані перш за все на вирішення проблем, а не на формулювання загального правила поведінки як орієнтира на майбутнє. Характерне також традиційне перебільшення ролі процесуального права порівняно з іншими галузями права.

Для цієї правової сім`ї характерний поділ права на загальне право та право справедливості.

Вчені-компаративісти, досліджуючи сім`ю загального права, приділяють першочергове значення англійському праву як ідеологічній базі всієї правової сім`ї, об’єктивно оцінюють високу питому вагу американського права і ступінь впливу на нього і інших національні законодавства концепції загального права.

В силу історичних і інших умов англійське право завжди займало і продовжує займати центральне домінуюче місце в англосаксонській правовій сім`ї. В історії його розвитку дослідники, як правило, розрізняють чотири періоди.

Перший період, який називають англосаксонським, розпочинається з норманського завоювання Англії в 1066 р. Йому притаманна наявність численних законів і звичаїв варварських племен германського походження (саксів, англів, ют тощо), що 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 в розвиткові англійського права визначають часом з 1066 по 1485 рр. (до встановлення династії Тюдорів). В цей час поступово долається домінуюча роль місцевих звичаїв і відбувається становлення загального права. Цей період справив великий вплив на всі наступні періоди розвитку правової системи Англії.

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

Четвертий період визначається з 1832 р. і існує до цього часу. Поступово здійснюється значна 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, подібні реформи не позбавили англійське право його традиційних рис.

В наш час в якості найважливіших джерел англійського права залишаються судові прецеденти. Поряд з тим, з кінця ХІХ століття все більшого значення набувають парламентські статути – законодавчі акти, що приймаються британським парламентом.

Протягом ХХ століття серед джерел права зростає роль делегованого законодавства, особливо в сфері освіти, медичного обслуговування, соціального страхування тощо.

Поряд з англійським правом в англосаксонській правовій сім`ї особливо виділяється також американське право – правова система США. Вона почала формуватися ще в ХVІІ – ХVІІІ 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 залишилася США, цілком самостійною в 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 системи права. Серед інших особливостей слід вказати на більшу роль, що в ній відіграє законодавство порівняно з англійською правовою системою, більшу «кодифікованість», меншу роль судової практики.

**3. Мусульманська правова сім’я.**

Мусульманське право є системою норм і найбільш досконалою політико-правовою доктриною в релігійно-общинній групі правових систем. Ця правова система існує в рамках ісламської релігії, яка має державний характер і більш, ніж всі інші світові релігії, пов`язана з правом.

Мусульманське право не є самостійною галуззю чи сферою науки. Його підвалини закладені ще в VІІ – Х ст. в період становлення і розвитку феодальних відносин в Арабському халіфаті. Воно незмінно виступає як одна із сторін Ісламу.

Згідно з догмами Ісламу, мусульманське право походить від Аллаху, який відкрив це право і довів його до всього суспільства через свого посланця Мухамеда. Особа останнього займає важливе місце як в релігійній доктрині Ісламу в цілому, так і в одній з складових – мусульманському праві.

***Основою мусульманського права є Коран*** *(араб. «читання») – священна книга мусульман. Це зібрання різних проповідей, обрядових та юридичних настанов. Зміст Корану – це висловлювання і настанова пророка і посланця Мухамеда.*

**Коран** – перше і основне джерело мусульманського права. Жоден мусульманський юрист не сприймає його ні в якості книги права, ні в якості мусульманського права. Невелика кількість правил поведінки, що містяться в Корані, є недостатніми для кодифікації. Тому мусульманський суддя звертається безпосередньо не до Корану, який не може і не повинен тлумачити право, а до книг, що написані в різні часи найбільш авторитетними юристами, вченими-богословами, що містять у собі таке тлумачення. Статус Корану можна визначити як такий, що виступає моральною і релігійно-філософською основою мусульманського права, вихідним началом формування мусульманської держави та права. В священній книзі – Корані – містяться також керівні положення, що стосуються беззаперечності та чистоти мусульманської віри. Поряд з положенням релігійного чи філософсько-релігійного плану в Корані містяться також положення, що розглядаються в суто юридичному плані. Це, наприклад, приписи правовірних цінувати милосердя Аллаха і самим бути милосердними тощо.

Норми і принципи Корану досить обширні і диспозитивні, їх тлумачення дозволяє проявляти в установлених ними релігійних рамках правову ініціативу. Крім Корану, до основних джерел мусульманського права належать: Сунна, Іджма, Кияс. Зокрема, Іджма слугує доповненням в мусульманському праві в ситуаціях, які не передбачені іншими джерелами.

Теорія і практика застосування мусульманського права використовує і такі джерела права, як різного роду регламенти, угоди, звичаї. Поряд із санкціонованими звичаями важливе практичне значення мають угоди. Зміни у мусульманському праві щодо пристосування до сучасних умов відбуваються за допомогою так званих юридичних стратагем та фікцій. Вони дозволяють використовувати менталітет і традиції, що склалися в правозастосовчій практиці мусульманського права. Так, наприклад, заборона Корану займатися лихварством долається шляхом обмеженого тлумачення кола осіб, на яких ця заборона розповсюджується.

Будь-які заборонні норми можна обходити також в той спосіб, що угоди, заборонені для мусульман, є дозволеними, коли одна сторона із сторін не являється мусульманином.

Для визначення природи ісламських правових систем слід розмежовувати мусульманське релігійне право з позитивними правовими системами мусульманських країн. Є два близьких поняття – «мусульманське право» і «право окремих мусульманських країн», які співіснують не тільки в теорії, а й в реальному житті мусульманської країни. Рене Давид зауважував, що суспільство мусульманських країн «завжди живе під владою звичаїв чи законів, які, безумовно, спирались на принципи мусульманського права і відводили їм серйозну роль».

Ускладнення соціально-економічних, політичних і інших відносин, поглиблення зв`язків між мусульманськими та не мусульманськими країнами, фактори вестернізації призводять до проникнення в мусульманське право правових засад західних країн.

**4. Змішані правові системи.**

Деякі дослідники виділяють змішані (гібридні) типи правових систем, до яких, зокрема, належать Данія, Норвегія, Фінляндія, Ісландія та країни Балтії. Безумовно, це своєрідні системи права, на які суттєво впливають системи континентального і англо-американського права. Як правило, законодавчі акти цих країн не мають загальних частин і присвячені конкретно-регулюючим нормам. У зв`язку з інтенсивністю міжнародного співробітництва і обміну правовою інформацією стає все більш очевидним подібність законів цих країн континентальної системи. В країнах скандинавського права намітився загальний курс на його уніфікацію, що, зокрема, одержало вираз в створенні в 1952 р. Північного Союзу. Певні особливості «гібридного» типу відмічаються в правових системах латиноамериканських країн, що дало підстави Ю. Тихомирову виділити їх в латиноамериканську правову сім`ю, яка зазнала сильного іспанського правового впливу і впливу американського конституційного права.

5. **Сім’я традиційного чи звичаєво-общинного права.**

Ці системи сформувалися на основі норм-звичаїв, які склалися природним шляхом, а також правових норм, що запозичилися у колоніальних держав. Цю групу складають правові системи країн, що розвиваються (Африки, Мадагаскару).

Серед ознак цієї правової сім`ї виділяють певні особливості:

1. Домінуюче місце в системі джерел права-звичаїв і традицій, що мають, як правило, неписаний характер.

2. Звичаї і традиції являють собою синтез норм, міфів, моральних вимог, що склалися природним шляхом і визнані державою.

3. Звичаї і традиції регулюють в першу чергу відносини груп чи спільнот, а не окремих індивідів.

4. Нормативні акти (писані закони) мають вторинне значення, хоча в наш час їх питома вага зростає і зростає.

5. Правовий прецедент не набуває певного значення як джерело права.

6. Юридична доктрина не відіграє суттєвої ролі в юридичному житті даних суспільств.

Стан сучасного права країн Африки визначається специфікою розвитку цього регіону. Внаслідок цього їх правові системи тривалий час формувалися шляхом взаємовпливу традиційного, звичаєвого та західного права.

Протягом багатьох сотень років життя мешканців Африки регулювалося звичаями. Їх виконання було традиційно добровільним. Взагалі, територія Африки характеризується великим різноманіттям звичаїв і традицій. В межах одного району відмінності між звичаями різних племен, як правило, було незначними. Але в різних регіонах відмінності вже могли бути досить великими. Так, були племена як з монархічними, так і з демократичними режимами. Родина існувала як і в матріархальному, так і в патріархальному вигляді. Але всі племена мали багато спільного в тому, що стосувалося принципів, звичаєвої техніки, механізмів реалізації.

Великий вплив на розвиток права Африки справило поширення християнства та ісламу. І хоча за традицією звичаї продовжували існувати, сила їх значно зменшувалися.

Християнство поширювалося у два етапи. Перший – в ІV ст., коли християнською стала Ефіопія. Наступне просування християнства стало можливим лише у ХІХ ст. І сьогодні зараз серед африканців – 30 відсотків християн.

Поширення ісламу почалося у ХІ ст. (Західна Африка). У ХІV – ХV ст. іслам почав завойовувати позиції на узбережжі Індійського океану в Сомалі. Зараз близько 35 відсотків африканців – мусульмани.

Істотно, що ці релігії мали відповідний вплив і на розвиток правових інститутів. Християнство сприяло рецепції континентального права та загального права, іслам – мусульманського права.

Протягом ХІХ ст. територія всієї Африки була повністю колонізована. Насамперед Англією, Іспанією, Бельгією, Португалією та Францією. Кожна країна-колонізатор проводила свою політику асиміляції населення та впровадження свого права. Для застосування нових правових норм традиційне звичаєве право було непридатним. Тому майже у всіх африканських країнах поряд із традиційними органами розгляду спорів були створені суди європейського типу.

У сфері кримінального права з самого початку були заборонені найбільш варварські види покарань. З 1946 р. у майже всій французькій Західній Африці почали застосовувати французький кримінальний кодекс. В сфері кримінального права почали діяти також і суди. Орієнтація на французьке право була, насамперед, у таких країнах, як Нігерія, Гана, Гамбія.

Одночасно в англійській Західній Африці були запроваджені кримінальні, кримінально-процесуальні кодекси. Звичаєве право в багатьох регіонах та місцевостях було зведено до меж лише приватного права.

Португальські традиції були поширені в Анголі, Мозамбіку, Гвінеї-Бісау, Кабо Верде (колишні Острови Зеленого мису).

Незважаючи на те, що нове право запроваджувалося на зразок країн-метрополій, застосування його, як правило, було обмеженим відповідними спеціальними декретами щодо режиму тих чи інших територій. Це стосується і французьких, і англійських, і португальських володінь, а також і Бельгійського Конго, де застосовувався спеціальний Цивільний кодекс.

В Африці на різних територіях існував різний правовий режим. Так у Західній Африці, Північній Родезії (Замбії), Н`ясаленді (Малаві), Британському Сомалі застосовувалося загальне право, право справедливості, статути загального характеру. Вони стали чинними в різні часи: 1874 рік – щодо Золотого Берега (Гани); 1880 рік – щодо Сієра Леоне; 1888 рік – щодо Гамбії; 1900 рік – щодо Сомалі; 1902 рік – щодо Н`ясаленду; 1911 рік – щодо Північної Родезії. У Східній Африці застосовувалося право Британської Індії. На південь від Замбезі застосовувалося романо-германське право. Це стосувалося Мису Доброї Надії, Південної Родезії, Бечуаналенду (Ботсвани), Басутоленду (Лесото), Трансваля, Свазіленду. Мусульманське право поширене у Судані, Лівії, Мавританії. Його компоненти є у всіх країнах, які знаходяться на узбережжі Середземного моря.

Застосування права метрополій в різних країнах Африки мало досить специфічний характер. Оригінальні правові норми досить часто зазнавали серйозних змін. Деякі, в разі необхідності, в процесі застосування місцевими адміністраціями та судами взагалі виключалися. Відмінності між правовими системами країн поглиблювалися.

Здобуття країнами Африки незалежності у ХХ ст. не уповільнило впровадження західного права. Навпаки, нові уряди підтвердили дійсність усіх попередніх законів. Особливо у сфері приватного права.

Досить суттєві зміни відбулися у сфері публічного права. Так, у більшості країн західна конституційна модель плюралістичної демократії виявилася неприйнятою. Внаслідок цього з`явилися диктаторські форми у вигляді президентських режимів, які були більш привабливими та природними для еліт цих країн. Але таку ситуацію спеціалісти вважають тимчасовою.

У сфері приватного права зміни не такі суттєві. Одночасно йдуть процеси реабілітації звичаю і цінностей звичаєвого права, та відмови від тих інститутів та норм, які затримують розвиток суспільства.

У зв`язку з тим, що в період колоніалізму звичаєве право зазнавало утисків, у багатьох країнах після отримання незалежності популярними стали рухи щодо збереження та навіть кодифікації цих норм. Так, на Мадагаскарі у 1957 році було прийнято рішення про кодифікацію звичаїв. Те ж саме було зроблене у Танганьїці, Сенегалі. У Нігерії були розпочаті роботи щодо компіляції норм звичаєвого права.

Одночасно в Школі східних та африканських досліджень при Лондонському університеті були підготовлені великі збірки норм звичаєвого права. А саме: звичаєве право та право спадкування Кенії; шлюбне, спадкове, право зобов`язань та речове право Малаві, шлюбне право Ботсвани тощо.

Сучасний політичний розвиток країн Африки обумовлює досить складні проблеми трансформації права та правових систем цього континенту.

Особливе місце в групі правових систем займає Далекосхідна система. Її формують правові системи Китаю, Гонконгу, Японії, Кореї, Монголії, країн Індокитаю, Малайзії. Перевага надається загально соціальним нормам, як взірця поведінки – нормам моралі, нормам-звичаям, нормам-традиціям. Ними обумовлюються як закони, так і судові рішення. Сьогодні держави цього регіону активно запозичують правові інновації країн європейського і американського континентів. Основним акцентом в правових системах далекосхідних країн є компроміс, якого досягають без застосування закону. Ефективним засобом вирішення конфлікту чи подолання соціального зла є кримінальне право. У питанні про співвідношення прав і обов`язків особи пріоритет надається обов`язкам.

Складні процеси соціального життя, науково-технічних революцій, загальнопланетний рух до свободи приводять до зближення правових сімей. Виникли варіації правових сімей, що містять риси і романо-германського, і загального права, і шотландського права, і права Філіппін та ін. Якщо в Англії, США і інших країнах загального права посилилась 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 в 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`єднають, 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 загальноцивілізованої, загальнокультурної основи, глобальних процесів інтеграції і утворення свободи.

**2. ЗНАЧЕННЯ КАТЕГОРІЇ „ПРАВОВА СІМ`Я» ДЛЯ ЮРИДИЧНОЇ КОМПАРАТИВІСТИКИ.**

Еволюція порівняльного правознавства та його інтерпретації мають конкретно-історичний характер і нерозривні з історією науки, її місцем і роллю в суспільстві, залежні від філософських і світоглядних засад її функціонування та осмислення.

Наприкінці ХХ – початку ХХІ ст. відбулися зміни в розумінні самої науки юридичної компаративістики, очевидними стали її неуніверсальність, обмеженість певною сферою явищ, необхідність урахування інших форм світогляду, що знайшло втілення в постмодернізмі, кризі сцієнтизму, постнекласичних інтерпретаціях науки. Сучасний розвиток науки орієнтується на міждисциплінарність, проблемність, багатоманітність наукових теорій і парадигм, плюралізм методологій, випадковість та альтернативність суспільного розвитку. За змістом наука розглядається як множина різних феноменів: наукової дисципліни, поля досліджень, переднього краю науки, соціального інституту, прояву культури і т. д.

Серед ***тенденцій розвитку юридичної компаративістики на сучасному етапі*** слід виокремити такі:

1) предметом дослідження є загальні риси й особливості не лише норм права різних порівнюваних правових систем, а й інших компонентів правової матерії (правосвідомості, праворозуміння, правової культури, правової політики та ідеології);

2) дослідження нормативно-правового масиву порівнюваних країн не тільки і не стільки в цілісному вигляді, а соціально диференційовано, залежно від ієрархії норм і їх приналежності до різних галузей та інститутів права;

3) врахування складності, різноманітності форм (джерел) права різних правових систем і виявлення подібності й розбіжності між ними;

4) прийняття до уваги незаперечного факту, що на сучасному етапі розвитку суспільства різні правові сім’ї у зв’язку з більшим зростанням економічних, політичних, торгівельних та інших зв’язків не лише зближаються одна з одною, а й окремими своїми сторонами взаємно проникають;

5) врахування відносного характеру поділу всього правового масиву на різні складові чи групи правових систем-сімей, виокремлення різних рівнів порівняльно-правових досліджень.

Сучасний розвиток порівняльно-правових досліджень в Україні пов’язаний з пошуками нової правової ідеології, практичними потребами перебудови правової системи, входженням у міжнародний та європейський правовий простір і відповідним визнанням значущості порівняльного правознавства, дослідженнями його теоретичних та історичних проблем.

На початку ХХІ ст. позитивні зміни спостерігалися в усіх сферах забезпечення і здійснення порівняльно-правових досліджень, зокрема:

* проблеми порівняльного правознавства в різних аспектах висвітлювалися у вітчизняній науковій літературі в контексті філософських, загальнотеоретичних та історичних досліджень порівняльного правознавства, його методології [2; 3; 4]; розробки «правової карти світу», досліджень особливостей правових систем, культур, традицій [5; 6; 7; 8; 9; 10]; здійснення порівняльно-правових досліджень у галузевих юридичних науках, а також науках міжнародного та європейського права [11; 12; 13; 14; 15];
* необхідність підготовки юристів на основі вивчення не лише національного, але й міжнародного та європейського права [16; 17], що зумовлено потребою реалізації Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, від 27 червня 2014 р. [18];
* розширення напрямів та обсягів вивчення проблем національної ідеї та національної правової доктрини [19; 20], міжнародного наукового співробітництва, участі вчених і педагогів у міжнародних конференціях, симпозіумах, семінарах і т. д. У цей час в Україні функціонували різні програми, фонди, діяльність яких спрямована на інформування юристів України про закордонний правовий досвід;
* організація порівняльно-правових досліджень набувала нових форм інституціоналізації. Так, створено Українську асоціацію порівняльного правознавства, Центр порівняльного правознавства при Інституті держави і права імені В. М. Корецького НАН України, Національні комітети Міжнародної академії порівняльного права та Міжнародну асоціацію юридичних наук, на базі провідних закладів вищої освіти та наукових установ відбулося становлення регіональних об’єднань юристів-компаративістів тощо [21; 22];
* радикальне збільшення обсягів публікацій з порівняльно-правової тематики, проведення регулярних наукових компаративних конференцій і семінарів, запровадження спеціалізованих журналів або випусків журналів, публікації праць вітчизняних компаративістів у закордонних виданнях тощо [23].

Разом з тим, у більшості наукових праць порівняльно-правового змісту підкреслювалося, що не існує загальновизнаної концепції порівняльного правознавства, натомість спостерігається плюралізм підходів до його інтерпретації; поза дослідженнями залишаються форми зв’язку порівняльного правознавства зі спорідненими юридичними та соціально-гуманітарними науками; потребували розробки філософські та наукознавчі засади порівняльного правознавства; необхідним залишалося вдосконалення методології порівняльно-правових досліджень; невизначеними були особливості порівняльно-правових досліджень у контексті глобалізації і плюралізації права, його «неуніверсальності», зростання значущості інших соціальних регуляторів; потребують подальших досліджень особливості вітчизняної традиції порівняльного правознавства [24].

Розв’язання окреслених проблем як порівняльного правознавства, так й юридичної науки в Україні, зумовило пошук і розробку нового бачення філософських, наукознавчих, теоретичних і методологічних засад порівняльно-правових досліджень, яке б відповідало сучасному стану правового розвитку та реаліям ХХІ ст., зокрема в першу чергу вдосконалення методології осмислення природи, структури, призначення, інституціоналізації та інших наукознавчих аспектів юридичної науки і власне порівняльного правознавства, оскільки вони мають фундаментальне значення для визначення своєрідності порівняльно-правових досліджень відносно інших наукових розробок, вимог щодо отриманих наукових знань, форм їх систематизації, меж застосування тощо.

***Основними проблемами сучасних компаративістських досліджень є:***

* загальнотеоретичні питання юридичної компаративістики (предмет, мета, методологія, об’єкти тощо);
* дослідження основних правових систем сучасності;
* порівняльно-правові дослідження в межах теоретико-історичних, галузевих і спеціальних (прикладних) юридичних наук.

Компаративістські дослідження спрямовані на публічне та приватне право, кримінальне, конституційне й адміністративне право тощо. Поряд з традиційними нормативними, або юридико-догматичними, дослідженнями з’являються нові напрями – юридико-соціологічні та юридико-філософські розвідки.

Отже, подальший розвиток юридичної компаративістики потребує філософських і наукознавчих досліджень на основі теоретичних і методологічних підходів, напрацьованих у соціально-гуманітарних науках, з виходом за межі науки (охоплення практичних, буденних та інших проявів компаративізму), європейської цивілізації з охопленням неєвропейських цивілізацій, у яких наука не є домінуючою формою світогляду.

**3. ПРОБЛЕМА КЛАСИФІКАЦІЇ ПРАВОВИХ СИСТЕМ У ПРАВОВІ СІМЇ.**

Проблема класифікації правових систем на певні групи, або сім'ї, є однією з основних проблем порівняльного правознавства. Сама ідея групування правових систем у правові сім'ї виникла в порівняльному правознавстві в 1900 році й набула великого поширення вже на початку XX століття. Так, наприклад, учасники І Міжнародного конгресу порівняльного права в 1900 році розрізняли французьку, англо-американську, німецьку, слов'янську і мусульманську правові сім'ї.

  Як відомо, **класифікація** — це система розподілу будь-яких однорідних предметів або понять за класами, відділами на основі певних загальних ознак (критеріїв). У нашому випадку такими однорідними предметами виступають правові системи. Результатом класифікації правових систем є систематична одиниця — правова сім'я.

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

  Традиційно складним є питання про вибір критеріїв класифікації національних правових систем. У пошуках цих критеріїв юристи-компаративісти брали за основу різні фактори. Так, можливе об'єднання правових систем за цивілізаційною ознакою, за географічною, за регіональною та іншими загальними зовнішніми і внутрішніми ознаками. Класифікація може мати діахронний (історичний) або синхронний характер; її можна проводити як на рівні правових систем, так і в межах окремих галузей права різних правових систем.

 Звідси випливає принципова можливість множинності класифікацій, що побудовані за різними критеріями і здійснюються з різною метою. Проте при класифікації правових систем пріоритет повинен бути відданий критеріям юридичного порядку.

 На думку М. М. Марченка, критерії класифікації правових систем повинні відповідати, зокрема, таким вимогам:

 1) мати у своїй основі постійні, фундаментальні, а не тимчасові та випадкові фактори;  
   2) бути більш-менш визначеними ознаками-критеріями;

3) мати сталий об'єктивний характер;

4) вирізняти основний, домінуючий критерій у разі, коли в основу класифікації правових систем покладено не одну, а кілька ознак-критеріїв.

   У сучасній компаративістиці щодо класифікації правових систем сформувались два основні напрямки. Так, одні автори беруть до уваги тільки найсуттєвіші відмінності і схожі риси правових систем і в цьому випадку обмежуються виокремленням на правовій карті світу трьох основних груп. Інші автори, беручи до уваги більшу кількість критеріїв, налічують до восьми правових сімей. Перший напрямок найбільш яскраво представлений у концепції правових сімей Р. Давида, другий — у концепції “правового стилю” К. Цвайгерта. Розглянемо ці класифікації більш детально.

  Класифікація Р. Давида. Відомий французький компаративіст пропонує два рівноправні критерії, за допомогою яких відбувається класифікація правових систем:

  - юридична техніка, якою користуються юристи тієї чи іншої країни, вивчаючи і практикуючи право;

  - однакові філософські, політичні й економічні принципи.

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

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

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

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

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

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

1) історичним походженням і розвитком правової системи;

2) панівною доктриною юридичного мислення та її специфікою;

3) своєрідними правовими інститутами;

4) правовими джерелами і методами їхнього тлумачення;

5) ідеологічними факторами.

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

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

Слід зазначити, що обидві класифікації (як найбільш загальна трьохчленна, так і більш детальна) є корисними і тому мають право на існування. Так, трьохчленний поділ правових систем на романо-германські, англо-американські та релігійно-традиційні системи може бути покладений в основу загальної характеристики стану і розвитку права в сучасних суспільствах. Цим якісно своєрідним, контрастним національним правовим системам притаманний особливий юридичний лад, вони мають характер базових, класичних юридичних типів. Тож саме ця найбільш загальна класифікація і покладена в основу нашого підручника.

Виокремлюючи названі три базові елементи (романо-германську, англо-американську та релігійно-традиційну правові системи), не слід випускати з поля зору ще один ряд правових систем. Його утворюють правові системи, які за своєю основою належать до однієї з трьох класичних груп, проте водночас мають свій особливий стиль, специфічний відтінок, особливий тембр. Завдяки цим особливостям можна виокремити сім'ї другого ряду: романське, германське, скандинавське, ісламське, індуське, іудейське право тощо.

Можливі й інші класифікації правових систем. Ось Деякі з них.

**1. Чисті правові системи та правові системи змішаного типу** ***(“гібридні”).***

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

**2. Розвинуті та нерозвинуті правові системи.**

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

**Нерозвинуті правові системи** — це ті системи, в яких не розкрились, не розгорнулись якості права як самостійного і сильного соціального феномена, що відіграє особливу роль у житті суспільства. Такими системами в сучасному світі є релігійно-традиційні правові системи: основи рішень життєвих ситуацій тут взагалі перебувають поза правом — вони вкорінені у традиції, у релігійні норми, у постулати ідеології.

**Материнські і дочірні правові системи.**

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

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

Так, материнською є англійська правова система, тоді як правові системи Канади, Австралії, Нової Зеландії, які побудовані за моделлю права Англії, належать до дочірних.  
   Слід зазначити, що *класифікація правових систем має відносний характер*.

По-перше, в деяких правових сиcтемах можна знайти інститути права, галузі й навіть правові системи, що за своєю природою і характером належать до інших правових сімей. Так, у правовій системі штату Луїзіана (США) як колишньої колонії Франції історично склалися і значною мірою зберігаються основні ознаки романо-германського права. Водночас правова система США, в межах якої існує правова система Луїзіани, належить до сім'ї англо-американського права.

По-друге, відносний характер класифікації виявляється у взаємному переплетенні норм, інститутів, правових традицій різних правових сімей. Це обумовлено тим, що правові сім'ї можуть належати до однієї цивілізації. Так, сім'ї англо-американського та романо-германського права сформувалися під впливом західної правової традиції і мають багато спільного.  
   По-третє, при класифікації слід враховувати об'єктивний процес конвергенції, або зближення двох основних правових сімей — англо-американської і романо-германської, який зменшує різницю між цими правовими системами.

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

**4. КРИТЕРІЇ КЛАСИФІКАЦІЇ ПРАВОВИХ СИСТЕМ ЗМІСТ КОНЦЕПЦІЇ ПРАВОВИХ СІМЕЙ Р. ДАВІДА.**

Проблема класифікації правових систем на певні групи, або сім'ї, є однією з основних проблем порівняльного правознавства. Сама ідея групування правових систем у правові сім'ї виникла в порівняльному правознавстві в 1900 році й набула великого поширення вже на початку XX століття. Так, наприклад, учасники І Міжнародного конгресу порівняльного права в 1900 році розрізняли французьку, англо-американську, німецьку, слов'янську і мусульманську правові сім'ї.

   Як відомо, **класифікація** — це система розподілу будь-яких однорідних предметів або понять за класами, відділами на основі певних загальних ознак (критеріїв). У нашому випадку такими однорідними предметами виступають правові системи. Результатом класифікації правових систем є систематична одиниця — **правова сім'я**.

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

   Традиційно складним є питання про вибір критеріїв класифікації національних правових систем. У пошуках цих критеріїв юристи-компаративісти брали за основу різні фактори. Так, можливе об'єднання правових систем за цивілізаційною ознакою, за географічною, за регіональною та іншими загальними зовнішніми і внутрішніми ознаками. Класифікація може мати діахронний (історичний) або синхронний характер; її можна проводити як на рівні правових систем, так і в межах окремих галузей права різних правових систем.

  Звідси випливає принципова можливість множинності класифікацій, що побудовані за різними критеріями і здійснюються з різною метою. Проте при класифікації правових систем пріоритет повинен бути відданий критеріям юридичного порядку.

  На думку М. М. Марченка, критерії класифікації правових систем повинні відповідати, зокрема, таким вимогам:

 1) мати у своїй основі постійні, фундаментальні, а не тимчасові та випадкові фактори;  
   2) бути більш-менш визначеними ознаками-критеріями;

  3) мати сталий об'єктивний характер;

  4) вирізняти основний, домінуючий критерій у разі, коли в основу класифікації правових систем покладено не одну, а кілька ознак-критеріїв.

  У сучасній компаративістиці щодо класифікації правових систем сформувались два основні напрямки. Так, одні автори беруть до уваги тільки найсуттєвіші відмінності і схожі риси правових систем і в цьому випадку обмежуються виокремленням на правовій карті світу трьох основних груп. Інші автори, беручи до уваги більшу кількість критеріїв, налічують до восьми правових сімей. Перший напрямок найбільш яскраво представлений у концепції правових сімей Р. Давида, другий — у концепції “правового стилю” К. Цвайгерта. Розглянемо ці класифікації більш детально.

  Класифікація Р. Давида. Відомий французький компаративіст пропонує два рівноправні критерії, за допомогою яких відбувається класифікація правових систем:

   - юридична техніка, якою користуються юристи тієї чи іншої країни, вивчаючи і практикуючи право;

   - однакові філософські, політичні й економічні принципи.

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

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

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

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

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

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

   1) історичним походженням і розвитком правової системи;

   2) панівною доктриною юридичного мислення та її специфікою;

   3) своєрідними правовими інститутами;

   4) правовими джерелами і методами їхнього тлумачення;

   5) ідеологічними факторами.

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

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

   Слід зазначити, що обидві класифікації (як найбільш загальна трьохчленна, так і більш детальна) є корисними і тому мають право на існування. Так, трьохчленний поділ правових систем на романо-германські, англо-американські та релігійно-традиційні системи може бути покладений в основу загальної характеристики стану і розвитку права в сучасних суспільствах. Цим якісно своєрідним, контрастним національним правовим системам притаманний особливий юридичний лад, вони мають характер базових, класичних юридичних типів. Тож саме ця найбільш загальна класифікація і покладена в основу нашого підручника.

 Виокремлюючи названі три базові елементи (романо-германську, англо-американську та релігійно-традиційну правові системи), не слід випускати з поля зору ще один ряд правових систем. Його утворюють правові системи, які за своєю основою належать до однієї з трьох класичних груп, проте водночас мають свій особливий стиль, специфічний відтінок, особливий тембр. Завдяки цим особливостям можна виокремити сім'ї другого ряду: романське, германське, скандинавське, ісламське, індуське, іудейське право тощо.

   Можливі й інші класифікації правових систем. Ось Деякі з них.

**1. Чисті правові системи та правові системи змішаного типу (“гібридні”).**

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

**2. Розвинуті та нерозвинуті правові системи.**

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

  Нерозвинуті правові системи — це ті системи, в яких не розкрились, не розгорнулись якості права як самостійного і сильного соціального феномена, що відіграє особливу роль у житті суспільства. Такими системами в сучасному світі є релігійно-традиційні правові системи: основи рішень життєвих ситуацій тут взагалі перебувають поза правом — вони вкорінені у традиції, у релігійні норми, у постулати ідеології.

**3. Материнські і дочірні правові системи.**

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

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

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

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

   По-друге, відносний характер класифікації виявляється у взаємному переплетенні норм, інститутів, правових традицій різних правових сімей. Це обумовлено тим, що правові сім'ї можуть належати до однієї цивілізації. Так, сім'ї англо-американського та романо-германського права сформувалися під впливом західної правової традиції і мають багато спільного.

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

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

**5. ХАРАКТЕРИСТИКА КОНЦЕПЦІЇ „ПРАВОВОГО СТИЛЮ” К. ЦВАЙГЕРТА.**

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

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

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

   1) історичним походженням і розвитком правової системи;

   2) панівною доктриною юридичного мислення та її специфікою;

   3) своєрідними правовими інститутами;

   4) правовими джерелами і методами їхнього тлумачення;

   5) ідеологічними факторами.

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

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

 Слід зазначити, що обидві класифікації (як найбільш загальна трьохчленна, так і більш детальна) є корисними і тому мають право на існування. Так, трьохчленний поділ правових систем на романо-германські, англо-американські та релігійно-традиційні системи може бути покладений в основу загальної характеристики стану і розвитку права в сучасних суспільствах. Цим якісно своєрідним, контрастним національним правовим системам притаманний особливий юридичний лад, вони мають характер базових, класичних юридичних типів. Тож саме ця найбільш загальна класифікація і покладена в основу нашого підручника.

 Виокремлюючи названі три базові елементи (романо-германську, англо-американську та релігійно-традиційну правові системи), не слід випускати з поля зору ще один ряд правових систем. Його утворюють правові системи, які за своєю основою належать до однієї з трьох класичних груп, проте водночас мають свій особливий стиль, специфічний відтінок, особливий тембр. Завдяки цим особливостям можна виокремити сім'ї другого ряду: романське, германське, скандинавське, ісламське, індуське, іудейське право тощо.

 Можливі й інші класифікації правових систем. Ось Деякі з них.

**1. Чисті правові системи та правові системи змішаного типу (“гібридні”).**

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

**2. Розвинуті та нерозвинуті правові системи.**

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

Нерозвинуті правові системи — це ті системи, в яких не розкрились, не розгорнулись якості права як самостійного і сильного соціального феномена, що відіграє особливу роль у житті суспільства. Такими системами в сучасному світі є релігійно-традиційні правові системи: основи рішень життєвих ситуацій тут взагалі перебувають поза правом — вони вкорінені у традиції, у релігійні норми, у постулати ідеології.

**3. Материнські і дочірні правові системи.**

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

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

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

Слід зазначити, що класифікація правових систем має відносний характер.

По-перше, в деяких правових сиcтемах можна знайти інститути права, галузі й навіть правові системи, що за своєю природою і характером належать до інших правових сімей. Так, у правовій системі штату Луїзіана (США) як колишньої колонії Франції історично склалися і значною мірою зберігаються основні ознаки романо-германського права. Водночас правова система США, в межах якої існує правова система Луїзіани, належить до сім'ї англо-американського права.

По-друге, відносний характер класифікації виявляється у взаємному переплетенні норм, інститутів, правових традицій різних правових сімей. Це обумовлено тим, що правові сім'ї можуть належати до однієї цивілізації. Так, сім'ї англо-американського та романо-германського права сформувалися під впливом західної правової традиції і мають багато спільного.

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

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

# Змістовний модуль 2. ХАРАКТЕРИСТИКА ОКРЕМИХ ПРАВОВИХ СІМЕЙ ТА СУЧАСНИХ ТЕНДЕНЦІЙ ЗБЛИЖЕННЯ НАЦІОНАЛЬНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМ

# Лекція 6. ХАРАКТЕРИСТИКА РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СІМ’Ї

[1, с. 66-73; 3, с. 55-59, с. 62-68, с. 71-72; 5, с. 68-72]

1. Історичні аспекти розвитку романо-германської правової сім’ї.
2. Характерні ознаки романо-германської сім’ї права.
3. Виділення романської та германської груп правових систем у структурі романо-германської сім’ї права.
4. Система джерел права романо-германської правової сім’ї.

**1. ІСТОРИЧНІ АСПЕКТИ РОЗВИТКУ РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СІМ’Ї.**

Романо-германський тип правової системи виник на основі римського права в XII — на початку XIII ст. До його поширення на території теперішніх європейських країн застосовувалися норми-звичаї, «закони» варварських племен (Салічна правда). Вони були достатньо розрізненими. Не відбувались навіть спроби їх систематизувати. У вирішенні судових справ використовувалися позаправові засоби — «судження боже», «клятви сторін», «процедура очищення», «судове випробування», «сваволя місцевої влади».

В розвитку сім`ї романо-германського права ключову роль відіграло **римське право.** Спочатку римське право поширювалося переважно в містах середньовічної Європи. У ХVІ—XVIII століттях воно охопило земельні відносини на селі, пристосувалося до нових умов, його норми переплілися з місцевими звичаями і релігійними канонами.

Формування романо-германського типу правових систем відбувалося в умовах роз'єднаності країн Західної Європи. Тому відсутність тенденції до централізації влади виражає специфіку умов становлення романо-германского типу правової системи на відміну від англо-американського типу.

Основу розвитку системи романо-германського права забезпечила загальна культура і традиції країн континентальної Європи, що сприйняли римське право завдяки його популяризації в університетах — італійських, французьких, німецьких. Саме університети створили в XII—XIII століттях загальну для європейських країн юридичну науку на базі зводу законів (кодексу) Юстиніана (529—534 pp.). До речі, національне правопочали викладати в універ­ситетах лише в епоху Просвітництва. Наприклад, кафед­ра французького права була створена в Паризькому уні­верситеті (Сорбоні) в 1679 році. У більшості країн націо­нальне право почали викладати в університетах тільки в XVIII столітті. Причому аж до XIX століття викладання національного права мало другорядне значення.

Велику роль в переробці і пристосуванні римського права до умов життя в XIV ст. відіграла школа глосаторів, що були коментаторами текстів римських законів. Вказана школа поставили за мету встановити початковий зміст римських законів, її діяльність продовжила школа постглосаторів. Процес запозичення і використання римського права (його понятійного апарату, структури, логіки викладу, юридичної техніки) одержав назву рецепції. Особливої популярності рецепція римського права набула в Німеччині з XV ст., забезпечивши на неї більш сильний вплив, ніж на Францію.

Університетська концепція права ґрунтувалася на понятті права як належного (яким повинно бути), а не існуючого (яке є). Вивчення права розглядалося у тісному зв'язку з нормами моралі. Практична діяльність судів була зорієнтована на положення права, а не на самостійне винесення рішень у справі. Це обумовило докорінну відмінність континентального права від англо-американського.

Певний внесок у становлення романо-германського типу правової системи забезпечило **канонічне (церковне) право** завдяки величезному впливу католицької церкви і найширшої юрисдикції церковних судів (особливо в Іспанії). Становлячи собою систему канонів — правил, встановлених церквою і пристосованих як до устрою церкви, так і до життя віруючих, канонічне право ґрунтувалося на принципах римського права, вивчалося в університетах нарівні з римським цивільним правом. Між ними існував взаємовплив. У результаті в одних країнах континентальної Європи римське право стало чинним, в інших — визначило напрямок змісту національного права, що формувалося.

Також, римське право було найбільш розробленою формою права, що базується на інституті права приватної власності. Це обумовило можливість його пристосування до товарно-грошових відносин, що набували становлення у феодальній Європі. В період Ренесансу або Відродження (що почався в Італії на рубежі XIII—XIV століть, а потім поширилася по всій Західній Європі) було припинено релігійне середньовічне панування і суспільство звернулось до гуманітарних досягнень античності. Розвиток юридичного світогляду, виникнення на його основі теорії природного права, сприяли формуванню правової культури європейських спільнот. Як зазначає Р. Давид, поряд з приватним правом, заснованим на римському праві, Європа виробила норми публічного права, що виражають природні права людини і гарантують свободу особистості.

Основи системи національного права країн континентальної Європи були закладені в буржуазну епоху, коли суспільні відносини досягли певного рівня розвитку і цілісності, а суспільна свідомість віддала перевагу керуватися результатом систематизації правових норм. В той час тривав процес внутрішньодержавної уніфікації права, без якого не могла сформуватися правова система держави. Так, у Франції необхідно було подолати різноманіття кутюмів (звичаїв), що діють у кожній провінції. Незважаючи на кодификацію кутюмів на державному рівні, між ними залишилася відмінності до створення Цивільного кодексу 1804 р. Перешкодою для створення єдиної системи права в Німеччині була територіальна роздробленість країни.

У XIX—XX століттях визначилися романський і німецький типи (групи) правових систем та затвердилися їх загальні специфічні риси як пріоритет закону як головного інструменту в створенні національної правової системи; та активне здійснення кодификації законодавства з метою звільнення від застарілих норм і понять. Так, в цей період було Розроблено і прийнято Цивільний Кодекс Франції 1804 p., Цивільне Уложення Німеччини 1896 p., Єдиний Торговий Цивільний кодекс Італії 1924 р. та інші кодифіковані акти.

Сучасний етап розвитку романо-германської правової сім`ї характеризується зближенням, гармонізацією та уніфікацією законодавчих комплексів континентально-європейських країн і побудовою загальноєвропейської правової системи.

**2. ХАРАКТЕРНІ ОЗНАКИ РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОЇ СІМ’Ї ПРАВА.**

Романо-германський тип (сім'я) правових систем - сукупність національних правових систем, які мають загальні закономірності розвитку і подібні ознаки, що склалися на основі давньоримського цивільного права і його пристосування (у поєднанні з канонічним правом, доктринальним правом університетів і місцевих норм-звичаїв) до нових національних умов при домінуванні закону серед інших джерел права.

Ознаки романо-германського типу (сім'ї) правових систем;

1) виник у континентальній Європі внаслідок загальності розвитку суспільств і держав під сильним впливом римського соціального і правового порядку; поширився на Центральну і Південну Америку (колишні колонії Іспанії, Португалії і Франції), значну частину Африки, країни Близького Сходу, Японію, Індонезію, Південну Корею, Таїланд;

2) розвинувся на основі рецепції (від лат. - прийняття) давньоримського цивільного права, його ідей, принципів та інститутів. Римське право було сприйнято завдяки його популяризації в університетах - італійських, французьких, німецьких (ХІІ-ХШ ст.). Велику роль в "очищенні", переробці і пристосуванні римського права до умов життя (в тому числі до місцевого звичаєвого права), особливо в XIV столітті, відіграла школа юристів-глосаторів, діяльність якої продовжила школа постглосаторів, які на рівні культури епохи Відродження відпрацювали логічні принципи, конструкції, узагальнили формули римського приватного права.

Істотний внесок у становлення права континентальної Європи здійснило канонічне середньовічне право завдяки величезному впливу католицької церкви і найширшої юрисдикції церковних судів (особливо в Іспанії).

***Канонічне право*** (його основне джерело - Біблія) як система канонів - правил, що встановлені церквою і стосуються устрою церкви і життя вірян (шлюб, заповіт), ґрунтувалося на принципах римського права, вивчалося в університетах нарівні з римським цивільним правом. У результаті в одних країнах континентальної Європи римське право стало чинним (Німеччина, Італія, Іспанія, Португалія), в інших (Франція) визначило напрям змісту національного права, що формувалося. Завдяки канонічному праву були створені нові юридичні конструкції, наприклад, інститут вини;

3) основним джерелом (формою) права є нормативно-правовий акт - ця ознака дає підставу називати сім'ю правових систем норматив. Інші джерела права (звичай, узагальнення судової практики, нормативний договір) посідають підлегле місце стосовно закону як провідного нормативно-правового акту, норми якого формулюються законодавцем - представницьким органом державної влади;

4) нормативно-правові акти супідрядні один одному за юридичною силою: конституційні закони - звичайні (поточні) закони - підзаконні акти. За конституцією визнана вища юридична сила (Конституція ФРН 1949 р., Конституція Італії 1947 р., Конституція Франції 1958 р., Конституція Швейцарії 1999 р. (набрала чинності 01.01.2000) та ін.);

5) поширеною є кодифікація нормативно-правових актів - ця ознака дає підставу називати правові системи цієї сім'ї кодифікованими.

Тут існують кодекси з високим рівнем узагальнення і систематизації значної частини законодавства. їх особливості:

1) кодекси мають галузевий характер;

2) у них включаються як законодавчі акти парламенту, так і акти, створені в результаті делегованого законодавства (у тих країнах, де воно передбачено конституцією);

3) створюються кодекси і комплексно-галузевого характеру (комплексне законодавство).

У Франції з п'яти наполеонівських кодексів три - Цивільний 1804 р., Торговельний 1807 р. і Кримінальний 1810 р. - визнаються, як і раніше діючими, хоч і зазнали значних змін. У Німеччині продовжує діяти зі змінами і доповненнями (а їх понад 140) Німецький кримінальний кодекс (Strafgesetzbuch, автор Адольф Леонард), що набув чинності ще в 1871 р. і "пережив" п'ять реформ кримінального права. Інший кодифікований акт - Німецьке цивільне укладення 1896 р. (набуло чинності 01.01.1900, тому його називають у Німеччині "Укладення 1900 року" або "Кодекс 1900 р.) - більше як за 100 років існування піддавалося багаторазовим змінам і доповненням;

6) право має систему з чіткою структурою: публічне і приватне, їх галузі, підгалузі, норми права.

Публічне і приватне право в усіх країнах романо-германської сім'ї містить майже ті самі основні галузі: конституційне, адміністративне, міжнародне, публічне, кримінальне, цивільне, кримінально-процесуальне, цивільно-процесуальне, трудове право і т. д. Подібна однаковість спостерігається і щодо правових інститутів, наприклад, є інститут зобов'язального права як найважливіша складова цивільного права;

7) існує дуалізм права - наявність цивільного і торговельного права як відносно самостійних галузей за своєю природою, розвитком і практичною реалізацією.

Вважається, що окрім цивільного права необхідно розвивати торговельне право, оскільки торговельні відносини у світі динамічні, що вимагає:

а) швидкого оформлення угод;

б) виконання оформлених угод;

в) вирішення у спеціалізованих судах спорів, що виникли між сторонами.

У Франції торговельне право як самостійна галузь склалося історично (в XI ст. торговці-професіонали обиралися на посаду судді в-консул і в для здійснення правосуддя у сфері торговельної та іншої комерційної діяльності), тому Торговельний кодекс Франції (1807 р.) діє і сьогодні. Хоч Швейцарія й Італія відмовилися від існування торговельного кодексу, інкорпорували норми, що регулюють торговельний обіг у єдиний Цивільний кодекс, проте їхні юристи, як і раніше, визнають існування торговельного права. Те саме спостерігається в Нідерландах, де при створенні Цивільного кодексу відбувся відхід від ідеї дуалізму в системі приватного права;

8) матеріальне право домінує над процесуальним правом (процесуальні галузі права розглядаються як похідні від матеріальних, що призначені їх "обслуговувати"), на відміну від англо-американського права, де переважає процесуальне право;

9) досконалою є юридична техніка, уніфікована термінологія, запозичена переважно з римського права. Юридична техніка увійшла в систему правових категорій країн романо-германського права лише на межі ХІХ-ХХ ст.

Нині серед юристів романо-германського права поширений афоризм: "Право має техніку, і саме є технікою". Серед використовуваних понять у французькій правовій системі (справедливість, інтерес, громадський порядок, крайня необхідність, правила пристойності, провина, сумлінність та ін.) пріоритет віддається гнучким, еластичним поняттям. Гнучкість досягається формулюванням дефініцій із широким значенням, коли охоплюються відразу усі випадки - відомі і невідомі і для кожного з них пропонується трактування.

На відміну від юристів країн англо-американського права, що мислять конкретно, "прецедентно" і створили науку загального права на основі судових рішень, юристи романо-германського права мислять поняттями правових інститутів і галузей права. їх правова наука - абстрактна, однією із визначальних ознак якої є правовий формалізм. Вважається, що романо-германське право - продукт логіки, системи і суворих теоретичних викладок.

Майже в кожній країні континентального права Європи діють суди:

1) загальної юрисдикції (цивільні та кримінальні);

2) спеціальної юрисдикції (адміністративні, трудові, податкові тощо). Так, у Франції функціонують суди у справах сільськогосподарської оренди та найму, суди у справах соціального страхування.

За наявності загальних ознак правові системи романо-германського типу (сім'ї) правових систем мають особливості. Нині ті з них, що становлять правову систему ЄС, перебувають під прямим впливом нової правової галузі - європейського права.

**3. ВИДІЛЕННЯ РОМАНСЬКОЇ ТА ГЕРМАНСЬКОЇ ГРУП ПРАВОВИХ СИСТЕМ У СТРУКТУРІ РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОЇ СІМ’Ї ПРАВА.**

Серед найбільш визнаних у порівняльному правознавстві кла­сифікацій правових систем виділяються класифікації, запропоно­вані Р. Давидом, у рамках якої виділяється загальна сім'я романо-германського права, і К. Цвайгертом і X. Кьотцом, у рамках якої виділяється романське право і германське право як самостійні правові сім'ї. Хоча вони відзначають, що питання про те, чи слід проводити відмінність між романською і германською правовими сім'ями в рамках правових систем континентальної Європи, є спірним. Звичайно, романська і германська правові сім'ї мають значно більше спільного, ніж кожна з них із загальним правом.

Незважаючи на існуючі доводи на користь кожної із цих кла­сифікацій, реалії європейського континенту сьогодні дозволяють говорити про єдине романо-германське право завдяки стрімким інтеграційним тенденціям. Незворотні процеси інтеграції в рамках Європейського Співтовариства сприяють не тільки гармонізації і уніфікації в галузі політики, економіки, соціальної сфери, але і в питаннях права.

Разом із тим, правові системи, що входять у романо-германську правову сім'ю, за рядом специфічних ознак підрозділяються на дві відносно самостійні групи: романську і германську. До ро­манської групи належать правові системи Франції, Італії, Іспанії, Бельгії, Люксембургу і Голландії. До германської групи відносять правові системи ФРН, Австрії, Швейцарії і ряду інших держав.

«Уперше відмінність між термінами «германський» і «ро­манський» було зроблено в «Германії» Тацита. У XVI ст. воно ще більш посилилося через негативне ставлення французької аристократії до всього, що має німецьке походження. Схема їх зіставлення була остаточно сформована в XIX ст. (у зміненому вигляді вона збереглася і до цього дня), при цьому було зроб­лено висновок про перевагу романської моделі над німецькою як найновішою з романо-латинських, близьких на лінгвістичному, соціальному і культурному рівнях. Ця спорідненість відбита в терміні «латинський», який виходить за межі більш обмеженого «романський» (тобто римський)».

Романське право характеризується тим, що воно поєднує рим­ське приватне право і звичаєве місцеве право, причому з пере­важаючим впливом римського права. Германське право, тобто друга гілка романо-германської правової сім'ї, також поєднує рим­ське приватне право і звичаєве місцеве право, але тут переважає вплив звичаєвого германського права, унаслідок чого сформува­лося «пандектне право», тобто злиття римсько-правового базису з германського звичаєво-правовою надбудовою.

Відмінність між романським і германським правом виявляється й у структурі права, наприклад у правовій системі Франції кримі­нальне право належить до приватного права, тоді як в правовій сис­темі Німеччини кримінальне право належить до публічного права. Основний закон ФРН не визнає за виконавчою владою права на делегування законодавства. Урядові й інші підзаконні акти в Німеччині можуть бути видані тільки в рамках виконання законів. Проте в системі джерел права Франції делеговане законодавство, що видається виконавчими органами влади, займає важливе місце. Цивільні кодекси в державах романо-германської правової сім'ї істотно розрізняються за організацією і структурою. Одна з найбільш значних відмінностей визначається наявністю або відсут­ністю Загальної частини, яка є в Германському цивільному уложенні 1896 р. і містить положення, застосовані до всіх інститутів цивільного права.

У Французькому цивільному кодексі 1804 р. Загальна частина практично відсутня, замість неї міститься короткий «Вступний титул про публікацію, дію і застосування законів взагалі», який містить не тільки цивільно-правові норми, але й норми, що нале­жать до конституційного права.

У рамках Французького цивільного кодексу норми, що ре­гулюють різні сфери суспільних відносин, викладаються не в ло­гічній послідовності. Наприклад, норми, що регулюють майнові відносини подружжя, розташовані не в першій книзі, яка присвя­чена регулюванню сімейних відносин.

Відмінність у строках кодифікації, проведеної у Франції і Ні­меччині, вплинули на даний процес. У той час, як французькі юристи займалися тлумаченням своїх кодексів, німецькі юристи продовжували роботу університетів над текстами римського права. У Німеччині виникла нова школа — школа пандектистів, яка привела до вищого рівня систематизації римських принципів. Германське цивільне уложення було укладене наприкінці XIX ст. на основі праць пандектистів, звідси і відмінність методів і стилю французького і германського цивільних кодексів.

Норми права в німецькому законодавстві, зокрема в Германсь­кому цивільному уложенні, більш абстрактні, ніж норми фран­цузького законодавства. Крім того, для німецького законодавства в цілому характерна логічна послідовність переходу від загальних до більш конкретних положень. На відміну від Французького ко­дексу, мова Германського цивільного уложення надмірно про­фесійна і складна для сприйняття.

Таким чином, існування відмінностей між правовими системами держав, що входять у романо-германське право, не виключає можливості їх об'єднання в загальну правову сім'ю.

**4. СИСТЕМА ДЖЕРЕЛ ПРАВА РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СІМ’Ї.**

У романо-германській правовій сім'ї не має єдиного уявлення про джерела права і про їхнє співвідношення між собою. Кожна з численних правових систем, які становлять цю сім'ю, має свої специфічні риси, обумовлені історичними і національними традиціями, особливостями правової культури й іншими факторами. Більш того, питання про поняття джерел права є досить складним і дискусійним навіть усередині кожної національної правової системи. Відповідь на нього змінюється час від часу і залежить від галузі права, щодо якої вона надається, так і від філософських та правових поглядів кожного автора.

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

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

   Джерела права в цій сім'ї традиційно розглядаються не в одному окремо узятому (історичному, соціологічному, філософському, формально-юридичному) аспекті, а в сукупності кількох сторін, що доповнюють одна одну. Якби при розгляді, наприклад, джерел німецького права автори обмежилися лише формально-юридичним підходом, згідно з яким визнаються тільки два види джерел права — закони і звичаєве право, то з поля зору зникли б такі неформальні джерела права, як правова історія, правова доктрина, загальні принципи права, судова практика, що протягом багатьох століть суттєво впливають на німецьке право. А це створило б якоюсь мірою перекручену картину сучасної правової системи Німеччини.

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

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

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

1) нормативно-правові акти;

   2) правові звичаї;

   3) міжнародні договори;  
   4) загальні принципи права;

   5) правова доктрина;

   6) судова практика (судові прецеденти).

   Вони можуть бути класифіковані за різними критеріями, а саме:

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

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

   Неформальні джерела (зокрема, правові доктрини, судова практика) в суто юридичному значенні не є обов'язковими, проте суттєво впливають на процес розвитку й удосконалення права.

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

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

   Вторинні джерела можуть мати певну юридичну вагу лише тоді, коли відсутні первинні джерела або ж коли вони є неповними чи неясними. їх використання не є юридично обов'язковим. До вторинних джерел романо-германського права належать судові прецеденти, наукові роботи відомих учених-юристів (доктрина) й інші неформальні джерела права.

   3. Залежно від способу формування всі джерела романо-германського права поділяються на дві групи:

   - джерела, що їх формують законодавчі і виконавчі органи держави (нормативно-правові акти);

   - джерела, що їх формує суспільство (наприклад, правові звичаї, правові доктрини).

# Лекція 7. ХАРАКТЕРИСТИКА РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СІМ’Ї

[1с.74-80; 5,с. 99-129]

1. Характеристика зв’язку романо-германської правової сім’ї з римським правом.
2. Вплив канонічного права на розвиток романо-германського права.
3. Роль науки у формуванні романогерманської правової сім’ї.
4. Вплив сучасних інтеграційних процесів в Європі на розвиток романо-германської сім’ї права.

**1. ХАРАКТЕРИСТИКА ЗВ’ЯЗКУ РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СІМ’Ї З РИМСЬКИМ ПРАВОМ.**

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

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

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

***перший***етап рецепції припадає наXII–XIIIст.Рецепція в цей період полягає головним чином у вивченні, коментуванні та викладанні римського права в університетах;

***другий***етап рецепції— XIV–XVІІ ст.У ці часи римське правоактивно застосовується на практиці;

***третій***етап рецепції пов’язується з грандіозним реформуваннямзаконодавства, викликаним буржуазними революціями. Він сягає свого піку під час кодифікацій, що відбуваються в Європі в ХІХ ст.

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

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

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

Проте відокремленість римського і германського права не могла існувати вічно. Поступово економічне життя в Європі розвивається та ускладнюється, відроджується міжнародна торгівля, розквітають тор овельні міста. На цьому ґрунті виникає знову, як колись в античному світі, потреба в універсальному позанаціональному праві, що було б здатне об’єднати різні європейські народи, забезпечити свободу господарчої ініціативи і регулювати ті тонкі відносини, що зазвичай ви-никають із приводу торгівлі та які зовсім чужі звичаям, що існують серед землеробів. Усім цим вимогам відповідає римське право. Тому вплив римського права у ХІ –ХІІ ст. не є випадковим. У ці часи почи-нається період відродження римського права та його засвоєння.

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

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

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

***Друга форма —***це***пряме застосування норм римського права***.

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

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

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

Безпосередньому застосуванню римського права на практиці сприяли такі чинники:

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

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

1. ***Надання університетам права «офіційних консультацій»***.

Німеччині склалася практика надсилання судами у сумнівних випадках спірної справи з усіма матеріалами до юридичних факультетів університетів. При юридичних факультетах були створені комісії з професорів, що надавали свій висновок по справі, спираючись при цьому на положення римського права. Зрозуміло, що такий висновок фактично ставав судовим рішенням. Цей інститут направлення матеріалів справи (Aktenversendung), завдяки якому германське право набуває наукового характеру (тобто раціоналізується і систематизується), зберігався в Німеччині до 1878 р.

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

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

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

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

Першою кодифікаційною роботою третього етапу був *Французький* *цивільний кодекс*(Сode cіvil),затверджений21березня1804р.Даний Цивільний кодекс (із певними доповненнями та модифікаціями), який увійшов до історії під назвою Кодекс Наполеону, є чинним і сьогодні. Він являє собою загальне джерело права романської групи романо-германської сім’ї : його вплив відчувають на собі такі європейські країни, як Бельгія, Нідерланди, Люксембург, Іспанія, Португалія, Італія. Крім того, кодекс рецептований латиноамериканськими країнами (крім Бразилії та Перу), штатом Луїзіана, провінцією Квебек, колишніми французькими колоніями в Африці та Азії.

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

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

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

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

**Вплив канонічного права на розвиток романо-германського права.**

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

*Нове канонічне право*(jus canonicum novum)з’являється уXII–XIIIст. унаслідок так званої григоріанської реформації та боротьби за інвеституру. Для усунення суперечностей канонічне право періодично піддається компіляції. Перша з авторитетних компіляцій — «Concordantia discordantum canonum» («Узгодження неузгоджених канонів») — була складена у Болоньї монахом Іоанном Граціаном близько 1140 р. Пізніше вона дістала назву Декрет Граціана (Decretum Gratiani), або Звід декретів (Corpus decretorum). Ця робота була покладена в основу викладання канонічного права в середньовічних університетах. На її основі виникають дві школи канонічного права — *школи декретистів* *і декреталістів*,які створюють науку про церковне(канонічне)право *(каноністику)*.

Наступні акти канонічного права набули форми папських декреталій, які періодично об’єднувались у збірники (компіляції). Ці збірники мали тотожну структуру:

1) судді; 2) суд; 3) клір; 4) шлюб; 5) злочини.

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

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

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

Яскраві приклади застосування канонічного права до мирян можна знайти в діяльності інквізиції — судової установи, що існувала в Середньовіччі на території Італії, Німеччини, Франції, Іспанії і не була пов’язана місцевим світським законодавством; канонічне право поряд із римським правом обов’язково викладалося в середньовічних університетах і *суттєво впливало на загаль не правове мислення*західноєвропейських юристів.Невипадково завершена юридична освіта поєднувала дві спеціальності: цивільного (римського) права та канонічного (церковного) права.

Вищий учений ступінь давав юристам звання доктора обох прав — цивільного і канонічного (doctor utriusque juris, sc. civilis et canonici); 3) норми канонічного права *визначали зміст норм світського права*і таким чином опосередковано регулювали світське правове життя.Усі **світські правові системи** — феодальна, маноріальна, торговельна, міська, королівська — пристосовували для себе основні ідеї та прийоми канонічного права. Це пояснюється тим, що останнє було розвиненішим і тому доступнішим до запозичення. Крім того, більшість юристів були добре знайомі з канонічним правом.

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

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

На підтвердження цієї тези Г. Дж. Берман наводить такий приклад: якщо засуджений до смерті вбивця збожеволіє, то згідно із законодавством страта відкладається до видужання злочинця. Ця норма права має безумовне теологічне походження: якщо страчують божевільну людину, вона позбавляється можливості добровільно сповідатися у своїх гріхах і прийняти святе причастя. Отже, людині слід надати ожливість повернутися до розуму перед смертю, щоб її душа не при-рікалася на вічний пекельний вогонь, а могла б спокутувати свої гріхи у чистилищі та зрештою, на Страшному суді, ввійти до Царства Небесного.

1. **РОЛЬ НАУКИ У ФОРМУВАННІ РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СІМ’Ї.**

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

1. ***Кодексу***,до якого входили імператорські конституції від часуімператора Адріана до Юстиніана, об’єднані у дванадцять книг;
2. ***Інституцій***(від лат.—підручник) —офіційного елементарногокурсу цивільного права. Підручник дуже нагадував структурою (чотири книги), планом (особи, речі, позови) і текстом «Інституції» Гая;
3. ***Дигестів***(від лат.—збірник юридичних текстів),у п’ятдесятикнигах яких було зібрано близько 9100 фрагментів із 275 творів 39 римських юристів, що стосуються як приватного, так і публічного права (зокрема, питань власності, заповітів, договорів, деліктів, інших інститутів цивільного права). Вивченню саме Дигестів, що по-грецькі називалися Пандектами, в університетах надавалося першорядне значення;
4. ***Новел,***що містили конституції,видані Юстиніаном після кодифікації. Офіційне видання Новел невідоме; існують лише приватні збірники, що містять від 122 до 168 новел.

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

Навчання на юридичних факультетах університетів Західної Європи в XII–XIII ст. було засноване на *схоластичному методі,* що найповніше був розроблений Ансельмом Кентерберійським і П’єром Абеляром. Цей метод припускає як у праві, так і в богослов’ї абсолютний авторитет певних книг, в яких міститься єдине і повне вчення. Проте схоластичний метод визнає, що в авторитетному тексті можуть існувати прогалини і суперечності. Тому головним завданням схоластика є примирення протилежностей: усунення прогалин і вирішення суперечностей, що існують усередині тексту. Вирішення цього завдання відбувалося завдяки застосуванню дистинкцій (чіткого розмежуван-ня окремих положень), зважуванню всіх «за» і «проти» певного тлумачення, наміру подати матеріал як цілісну систему і побудувати догму права.

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

1. відкриттю римського права завдяки знайденню Зводу Юстиніана;
2. схоластичному методу його аналізу і синтезу;
3. викладанню римського права в університетах Європи. Процес засвоєння і переробки римських правових текстів у західно-європейських університетах проходив у *три етапи*, кожний із яких доповнював попередній.

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

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

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

***Другий етап***(XIV–XVст.)пов’язаний із новою тенденцією—модернізацією пандектного права. Він асоціюється з діяльністю ***школи постглосаторів***(пізніх глосаторів,або консиліаторів,від лат. *сonsilium*  — порада). Найвідомішими постглосаторами були Бартолус, Бальдус, Одофред, Цинус, Язон. Вони коментували текст римських законів, а також глоси, враховуючи при цьому місцеві правові джерела.

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

***Третій етап***(XVІ—перша половинаXVІІ ст.) —це час***гуманістів***(Куяцій,Донеллус,Готофред,Цазіус).Гуманісти відмовилися відкоментування глос, створених у Середньовіччі, і звернулися безпосередньо до Зводу Юстиніана, прагнучи встановити його справжній зміст. Для цього вони піддали тексти римського права філологічному та історичному аналізу. Проте тлумаченням наукова розробка не завершувалась. Учені прагнули привести всі окремі положення у струнку систему, що побудована на певних загальних принципах. Критика тексту, історичне його тлумачення і систематизація становили нові прийоми вивчення права, що отримали назву французького методу, який протиставлявся старому італійському.

Схоластичні прийоми глосаторів і постглосаторів остаточно втрачають симпатії громадськості. Останніх дотепно називають, використовуючи гру латинських слів, *juris perditi*(підступний правознавець)замість*juris periti*(майстернийправознавець). Французький метод не тільки сприяв досконалішому розумінню римського права, а й відкривав перспективу для самостійної правової творчості. Це пояснюється тим, що він, образно кажучи, надавав можливість проникнення у внутрішню лабораторію правової творчості римлян, що була взірцем, гідним для наслідування.

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

Поступово турбота про повагу до римського права поступається місцем в університетах прагненню установити і викласти принципи права, що є вираженням його раціональних засад.

Нова школа —  *школа природного права*(Г.Гроцій,Х.Томазій,Х.Вольф,С.Пуфен-дорф) — перемагає в університетах у ХVІІ і XVIII ст. Вона відмовляється від схоластичного методу, прагне бачити в праві логічну аксіоматичну систему, ставить у центр людину, підкреслюючи її невід’ємні природні права. Юристи хочуть знайти такі норми справедливості, що утворюють загальне, незмінне для всіх часів і народів право. Умовно принцип цієї школи можна сформулювати так: існує право універсальне та незмінне, джерело всіх позитивних законів; існує тільки природний розум, що керує всіма людьми. Висування на перший план розуму як сили, що створює право, підкреслювало нову важливу роль, що належить законові, та відкривало шлях кодифікаціям. Отже, природно-правова школа цілком оновила науку права і його методи.

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

Університети допомогли установити *транснаціональний характер правознавства на Заході.*Протягом трьохсот років,з1050по1350р.,уся Європа становила єдиний культурний організм. Римське і каноніч-не право були дисциплінами без національних кордонів, тому їх могли викладати в університетах студентам-юристам, зібраним з усіх країн Європи. Природно, що всі студенти і викладачі розмовляли латиною, що була на Заході загальною мовою права.

Завдяки університетам *право набуло транснаціональної термінології та методу.*Випускники юридичних факультетів університетів поверталися до рідних країн, де працювали суддями, юристами, правоими радниками, адміністративними службовцями, використовуючи єдиний метод та єдину термінологію.

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

Університети *підняли аналіз права на рівень науки* шляхом *концептуалізації*правових інститутів і*систематизації*права як єдиногозводу знань.Університети *створили клас професійних юристів*

1. **ВПЛИВ СУЧАСНИХ ІНТЕГРАЦІЙНИХ ПРОЦЕСІВ В ЄВРОПІ НА РОЗВИТОК РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОЇ СІМ’Ї ПРАВА.**

Україна за геополітичною складовою (площею, населенням, природними запасами) є помітним державним утворенням. Наша держава має в розпорядженні майже половину всіх світових ресурсів родючих чорноземів, могутній промисловий та науково-технічний потенціал, досить розвинену інфраструктуру і в той же час відчуває необхідність структурної перебудови економіки, слабкість експортних можливостей, втрату традиційних ринків. Сучасна геополітика істотно впливає на розвиток правових систем, спричиняє їх трансформацію, зміну інфраструктури правопорядку.

Основними тенденціями розвитку сучасних правових систем є конвергенція, змішаний характер, уподібнення правового регулювання під впливом міжнародних правових стандартів. Зазначене зумовлює віднесення правових систем до певного типу сучасних правових сімей. Це відчувається і в площині природи, закономірностей функціонування національної правової системи, її характерних рис, елементів, співвідношення з іншими соціальними системами сьогодення, місця в міжнародно-правовому просторі, у площині аналізу можливостей взаємодії (зближення) окремих національних правових систем та правових сімей сучасності.

Перед правовою наукою постають важливі теоретичні завдання, зокрема – з’ясувати особливості правової інтеграції, ввизначити місце правової системи у світовій правовій цілісності. Правова дійсність є динамічною, вдосконалюється разом з розвитком суспільних відносин, що супроводжується суперечностями, негативними та позитивними явищами і тенденціями. Саме багатоаспектні процеси правової інтеграції дають змогу звернути увагу на нові аспекти права, осмислити наявні феномени, розкрити їх дійсний зміст і роль у вдосконаленні правового життя суспільства, держави і правових систем. Правова інтеграція полягає в об’єднанні правових елементів у системні утворення та відбувається в соціально-правовій сфері, має закономірний характер і спрямована на трансформацію сутності правових систем сучасності.

Питання про визначення поняття системи в сучасній науці є одним з найбільш дискусійних. Узагальнивши наявні визначення систем, які пропонують філософи, соціологи, юристи, Н. Оніщенко доходить висновку, що система – це упорядкована сукупність елементів, взаємопов’язаних та взаємодіючих один з одним, яка має відносну самостійність та органічну єдність, характеризується внутрішньою цілісністю та автономністю.

Правові системи існують у державах будь-якого типу, але самі правові системи – у системному, а не тільки в соціологічному розумінні – сформувалися нещодавно. Існування правової системи – це показник розвиненості держави і права. Допоки в суспільстві не сформувалася самостійна правова система, не можна говорити про розвинену, відносно завершену у своєму розвитку державу. Загалом правову систему варто розглядати як цілісну структурно впорядковану за допомогою норм права та інших правових засобів стійку взаємодію суб’єктів права, що забезпечує досягнення правопорядку як необхідної умови функціонування соціальної системи.

Ведучи мову про цілісність правової системи, потрібно пам’ятати, що ця властивість різних систем має неоднаковий рівень розвитку і характер, будучи зумовлена рівнем взаємозв’язку і взаємодії елементів системи.

Саме тому висвітлення проблеми розвитку правової системи безпосередньо пов’язане з питанням формування структурних елементів і їх об’єднання в єдине системне утворення. При цьому інтеграція як процес об’єднання правової матерії є необхідним чинником становлення та розвитку правової системи. Х. Бехруз, окреслюючи місце пострадянських правових систем на правовій карті світу, вкзує, що вони, «відходячи від соціалістичного минулого», входять до романо-германської правової сім’ї «різними дорогами, різними темпами та різними засобами.

Щодо правової системи України, Х. Бехруз відзначає про її «трансформацію в приєднанні до романо-германського права». Однак на його думку, існують певні причини, які не дозволяють однозначно віднести вітчизняну правову систему до вищезгаданої правової системи, зокрема, сферу правової ідеології і пов’язану з нею правозастосовну діяльність. Правова інтеграцієя розуміється як закономірний процес соціальноправового розвитку, який забезпечує завдяки застосуванню правових засобів і формуванню якісно однорідної правової основи поетапне об’єднання соціальних (політичних, економічних, правових, інформаційних) систем у єдину консолідовану соціальну систему вищого рівня, а також підтримання цілісності та єдності наявної соціальної системи.

Специфіка пра-вової інтеграції зумовлена використанням права як єдино можливого засобу для об’єднання соціальних систем. Ефективність правової інтеграції багато в чому залежить від заходів і способів, які використовуються державами на різних стадіях її реалізації. До них вона відносить, зокрема, створення демократичних засад розвитку суспільства, формування правової держави, реформування інституційної та нормативної частин правової системи суспільства, формування правової свідомості населення відповідно до основних засад європейського права. Інтеграцію України до Європейського Союзу проголошено пріоритетним напрямом зовнішньополітичного курсу держави.

Основи зовнішньої політикиУкраїни, механізм і тактику втілення її європейського вектору визначає низка документів, зокрема: Конституція України (ст. 18); Постанова Верховної Ради України «Про основні напрями зовнішньої політики України» від 2 липня 1993 р., яка підкреслює, що «перспективною метою української зовнішньої політики є членство України в Європейських Співтовариствах»; Угода про партнерство та співробітництво між Україною та ЄС (УПС), підписана 16 червня 1994 р.; Стратегія інтеграції України до ЄС, затверджена Указом Президента України від 11 червня 1998 р. №615/98; Програма інтеграції України до ЄС, затверджена Указом Президента Українивід 14 вересня 2000 р. №1072/2000 та вистраждана українським народом Угода про асоціацію від 21.03.2014 р. та 27.06.2014 р..

Ключовим елементом успішної євроінтеграції України є досягнення певного рівня узгодженості українського законодавства ізправовими нормами ЄС. Зближення законодавства України із сучасною європейською системою права забезпечить розвиток політичної, підприємницької, соціальної, культурної активності громадян України, економічний розвиток держави в рамках Євросоюзу і сприятиме поступовому зростанню добробуту громадян. Ю. Шемшученко зазначає, що процес інтеграції правових систем пов’язаний з питанням трансформації державно-правового простору і проблемою глобалізації. І. Яковюк наголошує, що трансформація поряд із рецепцією та відсиланням є основними способами імплементації, як поняття більш широкого за змістом, що розуміється як спеціальна законодавча процедура перетворення норм міжнародного права на норми внутрішньодержавного права.

К. Трихліб відмічає, що у контексті наближення законодавства України до законодавства Європейського Союзу поняття «гармонізація законодавства» найбільш повно розкриває зміст і сутність процесів правової інтеграції. Термін «гармонізація законодавства» є універсальним, найбільш широким та таким, що охоплює всі інші поняття, які застосовуються для характеристики окремих аспектів правової інтеграції. На її погляд, це поняття насамперед слід розглядати крізь призму наближення вітчизняної загально правової термінології до термінології європейського права, як послідовний процес узгодження основних понять, підходів та концепцій розвитку національного законодавства України на основі загальноєвропейських цінностей, стандартів і принципів права.

Зазначимо низку характерних **особливостей правової інтеграції:**

1) складовою частиною правової інтеграції є інтеграція права задля формування основи для об’єднаної взаємодії соціальних систем;

2) суб’єктами правової інтеграції є учасники, наділені повноваженнями ухвалювати владні правові рішення та застосовувати правові засоби;

3) спланованість і регламентованість інтеграційних процесів;

4) гарантованість врахування інтересів її учасників;

5) характерні методи здійснення правової інтеграції.

Підставами правової інтеграції можна вважати єдність пріоритетів у побудові державної влади і системи органів управління (адже в сучасному світі в більшості розвинених держав влада здійснюється на демократичних засадах); підвищення авторитету міжнародного права і його активний вплив на національні правові системи, універсалізація правових та демократичних цінностей тощо. Правова інтеграція відбувається не поверхово, а проникає вглиб правової системи й охоплює всі її основні елементи. Правова інтеграція спрямована на об’єднання подібних систем, які мають незначні відмінності і підпорядковуються єдиним правовим принципам, ідеям, правилам, оскільки таке об’єднання в систему можливе лише за умови відносної тотожності елементів, що утворюють правову єдність. Така подібність може варіюватися залежно від ступеню інтегрованості, однак доводиться констатувати, що в підсумку вона призводить до утворення однорідних систем без акцентування на специфічних правових особливостях, які можуть суперечити єдиним принципам консолідованої правової системи.

Правова інтеграція спрямована на зниження суперечностей між різними системами, утворення глобальної правової системи, єдиної для всіх держав і зараз набирає швидкості, виникають нові форми співпраці, поглиблюється взаємодія держав. Міждержавні правові системи у стані вирішувати невідомі раніше за обсягом та складністю завдання, насамперед ті, що національні правові системи не в змозі вирішити внутрішніми засобами; а тому їм відводиться визначальне місце у новій світовій інфраструктурі.

Основним для міждержавних правових систем є не домінантна значущість того чи іншого джерела права, а з’ясування ролі кожного з них у системі зовнішніх форм міжнародного права, виявлення характеру їх взаємодії задля пошуку оптимальних форм регулювання тих чи інших міжнародних суспільних відносин.

Важливим способом правової інтеграції, який сприяє встановленню злагодженості, зближеності, взаємоузгодженості правових систем у межах певної спільноти, є правова гармонізація – процес узгодженості, взаємовідповідності, збалансованості правових систем у межах відповідного правового простору.

В межах світового співтовариства формуються унікальні правові системи окремих держав, міждержавних об’єднань зі своїми базовими принципами, правовими концепціями і категоріями, системою джерел права, її внутрішньою структурою, особливостями правотворчого процесу і реалізації права. Внаслідок тісної та конструктивної взаємодії і розвитку інтеграційних процесів межі між основними типами правових систем світу стираються, стають менш очевидними і більш формальними. На сьогодні поширеною є тенденція зближення англосаксонського типу права з романо-германським, що демонструє глибокі взаємозв’язки світового правового регулювання: розвиток писаного права в англосаксонській правовій системі та активніше використання судової практики в романо-германській правовій системі. Це зумовлено поглибленням економічної інтеграції, яка переплітає правові системи держав, що беруть в ній участь. Відбувається взаємний обмін правовими ідеями, рішеннями, конструкціями.

Таке зближення можна пояснити й іншими обставинами, з-поміж яких: подібність загальної та правової культури, однотипність державного механізму, схожість соціальної та політичної структури, членство Великобританії (осердя англосаксонського права) у Європейському Союзі, до складу якого входять держави, чиї правові системи побудовані на традиціях романо-германського права. В мовах сучасної дійсності розвиток правової інтеграції дозволяє правовим системам розвиватися, використовувати соціально-правовий досвід один одного, що дає змогу уникнути численних помилок і вийти з кризового стану, спрямувати розвиток системи у правильне прогресивне русло.

Без успішного функціонування правової системи не можна говорити про правову державу, розвинене громадянське суспільство загалом і вільний розвиток кожної особистості окремо. Позитивні аспекти розвитку національної правової системи полягають у сприйнятті принципів і норм міжнародного права, що допомагають гармонійному співіснуванню різних правових систем і їх об’єднанню у розв’язанні спільних проблем. Розвиток і вдосконалення національних правових систем залежить від взаємодії з іншими правовими системами, внаслідок якої відбувається запозичення, вдосконалення, скасування тих чи інших інститутів і принципів права. Ці процеси можливі завдяки існуванню загальноцивілізаційної правової культури, яка є основою, що сприяє, з одного боку, взаємодії культур, а з іншого боку, дозволяє національним правовим культурам зберігати їхню своєрідність. Слушно зауважує з цього приводу А. Скуратівський, правова культура є неодмінною умовою динамізації трансформаційних процесів, становлення в Україні правової держави та громадянського суспільства [13].

Інтеграція України з Європою сьогодні є бажаним варіантом вирішення цілої низки проблем. Україна є частиною Європи і європейської культурної традиції, а тому інтеграційні процеси з європейськими структурами є об’єктивно історично обумовлені як національним та культурним розвитком, так і правовим. В умовах національного відродження, зростаючого усвідомлення народом України своєї європейської ідентичності, своїх базових національних інтересів така інтеграція є об’єктивним процесом. Обгрунтованими і доцільними є погляди вчених, які пропонують комплекс заходів, спрямованих на модернізацію правової системи. Модернізація національної правової системи в Україні передбачає комплексний вплив на структурні компоненти правової системи: інституційну, нормативну, ідеологічну, функціональну, інфраструктурну та результативну підсистеми та їх елементи. Отже,міжнародне співтовариство зацікавлене у тому, щоб Україна перетворилася у демократичну за своїм характером і змістом державу, стала стабілізуючим фактором на Сході і в Центрі Європи. А тому правова система нашої держави має формуватися у межах загальновизнаних стандартів Європейського Союзу. Міжнародний престиж України буде залежати від оцінки нашої правової системи світовим співтовариством як надійної опори правопорядку, а також від відповідності критеріям політико-правового та економічного розвитку і від обсягу реальних правових зобов’язань.

# Лекція 8. АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКА ПРАВОВА СІМ’Я

[1 с. 11-115; 5, с. 78-82; 6, с. 119-152]

1. Історичний шлях розвитку англо-американської сім’ї права.
2. Характеристика англійського права.
3. Спільні ознаки та відмінності права США та англійського права.
4. Система джерел права англо-американської правової сім’ї.

**1. ІСТОРИЧНИЙ ШЛЯХ РОЗВИТКУ АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКОЇ СІМ’Ї ПРАВА.**

Для вивчення історії розвитку англо-американської правової сім’ї найбільше значення має дослідження процесу формування правової системи Англії, яка за часів Британської імперії тією чи іншою мірою була запозичена її колоніями. Процес розвитку англійської правової системи складається з таких основних етапів:

1. Англосаксонський етап (V – початок ХІ ст.). Цей етап характеризується історії Англії характеризується поступовим переходом від первіснообщинного до феодального ладу. Майже чотирьохсотлітнє панування римлян завершилося практично безслідно, і римське право не справило хоча б мінімального впливу на звичаї місцевих племен – англів, саксів, ютів, датчан. Ці племена мали германське походження і на ранніх етапах їх право розвивалося в цілому за тими ж закономірностями, що і право германських племен континентальної Європи. У 596 р. Августин Кентерберійський запровадив у Англії християнство, після чого починають видаватися збірники місцевих законів, аналогічні континентальним варварським правдам, з тією лише відмінністю, що писалися вони не на латині, а на англосаксонській мові. Як і інші варварські закони, вони регулювали незначне коло відносин і мали вузький місцевий характер. Наприклад, закони кентського короля Етельберта („Правда Етельберта”, 600 р.) складалися лише із 90 коротких фраз. Аж до ХІ ст. не існувало загально-англійського права, хоча на той час усі англійські землі уже підпорядковувалися єдиному суверену, а існуюче право залишалося суто місцевим.

2. Етап становлення загального права (ХІ-ХІV ст.).

У 1066 р. відбулося завоювання Англії норманами. Необхідно зазначити, це не було завоювання у класичному розумінні цього слова, оскільки нормандський герцог Вільгельм Завойовник мав династичні зв’язки з англійським престолом і після висадки на Британських островах не стільки завоював владу, скільки підтвердив своє право на неї. Внаслідок цього були запровадженні суворі централізовані порядки управління, апробовані у герцогстві Нормандія, але місцеве право залишилося незмінним і майже не зазнало нормандського впливу. Нормандське завоювання завершило формування феодалізму на англійських землях, при чому англійський феодалізм отримав риси, які суттєво відрізнялися від феодального ладу континентальної Європи.

Вільгельм І Завойовник створив чітку і жорстку систему васалітету на чолі з королем. Роздаючи землі, він не створив жодного великого землеволодіння, і жоден з баронів не міг зрівнятися владою із королем. Більше того, у 1290 р. був прийнятий закон „Quia emptores”, за яким лише король міг надавати земельні ділянки. Внаслідок цього утворилася жорстка піраміда державної влади, яка все більше централізувалася в руках королівської адміністрації. До нормандського завоювання правосуддя в Англії здійснювалося судами графств та судами сотень, які керувалися виключно місцевими звичаями. Після завоювання були утворені королівські (вестмінстерські) суди, які поступово витіснили місцеві суди. Ще при Вільгельмові Завойовнику була утворена королівська курія, що контролювала сплату податків васалами.

На початку ХІІ ст. курія перетворилася на казначейство, яке отримало право розглядати усі спори, пов’язані з оподаткуванням. Дуже швидко казначейство отримало судові і повноваження і у ХІІІ ст. на його базі утворилися три королівські суди – Суд казначейства (розглядав податкові спори), Суд загальноцивільних позовів (розглядав спори, пов’язані із землею та іншою нерухомістю) та Суд королівської лави (розглядав справи про тяжкі злочини). Незабаром розподіл компетенції між цими судами втратив своє значення і кожен з них отримав право розглядати будь-які справи, віднесені до королівської компетенції. Королівські суди складалися з професійних суддів і засідали в одному місці – Вестмінстері. Це призвело до того, що однотипні справи почали вирішуватися королівськими судами однаково. Згодом виник інститут „роз’їзних суддів”, тобто королівських суддів, які роз’їжджали по країні і на місцях вирішували різноманітні справи аналогічно до вже винесених вестмінстерськими судами рішень.

Право, яке застосовувалося королівськими судами та роз’їзними суддями, отримало характер загального англійського права (common law). Воно було сформовано та значною мірою функціонує і зараз як неписане право, що ґрунтується на професійній традиції, а пізніше – на міркуваннях суддів при вирішенні подібних справ. Загальне право орієнтується не стільки на нормативне врегулювання тих чи інших суспільних відносин, а на регламентацію засобів судового захисту. З юридико-технічної точки зору основу процесу у середньовічному загальному праві складали приписи (writs), які видавалися королем, духовними чи світськими князями своїм судовим чиновникам вчинити позов у конкретній справі і заслухати його у присутності сторін. Тобто позов подавався не стороною, а суддею чи судовим чиновником від імені короля. Оскільки позивачі обґрунтовували свої вимоги, як правило, одними і тими ж причинами, невдовзі було розроблено стандартні тексти приписів – т.зв. „позовні формуляри” (form of action), в які необхідно було лише внести імена та адреси сторін. Наприкінці ХІІ ст. було розроблено 75 таких формулярів, а згодом їх кількість значно зросла. Починають видаватися „Реєстри приписів” – напівофіційні збірники формулярів, які користувалися значною популярністю серед практикуючих юристів.

При розгляді справи було надзвичайно важливо, щоб позивач правильно вибрав тип формуляру, оскільки кількість формулярів постійно збільшувалася, а при неправильному виборі формуляру суд відмовляв у задоволенні позову. Тому основна увага при підготовці та розгляді справи приділялася не стільки предмету спору, скільки точному дотриманні кожною із сторін усіх процесуальних питань.

3. Етап дуалізму загального права та права справедливості (XIV-XIX ст.). У XIV-XV ст. правотворча активність королівських судів починає спадати. Виявилося, що процедура розгляду справ у судах надзвичайно складна і заформалізована, загальне право має велику кількість прогалин. Деякі категорії спорів, наприклад, пов’язані з використанням чужої речі, взагалі не могли розглядатися королівськими судами. Справи часто програвалися через технічні чи процесуальні помилки, підкуп судових чиновників тощо. У таких умовах позивачі починають звертатися зі скаргами не до королівських судів, а безпосередньо до короля. Зі збільшенням кількості скарг королю вони починають розглядатися не самим королем, а лордом-канцлером – його духовним і політичним радником. Ці скарги розглядалися королем або лордом-канцлером не на підставі загального права, а на підставі їхніх уявлень про справедливість щодо конкретного випадку.

В результаті цього і виникло право справедливості (law of equity). Будучи духовною особою, лорд-канцлер при розгляді справ часто використовував положення канонічного права та звертався до досвіду вчених-юристів континентальної Європи, внаслідок чого право справедливості починає поступово зближуватися з романо-германським правом. Крім того, при розгляді спору за правом справедливості процесуальні питання мали другорядне значення порівняно з матеріальними, що також зближує право справедливості з континентальним правом. На початку XVІ ст. в результаті громадянської війни Червоної та Білої Троянд встановився режим абсолютизму Тюдорів, лорд-канцлер позбувся духовного статусу і розгляд юридичних скарг став його основним заняттям. Згодом відомство лорда-канцлера було перетворене у канцлерський суд, єдиним суддею в якому до 1730 р. залишався лорд-канцлер. Канцлерський суд регулярно видавав збірник винесених рішень і заявники у своїх скаргах часто посилалися на вже винесені у подібних справах рішення як основну підставу своїх вимог.

В результаті цього право справедливості, так само які загальне право, отримало прецедентний характер. Загалом цей етап розвитку англійської правової системи характеризується існуванням двох самостійних підсистем – загального права та права справедливості – кожна з яких мала власний предмет правового регулювання. До сфери права справедливості входили спори про нерухомість, відносини довірчої власності, справи про торгові товариства, про банкрутство, спадкування.

***Предметом загального права*** були договірні відносини, інститути деліктної відповідальності, провадження у кримінальних справах та ін. Незважаючи на це, принципового розмежування між ними не було, вони мали спільний понятійно-категоріальний апарат і формувалися за прецедентним типом. Існування загального права та права справедливості як самостійних систем значною мірою ускладнювало процедуру судового розгляду, оскільки ці вони часто мали суттєві відмінності у матеріальному та процесуальному праві. ХІХ ст. ознаменувалося в історії Англії низкою реформ у політичній, економічній, соціальній та правовій сферах.

Внаслідок виборчої реформи 1832-1833 рр. політичну владу у парламенті отримала середня буржуазія, представники якої роздільне існування загального права та права справедливості розглядали як пережиток феодальної доби. Кожний із судів мав власну систему „позовних формулярів”, компетенція судів загального права та канцлерського суду суворо розмежовувалася, через що одна і та ж справа мала розглядатися одночасно у двох судах за різними процедурами. Починаючи з першої третини ХІХ ст. мали місце окремі спроби узгодити положення загального права та права справедливості, але остаточно ця проблема була вирішена лише в ході судової реформи 1873-1875 рр. Новий акт про судоустрій (New judicature act) фактично об’єднав загальне право та право справедливості в єдину систему і всі справи почали розглядатися одними і тими ж судами, прецеденти права справедливості та загального права утворили єдину систему прецедентного права Англії. Цей акт також скасував систему позовних формулярів, завдяки чому більша увага під час судового розгляду почала приділятися матеріальному праву. Серйозна робота була проведена і у сфері матеріального права, зокрема, скасовані ті акти, які вже не діяли, окремі інститути були систематизовані та приведені у відповідність з сучасними. Історія розвитку англо-американської правової сім’ї 7 умовами. Однак реформи ХІХ ст. істотно не вплинули на характер англійського права, яке в цілому залишилося прецедентним, кодифікації англійського права не відбулося. Модернізація англійського права, розпочата у тридцяті роки ХІХ ст., триває і в наш час, хоча і в дещо іншій формі. Починаючи з 1914 р. у суспільстві та парламенті стають популярними соціалістичні та соціал-демократичні ідеї, спрямовані на здійснення досить глибоких соціальних реформ. Внаслідок цього закони (акти) і регламенти отримали значно більше значення, ніж раніше.

Велика частина суспільних відносин, зокрема, житлові, трудові, страхові відносини, відносини соціального забезпечення регулюються не загальним правом чи правом справедливості, а законодавством. Крім того, спори у цих сферах часто розглядаються не судами, а органами адміністративної юрисдикції, для яких ні загальне право, ні право справедливості не є обов’язковим.

Все це дозволяє говорити про те, що зараз має місце становлення поряд із загальним правом і правом справедливості третього елементу англійської правової системи – статутного права, тобто права законів та підзаконних нормативно-правових актів. Проте не слід переоцінювати роль сучасних англійських законів. До цього часу в Англії не проведена кодифікація сімейного, спадкового, договірного, деліктного та інших галузей права. Тут діють окремі закони, які часто мають епізодичний характер і розглядаються як важлива, але не єдина частина неписаного права, нерозривно пов’язана за правовими прецедентами. На відміну від правової системи Англії, правова система США розвивалася більш динамічно і має низку специфічних рис, зумовлених її республіканською формою правління та федеративним устроєм. Виділяються такі етапи розвитку правової системи США:

1. Етап загального англійського права (від заснування перших колоній на початку XVII ст. до війни за незалежність 1776-1783 рр.).

Англійські колоністи, які поселялися на північноамериканських землях, принесли з собою і загальне англійське право. Проте майже одразу стало зрозуміло, що не всі його положення можуть діяти в Америці. У 1608 р. у „справі Кальвіна” англійський суд виніс рішення, згідно з яким в Америці має застосовуватися загальне право Англії та закони, видані до колонізації Америки. Оскільки перша англійська колонія (Віргінія) була заснована у 1607 р., саме з цього часу в Америці почало діяти загальне право. Проте більшість англійських законів взагалі не відповідало американським умовам і не могли застосовуватися. Фактично ж діяли епізодичні розпорядження місцевої влади та примітивне право, засноване на положеннях Біблії. Як реакція на суддівське свавілля, в багатьох колоніях мали місце спроби кодифікації, проте через відсутність університетів чи хоча б достатньо освічених фахівців у галузі права, прийняті кодекси, наприклад, Массачусетський кодекс 1634 р., були настільки примітивними, що не мали нічого спільного з технікою кодифікації. У XVIII ст. роль загального права дещо підвищилася.

По-перше, практика показала, що загальне право може бути впливовим інструментом протидії сваволі королівської влади, а по-друге, повага до усього англійського, в т.ч. і права, значно зросла у зв’язку з посиленням іспанських та французьких колоній та військово-політичної загрози з їх боку. Іноді американські суди починають застосовувати англійські закони, прийняті вже після колонізації (напр., Закон про шахрайство 1677 р. та ін.).

Етап становлення американського загального права (від Війни за незалежність 1776- 1783 рр. до громадянської війни 1861-1865 рр.). Незалежність Америки, проголошена в 1776 р і остаточно встановлена у 1783 р., створила для колишніх англійських колоній, що стали Сполученими Штатами Америки, цілком нові умови. Утворилася дворівнева правова система, представлена федеральною правовою системою США та правовими системами штатів. Французька загроза, яка дещо зменшилася внаслідок анексії Канади Англією в 1763 р. повністю зникла із придбанням Сполученими Штатами Америки Луїзіани в 1803 р. Франція стала для США і союзником, а всі ворожі настрої були обернені проти Англії. Після завоювання державної незалежності стала популярною ідея самостійності американського права. Республіканські ідеали і ідеї національного права зумовили сприятливе ставлення до кодифікування. Видавалося нормальним, що Декларація прав і Конституція США 1787 р. будуть доповнені кодексами.

Територія Нового Орлеана, утворена з колишньої Луїзіани, могла стати в цьому відношенні прикладом, оскільки після вступу до США у Новому Орлеані були прийняті кодекси французького типу, у тому числі і Цивільний кодекс 1808 р. До середини ХІХ ст. єдиної тенденції розвитку американського права (за романо-германським чи англійським типом) не було. У Массачусетсі в 1836 р. законодавча комісія почала вимагати прийняття кодексу; Конституція штату Нью-Йорк 1846 р. передбачала прийняття систематизованого кодексу, який би охоплював все право штату. Ще в 1856 р. історик англійського права Генрі Мен передбачав успіх романо-германської правової системи в США. Однак право США не вийшло з сім’ї загального права, за винятком правової системи Нового Орлеану, який у 1812 р. знову було перейменовано в Луїзіану. Території, які приєднувалися до США пізніше, теоретично могли підкорятися французьким, іспанським або мексиканським законам, але жодний новоутворений штат не скористався цим правом і в усіх них почало діяти загальне право, хоча і схоже на англійське, але вже незалежне від нього.

Структура англо-американського права. Етап сучасного американського права (після громадянської війни 1861-1865 р.). За своєю структурою сучасне право США не відрізняється від права Англії. Воно диференціюється на загальне право і право справедливості, формується судовою практикою у вигляді прецедентів. Процесуальне право превалює над матеріальним. Джерелами права є судовий прецедент, закон, правова доктрина, розроблена окремими суддями і суддівськими корпораціями. Як правило, доктрина утверджує високу роль суду в здійсненні контролю за конституційністю законів, при тлумаченні прецедентів. Як в Англії, так і в США зберігають своє значення суди справедливості, які нині існують у 10 штатах. У разі відсутності в загальному праві способів для вирішення питання вони керуються правом справедливості, не доходячи, проте, до створення прецеденту.

1. **ХАРАКТЕРИСТИКА АНГЛІЙСЬКОГО ПРАВА.**

Протягом багатьох віків англійському праву був притаманний дуалізм, який проявлявся у поділі на загальне право і право справедливості та їх самостійному функціонуванні. В результаті судової реформи 1873-1875 рр. відбулося об’єднання загального права та права справедливості в єдину систему норм, які використовуються усіма англійськими судами. Починаючи з першої чверті ХХ ст. активно розвивається статутне право, тобто право законів (статутів), що видаються парламентом. Все це дозволяє говорити про тричленну структуру системи англійського права, до якої входять: загальне право (common law); право справедливості (law of equity); статутне право. Для англійського права поділ на публічне і приватне право не притаманний взагалі. Необхідно зауважити, що останнім часом в англійській юридичній літературі зустрічаються поняття „публічне” та „приватне право”, але вони використовуються в абсолютно іншому значенні, ніж на континенті: публічне право стосується загальнодержавних інтересів, а приватне – інтересів місцевих адміністративно-територіальних одиниць.

В континентальній Європі і ті, й інші норми були б віднесені до публічного права, крім того, такий поділ абсолютно не залежить від поділу не загальне право, право справедливості та статутне право. В основі системи англійського права лежить не поділ норм права на галузі залежно від їх предмету та методу регулювання, а поділ способів захисту права залежно від процедури їх реалізації. Галузі англійського права виражені не так чітко, як в романо-германських правових системах, і проблемам їх класифікації приділялося значно менше уваги.

Відсутність чіткого поділу права на галузі обумовлена переважно двома факторами. По-перше, всі суди мають загальну юрисдикцію, тобто можуть розглядати усі категорії справ: публічно- і приватноправові, цивільні, торгові, кримінальні тощо. По-друге, в Англії відсутні галузеві кодекси європейського типу, тому проблема галузевої структури англійського права взагалі не має практичного значення. Сучасне загальне право (common law) Англії поділяється на *матеріальне і процесуальне.*

***Матеріальне загальне право складається з норм, які регулюють такі групи правовідносин: конституційні; кримінальні; податкові; адміралтейські (морські); договірні; деліктні; сімейні; міжнародні приватні.***

***До процесуального загального права включаються: кримінальний процес; цивільний процес; адміністративний процес; арбітражний процес; доказове право.***

***До предмету права справедливості (law of equity) входять відносини, пов’язані з: правом власності; правом довірчої власності (trust); спадкуванням; діяльністю торгових товариств; банкрутством.*** Так само, як і у романо-германській правовій системі, в основі структури англійської системи права лежить правова норма, проте їх класифікація суттєво відрізняється від континентальної.

***У системі англійського права розрізняються два види норм: законодавчі (статутні) та прецедентні. Законодавчі норми, як і норми романо-германської системи права, є правилами поведінки загального характеру.***

***Прецедентні норми представляють собою судове рішення*** (або його частину) у конкретній справі, обов’язкове для сторін цієї справи та подібних справ. У своїй основі право США має структуру, подібну до структури англійського права. Тут так само право поділяється на загальне право та право справедливості, відсутній поділ права на публічне і приватне, розвивається законодавство, представлене федеральним законодавством та законодавством штатів. Проте право США має і істотні особливості, зумовлені, в основному, республіканською формою правління та федеративним устроєм. По суті, існує дворівнева правова система, яка складається із федеральної правової системи та правових систем 50 штатів, при чому не всі правові системи штатів відносяться до англо-американської правової сім’ї.

Як уже зазначалося раніше, правова система Луїзіани побудована за романо-германським типом і у сфері цивільного права тяжіє до романської (французької) підгрупи. Крім того, з 1952 р. Пуерто-Рико має статус „держави, що вільно приєдналася до США”, і її цивільне право утворене за іспанським зразком (романська підгрупа континентальної правової сім’ї), а процесуальна право та переважна більшість інших правових інститутів та норм відповідає загальному американському праву.

В цілому правова система США характеризується такими особливостями, що відрізняють її від англійського права: при визнанні прецеденту (як судового, так і адміністративного) основним джерелом права законодавство має більшу питому вагу в США, ніж в Англії, що значною мірою є наслідком наявності в США федеральної Конституції і конституцій штатів; за територією поширення закони поділяються на федеральні та закони штатів.

Особливе місце серед федеральних законів посідає Конституція США. Поряд із наявністю єдиного федерального права в деяких сферах, що підпадають під виключну компетенцію федеральної законодавчої влади (наприклад, федеральний патентний закон або закон про фабричні марки), особливу роль відіграють права штатів. Штати наділені широкою компетенцією у створенні власного законодавства і системи прецедентного права; на відміну від англійського права американське має більш вільну дію правила прецеденту. Якщо Апеляційний суд і Палата лордів Великої Британії зв’язані власним прецедентом, то Верховний суд США і верховні суди штатів не вважають себе зобов’язаними повністю підкорятися власним прецедентам. Це надає їм змогу в будь-який момент змінити свою практику, пристосуватися до нових умов.

Верховний суд США, верховні суди штатів можуть відмовитися і від прецеденту конституційного тлумачення. зростає росла таких форм систематизації права, як кодификація і консолідація. Спільні для всіх штатів норми, які стосуються різних галузей права, об’єднані у Звід законів (складається із 50 розділів, кожний із яких присвячений певної галузі права або значному правовому інституту).

Він доповнений додатками, що містять особливості регулювання кожного штату. Звід законів США перевидається кожні шість років, доповнюється новими законами, прийнятими Конгресом. У кількох штатах є цивільні кодекси, у 25 – цивільно-процесуальні, в усіх штатах – кримінальні, а в деяких – і кримінально-процесуальні. На відміну від романо-германського типу правової системи, де кодекси створюються як основа для вироблення і розвитку нового права, у США на федеральному рівні відбувається швидше консолідація прецедентів, а не створення нових норм. З метою впровадження однаковості у правовому регулюванні найважливіших сторін суспільного життя федерації створюються типові закони (кодекси) для штатів, їх проекти готуються Загальнонаціональною комісією представників усіх штатів разом з Американським інститутом права та Американською асоціацією юристів і затверджуються офіційно кожним штатом.

Так, Торговий кодекс (розроблений у 1952 p. і переглянутий у 1958-1963 pp.) прийнятий майже у всіх штатах. З кінця XIX ст. здійснюється політика зближення законодавства штатів. У 1892 р. було утворено Національну конференцію Комісії з єдиних законів штатів. У 1923 р. створено Американський інститут права, який розробив декілька проектів примірних кодексів, у тому числі Модельний ЦК 1962 р. суди штатів здійснюють юрисдикцію незалежно один від одного. Нерідкими є випадки, коли суди штатів приймають в аналогічних справах різні рішення, іноді протилежні. Остання обставина призводить до колізії між рішеннями судів штатів і федеральних судів, яким підвідомчі певні категорії справ.

Проте, керуючись принципом конституційної спільності штатів, американські юристи прагнуть враховувати рішення, раніше прийняті в інших штатах, особливо в тих випадках, коли в праві свого штату відсутній відповідний прецедент. конституційний контроль здійснюється загальними судами – федерації та штатів. Верховний суд федерації, верховні суди штатів можуть визнати відповідно той чи інший федеральний закон або закон штату неконституційним. Про неконституційність закону може заявити будь-яка сторона при розгляді кримінальної, цивільної та іншої справи в суді загальної юрисдикції. Якщо суд визнає закон неконституційним і справа дійде до Верховного суду США, рішення останнього з питання про конституційність закону є обов’язковим для всіх судів. У разі визнання закону неконституційним він не вилучається і залишається у зводах законів, проте не застосовується судами та адміністративними органами держави. Неконституційний закон втрачає судовий захист, тобто, формально діючи, він по суті втрачає юридичну силу.

Судові рішення, визнані невідповідними конституційній нормі, анулюються. Характер співвідношення федерального законодавства США та законодавства штатів визначається за залишковим принципом, закріпленим Х Поправкою до Конституції США: „Повноваження, не надані цією Конституцією Сполученим Штатам і використання яких не заборонено штатам, залишаються за штатами або народом”. Таким чином легіслатури штатів можуть приймати власні закони з будь-яких питань, не віднесених до федеральної компетенції, а також приймати закони, спрямовані на уточнення федеральних законів або на усунення прогалин у них. Дещо по іншому вирішується питання про можливість співіснування загального права федерації та загального права штату. До 1938 р. висловлювалася, хоча і спірна, точка зору, згідно з якою суди штатів застосовують власне загальне право, а федеральні суди – федеральне загальне право.

При цьому виникала суттєва проблема, оскільки деякі категорії справ, наприклад спори за участю сторін із різних штатів, мали вирішуватися федеральними судами відповідно за правом того чи іншого штату. У 1938 р. Верховний суд США у справі Томпкінс проти залізничної компанії „Еріє” виніс рішення, яким зобов’язав федеральні суди використовувати у відповідних випадках загальне право штату. Тим самим було визнано існування загального права штатів та заперечувалося існування федерального загального права. Ця позиція офіційно не змінена і зараз, хоча очевидним стало існування суспільних відносин, які регулюються в основному нормами загального права, а не законодавством (наприклад, патентне чи морське право), але за своєю природою не можуть бути віднесені до сфери компетенції штату. Це дозволяє деяким вченим доводити існування загального федерального права США поряд із загальним правом штатів.

Значними особливостями, порівняно з англійським, володіє і право справедливості США. Специфіка історичного розвитку країни зумовила відсутність канонічних та канцлерських судів, тому переважну більшість справ, які в Англії розглядаються за правом справедливості, американські суди розглядають за загальним правом. Фактично вже склалося правило, згідно з яким за правом справедливості розглядаються спори, взагалі не врегульовані загальним правом чи законодавством. З урахуванням того, що сфера застосування законодавства останнім часом розширюється, роль американського права справедливості поступово зменшується. Наприклад, за загальним правом чоловік або дружина не можуть пред’являти один одному позови, чим фактично унеможливлюється подання позову про розірвання шлюбу. Тому тривалий час до прийняття відповідного закону подібні справи розглядалися за правом справедливості.

1. **СПІЛЬНІ ОЗНАКИ ТА ВІДМІННОСТІ ПРАВА США ТА АНГЛІЙСЬКОГО ПРАВА.**

***Англо-американська правова сім'я*** об'єднує близько 50 правових систем (Великобританія, США, Канада, Австралія, Нова Зеландія, Індія, Нігерія та ін) і складає гідну конкуренцію романо-германській системі. Поширеність англосаксонських правових традицій пояснюється історичним фактором: велика Британія здійснювала масові колоніальні експансії, які супроводжувалися привнесенням власного права і його дотримання ставало обов'язковим.

Відмінними ознаками даних правових систем є: відсутність поділу права на публічне і приватне, переважно казуистический (а не абстрактний) характер норм, велике значення судового прецеденту та правової доктрини серед джерел права.

У сучасній теорії прецедентне право отримало назву "загальне право". Його основою став принцип ***stare decisis***(переклад з лат. - стояти на вирішену), означає, що при виробленні рішення судом панівна сила належить прецеденту.

***Прецедент***(від лат. ***praecedenlis -***той, що передує) - це винесене судом по конкретній справі рішення, обгрунтування якого стає правилом, обов'язковим для всіх судів тієї ж чи нижчої інстанції при вирішенні аналогічної справи. Прецедент є правовою основою для регулювання більшості суспільних відносин в англо-американських правових системах.

Прецедент складається з обов'язкової основи рішення ***(ratio decidendi -***правило, яке наповнює змістом загальну норму), і попутно сказаного ***(obiter dictum -***інші обставини справи, що обґрунтовують рішення). Сам суддя не визначає, що у вирішенні ***ratio decidendi,***а що ***obiter dictum -***це робить інший суддя, встановлюючи, чи є дане рішення прецедентом для справи, яку він розглядає. Принцип судового прецеденту застосовується в частині ***ratio decidendi,***тоді як частина ***obitur dictum***не має обов'язкової сили. Існує ієрархія прецедентів, згідно з якою рішення, прийняті вищими судовими інстанціями, обов'язкові для нижчестоящих судів.

Поряд з прецедентами, складовими систему загального права, важливу роль відіграють акти статутного права, джерелом якого є парламентські акти. Питання про пріоритет цих актів та судових прецедентів на практиці вирішується на користь перших, оскільки другі відіграють допоміжну роль щодо позитивного законодавства.

***Англійська правова система***ґрунтується на таких джерелах права, як судові прецеденти, статути, конституційні угоди, звичаї і ділові звичаю, правова доктрина.

Характерною особливістю даної правової системи є відсутність писаної Конституції, проте це не означає, що конституційних почав немає зовсім. У Великобританії склався підхід до об'єднання конституційного та інших галузей права у зв'язку з тим, що правові джерела не систематизовані. Немає і нормативного підходу до поділу галузей законодавства. Неписана Конституція Великобританії складається з наступних складових: статутне право; загальне право (прецедентне право); конституційні угоди.

Статутне право ***(Statute Laic)***будується на правових актах - статутах. Статути - це категорія актів, складових британську конституцію і охоплюють акти Парламенту і акти делегованого законодавства, включаючи Велику Хартію Вольностей 1215 р.; Білль про права 1689 р.; Акт про союз з Шотландією 1706 р.; Акт про престолонаслідування 1701 р., закони про парламент 1911 і 1949 рр.; закони про пэрах 1958 і 1963 рр.; Закон про Палаті громад 1978 р. і т. д.

Акти делегованого законодавства приймаються виконавчою владою на основі прав, делегованих Парламентом. До цієї категорії актів належать акти, що видаються міністрами Корони, місцевими органами влади і публічними корпораціями. Найбільш важливими з актів делегованого законодавства є накази в Таємній раді, що видаються від імені монарха.

Суть прецедентного права ***(Соттоп Law)***полягає в доктриною судового прецеденту - ***stare decidis,***закріплює правило обов'язкового проходження нижчестоящого суду рішенням вищого при винесенні рішення по аналогічній справі. Спочатку такі рішення не могли бути змінені, і довгий час це сприяло стабільності системи.

У другій половині XX ст. такий підхід був змінений: Палата лордів, Високий суд правосуддя і Апеляційний суд визнали можливим відходити від раніше винесених ними судових рішень. На сучасний момент силу прецеденту мають рішення вищих судових інстанцій - Апеляційного суду ***(Court of Арреа)***і Палати лордів ***(Ноші про/ Lords) -***щодо всіх нижчестоящих суддів, включаючи суддів Високого суду правосуддя ***(High Court про/Justice),***судів графств ***(county courts)***і магістратських судів ***(magistrature).***Тут маються на увазі так звані зобов'язують прецеденти ***(binding precedents),***створювані рішеннями вищих судів, обов'язкові для всіх судів по низхідній лінії, які, таким чином, повинні керуватися зазначеними прецедентами при прийнятті власних рішень по аналогічних справах. Незважаючи на те, що прецеденти є важливою частиною правової системи і відображають її унікальність, вони не є єдиним джерелом права.

Конституційні угоди ***(Constitutional conventions)***регламентують відносини між монархом і Кабінетом міністрів, а також між палатами Парламенту. Звичаї визнаються правовими джерелами тільки коли задовольняють ряду критеріїв:

1) обов'язковість відносин, які є предметом розгляду в суді;

2) визначеність;

3) розумність;

4) старовинність, тобто існування з незапам'ятних часів;

5) тривалість і регулярність застосування.

***Правова система Сполучених Штатів Америки (США).***

***США*** *- президентська республіка з федеративним територіальним устроєм, що об'єднує 50 штатів і федеральний округ. Основним правовим принципом у США є принцип розподілу влад: законодавча влада належить Конгресу (складається з Палати представників і Сенату), виконавча - Президенту, судова Верховному й іншим судам.*

Важлива відмінність американської правової системи від англійської полягає в наявності писаного Основного закону, яким в країні є Конституція 17 вересня 1787 р., складається з преамбули, семи статей і двадцяти семи поправок. Вона закріплює основні особисті, політичні і економічні права громадян, а також перелік питань, віднесених до компетенції центральної влади. Питання, не включені в цей перелік, штати правомочні вирішувати самостійно.

Правова система США має багато спільного з англійської зважаючи на те, що на території штатів з моменту їх утворення та об'єднання діяли англійські закони і норми англійського загального права, сформульовані в рішеннях британських судів. Відмінність полягає в тому, що англійське прецедентне право застосовується не беззастережно. Американські суди відмовляються слідувати застарілим нормам загального права і створюють власні прецеденти.

Ключовою відмінністю є і складна система законів США, що включає федеральні закони, закони штатів і місцеві закони. Останнім часом спостерігається внутрішня диференціація правової системи, тобто в окремих штатах право розвивається у розрізі із загальною тенденцією, притаманною англосаксонської правової сім'ї. Наприклад, для Луїзіани зберігається значення французького та іспанського права. Колишні мексиканські території (Техас, Нью-Мексико, Невада) також досі відчувають вплив іспанської правової системи.

**4. СИСТЕМА ДЖЕРЕЛ ПРАВА АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СІМ’Ї.**

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)1.

Усі джерела можуть бути поділені на ***обов'язкові та необов'язкові***.

**Обов'язкові джерела** — це ті, що мають примусову (або обов'язкову) силу. Обов'язкові джерела у свою чергу поділяються на основні та додаткові.

Основними джерелами є первинні джерела, чинність кожного з яких не виводиться з інших юридичних джерел. У теорії права до основних (первинних) джерел сім'ї англо-американського права відносять насамперед законодавство (статути та делеговане законодавство) і судовий прецедент. Для англійського права основним джерелом є також правові документи Європейського Союзу.

Додатковими джерелами права вважають правові звичаї, авторитетні публікації в галузі права, що витримали перевірку часом (старовинна доктрина), розум, канонічне право, римське право, судові звіти, матеріали Правової комісії.

Прикладами необов'язкових джерел є законодавство інших країн, obiter dictum.

Судовий прецедент як джерело права вперше з'явився саме в англійській правовій системі. Вирішальна роль прецеденту у створенні та функціонуванні права в Англії відрізняє систему загального права від континентальної та інших правових систем. Історично склалося так, що в середньовічних Англії та Вельсі загальне (єдине) право було сформоване через діяльність судів. Сьогодні судовий прецедент є основним джерелом англо-американського права. Наприклад, в Англії налічується близько 800 тис. судових прецедентів, і щороку до них додається близько 20 тис.

Загальна доктрина судового прецеденту як обов'язкового джерела англійського права склалася лише в другій половині XIX століття. Це пояснюється насамперед тим, що тривалий час у правовій свідомості англійського суспільства панувала деклараторна теорія права, яка, визнаючи об'єктивним джерелом права звичаї і традиції країни, не дозволяла відносити судовий прецедент до джерел права. Згідно з деклараторною теорією судове рішення розглядалось лише як переконливе свідчення, що підтверджує наявність норми права в тому вигляді, в якому вона була сформульована в рішенні по даній справі, але аж ніяк не як обов'язковий прецедент, тобто джерело права.

Доктрина обов'язкового судового прецеденту в її сучасному вигляді сформувалася під впливом двох важливих обставин:

1)  утворення 1865 року спеціальної Ради і Правового товариства, до обов'язків яких входила публікація рішень судових інстанцій за умови обов'язкового професійного контролю кожного випуску. До цього такі публікації здійснювалися в приватному порядку. Багато судових рішень залишалися взагалі невиданими;

2)  створення на підставі законів про судоустрій 1873—1875 років єдиної централізованої системи судів. Функціонування системи прецедентного права було б неможливим, якби англійські суди не входили до єдиної системи і не знаходилися в певній ієрархічній підпорядкованості.

У найширшому розумінні прецедентом (від лат. ргаеcedens, praecedentis — той, що передує) вважається те, що відбулося в тій чи іншій ситуації раніше і що сприймається як свого роду приклад, що підказує, як слід поводитися у схожій ситуації, якщо вона виникне знову.

Якщо прецедент стосується судових справ, то він розглядається як судовий прецедент. Отже, судовий прецедент — це таке рішення суду в конкретній справі, що підказує іншим суддям, яке рішення слід прийняти при вирішенні аналогічних справ у майбутньому.

Сама доктрина прецеденту перебуває в постійному розвитку, але зберігає три постійні риси:

1)  повага до окремо взятого рішення одного з вищих судів;

2)   рішення такого суду є переконливим прецедентом для судів, що знаходяться вище в ієрархії;

3)  окреме рішення розглядається завжди як обов'язковий прецедент для нижчого суду.

Доктрина прецеденту ґрунтується на принципі stare decisis («стояти на вирішеному»), який походить від латинської фрази «stare decisis et non quieta movere», що означає «триматися прецедентів і не порушувати вже установленого».

Згідно з цим принципом суди не можуть переглядати прецеденти за своїм розсудом. Принципу «стояти на вирішеному» необхідно дотримуватися навіть у тих випадках, коли існують досить переконливі аргументи, що за інших обставин дозволили б не робити цього (наприклад, той чи інший прецедент є несправедливим або помилковим). Судді дотримуються принципу stare decisis не так під загрозою санкцій (звільнення з посади), як з метою, щоб судова практика досягла високого ступеня єдності. Це необхідно для того, щоб не порушувався принцип справедливості, який вимагає однакового ставлення до всіх людей в однакових ситуаціях. Слушною є думка, що тільки за наявності принципу stare decisis на основі судових рішень можна досягти тієї необхідної сталості та впевненості, які нерозривно пов'язані з самим поняттям права.

Зміст принципу stare decisis розкривають дві суттєві вимоги — підкореності та переконливості, на яких і ґрунтуються судові рішення. Ці вимоги, виходячи з їх загального характеру, також часто іменують принципами.

Принцип підкореності означає, що суд повинен дотримуватися правила, встановленого під час розгляду попередньої справи.

Цей принцип діє по вертикалі, визначаючи обов'язок суддів дотримуватися рішень відповідних вищих судів (тому цю форму іноді називають вертикальним stare decisis). Так, рішення англійської Палати лордів (це вищий суд в Англії) є обов'язковими для всіх нижчих судів. Рішення Апеляційного суду (касаційна судова інстанція) є обов'язковими для всіх судів, крім Палати лордів. Рішення Високого суду є обов'язковими для всіх судів, крім Палати лордів і Апеляційного суду.

Крім того, апеляційні суди пов'язані своїми минули-' ми рішеннями (горизонтальний stare decisis).

Проте з принципу підкореності є винятки. Так, для апеляційного суду не є обов'язковим прецедент, якщо, зокрема:

1)  цим апеляційним судом є Палата лордів, що не зв'язана своїми попередніми рішеннями.

У 1966 році Палата лордів зробила заяву, згідно з якою дуже жорстка прихильність до прецеденту може призвести до несправедливості в конкретному випадку та до невиправданих обмежень у розвитку права. Тому Палата лордів вважає свої попередні рішення в принципі обов'язковими, але допускає можливість відходу від них у разі необхідності. Ця заява не стосується використання прецедентів ніякими іншими, крім Палати лордів, судами. Проте цей виняток з принципу stare decisis, який, до речі, був підтриманий Парламентом у Законі про здійснення правосуддя (1969), застосовується Палатою лордів дуже обережно: так, за 10 років (1966—1976) вона відхилила лише два прецеденти;

2)   прецедент конфліктує з більш раннім прецедентом вищого апеляційного суду;

3)  з прецедентом апеляційного суду не погодився Судовий комітет Таємної Ради;

4)  прецедент суперечить іншому, більш ранньому прецеденту того ж самого суду;

5)  прецедент був у непрямій формі відхилений наступним рішенням вищого апеляційного суду;

6)   прецедент був прийнятий цим судом per incuriam (за недбалістю);

7)  прецедент є застарілим;

8)  прецедент містить два ratio decidendi, між якими можна зробити вибір;

9)   прецедент був скасований законом.

Принцип переконливості stare decisis означає, що суд може, але не зобов'язаний, дотримуватися раніше встановленого правила, якщо його аргументація є досить переконливою.

Оскільки щодо конкретного прецеденту можуть діяти різні принципи stare decisis — підкореності або переконливості, можна зробити висновок про існування двох видів судових прецедентів: обов'язкових та необов'язкових (переконливих). Прецеденти, щодо яких діє принцип підкореності, вважаються обов'язковими. Прецеденти, в основі яких лежить принцип переконливості, називаються переконливими. Вони не є юридично обов'язковими.

До переконливих прецедентів для англійських судів належать такі судові рішення (або їхні складові частини):

1)  частина рішення Палати лордів, що визнається obiter dictum;

2)  усі рішення нижчих судових інстанцій;

3)  усі рішення Судового комітету Таємної Ради;

4)  усі рішення судів Шотландії;

5)  усі рішення, прийняті судами інших держав, на які поширюється юрисдикція загального права;

6)  прецеденти і думки, викладені в класичних юридичних працях (наприклад, у підручниках і монографіях);

7)  рішення, винесені рівними судовими інстанціями, якщо вони не вважаються юридично обов'язковими;

8)  усі рішення судів Європейського Союзу. Значення переконливих прецедентів зростає тоді, коли суду доводиться заповнювати відсутність законодавчої регламентації.

Структура судового прецеденту. Будь-який прецедент містить дві частини: ratio decidendi та obiter dictum.

Ratio decidendi (з лат.— підстава для вирішення) — це та частина рішення суду, де містяться норми права, на основі яких було вирішено дану справу. Ratio decidendi міститься в мотивувальній частині і є стандартом, поясненням, чому саме так було вирішено конкретну справу. Для обґрунтування цього принципу судді, ухвалюючи рішення у справі, застосовують норми законодавства, попередні прецеденти та міркування (мотивацію) суддів при їх прийнятті, цитати з авторитетних доктринальних джерел, посилання на іноземні прецеденти чи законодавство тощо.

Ratio decidendi фіксує правову основу, що має силу закону і повинна застосовуватися при вирішенні всіх наступних справ, при чому щодо всіх інших осіб, а не тільки сторін у даній справі. Таким чином, саме ratio decidendi є нормою прецедентного права.

Наприклад, у відомій справі чилійського генерала А. Піночета англійським судом вирішувалось питання про можливість видачі іспанському правосуддю генерала — глави держави, який має дипломатичний імунітет. Принципом (ratio decidendi) у цій справі була мотивація суду, що скоєння злочинів проти людства та катування людей не є офіційними діями глави держави, тому він не має імунітету від кримінального переслідування. Вона дозволила прийняти рішення про видачу генерала.

Пошук ratio decidcndi — нелегке завдання. Навряд чи ratio коли-небудь формулюється суддями у прямій формі. Скоріше, воно може міститися у прихованому вигляді. Отже, основне завдання юриста, що аналізує рішення суду, полягає в тому, щоб виокремити в ньому ту частину, в якій формулюється підстава для вирішення справи. Можна сказати, що пошук ratio decidendi є основною особливістю процесу в англо-американських судах.

Найпоширенішими методами пошуку ratio decidendi є метод Вембо та метод Гудгарта.

Згідно з методом Вембо суддя має спочатку знайти в рішенні те правоположення, яке може вважатися ratio decidendi, а потім надати йому протилежного значення. Якщо після цього остаточний висновок рішення не зміниться, то перед суддею — obiter dictum, якщо зміниться — тоді це ratio decidendi. Наприклад, якщо у справі генерала А. Піночета вважати катування людей офіційною дією глави держави, тоді рішення у справі повинно змінитися. Отже, протилежне до такого припущення твердження є ratio decidendi цього рішення.

Згідно з методом Гудгарта ratio decidendi визначається шляхом оцінки фактів, які уявляються суттєвими для судді. Суд вважає себе зв'язаним попереднім рішенням і постановляє аналогічну ухвалу, якщо у справі, що розглядається, не з'являється новий факт, вплив якого на нове рішення він вважає суттєвим. Суд також не вважає себе зв'язаним попереднім рішенням, якщо в новій справі відсутні деякі суттєві факти, що фігурували в попередній справі.

Інша частина рішення суду розглядається як obiter dictum (з лат.— сказане між іншим) — зауваження (міркування) суду щодо питань, які безпосередньо не входять до предмета судового рішення, але висловлені для пояснення, ілюстрації і мають загальний характер. На відміну від ratio decidendi ці висловлення не формулюють той чи інший принцип права і не обґрунтовують рішення суду.

Obiter dictum носить додатковий, але не обов'язковий характер і тому не має обов'язкової прецедентної  цінності для майбутніх справ. Ця частина рішення суду в справі покликана допомогти суддям у майбутньому, проте вони не зобов'язані дотримуватися висловлень, що містяться в ній. І все ж таки практика вимагає, щоб фахівці звертали увагу на obiter dictum. Більшість юристів так і роблять, намагаючись передбачити, як суд поводитиметься в майбутньому. Тому розсудливий юрист завжди ознайомиться з усією інформацією, яка може виявитися корисною, у тому числі з obiter dictum.

Obiter dictum буває трьох видів:

1)   висновки суду щодо відсутніх у даній справі фактів та обставин або ж фактів та обставин, що реально існують, але не мають прямого відношення до даної справи. Напри клад, у справі Централ Ландон Проперті Траст Лтд проти Хай Тріс Хаус Лтд (Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd) 1947 року суддя висловив думку, що власники нерухомості не можуть звертатися до суду з позовами про стягнення орендної плати за період воєнного часу, хоча в даній справі таких вимог ніхто не заявляв;

2)  твердження суду, які хоч і засновані на доведених у справі фактах, але які не були використані ним при обґрунтуванні рішення. Наприклад, у справі Хедлі Бьорн енд Ко Лтд проти Хелер енд Партнере (Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners) 1964 року Палата лордів висловилася про те, що банки, які надають рекомендації своїм клієнтам, зобов'язані виявляти про них турботу і що банк несе відповідальність у випадках, коли виявляє недбалість при наданні рекомендацій. У даній справі був встановлений факт недбалості банка при наданні рекомендацій своєму клієнтові. Проте твердження про відповідальність банку не було використане в рішенні суду, оскільки у справі існувала відмова клієнта від позову;

3) думка суддів, які залишились у даній справі у меншості. Це думка суду, що хоч і ґрунтується на достовірних фактах, але не приймається до уваги при вирішенні справи.

Вважається, що дія судового прецеденту в часі є необмеженою. І якщо він стосується розглянутих судом питань, то залишається джерелом права, хоч би скільки часу минуло з моменту його появи. Але прецедент може й припинити свою дію. Це може трапитися за допомогою трьох інститутів: перегляду (скасування) прецеденту, зміни рішення нижчого суду та відхилення прецеденту.

1. ***Інститут перегляду (скасування) прецеденту.*** Прецедент переглядається:

а)  згідно з рішенням вищого суду за іншою справою. Вищий суд у цих випадках вважає, що право з часу проголошення попереднього рішення стало іншим. Тому рішення, прийняте на підставі старого прецеденту в іншій справі, залишається чинним, а новий прецедент, створений вищим судом, поширюватиметься на всі справи, що будуть розглядатися в майбутньому;

б)  шляхом прийняття статуту, що містить норми, які за змістом відрізняються від правила, встановленого прецедентом. Значення перегляду прецедентів актами Парламенту підвищується в Англії, починаючи з 1966 року, після відмови Палати лордів від принципу «твердого прецеденту».

2.  ***Інститут зміни рішення нижчого суду.*** Зміна рішення має місце тоді, коли вищий суд скасовує рішення нижчого суду в порядку апеляційного перегляду тієї ж справи. У цьому випадку відхилене рішення нижчого суду втрачає силу прецеденту, а прийняте судом апеляційної інстанції рішення стає новим прецедентом у даній справі. Новий прецедент буде використовуватись також при вирішенні аналогічних справ у майбутньому.

3. ***Інститут відхилення прецеденту*** (відхід від прецеденту). Суд може відхилити запропонований йому для застосування прецедент з тих мотивів, що він не повною мірою відповідає фактичним обставинам розглянутої справи. У цьому випадку суд повинен констатувати, що обставини справи, розгляд якої привів до створення прецеденту, мають істотні розбіжності з обставинами справи, яку він розглядає зараз. Тому цей прецедент не може бути застосований через його невідповідність фактичним обставинам даної справи.

Зазвичай суди віддають перевагу відхиленню прецеденту, а не його перегляду (скасуванню). Вважається, що перегляд (скасування) прецедентів призводить до зростання невизначеності права й у цілому не сприяє цілям правосуддя і справедливості. Відхилення ж дозволяє в разі необхідності «відродити» «сплячий» прецедент.

**Закони** — це важливе основне джерело норм сучасного англо-американського права.

У вузькому (суто юридичному) значенні законом є формальний, оформлений у письмовому вигляді акт, який виходить від вищого законодавчого органу влади (в Англії, Канаді та Австралії — це Парламент, у США на федеральному рівні — це Конгрес, на рівні окремих штатів — легіслатури). До законів у широкому значенні належать всі ті акти, що створюються законодавчою та виконавчою владами і протиставляються актам судової влади.

Розглянемо закони у вузькому значенні на прикладі Англії, де вони набули форми статутів. Статути приймаються Парламентом — вищим законодавчим органом Сполученого Королівства — і повинні бути схвалені королем (королевою).

Відомий англійський юрист Е. Дженкс зазначає, що на відміну від судового рішення статут є формальною постановою щодо будь-якого правила поведінки, яка в майбутньому підлягає дотриманню тими особами, до яких воно звернене. Закон (за винятком дуже рідких випадків надання йому зворотної сили) не намагається, на відміну від судового рішення, вирішити спір, який уже виник, чи накласти покарання за вже здійснений вчинок.

Для розуміння особливості законів в Англії дуже важливе значення має принцип верховенства статутів, який ґрунтується на принципі правового суверенітету Парламенту (або верховенства Парламенту). Цей принцип полягає в тому, що вся законодавча влада зосереджена в Парламенті і що тільки він може приймати та скасовувати статути, зупиняти їх дію; Парламент має право видавати та скасовувати будь-які закони з будь-якого питання (наприклад, Парламент може визнати неповнолітнього повнолітнім, звинуватити людину у зраді після її смерті); немає жодної особи чи установи, за якими англійський закон визнавав би право порушувати або не виконувати законодавчі акти Парламенту. Цей принцип, який було визнано ще в XVI столітті, покликаний затвердити перевагу волі обраних народом представників над волею призначених суддів. Проте, характеризуючи свободу дій Парламенту, слід взяти до уваги, що сьогодні її деякою мірою обмежують правові документи Європейського Союзу.

Верховенство статутного законодавства може бути підтверджено такими положеннями права:

1) жодний орган, у тому числі суд, не має права брати під сумнів законність прийнятих Парламентом актів.

У справі Чені проти Кон (Cheney v. Conn) 1968 року позивач заперечував проти податку, що він його повинен був сплатити відповідно до Закону про фінанси 1964 року. У судовому рішенні було, зокрема, зазначено: «Не справа суду заявляти про незаконність прийнятих Парламентом положень, що мають верховенство в цій державі». Отже, в Англії не існує системи судового контролю за законодавчим процесом і законами;

2) лише прийнятий Парламентом статут може прямо скасовувати статут, прийнятий ним раніше, або це може припускатися. До того моменту статути вважаються вічними і підлягають застосуванню суддями до їх формального скасування чи закінчення встановленого в них строку дії. Як зауважують англійські юристи, інший спосіб дії свідчив би про те, що суд бере під сумнів авторитет законодавчої влади, яка ухвалила ці статути, чого суд у жодному випадку не має права робити;

3) закон може змінювати або скасовувати положення чинного загального права (тобто судові прецеденти).

Однак положення про необмежену свободу розсуду англійського Парламенту при прийнятті статутів має переважно теоретичний характер. На практиці статути здебільшого приймаються для внесення необхідних змін і доповнень до чинного права. Зокрема, статутне законодавство призначене для скасування чинного законодавства, для доповнення встановлених положень загального права або права справедливості, для перегляду наслідків рішень судів, а також для запровадження нових положень з питань, що раніше не підлягали правовому регулюванню.

У сучасному англійському праві можна помітити тенденцію до посилення ролі статутів, яка полягає у збільшенні їх питомої ваги в системі джерел права та в розширенні сфери відносин, що регулюються ними. Наприклад, англійські закони, прийняті після 1948 року, мають обсяг у чотири рази більший, ніж закони, прийняті до того часу.

Проте ця тенденція не порушує історично існуючих зв'язків статутів з іншими джерелами права, перш за все прецедентом. І сьогодні не викликає сумнівів теза, що принципи англійського права встановлюються саме суддівським правом, а статут лише деталізує їх. Статут запозичує категоріальний апарат, розроблений прецедентним правом. Для статуту дуже важливим є його тлумачення в судах, оскільки судді привласнили право інтерпретувати статути, посилаючись на те, що вони краще за інших можуть пояснити їх зміст.

В Англії традиційно вважається, що прийнятий закон починає «жити», стає правовою забороною чи зобов'язанням тільки після того, як він буде застосований суддею. Такий взаємозв'язок і взаємодія статуту і прецеденту в регулюванні суспільних відносин виключає можливість виділення серед них «головного» чи «другорядного», «основного» та «не основного» джерела права.

У найзагальнішому вигляді акти, прийняті Парламентом, поділяються на дві основні групи: публічні і приватні. Деякі акти містять положення змішаного характеру — публічного і приватного, тому вони є «гібридними». Публічні статути встановлюють загальні правила поведінки, що поширюються на невизначене коло осіб, і діють на всій території країни або її істотній частині. Приватні акти спрямовані на встановлення винятків з чинного права для окремих осіб та територій. Вони встановлюють особливі повноваження або привілеї для певної особи чи групи осіб. Історія приватних статутів бере свій початок від тих часів, коли Парламент активно функціонував як судова інстанція.

Крім того, такий цікавий поділ актів пояснюється тим, що у правовій системі Англії будь-яке законодавчо встановлене правило поведінки, незалежно від того, має воно загальний чи індивідуальний характер, вважається правовою нормою. Тому в англійському праві відсутній поділ на нормативні та індивідуальні акти. Слід зазначити, що у другій половині XX століття кількість приватних актів значно зменшилася порівняно з XIX — першою половиною XX століття.

*За змістом статути, прийняті Парламентом, поділяються на п'ять видів:*

1)  акти реформи права. Механізм підготовки правових реформ в Англії відрізнявся значною невизначеністю аж до 1965 року, відколи в країні почала працювати Правова комісія, що була утворена на підставі Закону про правові комісії (1965). До її завдань входить вивчення та перегляд права з метою його системного розвитку та реформи, виключення аномалій, скасування застарілих і непотрібних норм, спрощення та модернізації права. Правова комісія готує звіти, рекомендації та законопроекти, що втілюються в життя парламентськими актами;

2)   консолідовані акти, за допомогою яких Парламент об'єднує в єдиному законі положення прийнятих раніше законодавчих актів з одного питання. Прикладом консолідації є прийняття Закону про профспілки та трудові відносини 1992 року, який об'єднав понад десяти законів, що повністю або частково регулювали діяльність профспілок. Ці акти підлягають більш суворому контролю при їх прийнятті у Парламенті;

3)  кодифіковані акти. У цих законах робиться спроба об'єднати всі норми права, що стосуються одного питання чи інституту. На відміну від консолідації, в Англії кодифікації підлягає не тільки статутне, але й прецедентне право (у цьому разі в одному законі об'єднуються норми статутного і загального права, а також положення права

справедливості). До кодифікованих актів належить, наприклад, Закон про кримінальну відповідальність за замах на вчинення злочину 1981 року;

4)  акти про стягнення доходів — фінансові акти, що приймаються Парламентом щорічно і на підставі яких вносяться зміни до бюджету;

5)  поточне законодавство. Ці закони приймаються для вирішення поточних питань життя країни. До поточного законодавства належить, наприклад, Акт про орендну плату 1974 року.

Основна маса законопроектів ініціюється Короною. В окремих випадках ініціаторами прийняття закону можуть виступати члени Парламенту. Перед направленням до Парламенту остаточного варіанта законопроекту останній узгоджується з тим департаментом уряду, до компетенції якого він входить.

Законопроект проходить кілька обов'язкових стадій:

1) внесення законопроекту;

2) перше читання;

3) друге читання;

4) робота в комітетах;

5) звіт про роботу над законопроектом;

6) третє читання;

7) обговорення виправлень;

8) одержання згоди Корони.

***Законопроект стає статутом після його затвердження Парламентом і одержання згоди Корони.*** Якщо в статуті не вказується інша дата, він набуває чинності в той же день, коли його підписує король (королева). Звичайною стала практика, коли в тексті статуту вказується, що він набуває чинності «у призначений день». Визначення цієї дати входить до обов'язків міністра уряду, або це оформляється наказом Таємної Ради.

Статут припиняє свою дію в разі, якщо він був замінений іншим статутом; якщо в тексті статуту був визначений період, на який він зберігає свою силу; якщо була визначена мета прийняття статуту і вона досягнута. Давність прийняття статуту не може бути підставою для припинення його дії.

З'явившись уперше в XVII столітті, делеговане законодавство вже наприкінці XIX — на початку XX століття практично охопило більшість сфер суспільного життя і стало одним з найпоширеніших джерел права.

**Делеговане законодавство** — це підзаконні відомчі нормативні акти, прийняті відповідно до встановленого порядку й у межах повноважень, делегованих законодавцем певним органам.

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

***Делегування повноважень урядові в сучасних умовах відбувається двома основними шляхами:***

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

2)  шляхом видання таких законів, що складені в най- загальніших виразах («скелетне законодавство») і a priori вимагають для їх застосування прийняття відповідних урядових актів (наприклад, таким є право соціального забезпечення).

Акти, прийняті в порядку делегованого законодавства, поділяються на накази в Раді, постанови й інструкції, а також підзаконні нормативні акти.

1.  Накази в Раді мають вищу силу серед актів делегованого законодавства. Багато законів Парламенту вводяться в дію за допомогою прийняття таких актів. Теоретично наказ у Раді — це припис, що приймається Таємною Радою (Privy Council), до складу якої входить монарх і таємні радники. На практиці ж це робить уряд від імені королеви, а Таємна Рада його тільки санкціонує.

2.  Інструкції, накази та правила приймають міністри або відповідні департаменти уряду, якщо цими досить широкими повноваженнями їх наділив статут. Чіткої різниці між  іструкціями, наказами і правилами практично немає, проте нині делеговане законодавство має переважно форму інструкцій. Наприклад, ст. 75 Закону про захист зайнятості 1978 року встановлює максимальний поріг компенсації за несправедливе звільнення і передбачає, що державний секретар може підвищити цей поріг, видавиш ВІДПОВІДНИЙ наказ (через акт делегованого законодавства). Ці акти називаються ***статутними документами*** і є ***найпоширенішою формою делегованого законодавства*** (кожного року їх видається понад дві тисячі).

3.  Підзаконні нормативні акти приймаються на місцевому рівні управління та приватними установами і корпораціями, їхня дія поширюється тільки на певну територію. Нерідко акти місцевих органів потребують підтвердження з боку відповідних центральних міністерств та відомств.

Іноді акти, повноваження на прийняття яких передане Парламентом приватним установам та корпораціям, називаються автономним законодавством. Автономне законодавство притаманне автономним установам — підприємствам транспорту, газовим управлінням, Англіканській церкві, Загальній медичній Раді, Юридичному товариству, профспілкам тощо, — які мають можливості контролювати свою власну структуру і видавати закони для своїх членів. Як зауважують англійські юристи, парламентські повноваження передаються цим організаціям з метою встановлення добрих правил та мудрого правління.

Акти делегованого законодавства (це стосується актів уряду та міністрів) фактично мають ту ж юридичну силу, що і закони Парламенту, відповідно до яких і на виконання яких вони приймаються. Це положення можна простежити в законодавстві. Закон про тлумачення 1978 року встановив, що статутний акт повинен розглядатись як продовження акта, на підставі якого він прийнятий; він повинен тлумачитися у світлі цього акта; терміни, які використовуються в акті делегованого законодавства, мають те саме значення, що й у статуті. Статут і статутний акт читаються як один закон: акт діє до того часу, доки діє статут. Скасування статуту призводить до втрати чинності всіх пов'язаних з ним актів.

Переваги делегованого законодавства полягають у тому, що його практика дозволяє Парламенту заощаджувати час для вирішення більш масштабних і дискусійних політичних питань. Крім того, завдяки делегованому законодавству міністерства можуть оперативніше реагувати на ситуації, що вимагають невідкладного втручання. Делеговане законодавство забезпечує також більшу гнучкість: прийняті в межах делегованого законодавства правила й інструкції час від часу можуть доповнюватися або змінюватися без прийняття відповідного акта Парламентом.

Разом з тим делеговане законодавство має недоліки. Головним з них є те, що воно виводить частину законотворчого процесу за межі прямого контролю демократично обраних представників народу і передає її в руки чиновників уряду.

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

Парламентський контроль може здійснюватися у формі попереднього та наступного контролю. Так, деякі документи повинні подаватися у спеціальні комітети Парламенту у вигляді проекту, а деякі —- вже на стадії, коли вони набули законної сили. Парламент може прийняти рішення про скасування такого акта.

Інші статутні документи повинні бути затверджені однією з палат Парламенту або знайти підтримку обох палат протягом 40 днів (якщо цього не відбувається, акт втрачає чинність).

Крім того, існує Об'єднаний комітет Палати громад і Палати лордів. До його функцій належить розгляд статутних документів і визначення того, які з них і на яких підставах повинні бути подані Парламенту. Наприклад, це може бути не достатньо зрозуміла редакція тексту статутного документа, запровадження непередбаченого податку тощо.

Судовий контроль, на відміну від парламентського, не має постійного характеру. Суд здійснює його тільки тоді, коли під час судового розгляду зустрічається з делегованим актом. Якщо буде встановлено, що міністр, департамент уряду або орган місцевого самоврядування своїм рішенням або прийнятим актом перевищують належні їм делеговані повноваження, суд має право визнати цей акт таким, що виданий з перевищенням їхніх повноважень (ultra vires) і не має юридичної сили. Крім того, суд може, не вимагаючи скасування акта, просто його ігнорувати і відмовлятися застосовувати у справах, що розглядаються. З часом таке правило стає мертвою літерою.

Адміністративний контроль за актами делегованого законодавства здійснюється адміністративними органами (передусім міністерствами і центральними відомствами щодо актів органів місцевого управління).

Термін «звичай» в Англії використовується в кількох значеннях.

По-перше, звичай розглядається як історичне джерело права. У літературі традиційно підкреслюється велике історичне значення звичаю для формування сучасного права Англії: до виникнення загального права Англії саме численні місцеві звичаї і становили право. Звичаєве право дуже різнилося залежно від місцевості, в якій діяли його норми; воно не було писаним, тому могло застосовуватися лише місцевими судами, тобто тими, хто безпосередньо був знайомий з існуванням певного звичаю. Зі створенням королівського суду на території всієї Англії поширюється єдине загальне право, а значення звичаєвого права як самостійного джерела стрімко зменшується. Проте виникнення багатьох принципів англійського загального права, що є чинними і сьогодні, пояснюється саме середньовічними звичаями.

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

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

# СЕМЕСТРОВИЙ МОДУЛЬ 2

# Змістовий модуль 3. ХАРАКТЕРИСТИКА ОКРЕМИХ ПРАВОВИХ СІМЕЙ ТА СУЧАСНИХ ТЕНДЕНЦІЙ ЗБЛИЖЕННЯ НАЦІОНАЛЬНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМ

# ЛЕКЦІЯ 9. АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКА ПРАВОВА СІМ’Я

[1 с. 115-116; 5, с. 82-83; 6, с. 109-131]

1. Сутність загального права.
2. Характеристика декларативної теорії права.
3. Поняття статутного права.

**1. СУТНІСТЬ ЗАГАЛЬНОГО ПРАВА.**

Терміном “загальне право” (common law) може позначатися:

1) тип права, в розвитку якого основна роль належить судовій практиці з вирішення кримінальних і цивільних справ. У цьому аспекті загальне право протиставляється насамперед статутному праву. Використання терміна “загальне право” саме в цьому значенні є найбільш поширеним;

2) тип правових систем, що склався під впливом системи англійського права. Цей тип права діє в тих країнах, що належать до англо-американської правової сім'ї (Англія, США, Канада, Австралія, Нова Зеландія тощо).

У цьому разі загальне право протиставляється насамперед романо-германському праву; право, що виникло у XII столітті як право, загальне для всіх вільних жителів Англії, на яких тоді поширювалася юрисдикція (влада) королівського суду.

Таке історичне розуміння загального права протиставляється місцевому праву окремих частин Англії; система норм, створених королівськими судами. Вона протиставляється нормам права справедливості, що створені судами совісті на чолі з лорд-канцлером.

Авторитет і сила норм загального права багато в чому грунтуються на старих традиціях, що сягають своїм корінням в історичне минуле англійської державності. Тому для розуміння поняття “загальне право” велике значення має історія розвитку англійського права у XII—XIV століттях. Розуміння сутності загального права неможливе також без деклараторної теорії права, або теорії незалежного існування права. Авторами деклараторної теорії справедливо вважаються авторитетні англійські юристи XVII—XVIII століть М. Хейл та В. Блекстоун. Вони узагальнили багатовікову практику загального права і сформулювали її основні положення, а саме:

**судді** не створюють право, а лише декларують або відкривають його. Норми права існують об'єктивно і незалежно від суддів. Судді — це “оракули” права. їхні рішення — найбільш авторитетні свідчення існування права.

   З цих позицій загальне право є не чим іншим, як правом, декларованим суддями за всю історію існування суду. У всякому разі, згідно з основами деклараторної теорії, право — це не рукотворні норми, не офіційний документ, а живе право, практика і досвід. Нові правові норми з'являються так само, як нові мовні одиниці. У певному розумінні мова і право “вигадані” людьми. Однак природа в них одна: ніхто не може точно визначити, хто їх вигадав, хто їхній автор;

   2) **право** — це звичай, що є виразником певних цінностей народу. Тому винятковий засіб доведення певного правила поведінки як норми загального права полягає в посиланні на докази існування цього правила як звичаю, якого завжди дотримувалися суб'єкти правовідносин.  
   Розвиток загального права, що відбувається протягом багатьох століть, близький до звичаєвого права. Обидва вони нагадують “первісний ліс, який хоча його ніколи не рубали і навряд чи змінювалися його обриси, постійно омолоджується і через сто років буде зовсім іншим лісом; а зовні він залишається тим самим “старим лісом”, у якому повільний ріст однієї його частини супроводжується непоміченим відмиранням в іншій”.

   3) **розумність** — це життя права. Ототожнення загального права з розумністю є наслідком розвитку теорії природного права. Згідно з англійською традицією до принципу розумності завжди ставились як до питання факту, що передається на розгляд присяжних. Особливо це стосується цивільно-правових справ про недбалість, яка тлумачиться як недотримання стандарту поведінки розумної людини.

   Ідея розумності є критерієм чинності норм позитивного права. Судді можуть відмовитись застосовувати державні правові акти на підставі їх нерозумності;

   4) **прийняття судового рішення**, в якому міститься положення, що раніше не декларувалось суддями, не змінює правової системи. Це пояснюється тим, що суд використовує право таким, яким воно було до моменту винесення судового рішення. Це дозволяє обґрунтувати надання судовому рішенню зворотної сили: суддя не створює норму, а лише роз'яснює норму, яка повинна бути відомою правопорушнику із повсякденного життєвого досвіду. Тому немає нічого страшного в тому, що правило, вперше сформульоване в судовому рішенні, стосується події,яка відбулася в минулому.

   І навіть тоді, коли апеляційний суд анулює рішення у справі як абсурдне чи несправедливе, суд не створює нової норми. На думку Блекстоуна, така ситуація свідчить не про поганий закон, а про те, що дане рішення ґрунтувалося на положеннях, які не можуть вважатися законом. Таким чином, скасовуючи певне рішення, суд визнає, що насправді закон не такий (є іншим), або вказує, що закон у попередній справі неправильно зрозуміли.

   Наприкінці XVIII і впродовж XIX століття стало зрозумілим, що погляд на суддів як на простих інтерпретаторів права — це тільки забобони. Саме за це деклараторну теорію права серйозно критикували прибічники законодавства як провідної форми права. Так, Дж. Бентам порівнював формування загального права з вихованням собаки: “Як ви виховуєте собаку? Ви чекаєте, коли він зробить щось таке, що, на вашу думку, він не повинен робити, а потім його караєте”. Таким же чином судді творять право, коли карають за вчинене. Дж. Бентам стверджував, що загальне право “створюється” суддею, не надто чемно висловлюючись, що воно “є продуктом фірми Суддя і К.”

   Сучасна теорія загального права виходить уже з того, що судді є творцями загального права. Судді творять загальне право, спираючись на свої уявлення про те, що є прийнятним з точки зору громадськості. Якщо існує правило, яке ґрунтується на прецедентних судових рішеннях, то до нього необхідно звернутися. Але у випадках вироблення цілком нового рішення судді неминуче нав'язують суспільству ту чи іншу точку зору з певного питання. Саме це і дає підстави сучасним дослідникам вважати, що судді все ж таки творять загальне право або певним чином беруть участь у процесі його творення та розвитку.

   Досить суттєва особливість загального права полягає в його теоретичній повноті. Теоретично воно заповнює всі прогалини в англійській правовій системі. Так, суддя не може відхилити заяву позивача на тій підставі, що чинне (відоме) право не врегулювало ці випадки. Він все одно зобов'язаний вирішити спір. Інші правові системи передбачають можливість прогалин і зазвичай вказують суддям, як їм діяти за таких обставин: наприклад, вирішувати спір відповідно до загальних принципів справедливості. Англійський суддя не має таких повноважень: він повинен застосовувати право в усіх випадках.

   Вихід з цього становища полягає в тому, щоб визнати: право надасть відповідь, якщо його уважно вивчити. За допомогою прийому аналогії або шляхом співставлення суддя звертається до рішень у справах, що є найбільш близькими за своїми обставинами до справи, яку він розглядає. Після цього він робить висновок, яким було б рішення його попередника, коли б останній сам розглядав цю справу. При такому методі особисті якості судді не мають великого впливу — суддя хоч і створює право, але ця правотворчість певною мірою обмежена. Ця практика дозволяє пристосувати чинне право до нових умов і надає загальному праву необхідну гнучкість.

   Коли говорять про те, що загальне право має повноту, то це не означає, що воно має характер винятковості, тобто що його норми виключають дію всіх інших джерел права. Слід зазначити, що загальне право займає найнижчий щабель у сучасній ієрархії основних джерел права. У минулому існувала думка, що в конфліктній ситуації загальне право має більшу силу, ніж законодавче право (цей принцип випливає з відомої справи доктора Бонхема 1610 року). Проте врешті-врешт принцип переваги законодавчої влади переміг. Унаслідок цього законодавець має право шляхом прийняття законів, що містять протилежні за змістом норми, скасовувати чи змінювати загальне право на свій розсуд.

  Співвідношення загального права і законодавства. Судді, спираючись на загальне право, розглядають законодавчий акт як такий, що містить специфічні норми права, які можуть застосовуватися тільки в чітко визначених самим законом випадках. В усіх інших випадках, не охоплених законодавчим актом, судді на відміну від суддів ро-мано-германської правової сім'ї не будуть виносити рішення за аналогією з цим законом.

  Це пояснюється тим, що, на думку суддів, якби законодавець збирався запровадити певне правило, воно було б наведене в тексті самого законодавчого акту. Тому суд, застосовуючи закон за аналогією в тих випадках, що прямо ним не передбачені, буде втручатися в повноваження законодавчої влади. А це є неприпустимим. Якщо ж законодавець зробив юридичну помилку, він здатний виправити її самостійно. Отже, якщо певний законодавчий акт не зовсім підходить для вирішення якоїсь справи, можна звернутися до відповідних положень загального права.

 Такі своєрідні відносини між загальним правом та законодавчими актами обумовлені не так логікою, як радше інстинктивною реакцією на роль законодавчих актів в історії розвитку системи загального права.

У період створення загального права законодавства було обмаль. У загальному праві містилися найбільш широкі та зрозумілі принципи, тому не було потреби включати в законодавчі акти якісь постійні норми. Замість цього законодавчі акти приймалися на основі ad hoc — тобто виходячи з вимог конкретної ситуації, яка обумовлює необхідність приймати рішення, не передбачене чинним правом. Тому судді, спираючись на загальне право, не зверталися за базовими нормами до законодавчих актів, та й законодавці не вважали за потрібне включати такі положення до законодавчих актів, які вони приймали.

 Мабуть, саме тому застосування законодавчого акта в системі загального права нагадує В. Бернхему кинутий в посудину з водою камінь: камінь тоне й вода оточує його з усіх боків. П. Бромхед запропонував іншу асоціацію, порівнявши статутне право з написами, що держава залишає на каменях, з яких суддями зведена стіна права. Ця стіна побудована суддями, що закладали в неї свої камені-прецеденти. На каменях-прецедентах волею держави з'являються все нові і нові написи. Ці написи і є закони, тобто статутне право.

1. **ХАРАКТЕРИСТИКА ДЕКЛАРАТИВНОЇ ТЕОРІЇ ПРАВА.**

Декларативна теорія визнання виходить із того, що держава набуває статусу суб'єкта міжнародного права з моменту виникнення, її правосуб'єктність жодним чином не залежить від визнання іншими державами. Згідно з цією теорією, факт визнання держави ніяк не впливає на її правосуб'єктність, лише підтверджує виникнення нової держави - суб'єкта міжнародного права. Хоча акт визнання не впливає на обсяг правосуб'єктності держави, він визначає коло суб'єктів, з яким у майбутньому в держави будуть встановлені дипломатичні та інші зносини, що є важливим фактором, особливо для новоствореної держави.

За обсягом і характером відносин між державами вирізняють дві форми визнання: "de-jure" і "de-facto". І перше, і друге є офіційними визнаннями. Хоча останнє іноді ще називають неповним визнанням. Його, як правило, застосовують у випадках, коли є сумнів щодо подальшого існування визнаної держави. Такий вид визнання не оформляється юридично, а полягає у фактичному налагодженні зносин. У випадку необхідності такий вид визнання може бути відкликано. Стосовно визнання "de-jure", то воно є повним і тягне встановлення офіційних дипломатичних та консульських зносин.

Визнання "ad hoc" - особливий вид визнання, який здійснюють тимчасово, зазвичай для певної конкретної ситуації чи випадку. Як приклад можна навести ситуацію, що мала місце на початку 90-х років XX ст. під час війни в так званій Придністровській Молдавській республіці. Загалом не визнаючи уряд цієї республіки, Молдова визнала її для того, щоб підписати угоду про обмін полоненими. Такий тип визнання не створює довготривалих наслідків і не тягне обов'язку вступити в дипломатичні чи інші зносини.

Крім форм визнання, у доктрині міжнародного права прийнято виокремлювати види визнання. Найчастіше поділяють визнання за дестинатором. За цим критерієм вирізняють визнання: держав; урядів; урядів у вигнанні; націй; державоподібних утворень; воюючих та повсталих сторін.

Визнання держав є найбільш використовуваним видом визнання. Потреба в такому виникає у випадку виникнення нової держави. Чітких критеріїв для визнання не було вироблено, хоча можна назвати декілька міжнародних документів регіонального характеру, які врегульовують ті чи інші аспекти цього питання. Так, ст. 1 Міжамериканської конвенції про права та обов'язки держав 1933 р. визначає чотири ознаки держави, а саме: постійне населення; територію; уряд; здатність бути учасником міжнародних відносин. Виходячи з нього, визнавати потрібно лише ту державу, яка відповідає всім вищеназваним ознакам.

У рамках Європейського Співтовариства в 1991 р. було прийнято декларацію "Керівні принципи визнання нових держав у Східній Європі і Радянському Союзі". Цей документ передбачав, що держави ЄС визнають новостворені держави за умови виконання ними таких вимог: поваги до Статуту ООН, положень Заключного акта НБСЄ 1975 р. та Паризької хартії 1990 p.; поваги прав і свобод людини, національних і етнічних груп та меншин; поваги принципу непорушності кордонів; роззброєння та мирного вирішення всіх спорів про правонаступництво.

Визнання уряду має місце тоді, коли уряд приходить до влади неконституційним шляхом. Прикладами є Росія 1917 p., Куба 1959 p., Греція 1967 p., Чилі 1973 р. Сучасні держави відмовилися від такого виду визнання, оскільки воно, за суттю, є актом узаконення неконституційної влади. Тому досить багато сучасних держав дотримуються практики, згідно з якою не розглядають питання визнання уряду окремо від визнання держави.

Досить подібним до вищеназваного є визнання уряду у вигнанні Ця проблема постає у тих випадках, коли законний уряд держави змушений покинути територію своєї держави внаслідок її окупації. Як приклад можна навести уряди Польщі та Норвегії, які впродовж Другої світової війни знаходилися у Лондоні.

Визнання націй є винятком із загального правила і може мати місце лише в тому випадку, коли така нація здійснює своє право на створення власної держави. Варто зазначити, що, як правило, таке визнання надається нації в особі певної організації (національно-визвольного руху), яка її представляє. Сьогодні такою нацією є Палестина.

Визнання воюючих та повсталих сторін має місце в тих випадках, коли певна організація бореться з окупаційною владою. Прикладами організацій є діяльність рухів Опору у Франції та Польщі під час Другої світової війни. На відміну від інших видів визнання, цей має набагато менші наслідки і зводиться до можливості використовувати до учасників таких рухів норми міжнародного гуманітарного права.

Визнання державоподібних утворень трапляється надзвичайно рідко, як і самі такі суб'єкти. Воно має ключове значення для встановлення їх міжнародної правосуб'єктності, адже формально вони є похідними суб'єктами міжнародного права. Прикладами є визнання Ватикану чи Мальтійського ордену.

Можна також виокремити такий вид, як попереднє визнання. Воно застосовується для визнання суб'єктів у процесі їхнього становлення. Так, визнання націй, що борються за незалежність, завжди є попереднім, оскільки вони мають на меті створити власну державу.

Іноді акт визнання може прийматися в рамках міжнародних організацій чи конференцій. Такий вид визнання називають колективним.

**3. ПОНЯТТЯ СТАТУТНОГО ПРАВА.**

Статутне право в англосаксонській сім'ї виступає основним джерелом права поряд з [прецедентним](https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D1%83%D0%B4%D0%BE%D0%B2%D0%B8%D0%B9_%D0%BF%D1%80%D0%B5%D1%86%D0%B5%D0%B4%D0%B5%D0%BD%D1%82). **Статутне право** — це право, норми якого мають своїм джерелом не судову практику, а волю держави в особі її законодавчих органів. Норми статутного права містяться в актах законодавчих органів (статутах). Статутне право доповнюється загальним правом — через діяльність судів, що за допомогою судових прецедентів тлумачать правові норми або заповнюють прогалини в праві.

Виникнення статутного права відноситься до XIII століття. Одним з перших актів Парламенту Англії вважається Мертонський статут. Статутне право є первинним джерелом англо-американського права.

У статутному праві існує ієрархія правових актів: акти державних органів мають більшу юридичну силу, ніж акти місцевих органів.

Судді, спираючись на загальне право, розглядають законодавчий акт як такий, що містить специфічні норми права, які можуть застосовуватися тільки в чітко визначених самим законом випадках. В усіх інших випадках, не охоплених законодавчим актом, судді на відміну від суддів романо-германської правової сім'ї не будуть виносити рішення за аналогією з цим законом.

Це пояснюється тим, що, на думку суддів, якби законодавець збирався запровадити певне правило, воно було б наведене в тексті самого законодавчого акту. Тому суд, застосовуючи закон за аналогією в тих випадках, що прямо ним не передбачені, буде втручатися в повноваження законодавчої влади. А це вважалося неприпустимим. Якщо ж законодавець зробив юридичну помилку, він здатний виправити її самостійно. Отже, якщо певний законодавчий акт не зовсім підходить для вирішення якоїсь справи, можна звернутися до відповідних положень загального права.

П. В. Бромхед порівнював статутне право з написами, що держава залишає на каменях, з яких суддями зведена стіна права. Ця стіна побудована суддями, що закладали в неї свої камені-прецеденти. На каменях-прецедентах волею держави з'являються все нові і нові написи. Ці написи і є закони, тобто статутне право.

В Англії закони іменуються статутами (актами Парламенту). Акт Парламенту Сполученого Королівства є правом, створеним Королем (Королевою) у Парламенті, тобто прийнятим Парламентом у формі білля і схваленим Короною. В Англії діє доктрина потрійної згоди, згідно з якою статут створюються лише за згодою Короля (Королеви), Палати общин і Палати лордів.

Для розуміння особливості законів у Англії дуже важливе значення має принцип верховенства статутів, який ґрунтується на принципі парламентського суверенітету. Цей принцип полягає в тому, що вся законодавча влада зосереджена у Парламенті, і що тільки він може приймати та скасовувати статути, зупиняти їх дію.

Верховенство статутів може бути підтверджено тим, що:

1. жодний орган, у тому числі суд, не має права брати під сумнів законність прийнятих Парламентом актів. В Англії не існує системи судового контролю за законодавчим процесом і законами.
2. лише прийнятий Парламентом статут може прямо скасовувати статут, прийнятий ним раніше, або це може припускатися. До того моменту статути вважаються вічними і підлягають застосуванню суддями до їх формального скасування чи закінчення встановленого в них строку дії.
3. закон може змінювати або скасовувати положення загального права (тобто судові прецеденти).

Водночас слід взяти до уваги той факт, що в сучасних умовах парламентський суверенітет обмежений законодавством Європейського Союзу, яке має перевагу над актами Парламенту. Крім того, суди можуть визнавати акти Парламенту несумісними з Європейською конвенцією з прав людини, що привертає увагу уряду до проблеми і він може вирішити, змінювати акт чи ні.

У сучасному англійському праві можна помітити тенденцію до посилення ролі статутів, яка полягає у збільшенні їх питомої ваги в системі джерел права та в розширенні сфери відносин, що регулюються ними. Проте ця тенденція не порушує історично існуючих зв'язків статутів з іншими джерелами права, перш за все прецедентом. І сьогодні не викликає сумніву теза, що принципи англійського права встановлюються саме суддівським правом, а статут лише деталізує їх. Для статуту дуже важливим є його тлумачення в судах, оскільки судді привласнили право інтерпретувати статути, посилаючись на те, що вони краще за інших можуть пояснити їх зміст. В Англії традиційно вважається, що прийнятий закон починає «жити», стає правовою забороною чи зобов'язанням тільки після того, як він буде застосований суддею.

Законопроект стає статутом після його затвердження Парламентом і одержання згоди Корони. Якщо в статуті не вказується інша дата, він набуває чинності в той же день, коли його підписує король (королева). Звичайною стала практика, коли в тексті статуту вказується, що він набуває чинності «у призначений день». Визначення цієї дати входить до обов'язків міністра уряду, або це оформляється наказом Таємної Ради.

Статут припиняє свою дію в разі, якщо він був замінений іншим статутом; якщо в тексті статуту був визначений період, на який він зберігає свою силу; якщо була визначена мета прийняття статуту і вона досягнута. Давність прийняття статуту не може бути підставою для припинення його дії.

Право США в цілому має структуру, аналогічну структурі «загального права», але тільки в цілому. Одна з відмінностей, причому досить істотна, пов'язана з федеральною структурою США. Штати в межах своєї компетенції створюють своє законодавство і свою систему прецедентного права. Звідси значний масив статутного права на рівні штатів. Відповідно в США існує 51 система права: 50 — у штатах, одна — федеральна. Щорічно в США публікується близько 300 томів судової практики, і, незважаючи на широке використання комп'ютерної техніки, пошук прецедентів є нелегкою справою. Багато розбіжностей у право країни вносить законодавство штатів.

Нарівні з цим у США набирає широкого розвитку і статутне право. Його джерелами стають конституції і законодавчі акти: федеральна конституція і федеральні закони, а також конституції і закони штатів. При цьому підкреслюється пріоритет федерального законодавства над законодавством штатів.

У Конституції 1787 року сказано: «Ця конституція і закони Сполучених Штатів, встановлені на її підставі, так само, як і всі договори, які укладені або будуть укладені Сполученими Штатами, будуть верховним правом країни: судді кожного штату будуть ним зв'язані, попри те, що у конституції і законах окремих штатів трапляються протилежні постанови» (ст. VI). Відповідно до конституції США кримінальне і цивільне законодавство було передане штатам. Таким чином кожний штат утворював свою особливу систему. Саме цією обставиною викликані відмінності в законодавстві окремих штатів. Якщо в одних штатах використовувалося загальне право, то в інших штатах успішно проводилися кодифікаційні роботи, а в деяких штатах були прийняті і почали діяти цивільні та кримінальні кодекси.

Якщо у Великій Британії розвиток прецедентного права передував виникненню статутного права, то в Канаді, Австралії та Новій Зеландії закон як акт національного парламенту відігравав важливу роль з самого початку формування та розвитку правової системи. Нині закон є основним джерелом права цих країн.

Сучасна структура статутного права Канади та Австралії визначається їх федеральним устроєм. У цих країнах діють закони, що видаються федеральним парламентом, так і закони, ухвалені законодавчими органами їх суб'єктів федерації. У зв'язку з цим постає питання про розподіл сфер законодавчого регулювання між федерацією та її суб'єктами, а також про характер взаємодії між федеральним законодавством та законодавством суб'єктів федерації. Ці питання вирішуються Австралією і Канадою по-різному.

Конституція Австралії, віддаючи перевагу моделі США,встановлює для федерального парламенту певний перелік питань, з яких він уповноважений ухвалювати закони, залишаючи всі інші сфери законодавчого регулювання штатам та територіям. При цьому Конституція Австралії припускає делегування законодавчих повноважень парламентів суб'єктів федерації федеральному парламенту. Стаття 109 Конституції чітко закріплює пріоритет федерального законодавства перед законодавством штатів та вказує на нечинність останнього в тій частині, в якій воно несумісне з федеральними актами. Таким чином, в Австралії законодавче регулювання багатьох сфер суспільних відносин зосередилось у руках федерального парламенту.

Канадським Конституційним актом 1867 р. визначено перелік питань виключної компетенції федерального парламенту, а також компетенції законодавчих зборів суб'єктів федерації. При цьому федеральний парламент уповновноважений ухвалювати закони з усіх питаь, що не входять до переліку виключної компетенції провінції та територій. На відміну від Австралії, у Канаді принцип пріоритету федерального права не має конституційного закріплення, проте визнається судовою практикою. У результаті в Канаді склалася така ситуація, коли законодавче регулювання багатьох сфер суспільних відносин зосередилось у руках суб'єктів федерації або стало «конкуруючим».

Спільною рисою статутного права Канади,Австралії та Нової Зеландії є переважно консолідований характер цивільного, сімейного, трудового та суміжних з ними галузей права. Кримінальне право цих країн відрізняється високим ступенем кодифікації.

# Лекція 10. ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВИХ СИСТЕМ РЕЛІГІЙНОГО ТИПУ

[1 с. 121-122; 5, с. 90-92, 114-135]

1. Характеристика структури релігійної правової сім’ї.
2. Система джерел мусульманського права.
3. Характерні ознаки індуського права.
4. Ознаки іудейського права.

**1. ХАРАКТЕРИСТИКА СТРУКТУРИ РЕЛІГІЙНОЇ ПРАВОВОЇ СІМ’Ї.**

Релігійний тип (сім'я) правових систем - сукупність національних правових систем, які мають загальні закономірності розвитку і подібні ознаки, що склалися на основі релігійного тексту як основного джерела права, котре являє собою тісне переплетення релігійних, юридичних, моральних, міфічних приписів, визнаних державою.

Релігійний тип правових систем складається з великих груп, об'єднаних внутрішньою подібністю (мусульманська, індуїстська, іудейська, християнська).

Основні ознаки релігійного типу (сім'ї) правових систем:

* 1) релігійна норма домінує в соціальному регулюванні, оскільки основним творцем усього сущого, зокрема права, визнається Бог;
* 2) правова норма є частиною релігійної, становить з релігійною нормою синкретичну єдність, не відділена від неї, а також від моральних та інших соціальних норм;
* 3) релігійно-правова норма міститься у священних книгах, які є основним джерелом права (у мусульман - Коран, Сунна, іджма, кияс; в індусів - піастри (Артхашастра) та ін.; в іудеїв - Тора (Старий Завіт), Талмуд);
* 4) релігійно-правова норма застосовується в громаді (мусульманській, індуїстській, іудейській), що тривалий час зберігалася, і, як правило, не використовується за її межами;
* 5) чільне місце в системі джерел права посідає доктрина, що міститься у працях (трактатах) вчених-богословів і правознавців та спрямована на конкретизацію тлумачених релігійно-правових першоджерел - її покладено в основу конкретних рішень; у мусульманському праві є різноманіття напрямів тлумачення, так званих "толків" - ханіфітський, ханбалістський та ін.; в індуїстському - тлумачення релігійних текстів філософами і правознавцями містяться в коментарях до дхармашастр, які зазвичай санкціонувалися державою;
* 6) закон (нормативно-правовий акт) визнається вторинним джерелом права, але чимало його норм зазнали впливу релігії, тобто право, яке історично освячене релігією і звичаєм, поєднується із сучасними правовими приписами законів і підзаконних актів;
* 7) право структуроване своєрідно - немає поділу на приватне і публічне право, а галузевий принцип поділу норм не є адекватним структурі романо-германського права (галузь, підгалузь, інститут, норма). Наприклад, у мусульманському праві є такі галузі права: "право особистого статусу" (його провідні інститути - шлюб, розлучення, спорідненість, матеріальне забезпечення родини, обов'язок щодо виховання дітей, заповіт, спадкування за законом, піклування, обмеження правоздатності й ін.), деліктне право, цивільне право, яке регулює цивільно-правові відносини, забезпечує захист п'яти основних цінностей ісламу: релігії, життя, розуму, продовження роду, власності;
* 8) право здебільшого формувалося як система обов'язків і заборон, на відміну від правових систем романо-германського і англо-американського типів, де переважають дозволи;
* 9) різний ступінь впливу права колишніх метрополій на трансформацію правових систем країн Арабського Сходу, Індії, Ізраїлю та ін. Правові системи релігійного типу, хоч і найменш піддаються зовнішньому впливу, проте вони не "нерухомі", не застигли у своєму первозданному вигляді, породженому особливостями розвитку і географічного положення. При збереженні наступності з минулою правовою культурою вони під впливом романо-германського й англо-американського типів правових систем внесли чимало нововведень у національне право, змінили його структуру, врегулювали суспільні відносини на рівні законодавства, визнали норму права як важливий еталон поведінки тощо.

**2. СИСТЕМА ДЖЕРЕЛ МУСУЛЬМАНСЬКОГО ПРАВА.**

Одним з найвидатніших явищ у середньовічній цивілізації на Сході стало **мусульманське право (шаріат).** Це правова система, що згодом набула світового значення.

Шаріат із самого початку склався і розвивався як **конфесійне право.** Воно було органічно злите остеологією ісламу, пронизане його релігійно-етичними уявленнями.

Для шаріату, особливо на перших стадіях його розвитку, характерна увага не до прав мусульманина, а до його обов'язку, що досить широко представлено в шаріаті і саме **ці обов’язки визначали все життя** **правовірного мусульманина.**

Однієї з характерних рис середньовічного мусульманського права була його відносна цілісність. Разом із явленнями про єдиного бога Аллаха - затвердилася ідея єдиного правового порядку, що має універсальний характер. Більш того, виникнувши спочатку на Аравійському півострові, мусульманське право в міру розширення кордонів Халіфату поширило свій вплив на нові території.

Але все ж таки **мусульманське право на перший план висувало**не територіальний, а **конфесійний принцип.**

Як конфесійне право шаріат відрізнявся і від канонічного права в країнах Європи тим, що він регулював не строго окреслені сфери суспільного церковного життя, а виступав у якості всеохоплюючої і всеосягаючої нормативної системи, що затвердилася в цілому ряді сторін Азії й Африки.

**Згодом норми шаріату вийшли далеко за межі Ближнього і** **Середнього Сходу,** поширили свій вплив на Середню Азію і частину Закавказзя, на Північну, а також частково Східну і Західну Африку, на ряд країн Південно-Східної Азії. Однак настільки бурхливе і широке поширення ісламу і шаріату потягло за собою й усе більший прояв в ньому місцевих особливостей і відмінностей при тлумаченні окремих правових інститутів і рішень у конкретних правових спорах. Так, згодом із утвердженням двох головних напрямків у ісламі, відбувся розкол у шаріаті, де поряд з ортодоксальним напрямком виник і інший напрямок - шиїзм, що й до нашого часу має домінуючі позиції в Ірані, а так само частково в Лівані і Йомені.

Протиборство між цими напрямками знайшло своє закріплення у правових нормах, що стосуються самих різних сторін життя держави і суспільства. Так, у шиїзмі передбачається правовий порядок передачі державної влади в спадщину, зосередження світського і релігійного авторитету в руках духовних осіб - імамів, що вважалися непогрішними. Більш того, імами визнавали тільки ті перекази про пророка Мухаммеда, які були для них правовими вказівками, що доходили до праведного останнього халіфа Алі.

**Поступово і прихильники ортодоксального напрямку шаріату** **згрупувалися у чотири основні групи,** що являли собою власне кажучи самостійні правові школи, зв'язані з іменами перерахованих нижче чотирьох провідних мусульманських правознавців:

* ханифіти,
* маликіти,
* шафіїти,
* ханболіти.

Більш розповсюджений з них **ханифітський мазхаб** (від Абу Ханифа) мав своїх послідовників, насамперед, у таких країнах, як Єгипет, Туреччина, Індія, а також на території теперішньої Росії.

Ряд самостійних шкіл виник і на базі шиїзму: ісламська, джафаритська, зейдитська й ін. Таким чином, до кінця середньовіччя доктринальна і нормативна основа шаріату ускладнилася і зазнала істотних змін, але все ж таки залишилася надзвичайно складним і незвичайним правовим явищем.

**Джерела мусульманського права**

Найважливішим джерелом шаріату вважається **Коран - священна** **книга мусульман,** що складається з притч, молитов і проповідей, приписуваних пророку Муххамеду. Дослідники знаходять у Корані положення, що запозичені з більш ранніх правових пам'ятників Сходу і зі звичаїв до-ісламської Аравії. Складання Корану розтяглося на кілька десятиліть. **Канонізування його змісту і складання остаточної редакції** **відбулося при халіфі Омарі (644 - 656 р.).**

Велика частина положень Корану носить казуальний характер і являє собою конкретні тлумачення, дані пророком по конкретним випадкам життя. Але багато настанов мають дуже невизначений вид і можуть набувати різного значення в залежності від того, який зміст в них вкладається.

Іншим авторитетним і обов'язковим для всіх мусульман джерелом права була Сунна, що складається з численних розповідей про судження і вчинки самого Муххамеда. Із сунны виводяться норми шлюбного і спадкового, доказового і судового права, правила про рабів і т. д.

Третє місце в ієрархії джерел мусульманського права займала іджма, що розглядалася як "загальна згода мусульманської громади". Поряд з Кораном і Сунной вона відносилася до групи авторитетних джерел шаріату. Іджма розвивалася як у виді інтерпретації тексту чи Корана Сунни, так і шляхом формування нових норм, що уже не були пов'язані з Муххамедом. Вони передбачали самостійні правила поведінки і ставали обов'язковими в силу одностайної підтримки муфтіїв і муджтахидів.

**Одним з найбільш спірних джерел мусульманського права**, що викликав гострі розбіжності між різними напрямками, **був кіяс** - рішення правових справ за аналогією. Згідно кіясу, правило, встановлене в Корані, Сунні чи Іджмі, може бути застосоване до справи, яка прямо не передбачена в цих джерелах права. Кіяс не тільки дозволяв швидко врегулювати нові суспільні відносини, але і сприяв звільненню шаріату як в цілому, так і в ряді моментів від теологічного нальоту. Але в руках мусульманських суддів кіяс часто ставав знаряддям відвертої сваволі.

Нарешті, **похідним від шаріату джерелом мусульманського права** **були укази і розпорядження халіфів - фірмани.** У наступному в інших мусульманських державах з розвитком законодавчої діяльності як джерело права стали розглядатися і відігравати все зростаючу роль закони - кануни. Фірмани і кануни також не повинні були суперечити принципам шаріату і доповнювали його, насамперед, нормами, що регламентують діяльність державних органів та регулюють адміністративно-правові відносини державної влади з населенням.

**Майнові і сімейні відносини**

Особлива увага в шаріаті приділялося "праву особистого статусу". Повноправний особистий статус по шаріату мали тільки мусульмани. Особи, що сповідали християнство чи іудаїзм, знаходилися в приниженому положенні і були зобов'язані сплачувати державний податок. Розвиток соціальних відносин вплинув на положення рабів. Вони не визнавалися суб'єктами права, але могли за згодою своїх хазяїв вести торгові операції і здобувати майно. Відпустка рабів - мусульман на волю розглядалася як шляхетна справа. Характерною рисою правового статусу особистості по шаріату була також нерівність чоловіка і жінки.

Важливе місце в мусульманській правовій доктрині займали норми, регламентуючі майнові відносини. Насамперед, у правовій доктрині було закріплене **уявлення про майно як об'єкт речових прав.** Особливу категорію складали речі, що не могли чи не повинні були знаходитися у власності мусульманина (повітря, море, мечеті й ін.). Не визнавалася власність мусульман і на так називані "нечисті речі" - вино, свинину, книги і т. д.

**Сформований у мусульманських державах лад відносин власності ретельно регламентувався й охоронявся нормами шаріату.**Особливий правовий режим мали землі, що складали первісну територію мусульманської громади, що називали Хіджаз. На ці землі могли селитися тільки мусульмани, тут не можна було рубати дерева, полювати і т. д.

Приватна феодальна власність в Арабському халіфаті мала підлегле значення в порівнянні з державною власністю й общинним землекористуванням і не одержала широкого поширення.

Своєрідним інститутом шаріату, пов'язаним з речовими правами, був **вакуф**, що являв собою майно, передане власникам на які-небудь релігійні чи благодійні цілі. Особа, що встановило вакуф, втрачала право власності на дане майно, але зберігала за собою право виступати в якості керуючого вакуфом і резервувати визначених дохід з вакуфа для себе і своїх спадкоємців.

У шаріаті на відміну від римського права не формулювалася загальна концепція зобов'язання, але практичні питання договірного права, торгово-грошового обороту набули всебічну розробку. Зобов'язання ділилися на оплатні і безоплатні, двосторонні й односторонні, термінові і безстрокові. Характерним для мусульманського суспільства було поширення односторонніх специфічних зобов'язань-обітниць.

**Договір по шаріату розглядався як зв'язок, що виникає за взаємної згоди сторін**, однак в умовах майнової нерівності мав чисто формальний характер. Умови договору могли бути виражені в будь-якому виді: у документі, у неофіційному листі, усно. Укладені договори розглядалися як непорушні. Обов'язок дотримувати "свої договори" розглядався у Корані як священний. Недійсними вважалися договори, укладені з аморальними цілями, з використанням "нечесних" чи вилучених з обороту речей.

Договір купівлі-продажу допускався у відношенні реально існуючих речей і тільки в ханифитському мазхабі визнавався продаж речей, що повинні бути зроблені в майбутньому. У випадку виявлення схованих недоліків речі, покупець міг розірвати договір.

У шаріаті містилися положення, що формально засуджували **марнотратство.**

Велика увага в мусульманському праві приділялося відносинам майнового найму, насамперед оренді землі. Широке поширення в арабському суспільстві одержали договори союзу і товариства.

Мусульманська релігія і шаріат розглядають безшлюбність як бажаний стан, а шлюб як релігійний обов'язок мусульманина. Але насправді **шлюбний договір нерідко виступав як своєрідна торгова сумка**.

Коран визнавав за мусульманином право мати до чотирьох дружин одночасно. Але чоловік зобов'язувався надати кожній дружині майно, житло й одяг, що відповідали його положенню.

**Мусульманська релігія обґрунтовувала принижене і залежне положення жінки в родині.**

Дружина не брала участі у витратах по господарству, що покладалися на чоловіка, але була зобов'язана вести домашнє господарство, виховувати дітей. Її право брати участь самостійно в майновому обороті, було вкрай обмежене.

**Надзвичайно складним і заплутаним було спадкове право**, що до того ж мало істотні розходження в різних правових школах. Визнавалися два порядки спадкування: за заповітом і за законом. Більш досконало розробленим був порядок спадкування за законом. З майна померлого покривалися витрати, пов'язані з його власним споживанням, потім виплачувалися всі його борги. Особливістю шаріату було те, що спадкуванню підлягали тільки майнові права померлого, а не обов'язки, які не могли переходити спадкоємцям.

Майно, що залишилося, переходило до законних спадкоємців померлого; вони поділялися на кілька категорій, всередині яких установлювалося своя черговість. Так, у першу чергу спадщину одержали діти померлого, потім його брати, дядьки і т. д. Спадкоємна частка жінок була вдвічі менше частки чоловіків. На одержання спадщини не мали права віровідступники, розведені чоловіки, особи, що хоча б і ненавмисними діями, викликали смерть спадкодавця. Лише маликіти визнавали право на спадщину за убивцею, якщо він керувався справедливими мотивами.

**Злочин і покарання**

Норми кримінального права являли собою найменш розроблену частину шаріату. Вони відрізнялися архаїчністю, відбивали порівняно низький рівень юридичної техніки. Було відсутнє загальне поняття злочину, слабо були розроблені такі інститути, як замах, співучасть, обставини, що пом'якшують і обтяжуються провину і т. п.

Покарання за мусульманським правом містили як архаїчні і додержавні способи відплати, так і досить розроблені міри цілеспрямованої кримінально-правової репресії.

**Судовий процес**

Процес за мусульманським правом носив, як правило, обвинувальний характер. Справи порушувалися не від імені державних органів, а зацікавленими особами. Розходження між кримінальними і цивільними справами практично були відсутні. Судові справи розглядалися привселюдно, зазвичай в мечеті, де могли бути присутніми всі бажаючі, сторони повинні були самі вести справц, не прибігаючи до допомоги адвокатів.

Процес проходив усно, письмове діловодство не застосовувалося. Основними доказами були визнання сторін, показання свідків, клятви. При винесенні рішення суддя, за винятком порівняно невеликої категорії справ, мав волю розсуду, що давало йому можливість керуватися особистими симпатіями і враховувати соціальний стан сторін. Особливістю процесуального права шаріату було те, що судове рішення не розглядалося як остаточне і безповоротне.

Своєрідності держави Арабського халіфату й інших держав мусульманського світу було безпосереднє пов'язано з їх релігією. Універсальна релігія іслам, що походить з неподільності духовної і світської влади, була органічно пов'язана теократичною ідеєю про всемогутність, всесилля і неподільність самого Аллаха, що знайшла вираження в Корані: "Немає Бога крім Аллаха, і Мухаммед - пророк його". Іслам визначав у мусульманському світі і характер соціальної структури, і державних установ, і правових інститутів і моралі - всю духовну сферу мусульман.

Так, релігійно-правовим основам мусульманського суспільства відповідала особлива соціальна структура, що характеризується відсутністю системи титулів, привілеїв, вибраності, що передаються спадково. Тут були усі рівні, а скоріше в однаковій мірі безправні перед теократичною державою і її главою -халіфом, султаном.

Іслам виключав невір'я, проти нього не можна було виступати ні прямо, ні побічно, навіть сперечаючись по його окремих положеннях, не тому, що єретиків, як у Європі, спалювали на багатті, а тому, що це значило протипоставити, виключити себе з мусульманського суспільства.

Універсалізм ісламу, основна ідея мусульманської ідеології і політичної теорії про злитість духовного і світського визначили й особливе місце держави в ісламському суспільстві, її безумовне абсолютне панування над суспільством, її теократично-авторитарну форму.

Не одна з країн Сходу ніколи не відрізнялися тим ступенем всесилля держави, що була властива Арабському халіфату.

**3. ХАРАКТЕРНІ ОЗНАКИ ІНДУСЬКОГО ПРАВА.**

У працях, присвячених дослідженню індуського права, майже відсутні його визначення. Н. О. Крашенинникова пояснює це історичними змінами в ньому, що виключають можливість навести єдине формулювання. У загальному вигляді індуське право можна визначити як релігійно-правову систему, яка регламентує суспільні відносини всередині громади, що сповідує індуїзм.

***Характерні риси індуського права***

   1. Індуське право є складовою частиною індуїзму — релігії, що являє собою комплекс різноманітних релігійних, філософських і соціальних поглядів. Індуїзм сформувався внаслідок еволюції і злиття ведичних і брахманських традицій. В основу його віровчення покладено релігійні та філософські ідеї брахманізму (карма, сансара, реінкарна-ція та ін). Серед розмаїття богів найбільш поширені й шановані: Брахма, Вішну і Шива. Індуїзм відрізняється від інших релігій віротерпимістю, відсутністю агресії до осіб, які дотримуються інших поглядів. Кожен індус може вірити в того чи іншого бога, в кількох богів або взагалі не вірити в нього. Індуїзм має безліч культів і ритуалів, але не має чітко окресленої теологічної доктрини. Водночас він містить певні, основні вірування релігійно-філософського характеру, яких дотримується абсолютна більшість індусів. Визначальною рисою індуїзму є також відсутність єдиної релігійної організації. З часом із цих вірувань, що мають спільну основу, розвилися різноманітні релігійні напрямки, такі як буддизм, джайнізм, сикхізм. їх розглядають і як самостійні релігії, і як напрямки індуїзму.

   2. Персональний характер дії права, що поширюється тільки на осіб, які сповідують індуїзм, незалежно від того, в яких державах вони мешкають. Найбільша громада прихильників індуїзму (близько 1 млрд.) проживає в Індії, де вони становлять близько 83 відсотків населення. Як релігійні меншості вони представлені в Палестині, Бірмі, Сингапурі, Малайзії, Танзанії, Уганді й Кенії. У судовій практиці Індії склалося правило, відповідно до якого індуське право діє стосовно осіб, виходячи з двох критеріїв — народження в родині індусів або належність до релігії. Воно не поширюється на осіб, які перейшли у віру, несумісну з індуїзмом. Проте індус не втрачає права знову повернутися до своєї віри, що тягне за собою відновлення дії на нього індуського права. Норми індуського права застосовуються до послідовників усіх релігійних напрямків індуїзму — буддизму, джайнізму, сикхізму та ін. Індуське право офіційно не поширюється на чотири релігійні меншості Індії — мусульман, християн, іудеїв і парсів.

   3. Яскраво виражений кастовий характер. Касту характеризують як соціальну спільноту або групу в складі індійського суспільства, спільноту по народженню, спадкоємну, ендогамну, закриту для проникнення сторонніх, яка традиційно спеціалізується за родом господарської діяльності чи колом занять, з яскраво вираженою кастовою самосвідомістю, чиє місце строго визначене в складній індійській соціальній ієрархії. Відносини всередині касти і з членами інших каст регулюються спеціальними нормами поведінки. Таких каст і підкаст налічується в Індії близько 3,5 тисяч.

Відповідно до історичної традиції, вони розбиті на чотири групи: брахманів (спочатку — каста священиків), кшатріїв (воїнів), вайшиїв (купців) і шудрів (слуг і ремісників). Поза цим поділом стояла каста “недоторканних”, що посідала найнижче місце в соціальній ієрархії. Вона фактично перебувала поза сферою правового регулювання індуського права, яке стосувалося її тільки в питаннях обмеження правоздатності. Перехід з однієї касти в іншу не допускався. Між кастами був установлений жорсткий ієрархічний порядок. У його підґрунті лежав принцип чистоти касти, ступінь якої залежав від її місця в ієрархії. Чистота касти повинна була залишатися неза-плямованою, і тому не можна було встановлювати контакти з членами нижчих каст. На підставі цього принципу були розроблені численні норми, що забороняють одружуватися з членами каст нижчої чистоти, так само як і приймати їжу в їх присутності й навіть наближатися до них. Ці норми застосувалися судами Індії аж до 1949 року. Наприклад, суд визнавав шлюб між представниками різних каст недійсним, а дітей, народжених у такому шлюбі, — незаконнонародженими. Відповідно до Конституції Індії, прийнятої в 1950 році, були скасовані всі норми, згідно з якими належність до каст спричиняла відповідні юридичні наслідки для їх членів. Незважаючи на спроби держави змінити правила поведінки в цій сфері, велика кількість індусів — переважно мешканці сіл (які становлять до 80 відсотків населення) — продовжують жити, дотримуючись давніх принципів кастового поділу.

   4. В індуському праві існує кілька шкіл, наявність яких пояснюється різними причинами — великою різнорідністю населення (в Індії проживає близько 500 народностей, які говорять 1652 мовами) і великою розмаїтістю джерел права. В одній місцевості віддають перевагу одним із них, в другій — іншим. В індуському праві переважають дві головні школи — Митакшара і Дайябхага. Ці школи разом з підшколами панують кожна у відповідних географічних районах, хоча особистий статус індивідів й не залежить від того, де вони проживають. Школа Дайябхага поширена в Бенгалії й Ассамі, Митакшара — в інших частинах Індії та Пакистані.

   5. Індуське право зазнало сильного впливу інших правових систем — мусульманського і англійського права. Найдавніші джерела індуського права — веди були створені ще в другому тисячолітті до н. є. Протягом значного історичного періоду воно розвивалося самостійно. Мусульманське панування, що встановилося в Індії в XVI столітті, досить відчутно загальмувало розвиток індуського права. Суди зобов'язані були застосовувати тільки мусульманське право, індуське ж могли застосовувати тільки панча-яти (збори) каст для вирішення внутрішньообщинних проблем. Це привело до звуження сфери дії індуського права, що залишалося діяти головним чином у вузькій сфері релігії та особистих стосунків.

   У XVII і XVIII століттях мусульманське панування змінилося англійським. Англійці не заперечували проти застосування щодо населення Індії, особливо у царині приватного права, більш знайомих йому правових норм. Проте встановлення англійського панування значно вплинуло на розвиток індуського права. Р. Давид зазначає, що цей вплив виявився подвійним чином. Насамперед слід наголосити на його позитивній дії, оскільки було офіційно визнано (на відміну від періоду мусульманського панування) авторитет індуського права, тобто англійці визнали рівне значення мусульманського й індуського права, а англійським судам було надано право розглядати на їх основі всі спори, що не торкалися інтересів англійців. З іншого погляду, англійське панування, навпаки, було негативним для індуського права, бо воно спричинило глибоку його трансформацію. Наслідком цього впливу було обмеження дії індуського права лише регламентацією вузького кола відносин, тоді як найважливіші сфери громадського життя підпали під дію нового територіального права, що застосовувалося до всіх громадян Індії незалежно від їхньої релігійної належності.

   К. Цвайгерт і X. Кетц зазначають також, що застосування індуського права англійськими судами призвело до його “корозії”. Застарілі норми, що регулювали право власності, були витіснені загальним правом. І, навпаки, в галузі сімейного і спадкового права діяв принцип, відповідно до якого всі справи, що стосуються спадщини, шлюбів, каст, інших релігійних звичаїв чи інститутів, вирішувалися згідно з нормами індуського права. Однак англійському судді було досить важко реалізувати цей принцип.

Серед великої кількості юридичної літератури тільки деякі праці були перекладені англійською мовою із санскриту. Але навіть вони часто залишалися загадкою для судців, які практично не мали майже ніякого уявлення про умови життя індусів і неписані правові традиції. Тож судді намагалися вирішити проблему, залучаючи до судів місцевих мандрівних знавців — пандитів, у яких англійські судді могли набути необхідних знань зі спеціальних питань індуського права. З 1864 року від їхніх послуг відмовилися, бо судді вже мали на цей час необхідний досвід у зверненні до індуського права, та й стало більше перекладених англійською мовою юридичних книг, а найголовніше — кількість судових рішень досягла необхідного рівня, що дало можливість суддям застосовувати їх як прецеденти.

   У результаті діяльності судів індуське право в період британського колоніального правління стало відрізнятися від первісного нормативного змісту дхармашастр. Це пояснюється, з одного боку, тим, що суддям була доступна тільки незначна частина літератури з класичного індуського права, перекладена англійською мовою, а це призвело до того, що вони могли спиратися тільки на ці праці, хоча існувало й багато інших джерел. А з другого боку, судді часто заповнювали прогалини і незрозумілості в традиційних текстах, звертаючись, як правило, до принципів загального права і створюючи при цьому, по суті, самостійні юридичні норми. Таким чином, у судовій практиці місце класичного індуського права поступово посіло так зване англо-індуське право, в якого невдовзі вже не було потреби опиратися безпосередньо на традиційні джерела писаного права, набуло характеру чисто прецедентного і почало широко застосовуватися індійськими судами.

**4. ОЗНАКИ ІУДЕЙСЬКОГО ПРАВА.**

 Єврейське право є однією з найстаріших правових систем світу: його історія налічує понад три тисячоліття. Іудейському праву притаманний цілий ряд неповторних рис, які визначають його самобутність і які відрізняють його від інших релігійних систем.

***Іудейське (єврейське) право*** — це релігійно-правова система, що регулює суспільні відносини всередині єврейської громади, яка сповідує іудаїзм.

**Характерні риси іудейського права**

***1. Єврейське право є складовою частиною іудаїзму.*** Як і розглянуті вище правові системи, воно є нерозривною частиною цієї релігії — однієї з найстаріших релігій світу. Таке співвідношення права й релігії зумовлюється кількома чинниками.

По-перше, спільним походженням і збігом джерел права і джерел релігії. Відповідно до основ єврейської віри джерелом єврейського права й релігії є Божественне відкриття. Релігійні установки, що визначають ставлення людини до Творця, дотримання суботи і свят, закони кошерності та інші, є одночасно і правовими нормами, і релігійними.

По-друге, з єдності релігійних і правових норм випливає суворий обов'язок єврея дотримуватися не тільки суто релігійних приписів, а й юридичних законів іудаїзму, оскільки їх порушення — не менш тяжкий гріх. У десятьох заповідях веління про дотримання суботнього відпочинку і заборона вимовляти ім'я Боже всує розташовані поруч з такими, як “Не кради” і “Не вбивай” (5; 6—21). Вони рівною мірою підтримуються відповідальністю перед Богом.

По-третє, право й релігія поєднані однією системою правозастосування всіх норм. Ті самі органи й особи, які вирішували питання щодо релігійних відносин, вирішували й питання, пов'язані з суто правовими відносинами — майновими суперечками, трудовими відносинами, конфліктами щодо купівлі й продажу тощо.

**2. Мононаціональний характер правової системи.** Йдеться про те, що іудейське право поширюється виключно на одну націю — євреїв. Цим єврейське право відрізняється від усіх інших релігійно-правових систем, таких, наприклад, як мусульманська, яка завжди була мультинаціональна і поширювала свою дію на віруючих різних національностей.  
   М. Елон підкреслює, що єврейський народ завжди розглядав єврейське право як власне національне надбання і як головну й істотну частину своєї культури. Перебуваючи на чужині, у вигнанні, єврейський народ продовжував існувати як нація, а не як релігійна секта, постійно й безупинно розвиваючи своє право — найважливішу національну цінність, у якій яскраво виявляється його сутність. Право за таких умов виконувало в тому числі й функцію підтримки і збереження національної й релігійної самобутності єврейської нації.

***Одним з основних принципів іудейського права*** є *принцип богообраності іудейського народу, його вирізнення Богом серед інших народів*. “Ти народ святий для Господа, Бога свого, — стверджується у “Повторенні Закону” стосовно іудейського народу, — тебе вибрав Господь, Бог твій, щоб ти був Йому вибраним народом зо всіх народів, що на поверхні землі” (7; 6 ). “Я — Господь, Бог ваш, що відділив вас від тих народів”, — говориться в книзі “Левіт”. “І не будете ви ходити за звичаями люду, що я виганяю перед вами, — попереджає Бог іудеїв, — бо все те робили вони, — і Я їх обридив” (20; 23, 24, 26). Для підтримки цього принципу право суворо забороняло дії, спрямовані на асиміляцію з іншими народами. Зокрема, в іудейському праві панувало табу на шлюби з неєвреями, звернення до неєврей-ських судових організацій та ін. “І не споріднюйся з ними: дочки своєї не даси його синові, а його дочки не візьмеш для сина свого, бо він відверне сина твого від Мене”, — говориться у “Повторенні Закону” (7; 3, 4).

***3. Існування та розвиток єврейського права при відсутності протягом значного історичного періоду своєї держави.***

   Історія розвитку єврейського права є унікальною у світовій історії. Виникнувши понад три тисячоліття тому, воно здолало шлях, який не змогла пройти жодна інша правова система. Річ у тім, що наука традиційно розглядає виникнення й існування права і держави як нерозривні явища, що обумовлюють один одного. Із цієї загальної закономірності вибивається тільки історія становлення іудейського права. Євреї як нація спочатку сформували свою державу — Єврейське царство, яке через внутрішні суперечності розпалося на два — Іудею (південне царство) й Ізраїль (північне царство). У межах саме цих держав певний час існувало й розвивалося іудейське право. Однак після падіння обох єврейських царств євреї надовго втратили свою державність. Звичайно, коли право позбавлене державної підтримки, існувати воно не може й поступово відмирає. Така доля спіткала багато правових систем, які зникли вслід за падінням держави. Однак єврейському праву судилася інша доля: воно не тільки не деградувало й не загинуло, а й змогло розвиватися саме в той період, коли була втрачена державність. Знову здобути її єврейський народ зміг тільки в 1948 році, коли була проголошена держава Ізраїль. Таким чином, іудейське право протягом майже двох тисячоліть існувало й розвивалося в умовах повної відсутності державності в народу і, відповідно, державної підтримки цього важливого соціального інституту.

   І. Ю. Козлихін наголошує ще на одній особливості державно-правового розвитку в цей період. Він пише, що справа навіть не в тому, що євреї, втративши національну державність, відродили її через два тисячоліття. Багато народів узагалі ніколи її не мали, інші втрачали її і знову завойовували (щодо цього показовим є приклад українців, які то здобували, то втрачали державність — Д. Л.), що аж ніяк не протиприродно, бо при цьому вони залишалися на своїй території — історичній батьківщині, що й додавало їм життєвих сил. Євреї ж утратили не тільки державність, а й землю. Протягом багатьох століть вони жили на території чужих для них держав, в оточенні іншої культури, часто навіть ворожої. За таких умов вони не просто зберегли своє національне право, а й активно розвивали його. Цьому істотно сприяла наявність судової й адміністративної автономії єврейських громад у різних країнах. Так, у Європі аж до XVIII століття за єврейськими громадами визнавалося право на самоврядування й судочинство. Розгляд справ у єврейських судах відбувався на основі традиційних джерел іудейського права. Унаслідок цього упродовж століть накопичилась величезна кількість судових рішень із найрізноманітніших питань, що також сприяло розвитку іудейського права.

   4. *Норми іудейського права переважно містять обов'язки та заборони.* Як і в інших релігійних системах, в іудейському праві переважають норми, що забороняють і зобов'язують, над тими, що уповноважують; імперативні над диспозитивними. Акцентуючи увагу на цій рисі, деякі ізраїльські вчені характеризують іудейське право як комплекс “всеохоплюючих обов'язків, що регулюють всі аспекти єврейського життя”. Вони охоплюють норми, які упорядковують ставлення членів іудейського суспільства до Бога, його законів і заповідей, до релігійних ритуалів, до своєї держави, суспільних інститутів, до інших членів громади й іновірців. В деяких випадках прямо передбачено санкції за порушення певних норм. Так, заборона “Не вбивай” підкріплюється санкцією “Хто вдарить людину, і вона вмре, той конче бути забитий” (21; 12).

# Лекція 11. ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВИХ СИСТЕМ РЕЛІГІЙНОГО ТИПУ

[1 с.117-121; 4 с.123-140]

1. Система джерел іудейського права.
2. Характеристика канонічного права.
3. Правова система Ватикану.
4. Особливості застосування канонічного права у Греції, на Кіпрі, в Ізраїлі, Індії та мусульманських країнах.

**1. СИСТЕМА ДЖЕРЕЛ ІУДЕЙСЬКОГО ПРАВА.**

Іудейське право виникло і протягом досить значного історичного періоду існувало в неписаній формі. Це історично перше джерело дістало назву каббала. Правила поведінки в той період заучувалися напам'ять і передавалися з покоління в покоління в усній формі, оскільки існувала заборона на її письмову фіксацію. Ця заборона, яку можна пояснити принципом богообраності єврейського народу, була спрямована на те, щоб постулати іудейської віри не стали надбанням інших народів. Зняття заборони на письмове закріплення іудейського права було викликане побоюванням, що значні блоки норм можуть бути або перекручені, або забуті й загублені для нащадків. Питання про те, коли були складені перші письмові збірники, ще й дотепер залишається дискусійним. Дослідники розходяться в датах, називаючи і III, і V століття. З того часу письмові джерела — Святе письмо — набули великого значення в системі єврейського права.

  Найважливішим джерелом іудейського права є Старий Заповіт — частина Біблії, яка складається з кількох книг, написаних до пришестя Христа. Інша частина Біблії — Новий Заповіт, книги якого були складені вже після пришестя, не визнаються іудаїзмом. Оскільки іудаї-сти визнають священними тільки заповіді Старого Заповіту, його іноді називають єврейською Біблією.Серед книг Старого Заповіту особливе місце посідає Тора (Л'ятикнижжя Мойсееве). За переказом, вона була передана Мойсею Богом на горі Синай. Тора — найважливіше, основоположне джерело, що традиційно розглядається в іудейському праві як своєрідна конституція єврейського народу. За змістом вона являє собою викладені у віршовій формі різноманітні заповіді іудаїзму. Така форма викладу викликала надалі зростання значення інтерпретацій і тлумачень Тори для застосування її в практичній діяльності. За структурою вона складається з декількох частин і містить п'ять книг — “Берешит” (Буття), “Шмот” (Вихід), “Віакра” (Левіт), “Бемідбар” (Числа), “Дварим” (Повторення Закону).

  Перша книга “Буття” розпочинається з моменту створення з хаосу світу і містить оповідання про народження людства, насамперед єврейського народу, його правила поведінки, звичаї і традиції. Друга — “Вихід” — розповідає про вихід іудеїв з Єгипту. Третя — “Левіт”— оповідає про вирізнення з іудейського суспільства привілейованого коліна Левітів, до обов'язку яких входило відправляння релігійних культів та обрядів. Четверта книга — “Числа” оповідає про літочислення єврейського народу. П'ята — “Повторення Закону” являє собою своєрідну спробу систематизувати правила поведінки, викладені в перших чотирьох книгах.

  Важливим джерелом іудейського права є Талмуд. Після Біблії це найважливіша і свята книга єврейського народу. За своєю структурою Талмуд неоднорідний: він являє собою багатотомний збірник єврейських релігійних, правових та етичних норм, складених у період з IV століття до н.е. — V століття н.е. Він поділяється на дві основні частини — Мишна і Гемара. Мишна — це збірник правил поведінки, складений єврейськими мудрецями протягом перших двох століть нашої ери, де закріплені норми неписаного права, систематизовані різноманітні звичаї, правила моралі й закони єврейського народу. Гемара — своєрідна інтерпретація і тлумачення норм Миш-ни, що протягом III—V століть давали їй рабини (служителі культу). У НІ столітті була створена Ієрусалимська Гемара, а в V столітті — Вавилонська. У літературі їх частіше називають Ієрусалимським і Вавилонським талмудами. До талмудичної літератури належать також Барайти — тексти, не включені в Мишну і згодом об'єднані в окремі джерела.

  Джерелом іудейського права є також Мидраш (або Мидрашим), що тлумачить і інтерпретує Тору. Формування подібного джерела пояснюється кількома причинами: по-перше, необхідністю чіткого з'ясування розпоряджень Тори, яка мала складно усвідомлювану віршову форму; по-друге, об'єктивною необхідністю пристосування Тори до змінюваних суспільних відносин.

  Співвідношення значення і впливу Тори та інших джерел Святого письма протягом історії змінювалося. Як зазначає М. Елон, спочатку Тора була джерелом, яким керувалася і вчена людина у своїх заняттях, і суддя, який приймав рішення. Але після завершення редагування Талмуду Тора залишилася чимось на зразок конституції єврейського права, а талмудична література — Мишна, Мидрашим, Барайти, Ієрусалимський і Вавилонський талмуди — стала основним джерелом права. Тільки базуючись на них, учений навчав своїх учнів праву, а суддя виносив вирок.

  Наступним джерелом іудейського права є звичай. Звичаї являють собою загалом історично перше джерело права у всіх народів, у тому числі й у євреїв. Ще до появи текстів Святого письма євреї дотримувалися певних звичаїв, що регулювали їхні взаємовідносини. Після створення Тори виникла необхідність узгодження їх з релігійними заповідями. Частину звичаїв було визнано й узаконено Торою, частину скасовано або змінено. Причому в деяких випадках визнавалися звичаї, що суперечили релігійним джерелам. Таким чином, звичаї доповнювали і змінювали зміст іудейського права. Так, спочатку єврейське право не знало інституту позовної давнини, тому позивач мав право звернутися до суду незалежно від давності зобов'язання. Але поступово склався звичай, відповідно до якого встановлювалося обмеження права звернення до суду трьома або шістьма роками.

 Законодавство (постанови й укази) мудреців є ще одним джерелом іудейського права. Слід зазначити, що термін “законодавство” вживається в єврейському праві не в класичному розумінні як нормативно-правові акти уповноважених державних органів. Під ним мають на увазі акти, прийняті авторитетними релігійними діячами — мудрецями, які встановлювали нові правила для віруючих. Наявність подібного джерела права суттєво відрізняє іудейське право від інших релігійних систем — мусульманської й індуської, які позбавляють права людину змінювати норми, даровані Богом. Традиційно ці системи допускали часткову зміну первісних норм тільки шляхом нового тлумачення священних текстів. Єврейське право дозволяє приймати правила поведінки, джерелом яких є не Бог, а людина. Це стає можливим у разі зміни суспільних відносин, коли необхідно змінити існуючі норми або прийняти нові. Право мудреців змінювати існуючі норми і приймати нові обґрунтовується розпорядженнями Тори — вищого джерела єврейського права.

   Рішення єврейських судів завжди визнавалися окремим джерелом іудейського права. Формуванню цього джерела сприяла наявність судової автономії єврейських громад, яку вони мали в багатьох країнах. Протягом століть суди вирішували найрізноманітніші проблеми, що виникали повсякденно в практичному житті громади, використовуючи всі джерела іудейського права. Необхідно зазначити, що поступово склався принцип, відповідно до якого суди мали право приймати рішення, яке відрізнялося від тих, що були передбачені в інших джерелах права, якщо вважали, що його буквальне застосування буде порушенням справедливості. Таким чином, завдяки діяльності єврейських судів протягом століть змінювалися норми іудейського права.

   Збірки різноманітних судових рішень становлять важливу частину юридичної літератури. Прикладом такої збірки є “Питання і відповіді”. Вона містить судові рішення з усіляких життєвих проблем, які вирішували видатні єврейські правознавці, що жили в різних країнах за всіх часів. У межах цієї збірки дослідники налічують майже триста тисяч таких рішень.

 Єврейський народ утратив свою державність і розвивався за таких умов майже два тисячоліття. Тільки, в 1948 році він утворив свою державу Ізраїль. Проте єврейське право і право Ізраїлю — це різні правові системи.

*Правова система Ізраїлю має змішаний характер.* У ній перехрещуються риси романо-германского, загального права і релігійних правових систем — іудейського, мусульманського і канонічного права. Це пояснюється тим, що територія сучасного Ізраїлю протягом століть переходила від однієї держави до іншої. Протягом чотирьох століть (1517-1917) ця територія була провінцією Туреччини, внаслідок чого застосовувалося право Османської імперії, у тому числі джерела мусульманського права і закони, створені за французьким зразком. У 1918—1947 роках цією територією правила Великобританія, діставши мандат від Ліги націй. У цей період спостерігається експансія загального права і права справедливості на підмандатні території. Проте за спеціальним Декретом судам надавалося право застосовувати також законодавство Османської імперії, прийняте до 1914 року.

  На підставі резолюції 181 Генеральної асамблеї ООН від 29 листопада 1947 року було скасовано мандат Великобританії на управління країною і 14 травня 1948 року проголошено державу Ізраїль. Відповідно до Декларації незалежності Ізраїль — єврейська держава. Проте єврейське право не стало основною складовою його права. Історично склалося так, що на цих територіях проживали не тільки євреї, а й араби, які становлять близько 20 відсотків населення і на які, звичайно, не могло поширюватися іудейське право. Крім того, всередині єврейської громади не було єдності з питання релігійного чи світського статусу держави.

  На сьогоднішній день, як зазначають дослідники, іудейське право розглядається як одна з підсистем ізраїльського права. Крім іудейського права в ньому вирізняють ще кілька підсистем. Насамперед це джерела права, що залишилися в спадщину Ізраїлю від Османської імперії і Великобританії. Вони застосовуються на основі Декрету, прийнятого в 1948 році, який передбачав, що закони, які не суперечать Декларації незалежності і законам Ізраїлю, зберігають свою юридичну чинність. Окремою підсистемою є мусульманське право, що застосовується всередині арабської громади Ізраїлю. Причому згідно з законом про судову владу від 1984 року мусульманське право застосовують шаріатскі суди, що вирішують питання, пов'язані з особистим статусом (шлюби, аліменти, розлучення, усиновлення та ін.). Крім того, як основну підсистему виокремлюють сучасне араїльське право, прийняте після проголошення незалежності. На даний час його джерелами є закони, підзаконні акти, судові прецеденти і правові звичаї.

  Специфікою правової системи сучасного права Ізраїлю можна вважати відсутність конституції як єдиного полі-тико-правового акта, якому притаманна вища юридична сила в системі джерел права. З деякими застереженнями можна вести мову про те, що в Ізраїлі її заміняють окремі Основні закони. На сьогодні прийнято понад десять таких законів (про Кнесет, президента, уряд, судоустрій, вибори та ін.). Основні закони приймаються і змінюються в такому ж порядку, як і звичайні. Основна відмінність полягає в тому, що вони не можуть бути припинені чи змінені постановами про надзвичайний стан. Ще однією їхньою особливістю є наявність так званих “укріплених” статей, що змінюються не простою, а кваліфікованою більшістю голосів членів парламенту. В 1955 році було закріплено пріоритет Основних законів над звичайними, а Верховний суд отримав право перевіряти зміст звичайних законів на відповідність Основним.

  Вплив англійського права знайшов свій вияв, зокрема, у визнанні судового прецеденту повноправним джерелом ізраїльського права, хоча самі англійські судові прецеденти після 1948 року не мають обов'язкового характеру. Суди Ізраїлю зараз орієнтуються більше не на англійську, а на американську судову практику. Відповідно до закону від 1957 року кожен суд зобов'язаний керуватися судовим прецедентом, встановленим вищим судом. Прецедент, встановлений Верховним судом, є обов'язковим для всіх судів, крім нього самого. Внаслідок цього в Ізраїлі склався особливий звід прецедентного права на базі рішень Верховного суду.

  Звичаї визнаються джерелом ізраїльського права у разі прямої вказівки закону або виходячи з багаторічної практики його застосування. Низка звичаїв набуло великого поширення в Ізраїлі (наприклад, обов'язок роботодавця попереджати працівника про звільнення за два тижні) і захищаються судовою системою.

  Сьогодні *іудейське право регулює тільки деякі види суспільних відносин*, пов'язані з особистим статусом євреїв. Іудейське право застосовується рабинськими судами, які згідно з законом від 1984 року є складовими елементами судової системи Ізраїлю і мають виключну юрисдикцію щодо всіх справ, що стосуються шлюбів та розлучень, а також деяких інших справ.

  Проте *іудейське право* активно впливає на право Ізраїлю, що виявляється насамперед у закріпленні на державному рівні принципів і норм іудейського права. Так, Декларація незалежності закріпила принцип, відповідно до якого Ізраїль визнається єврейською державою. Надалі цей принцип знаходить своє підтвердження в низці законодавчих актів, схвалених парламентом. Так, у 1992 році Кнесет прийняв “Основний закон про повагу людської особистості та її свободи”, у якому говориться, що мета цього закону — захистити право людини на повагу і свободу, поєднавши його з основними цінностями Ізраїлю як держави єврейської і демократичної. Принципи єврейського права нині знаходять широке втілення не тільки в законах, що регулюють шлюбно-сімейні відносини, а й у кримінальному, цивільному та трудовому праві.

1. **ХАРАКТЕРИСТИКА КАНОНІЧНОГО ПРАВА.**

Сучасна література з порівняльного правознавства практично не приділяє уваги цій релігійно-правовій системі. Як і у випадку з іудейським правом, це пояснюється дуже незначним її поширенням у сучасному світі. Однак канонічне право являє собою досить цікавий об'єкт для вивчення, оскільки має унікальні риси і власний вплив на розвиток права в Європі.

**Канонічне право** — це релігійно-правова система, що регулює суспільні відносини всередині громади, яка сповідує християнство. Назва цієї правової системи походить від грецького терміна “канон”, який спочатку означав усяке знаряддя для проведення прямих ліній або для рівняння площин, але згодом його зміст змінився і ним почали називати правила християнської віри і життя. У вузькому — юридичному значенні цей термін почали вживати для позначення правил поведінки (норм), прийнятих церквою для упорядкування суспільних відносин усередині християнської громади.

  Щоб зрозуміти, що ж таке релігійна канонічна система права, необхідно співвіднести між собою два поняття — канонічне і церковне право, які не завжди досить чітко розрізняють. їх відмінність можна провести за походженням і змістом норм. Канонічне право створюється тільки самою церквою і складається з норм, що визначають не тільки церковні, а й інші правовідносини, які впродовж середніх віків становили предмет її юрисдикції. Церковним же, навпаки, називається право, що регулює відносини виключно церковні, хоча створено воно може бути в тому числі й державою. Отже, з точки зору логіки ці поняття перетинаються, але не збігаються.

**Характерні особливості канонічного права**

***1. Нерозривний зв'язок з релігією — християнством.***

  Християнство виникло в другій половині І століття в Палестині. У IV столітті, в роки правління імператора Костянтина, воно стає державною релігією Римської імперії. Це вплинуло на подальше поширення релігії, оскільки Римська імперія охоплювала величезні території в Європі, Азії й Африці. Користаючись політичною, економічною й ідеологічною підтримкою держави, християнство за декілька століть перетворилося з порівняно невеликого культу на одну з трьох найпоширеніших світових релігій. Церковна організація розвивалася на основі принципу централізації: єпископії й митрополії поєднувалися в патріархії на чолі з патріархом. Основні догмати християнства викладені в 12 пунктах Символу віри, прийнятих на перших всесвітніх соборах у 325 і 381 роках. Відповідно до них християни повинні вірити в єдиного Бога, що виступає в трьох особах: Бога-Отця, Бога-Сина, Бога-Духу Святого.

Необхідно зазначити, що до XII століття термін “канонічне право” практично не застосовувався, бо не існувало окремої системи норм права, які б відрізнялися від суто релігійних норм, що регулюють питання віри, культу тощо. Норми права й норми релігії були тісно переплетені. При цьому в християнстві завжди була присутня ідея про богоугодний характер права, його всеприсутності в божественній світобудові. Тому порушення норм права завжди розглядалося як гріх.

**Систематизований характер канонічного права.**

У процесі систематизації виокремлюють два періоди. Спочатку — на першому етапі воно мало несистематизований і децентралізований характер. З моменту виникнення християнства церква приймала безліч канонів церковних соборів і синодів, декретів і рішень окремих єпископів. Було випущено безліч укладень про покарання (довідників для священиків), що містили опис різних гріхів і покарань, які покладаються за них. Проте до XI століття не було спроб систематизувати накопичений за тисячоліття звід канонічного права. Крім того, збірники канонів не були загально визнаними в християнському світі, а мали лише регіональне значення.

І лише на другому етапі, під час так званої Папської революції, ця риса стала відчутна — розпочалося вирізнення церковних законів в окрему релігійну систему норм та їх систематизація. У 90-х роках XI століття Івон Шартрський уперше зробив спробу систематизувати й викласти все право церкви. Рух по узагальненню законів церкви досяг кульмінації в 1140 році у трактаті Граціана, авторитет якого був загально визнаний. Ним користувалися і на нього посилалися папи, церковні собори й церковні суди. Нарешті, при Папі Григорії IX в 1234 році вийшло повне зібрання декреталій, що складалося приблизно з двох тисяч розділів, у якому узагальнювався і систематизувалася майже столітня праця. У 1298 році вийшла збірка декреталій, виданих Папою Боніфацієм VIII, а в 1317 році — збірка декреталій Папи Клементія V. З 1583 року ці чотири компіляції стали офіційно йменуватися Зводом канонічного права. Частиною Зводу вважаються (хоча вони й не включені в нього офіційно) ще два тексти, складені незабаром після правління Папи Іоанна XXII. Крім цих основних текстів класичного канонічного права існують авторитетні тлумачення і коментарі, з яких найбільш важливими були твори Гугуччіо й Іоанна Германця. Подальша систематизація канонічного права була продовжена в 1904 році, коли Папа Пій X створив комісію для розробки нового Кодексу канонічного права. До 1914 року робота була завершена, й у тому ж році Папа Бенедикт XV видав новий Кодекс канонічного права, що набрав чинності в 1918 році. З 1984 року набрав чинності новий Кодекс канонічного права. Таким чином, на другому етапі норми канонічного права знайшли певну автономію всередині релігійних норм і сформувалися в окрему самостійну систему.

  3. Канонічне право в Європі розвивалося в умовах становлення особливого політико-правового статусу Римської церкви. Між державою і релігійними організаціями часто виникали протиріччя, пов'язані з боротьбою за владу над людьми. Проте загальновизнаним є факт, що будь-яка релігійна організація завжди існує в рамках тієї чи іншої держави і завжди її влада підкорюється суверенній владі цієї держави. Особливістю статусу християнської церкви в середні віка стала її боротьба за побудову єдиної централізованої церкви на чолі з Папою Римським, яка була б незалежна від державної влади. Ця боротьба, що дістала назву Папської революції, точилася в XI—XII століттях і відіграла ключову роль у розвитку канонічного права. Саме вона, як указує Г. Берман, породила західні правові системи нового часу, першою з яких стала система канонічного права.

  Папська революція поставила два завдання: по-перше, побудова єдиної централізованої церкви, що охоплює весь християнський світ, управління якою здійснюється виключно Папою Римським; по-друге, проголошення незалежності й верховенства влади церкви над державною владою, втіленням якої був імператор. Під час революції Папа Григорій VII у 1075 році видав документ за назвою “Диктати Папи”, що складався з 27 положень. Серед них були такі положення:

1) римська церква заснована єдиним Господом;

2) тільки римський єпископ по праву зветься всесвітнім;

3) він один має право скидати і поновлювати єпископів;

7) йому одному, відповідно до потреб, дозволено створювати нові приписи;

9) одному лише Папі всі князі повинні цілувати ноги;

12) він може скидати імператорів;

17) жодний припис або їхня збірка не можуть вважатися канонічними без його схвалення.

Результатом цього протистояння стало прийняття в 1122 році Вормського конкордату. Імператор гарантував Папі повну й виключну владу над церквою і духівництвом, а також значну владу над мирянами. Папа мав вищу владу в питаннях релігійної практики й віри, він один міг давати відпущення серйозних гріхів, канонізувати святих, розподіляти індульгенції, схвалював усі зведення в духовний сан, установлював функції й повноваження всіх служителів церкви, створював і скасовував єпархії, став головним управителем усієї церковної власності. Він законодавствував за допомогою видання декреталій, скликав і керував всесвітніми соборами, тлумачив закони, дарував привілеї й дозволи, був також верховним суддею і відправником правосуддя.

  Крім того, церква набула загальної юрисдикції у справах, не пов'язаних із внутрішньоцерковними відносинами. Папа здобув владу над мирянами в питаннях віри й моралі, а також в деяких цивільних питаннях, таких як шлюб і спадщина. З деяких питань церква отримала виключну юрисдикцію, а з окремих поділяла її зі світською владою.

  У результаті Папської революції церква стала особливим політико-правовим утворенням у Європі. Не будучи державою, вона, як зазначає Г. Берман, набула багатьох її ознак і оголосила себе незалежною, ієрархічною, публічною владою. її глава — Папа мав право видавати закони, а церква проводила їх через адміністративну ієрархію, через яку Папа правив так само, як нині править суверенний правитель через своїх представників. Церква тлумачила свої закони і застосовувала їх через судову ієрархію, вершиною якої була папська курія в Римі. Таким чином, вона здійснювала законодавчі, адміністративні й судові повноваження сучасної держави. На додаток до цього церква дотримувалась раціональної системи юриспруденції, канонічного права. Вона обкладала своїх підданих податком у формі десятини та інших повинностей. Через записи про водохрещення і смерть церква, по суті, вела метричні книги. Водохрещення ж надавало свого роду громадянство, якого можна було позбавитися через відлучення від релігії. Час від часу церква збирала армії. Жодна інша релігійна організація у світі не змогла здобути подібного політико-правового статусу.

Вплив римського права на процес розвитку системи канонічного права. Відкриття наприкінці XI століття Зводу законів Юстиніана, його вивчення й викладання — основні події у становленні всього права в Європі. Римське право розглядалося як право ідеальне, як писане втілення розуму, принципами якого повинні керуватися всі, включаючи й церкву. Канонічне право запозичало багато понять і норм римського права, особливо в питаннях власності, спадкування й договорів. Зокрема, Граціан використовував при складанні Декрету як загальну схему побудови інституцій Юстиніана, так і величезну кількість виписок із джерел римського цивільного права. Римська церква протягом середніх віків у всіх своїх мирських справах керувалася виключно римським правом, ігноруючи розрізнені варварські звичаї й закони германських племен. Ось чому нерідко церква характеризується як хранителька римського права.

  5. Наявність у канонічного права складної внутрішньої структури. У результаті розвитку вже у XII—XIII століттях воно являло собою не просто сукупність правил поведінки з різних питань, віднесених до компетенції церкви, а чітку систему права зі своєю структурою. Причому аналітичне об'єднання канонічного права, його докладна логічна систематизація відштовхувалися від уявлення про те, що в основі різноманітності правових норм і процедур лежить певний набір фундаментальних правових принципів і що завдання юристів — знайти ці принципи і привести право у відповідність з ними. На підґрунті юрисдикції церкви над певними класами осіб і категоріями справ виникло декілька галузей канонічного права — корпоративне, кримінальне, шлюбно-сімейне, спадкове, право власності, договірне і процесуальне право.

  6. Канонічне право ніколи не розглядалося як вічне і незмінне: воно змінювалося відповідно до потреб часу. Цим система канонічного права відрізняється від системи мусульманського права. Як зазначає Е. Аннерс, іслам був так прив'язаний до авторитету Корану, що законотворчість була просто неможлива. Учені тільки розробляли деталі правопорядку шляхом умоглядного філософського тлумачення окремих місць Корану. Арабські правознавці, однак, і не прагнули створити окреме право на основі раціонального аналізу текстів. У канонічному праві авторитет Біблії так само ніколи не оспорювався, але водночас визнавалося, що церква може приймати й абсолютно нові норми права, якщо вони не суперечать загальним принципам віри. У Диктатах Папи Григорія VII, виданих у 1075 році, було вперше прямо закріплено його право створювати нові закони відповідно до вимог часу.

  7. Створення двох систем канонічного права після розколу християнської церкви. У другій половині IX століття протиріччя в питаннях влади між Римським і Константинопольським патріархами призвели до розколу єдиної християнської церкви на Західну і Східну, який був остаточно закріплений у 1054 році. Це надзвичайно вплинуло на використання цими церквами певних джерел канонічного права. Західна церква — католики — визнали вищу владу Папи Римського і, відповідно, його актів — декреталій. Східна церква — православні — визнають на самперед джерела, що утворилися в період всесвітніх соборів. Джерела, прийняті церквами після розколу, взаємного визнання не мають. Відмінністю цих систем є також ступінь систематизації норм права. Католицька церква пішла шляхом систематизації канонічного права, усунення внутрішніх протиріч на основі формально-логічних методів схоластики. Східна церква пішла шляхом збереження первісних традицій всесвітніх соборів, через що не знала широкої переробки та систематизації права.

Оскільки ***канонічне право*** — це релігійно-правова система, його першоджерелом визнається божественна воля, що знаходить своє втілення в книгах Святого письма — Біблії. Християнська церква визнає священними лише книги Нового Заповіту. Норми цього божественного за походженням права є першоосновою й вищим началом позитивного церковного права. Презюмуєтся, що норми церковного (людського) права не можуть суперечити праву божественному. Проте в повсякденній практичній діяльності на книги Святого письма, як правило, не посилаються, а переважно використовують право, створене церквою.

   В епоху визнання християнства в Римській імперії діяло правило, щоб в кожній церковній області місцеві єпископи не рідше одного разу на рік збиралися на собор для обговорення загальних справ і вирішення питань, викликаних місцевим церковним життям і практикою.

Постанови обласних (помісних) соборів, що вирішували проблеми і встановлювали правила поведінки для християнської громади, стали одним із джерел канонічного права. Спочатку вони мали регіональний характер, оскільки були обов'язкові тільки для церков тієї області, де собор був вищою церковною інстанцією. Але у зв'язку з тим, що підвалини церковного життя були однакові в різних провінціях, правила деяких обласних соборів стали застосовуватися і в інших церковних областях, ставши джерелами права для всієї церкви. Подібного значення набули, зокрема, рішення семи обласних соборів, що проходили в IV і V століттях: анкірський (314), неокесарійський (314), антіохійський (341), сардинський (344), гангрський (362-370), лаодикійський (343-381) і карфагенський (419).

  Щоб приймати рішення, обов'язкові для всієї християнської церкви, почали збиратися надзвичайні собори, на які запрошувалися представники всіх патріархій. Вони дістали назву Всесвітніх соборів, а їх рішення — Постанови Всесвітніх соборів — стали найважливішими джерелами канонічного права. Загального визнання дістали сім Всесвітніх соборів — Нікейський перший (325), Константинопольський перший (381), Ефеський (431), Халкі-донський (451), Константинопольський другий (553), Константинопольський третій (680), Нікейський другий (787). Слід зазначити, що вже на цьому етапі становлення канонічного права виникли розбіжності між Східною і Західною церквами з приводу рішень всесвітніх соборів. Східна і Західна церква не визнають окремих правил цих соборів. У середині XI — першій половині XIII століття церковні юристи розробили вчення про те, що тільки санкція Папи Римського повідомляє собору статус “Всесвітнього”. З 1123 року папи відновили скликання Всесвітніх соборів, внаслідок чого католицька церква налічує тепер 21 Всесвітній собор.

  Після розколу церков на Сході перестали скликати періодичні собори. їхнє місце посів постійний собор (синод) при константинопольському патріархові. Поступово він став головним органом церковного законодавства, а його акти — Постанови синоду — стали невід'ємним джерелом канонічного права Східної церкви.

  Одним з найважливіших джерел канонічного права на Заході стали Папські декреталії (декрети). Уже в V столітті ці акти мали не менше значення, ніж соборні постанови, і включалися в усі збірники канонічного права. За часів Папської революції Григорій VII у Диктатах прямо закріпив своє виключне право видавати нові закони відповідно до потреб часу, визнавати або не визнавати книги канонічними і скликати Всесвітні собори. Відповідно до вчення Гугуччіо, яке офіційно визнано католицькою церквою, Папські декреталії почали розглядатися вище соборних канонів.Наукові трактати авторитетних богословів, офіційно визнані церквою, аналізували і давали тлумачення існуючим нормам канонічного права. На Заході до таких належать праці Граціана, Гугуччіо, Іоанна Германия, на Сході — твори Олексія Арістіна, Іоанна Зонара і Федора Вальсамона тощо.

  Так, праця “Декрети”, видана Іоанном Граціаном близько 1140 року, вплинула на подальший розвиток всього канонічного права Західної церкви. Граціан став вважатися творцем каноністики (науки канонічного права). Ця праця була не тільки систематичною збіркою джерел церковного права, але водночас і коментарем до них. Граціан відповідно до схоластичного методу виявляв розрізнення між суперечними або не цілком ясними положеннями і ставив питання, що вимагали вирішення в теорії та на практиці. “Декрет” був поділений на три частини. Перша охоплювала 101 “розходження”, причому 20 перших були присвячені загальним питанням і джерелам, в інших йшлося про церковну організацію. Друга частина підрозділялася на 36 справ, у яких Граціан виокремлював численні “питання”, розглядаючи майнове, процесуальне, орденське і брачно-сімейне право церкви, а також систему покаяння. Третя частина, розділена на п'ять “розходжень”, трактувала церковні таїнства.

  Ще одним джерелом канонічного права є звичай. Церква не тільки не заперечує звичаї як джерело права, а й у деяких випадках прямо визнає їх дію в канонах Всесвітніх соборів. Однак для визнання звичаю від нього потрібно, по-перше, щоб він не суперечив духу як усієї церкви, так і природі того інституту, якого він стосується; по-друге, щоб його існування і дія могли бути доведені за більш-менш тривалий час. Якщо церковний звичай задовольняє цим вимогам, він може не тільки заповнювати прогалини церковного законодавства, але й у деяких випадках обмежувати його дію.  Канонічне право в сучасному світі застосовується набагато вужче, ніж у середні віки, залишаючись панівною системою тільки для однієї країни — Ватикану. Ватикан як держава був утворений у 1929 році. Хоча його площа становить лише 44 гектари, вона має всі ознаки державності: дипломатичні відносини з понад 100 країнами світу, голову — Папу Римського, уряд — Римську курію та ін. Ватикан — це приклад теократичної монархії, влада в якій належить церковній ієрархії на чолі з Папою Римським.

  Більшість країн, у яких діяли великі християнські громади і застосовувалося канонічне право, насамперед країни Європи, проголосили принцип відділення церкви від держави. Відповідно до нього церква має право регулювати тільки внутрішньоцерковні відносини, а її норми розглядаються виключно як корпоративні і не можуть суперечити законодавству. Так, згідно зі ст. 1 Конституції Франції проголошено світський характер держави і рівність усіх громадян перед законом незалежно від віросповідання. Цей конституційний принцип забезпечується Законом від 1905 року “Про відділення церкви від держави”, а в деяких випадках і Кримінальним кодексом, що передбачає відповідальність священнослужителів, наприклад, за здійснення обряду одруження до укладення цивільного шлюбу.

  Деякі держави у взаєминах із церквою дотримуються іншого принципу і проголошують християнство панівною релігією. Так, Конституція Греції закріпила, що панівною в Греції є релігія східно-православної Церкви Христової. Православна церква Греції, що визнає своїм главою Господа нашого Ісуса Христа, нерозривно зв'язана у своїх догматах з Великою Константинопольською церквою і з усякою іншою єдиновірною церквою Христовою, неухильно дотримується, так само як і вони, святих апостольських і соборних канонів і священних традицій. У Греції існують і церковні суди, але до їх компетенції належить лише вирішення питань про відповідальність священнослужителів. Але навіть у таких країнах канонічне право не є діючою правовою системою, а є скоріше ідеологією, якої дотримується держава у своїй діяльності.

  Проте канонічне право вплинуло на становлення основних правових систем сучасності, передусім романо-германського й англо-американського права. Багато сучасних правових інститутів у цих державах втілюють ідеї і принципи канонічного права. Так, Цивільний кодекс Греції, що набрав чинності в 1946 році, в положеннях, які стосуються сімейного права, закріпив багато канонів грецької православної церкви (укладення шлюбу лише в церковній формі, заборона шлюбу з нехристиянами, обмеження в розлученні, юридичне оформлення інституту заручення та ін.).

  Нині лише деякі держави визнають чинність канонічного права на своїй території. Згідно зі ст. 111 Конституції Кіпру будь-яке питання щодо заручин, шлюбу, розлучення, судового поділу або реституції подружніх прав чи сімейних відносин повинно регулюватися правом греко-православної церкви або відповідно церкви іншої релігійної групи, яке застосовувалося на 1960 рік, і має бути підсудним судам такої церкви. Більше того, Конституція забороняє законодавчій владі вторгатися в зазначену сферу.

  В Ізраїлі серед кількох офіційно визнаних релігійних правових систем — іудейського, мусульманського права діє також і канонічне право. У країні існує система релігійних судів, що застосовують відповідне право щодо осіб, які належать до тих чи інших релігійних спільнот. Християнські релігійні суди мають виключну юрисдикцію на всі справи “персонального статусу” християн — громадян Ізраїлю, що стосуються вступу в шлюб, розлучень та аліментів.

**3. ПРАВОВА СИСТЕМА ВАТИКАНУ.**

Основний Закон міста-держави Ватикан, який оприлюднив [Папа Римський-Іоанн Павло II](https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%86%D0%B2%D0%B0%D0%BD_%D0%9F%D0%B0%D0%B2%D0%BB%D0%BE_II) , 26 листопада 2000 року, складається з 20 статей і є Конституцією міста-держави [Ватикан](https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%92%D0%B0%D1%82%D0%B8%D0%BA%D0%B0%D0%BD). Він набув чинності 22 лютого 2001 року, у свято Святого Петра, апостола, і в повному обсязі замінив Основний закон Ватикану оприлюднений [Папою Пієм XI](https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%9F%D1%96%D0%B9_XI) 7 червня 1929 року (закон № I). Всі норми, що діяли у місті-державі Ватикан і не були узгоджені з новим законом були скасовані, і оригінал Основного Закону, з печаткою міста-держави Ватикан, був поміщений в Архів законів міста-держави Ватикан і аналогічний текст був опублікований в Додатку до Acta Apostolicae Sedis Судову система Ватикану складають:

* Єдиний суддя (GiudiceUnico) з обмеженою юрисдикцією
* Трибунал (Tribunale) до складу якого входять, чотири члени
* Апеляційний суд (Corted'Appello), що складається з  чотирьох членів
* Верховний суд (Corte di Cassazione)який становлять три члени

Правосуддя здійснюється від імені [Верховного Понтифіка](https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%9F%D0%B0%D0%BF%D0%B0_%D0%A0%D0%B8%D0%BC%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B8%D0%B9).

Єдиний суддя повинен бути громадянином Ватикану, також, він може одночасно служити членом трибуналу. Сам трибунал складається з голови і трьох інших суддів (проте, були випадки рішення справ куріями у складі трьох суддів). Промоутер (активатор) правосуддя (Promotore dі Giustizia) виступає як адвокат як у трибуналі, так і в суді єдиного судді. Члени трибуналу, єдиний суддя і промоутер правосуддя — вони усі є юристами-мирянами, які призначаються Папою Римським.

У четвер, 7 травня 2015 року, [Папа Римський Франциск](https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A4%D1%80%D0%B0%D0%BD%D1%86%D0%B8%D1%81%D0%BA_(%D0%BF%D0%B0%D0%BF%D0%B0)) призначений суддею Церковного суду міста-держави Ватикан, Преподобним монсеньйором Лусіо Банерджі, духовенством Римсько-католицької єпархії Тревізо, в [Тревізо (Італія)](https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A2%D1%80%D0%B5%D0%B2%D1%96%D0%B7%D0%BE), і преподобним отцем Паоло Скевола, Римсько-католицької єпархії Віджевано, для служіння нотаріальним актуарієм (службовцем суду) в той же суд;  вони є посадовими особами в загальних справах Державного секретаріату Святого Престолу.

Апеляційний суд складається з голови і трьох інших суддів (за аналогією з трибуналом, були  випадки рішення справ курією у складі трьох суддів). Члени Апеляційного суду призначаються Папою Римським, строком на п'ять років і є [церковнослужителями](https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%94%D1%83%D1%85%D0%BE%D0%B2%D0%B5%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%BE) і мирянами. Промоутером правосуддя Апеляційного суду Ватикану нині, за призначенням [Папи Римського Франциска](https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A4%D1%80%D0%B0%D0%BD%D1%86%D0%B8%D1%81%D0%BA_(%D0%BF%D0%B0%D0%BF%D0%B0)) від середи, 12 червня 2013 року, є професор Рафаель Коппола, професор юридичного факультету Державного університету Барі в [Барі, Італія](https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%91%D0%B0%D1%80%D1%96), і член колегії адвокатів з розгляду основних принципів і цивільного права в Святому Престолі (Ватикані).

Верховний суд складається з його голови, на цей час з 2014 року, за законом Кардинал-префекту [Апостольської Сигнатури](https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%9D%D0%B0%D0%B9%D0%B2%D0%B8%D1%89%D0%B8%D0%B9_%D0%A2%D1%80%D0%B8%D0%B1%D1%83%D0%BD%D0%B0%D0%BB_%D0%90%D0%BF%D0%BE%D1%81%D1%82%D0%BE%D0%BB%D1%8C%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%BE%D1%97_%D0%A1%D0%B8%D0%B3%D0%BD%D0%B0%D1%82%D1%83%D1%80%D0%B8), — це кардинал [Домінік Мамберті](https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%94%D0%BE%D0%BC%D1%96%D0%BD%D1%96%D0%BA_%D0%9C%D0%B0%D0%BC%D0%B1%D0%B5%D1%80%D1%82%D1%96), і двох інших кардиналів, які призначаються Президентом на щорічній основі, і які також повинні бути членами Сигнатури.

Усі суди мають своє місце в *Palazzodel Tribunale*, на площі Piazza Santa Marta, позаду базиліки [Святого Петра](https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%BE%D0%B1%D0%BE%D1%80_%D0%A1%D0%B2%D1%8F%D1%82%D0%BE%D0%B3%D0%BE_%D0%9F%D0%B5%D1%82%D1%80%D0%B0).

Велика частина законодавства заснована на Італійському кодексі  1889. Воно застаріло у багатьох відношеннях. В 2013 році до нього було внесено зміни, з метою включення низки конвенцій Організації Об'єднаних Націй, підписаних протягом багатьох років та діючих нині. Кримінальний кодекс тепер містить в собі особливості визначення [відмивання грошей](https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%92%D1%96%D0%B4%D0%BC%D0%B8%D0%B2%D0%B0%D0%BD%D0%BD%D1%8F_%D0%B3%D1%80%D0%BE%D1%88%D0%B5%D0%B9), перерахований список сексуальних злочинів, та порушення конфіденційності. Відтоді як в 2013 році [Папа Римський Франциськ](https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A4%D1%80%D0%B0%D0%BD%D1%86%D0%B8%D1%81%D0%BA_(%D0%BF%D0%B0%D0%BF%D0%B0)) скасував довічне ув'язнення; максимальне покарання становить від 30 до 35 років позбавлення волі.

У 2008 році Ватикан заявив, що він більше не буде автоматично приймати нові італійські закони, так як багато цих законів розходяться з католицькою доктриною. Ця заява була зроблена в результаті конфлікту права на життя у справі Елуана Енгларо. Існуючий закон передбачав, що італійські закони рецепувалися автоматично, за винятком двосторонніх договорів або тих, які мають різку розбіжність з основою канонічного права. Відповідно до нової процедури, Ватикан розглядає італійські закони, перш ніж виносити рішення про їх рецепцію . Проте, Ватикан і раніше не завжди реципував італійські закони і за старою процедурою, тому мало що змінилося, що за словами одного журналіста є «замаскованим попередженням» італійському уряду.

1. **ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ КАНОНІЧНОГО ПРАВА У ГРЕЦІЇ, НА КІПРІ, В ІЗРАЇЛІ, ІНДІЇ ТА МУСУЛЬМАНСЬКИХ КРАЇНАХ.**

Канонічне право в сучасному світі застосовується набагато вужче, ніж у середні віки, залишаючись панівною системою тільки для однієї країни — Ватикану. Ватикан як держава був утворений у 1929 році. Хоча його площа становить лише 44 гектари, вона має всі ознаки державності: дипломатичні відносини з понад 100 країнами світу, голову — Папу Римського, уряд — Римську курію та ін. Ватикан — це приклад теократичної монархії, влада в якій належить церковній ієрархії на чолі з Папою Римським.

  Більшість країн, у яких діяли великі християнські громади і застосовувалося канонічне право, насамперед країни Європи, проголосили принцип відділення церкви від держави. Відповідно до нього церква має право регулювати тільки внутрішньоцерковні відносини, а її норми розглядаються виключно як корпоративні і не можуть суперечити законодавству. Так, згідно зі ст. 1 Конституції Франції проголошено світський характер держави і рівність усіх громадян перед законом незалежно від віросповідання. Цей конституційний принцип забезпечується Законом від 1905 року “Про відділення церкви від держави”, а в деяких випадках і Кримінальним кодексом, що передбачає відповідальність священнослужителів, наприклад, за здійснення обряду одруження до укладення цивільного шлюбу.

  Деякі держави у взаєминах із церквою дотримуються іншого принципу і проголошують християнство панівною релігією. Так, Конституція Греції закріпила, що панівною в Греції є релігія східно-православної Церкви Христової. Православна церква Греції, що визнає своїм главою Господа нашого Ісуса Христа, нерозривно зв'язана у своїх догматах з Великою Константинопольською церквою і з усякою іншою єдиновірною церквою Христовою, неухильно дотримується, так само як і вони, святих апостольських і соборних канонів і священних традицій. У Греції існують і церковні суди, але до їх компетенції належить лише вирішення питань про відповідальність священнослужителів. Але навіть у таких країнах канонічне право не є діючою правовою системою, а є скоріше ідеологією, якої дотримується держава у своїй діяльності.

  Проте канонічне право вплинуло на становлення основних правових систем сучасності, передусім романо-германського й англо-американського права. Багато сучасних правових інститутів у цих державах втілюють ідеї і принципи канонічного права. Так, Цивільний кодекс Греції, що набрав чинності в 1946 році, в положеннях, які стосуються сімейного права, закріпив багато канонів грецької православної церкви (укладення шлюбу лише в церковній формі, заборона шлюбу з нехристиянами, обмеження в розлученні, юридичне оформлення інституту заручення та ін.).

   Нині лише деякі держави визнають чинність канонічного права на своїй території. Згідно зі ст. 111 Конституції Кіпру будь-яке питання щодо заручин, шлюбу, розлучення, судового поділу або реституції подружніх прав чи сімейних відносин повинно регулюватися правом греко-православної церкви або відповідно церкви іншої релігійної групи, яке застосовувалося на 1960 рік, і має бути підсудним судам такої церкви. Більше того, Конституція забороняє законодавчій владі вторгатися в зазначену сферу.

  В Ізраїлі серед кількох офіційно визнаних релігійних правових систем — іудейського, мусульманського права діє також і канонічне право. У країні існує система релігійних судів, що застосовують відповідне право щодо осіб, які належать до тих чи інших релігійних спільнот. Християнські релігійні суди мають виключну юрисдикцію на всі справи “персонального статусу” християн — громадян Ізраїлю, що стосуються вступу в шлюб, розлучень та аліментів.

# Лекція 12. ХАРАКТЕРИСТИКА ПРАВОВИХ СИСТЕМ ТРАДИЦІЙНОГО ТИПУ

[1, с. 81-89; 5, с. 123-149]

1. Поняття і структура традиційної правової сім’ї.
2. Система джерел традиційного права.
3. Поняття далекосхідної правової сім’ї та її місце на правовій карті світу.
4. Традиції та звичаї як основа системи права країн Далекого Сходу.

**1. ПОНЯТТЯ І СТРУКТУРА ТРАДИЦІЙНОЇ ПРАВОВОЇ СІМ’Ї.**

Традиційна правова сім ’я поділяється на два підтипи правових систем — держав Далекого Сходу і країн Африки. До далекосхідної підсистеми належать насамперед правові системи Китаю і Японії, а також деяких інших країн, що розвивалися під їх впливом, — Мон-голії, Кореї, Малайзії, Індонезії, М’янми (Бірми). До другої підсистеми належать понад 40 держав, розташованих на африканському континенті, і Мадагаскар.

**Характерні особливості традиційних правових систем**

1. ***Основним джерелом права є звичай****.*На відміну від правовихсистем країн Заходу, що визнали провідну роль держави у створенні норм права (шляхом законодавчої чи судової діяльності), у традиційних правових системах пріоритет у формуванні норм права належить самому суспільству. Протягом багатьох століть підвалини правового регулювання цих країн становили норми звичаєвого права, що базувалися на традиціях і морально-етичних уявленнях народу. Звичай, який є правилом поведінки, що ввійшло у звичку внаслідок багаторазового застосування впродовж тривалого часу, регулював практично всі аспекти життя суспільства.
2. ***Негативне ставлення до законодавства.***Таке джерело права,якзаконодавство, вважалося неприродним для суспільства. Негативне ставлення населення до законодавчого права, що сформувалося упродовж багатьох століть, спричинило надалі відчутні наслідки. У ХХ столітті, після широкої рецепції західного права, значного поштовху в розвитку законодавства й кодифікації, склалася ситуація, коли доволі значна частина населення стала ігнорувати ці норми права, а реальні суспільні відносини, як і раніше, регулювалися на підставі традиційних норм.
3. ***Ігнорування державних структур у процесі реалізації норм права.***Визнання звичаєвого права й ігнорування законодавчого спричинило особливості в процесі реалізації норм права, зокрема в розгляді правових спорів. Протягом століть ці норми забезпечувалися здебільшого за допомогою не державних установ, у тому числі судів, а самокерованих суспільних структур і соціального тиску на правопорушників. Звертатися до судів за захистом своїх прав люди уникали. Переважна більшість спорів вирішувалася у процесі примирливих процедур за посередництва шанованих членів суспільства на основі норм звичаєвого права.

4. ***Слабкий розвиток юридичної інфраструктури.*** Століттями ці країни не знали юридичних професій — суддів, прокурорів, адвокатів, нотаріусів тощо, бо не існувало ні навчальних закладів для їх підготовки, ні правової науки, ні юридичних шкіл, ні видатних учених — носіїв правових знань.

1. **СИСТЕМА ДЖЕРЕЛ ТРАДИЦІЙНОГО ПРАВА.**

*Традиційне право* – дуалістичне право в силу наявності елементів європейського і звичаєвого права, існує у формі писемного й неписемного права, звичаю та релігійного закону.

*Країни традиційного права –*переважно країни Центральної Африки, Азії, Далекого, Середнього та Ближнього Сходу та інші країни (Нігерія, Індія, Індонезія, Малайзія, Заїр тощо).

Джерела традиційного права:

– правовий звичай;

– закон;

– судовий прецедент.

*Правовий звичай –*основне джерело традиційного права.

Особливі риси правового звичаю:

– локальність (поширеність серед невеликих соціальних груп);

– поширення чинності не за територією, а за колом осіб (чинність має персоналізований характер);

– тісний зв’язок з релігійними нормами, обрядами, родовими культами;

– безперервність і єдиноманітність дотримання;

– визначеність (наявність конкретних ознак правила поведінки);

– давність виникнення (ця ознака може мати різноманітне тлумачення з точки зору часу);

– правова сила (визнання правила певною спільнотою чи його санкціонування державою) у вигляді визначення компетенції судів вирішувати справи на підставах звичаєвого права чи закріплення законодавством;

– неписемна форма;

– значна кількість звичаїв міцність родинних зв’язків;

– поширеність традиційної свідомості;

– звичаєве право як регулятор соціальних відносин є виявом самобутності суспільства, формою національного самоствердження.

– незмінність (консерватизм) звичаїв.

*Способи вирішення колізій законодавством* (між звичаями різних етнічних спільнот, що проживають на території однієї країни):

– шляхом формування спеціального колізійного законодавства;

– шляхом надання судам та іншим правозастосовувачам права у таких випадках діяти за власним розсудом, тобто обирати ту з колізійних норм звичаєвого права, яка, на їх думку, є найбільш доцільною і справедливою тощо.

Закон у традиційному праві:

– спільний акт парламенту і президента (у вузькому значенні);

– будь-яка писемна чи неписемна норма, що підлягає захисту в судовому порядку (в широкому значенні);

– акт тільки парламенту (з обмеженого кола питань суспільного та державного життя)

*Судовий прецедент* – форма та джерело права (зазвичай результат впливу англійського права).

Випадки застосування судового прецеденту:

– у разі наявності прогалин у законодавстві;

– з дозволу використовувати прецедентне право Англії як частини чинного законодавства країни;

– для офіційного визнання судового прецеденту джерелом права.

Чинники традиційного права:

– нерозвиненість соціальної структура більшості країн;

– владні традиційні інституції (родоплемінна та феодальна верхівки) обмежено державою;

– традиційні інституції на державну політику не тільки через традиційні соціальні норми, а сучасними формами та методами політичної діяльності (лобізм, безпосередня участь у роботі парламенту тощо);

– значна роль у соціальному управлінні належить армії;

– демократизація (на зразок західної) здійснюється здебільшого зверху – за ініціативою органів державної влади чи окремих кіл;

– демократизації притаманні етнічний, релігійний та культурний плюралізм;

– плюралізм ускладнює роль держави як національного арбітра, стримує проникнення демократичних режимів у глибину різноманітних етнічних груп, сприяє політичній нестабільності.

Ознаки африканського звичаєвого права:

– неписемна форма (правила поведінки звичаєвого права існують у свідомості людей, передаються в усних переказах, легендах тощо);

– єдність правових і моральних норм;

– переважно первинними є норми моралі, які впливають на поведінку людей з позицій добра і зла;

– домінування ідеї примирення при розв’язанні конфліктів через сприйняття людей як родичів, членів одного роду;

– різноманітність звичаєвих комплексів, обумовлених численністю етнічних спільнот у межах країни;

– сукупність елементів звичаїв і релігійних норм та інших соціальних норм, що регулювали відносини між людьми у додержавному суспільстві;

– це право спільнот, а не індивідів, оскільки створювалося для забезпечення виживання і розвитку роду, племені як цілісного соціального організму, а не окремих його членів;

– наявність кругової поруки, тобто відповідальності всієї спільноти чи певної групи людей за порушення, вчинені її членами;

– на відміну від позитивного, для звичаєвого права не існує поняття суб’єктивного права індивіда (тому, наприклад, інститутам сімейного, земельного, спадкоємницького права притаманний колективний (на рівні сім’ї, общини тощо) підхід до визначення прав і обов’язків);

– розмежування сфери застосування офіційного та звичаєвого права;

– наявність елементів різних правових систем (англійської, французької, бельгійської, португальської);

– запровадження позитивного права здійснювалося при збереженні інститутів традиційного права (судові системи складалися з колоніальних і традиційних судів; нові закони, які не скасовували норм звичаєвого права, заборонялися варварські місцеві звичаї; уніфікувалося звичаєве право).

Ознаки далекосхідного права:

– на відміну від інших правових сімей, у далекосхідних суспільствах позитивне право не визнається як соціальна цінність, добро;

– різні філософські течії Китаю (даосизм, конфуціанство) розглядають право як зло, а традиції, етику – як добро, як домінуючі засоби збереження суспільної злагоди та гармонії);

– найбільш доцільним є безумовне та добровільне виконання етичних правил спілкування, виховання у членів суспільства впевненості, що свобода кожного повинна оберігатися іншими, а поведінка має відповідати природному порядку речей;

– при розв’язанні конфліктів головним є примирення сторін, а не визначення, хто правий, а хто винний, чи застосування примусу для покарання порушників;

– обгрунтування повної покори правителю та його намісникам, батькам, старшим за віком;

– розвиток економіки, міжнародних зв’язків сприяв розвиткові і позитивного права, проте традиції, звичаї не втрачають свого значення (так, правова система Японії включає як сучасні нормативні акти (Конституцію, Цивільний і Торговий кодекси), створені за моделями німецького законодавства, так і різноманітні звичаї та традиції, що вважаються джерелами права для цивільних, сімейних, торговельних та інших інститутів).

**3. ПОНЯТТЯ ДАЛЕКОСХІДНОЇ ПРАВОВОЇ СІМ’Ї ТА ЇЇ МІСЦЕ НА ПРАВОВІЙ КАРТІ СВІТУ.**

Цивілізація на Далекому Сході тривалий час розвивалася під панівним впливом морально-філософських поглядів на життя людини та суспільства як органічної частини загальної світобудови, де найвищою цінністю є внутрішня та зовнішня гармонія. Домінування подібних підходів призвело до відходу права на задній план серед інших соціальних регуляторів, перш за все моралі та розуму. Тому тривалий час право на Далекому Сході розвивалося як другорядний соціальний інститут, наслідки чого спостерігаються і у сучасних правових системах далекосхідних країн.

Далекосхідна правова сім'я - це група правових систем, що сформувалися на основі морально-філософських учень Далекого Сходу і характеризуються домінуванням традиційних морально-етичних норм над правовими у системі соціального регулювання.

Далекосхідна правова сім'я характеризується такими специфічними **ознаками:**

І*. Основним джерелом права є звичай.* На відміну від правових систем країн Заходу, що визнали головну роль держави у створенні норм права (шляхом законодавчої чи судової діяльності), у традиційних правових системах у формуванні норм права пріоритет належить самому суспільству. Протягом багатьох століть підвалини правового регулювання цих країн становили норми звичаєвого права що базувалися на традиціях і морально-етичних уявленнях народу;

II. В*основі системи соціального регулювання лежать морально-філософські концепції конфуціанства буддизму, даосизму тощо.* Хоча за цією ознакою далекосхідна правова сім'я певною мірою подібна до релігійних правових систем, але тут - переважний вплив на право має саме морально-філософська, а не обрядово-культова складова релігії і сфери права та релігії хоча і пов'язані між собою, але залишаються незалежними одна від однієї. Саме тому правові системи країн Далекого Сходу не можна відносити до релігійного типу;

ІІІ. *Негативне ставлення до законодавства, та ігнорування державних структур у процесі реалізації права та вирішення спорів.* Протягом багатьох століть у Китаї та Японії практично усі спори між приватними особами вирішувалися не судом на основі правових норм, а самими сторонами на основі консенсусу. Найчастіше такі спори вирішувалися авторитетними членами громади, родичами чи сусідами. Зрозуміло, що нині роль законодавства у регулюванні суспільних відносин посилюється, але негативне ставлення до судових механізмів вирішення спорів властиве і сучасним далекосхідними правовим системам. Наприклад, зараз у Японії лише близько 10 % цивільних судових справ завершується винесенням рішення, а майже 90 % таких справ закриваються через укладення мирових угод, застосування арбітражних та інших погоджувальних процедур;

IV. *Слабкий розвиток юридичної інфраструктури.* Позасудовий характер вирішення більшості спорів призвів до значно нижчого рівня розвитку юридичних професій та юридичної освіти на Далекому Сході порівняно із західними країнами. До ХУШ- XIX ст.ст. у Китаї взагалі не було професійних суддів та юристів. Незначна кількість справ, які все ж вимагали суду з боку держави, вирішувалися не суддями, а адміністративними чиновниками, які для отримання посади складали іспити з літератури. Значна кількість законів були таємними, а звернення за консультацією до особи, яка розумілася на законодавстві, вважалося аморальним. Зараз судові системи, юридичні професії та правова освіта Китаю, Японії та інших далекосхідних країн розвиваються досить швидко, але все одно значно відстають західних показників;

V*. Вплив романо-германського та англо-американського права на сучасні правові системи країн Далекого Сходу.* Починаючи з останньої третини XIX ст. у Японії та першої четверті XX ст. у Китаї відчувається вплив західного права. До другої світової війни правові системи і Японії, і Китаю мали тенденцію до зближення з романо-германським правом, тоді як у повоєнний час японське право значною мірою почало розвиватися за американським типом загального права, а китайське - за принципами соціалістичного права. Однак ні романо-германське, ні англо-американське, ні соціалістичне право не змогло витіснити традиційних інститутів та принципів далекосхідного права, що і зумовлює існування далекосхідного права як окремої правової сім'ї.

До далекосхідної правової сім'ї включаються правові системи Китаю, Японії та деяких інших країн, що розвивалися під їх впливом - Монголії, Кореї, Малайзії, Індонезії, Бірми, Лаосу, В'єтнаму, Таїланду, Сінгапуру тощо. Материнськими правовими системами для далекосхідної сім'ї є правові системи Китаю та Японії.

**4. ТРАДИЦІЇ ТА ЗВИЧАЇ ЯК ОСНОВА СИСТЕМИ ПРАВА КРАЇН ДАЛЕКОГО СХОДУ.**

Китайська правова система зародилася у II тисячолітті до не. і може вважатися найдавнішою правовою системою, що збереглася до наших днів. Вона право представляє собою систему підтримуваних державою традиційних етичних, правових та релігійних норм, які ґрунтуються на морально-філософських концепціях даосизму, конфуціанства та легізму.

В основі учення**даосизму,** засновником якого є Лао Цзи**(VI** ст. до н.е.), лежить ідея про існування «дао» - природного шляху або закону, за яким розвивається Всесвіт, і якого має неухильно дотримуватися кожна людина. Дао розглядається як щось спокійне, пусте і незмінне, що існувало до створення землі і неба. Дао визнається вищою силою, яка сама по собі є справедливістю і може відновлювати справедливість на землі, в т.ч. і поміж людьми. Даосизм проповідує абсолютну бездіяльність і повну відмову від активних вольових дій, які можуть порушити порядок дао. Усі протиприродні утворення, зокрема, законодавство та судочинство, розглядаються як відхилення від дао. Тому звернення до суду з вимогою про захист свого права, так само як і вивчення законодавства, даосизмом розглядається як діяльність, що не відповідає дао.

Суть учення**Конфуція** (551-479 рр. до н.е.) на відміну від даосизму полягає у розмежуванні світу природи і світу людини, утвердженні активності особи, а не її бездіяльності. Відповідно до конфуціанства природний закон - тіан дао (божественний шлях) - не управляє безпосередньо світом людини. Людина повинна прагнути до світу природи, до гармонії з нею у своїх думках, почуттях, діях, хоча досягти її ніколи не зможе. З метою досягнення гармонії з навколишнім світом природи людина повинна розробити правила гармонічної, правильної поведінки (лі). Конфуціанство небагато прагматичніше, ніж даосизм: якщо у даосистів дао несе в собі натхнення і таїнство усього Всесвіту, то для конфуціанців дао - це всього лише основний безособовий принцип. Конфуціанство проголошує природним станом соціальну нерівність - поділ суспільства на нерівноправні групи. Кожна така група має свій комплекс правил лі, за якими і повинна йти. Споріднює ж конфуціанство і даосизм негативне ставлення до законодавства, держави і суду. З недовірою Конфуцій ставився до ідеї регулювання суспільних відносин за допомогою законів: „Якщо керувати народом за допомогою законів і підтримувати порядок за допомогою покарань, народ прагнутиме ухилятися і не відчуватиме сорому. Якщо ж керувати народом за допомогою чесноти і підтримувати порядок за допомогою ритуалу, народ знатиме сором і він виправиться". Не вітало конфуціанство й судового захисту суб'єктивних прав громадян. Відповідно до етичних уявлень вважалося, що коли будь-який інтерес людини й було порушено, то це, однак, не дає їй морального права відразу звертатися до суду. Добропорядний громадянин повинен самостійно спробувати врегулювати конфлікт шляхом досягнення компромісу взаємних поступок. Той, хто звертався до суду або привселюдно обвинувачував іншого, вважався невихованою людиною, позбавленою скромності й готовності піти на злагоду заради громадського спокою.

Школа**легістів** (ІV-Ш ст. до н.е.) виникла у період становлення централізованої держави з жорсткою імператорською владою. Основоположники легізму - Шан Ян '(ІV ст. до н.е.) та Хань Фейцзи (III ст. до н.е.) відстоювали державне управління, яке спирається на закони (фа) і суворі покарання за їх порушення. Показово, що обов'язок дотримуватися законів покладався не лише на підданих, а й на самого правителя. Концепція права і закону, розроблена легістами, за своєю суттю близька до західного праворозуміння і значною мірою відрізняється від лаоських та конфуціанських поглядів. Якщо конфуціанці вірили в чесноту людини, її здатність узгоджувати свою поведінку з моральними принципами, то легісти вбачали в діях людини тільки корисливі прагнення і вимагали покарання відповідно до законів. Конфуціанці розглядали нерівність і ієрархічну супідрядність у суспільстві як показник його гармонії, тоді як легісти, проголошуючи рівність людей перед законом, вважали за можливе прищепити правильну поведінку суворим покаранням, встановленим у санкціях норм. Замість конфуціанських норм-ритуалів і етичних норм як регулятора суспільних відносин легісти запропонували правові норми. Ці норми рівною мірою однакові для всіх. Вони стандартні, непохитні і доступні для вивчення.

Найбільший вплив на зміст та структуру китайського права справило конфуціанство, хоча мають місце ознаки впливу і інших філософських вчень. При династії Хань (206 р. до н. е.) конфуціанство було проголошено державною релігією і з тих пір його вплив на право став домінуючим та постійним. Навіть монгольські завойовники у XIII ст. не змогли його витіснити конфуціанства, хоча і віднесли його проповідників разом із жебраками та проститутками до останнього розряду населення.

Впливом конфуціанства пояснюється негативне ставлення далекосхідних суспільств до законодавства, права та правосуддя, нерозвиненість юридичної інфраструктури та юридичних професій. Однак не можна говорити про те, що у Китаї не було права, оскільки суспільство не може існувати без права скільки-небудь тривалий час. Китайське право існувало вже у ІІ-І тис. до н.е., але за своїм змістом, структурою та природою суттєво відрізняється від європейського права. На відміну від правових систем країн Заходу, що визнали провідну роль держави у створенні норм права (шляхом законодавчої чи судової діяльності), у Китаї цю роль виконувало суспільство. Саме звичаєве право, засноване на традиціях і морально-етичних нормах китайської громади, становило підґрунтя правового регулювання в Китаї. Забезпечувалися ці норми теж здебільшого не за допомогою державних структур, у тому числі судів, а за допомогою суспільних структур і соціального тиску на правопорушників.

Проте значне поширення конфуціанських поглядів на право ще не означає, що китайська держава повністю відмовилася від законодавчого регулювання суспільних відносин. Ще до об'єднання Китаю в єдину імперію була створена низка законодавчих актів. Найдавніший відомий кодекс був складений у 652 р., пізніше - ще низка законодавчих актів. Ці кодекси містили переважно норми кримінального й адміністративного права. Питань цивільного права вони торкалися лише у зв'язку з кримінальними чи адміністративними санкціями за їх порушення. По суті, Китай не створив системи приватного права, як це було в римському праві. Тут закони являли собою лише засіб і знаряддя правління і фактично не діяли в сільських громадах, де застосовувалося звичаєве право, що передавалося з покоління в покоління з найдавніших часів.

У сфері приватних відносин були розроблені різноманітні форми позасудового вирішення конфліктів. Для вирішення труднощів усередині сім'ї в якості миротворців-посередників виступали її глава, далекі родичі або навіть сторонні особи, яких настільки шанували, що обидві сторони могли прийняти пропонований ними компроміс. У пошуках компромісу ці миротворці користувалися нормами, правил поведінки „лі", існуючої в регіоні практики, а також із власного життєвого досвіду і знання світу. Якщо компромісна пропозиція не приймалася сторонами, то обговорення продовжувалося до тих пір, поки миротворцю, престиж якого дозволяв йому чинити суттєвий соціальний і моральний тиск, нарешті не вдавалося добитися укладення угоди. Такі ж процедури застосовувалися у тому випадку, коли сторони не були пов'язані сімейними узами, але належали до однієї групи кровних родичів, жили в одному селі або були членами однієї торгівельної гільдії; як миротворці запрошувалися старійшина клану, представники місцевої еліти або старшини гільдії. Сторони завжди могли звернутися до державних судів в головному місті провінції або регіону, де справи розглядалися імператорськими чиновниками. Але зазвичай вони намагалися улагодити конфлікт на місці, щоб уникнути громадського осуду. Кожен, хто відкинув компроміс, запропонований посередником, і виніс справу на розгляд суду, повинен був усвідомлювати, що община, частиною якої він є, могла суворо покарати його поведінку. До того ж судовий розгляд тягнувся надзвичайно довго і обходилося дорого, а судові працівники часто були продажними і недбайливими. Тому у державних судах імператорського Китаю розбиралася лише дуже невелика частка справ із сфери приватного права, що повністю влаштовувало китайських імператорів.

Китайське право, засноване на ідеях конфуціанства, даосизму та легізму, вирізнялося надзвичайною стабільністю та консервативністю. У своїй основі стародавнє китайське право, сформоване на початку І тис. н.е. так чи інакше діяло аж до початку XX ст. За останньої Цинської династії (1644-1911 р.) Китай отримав два систематизованих зводи законів, один із яких стосувався державного й адміністративного права, другий - кримінального, цивільного, сімейного. Перший звід містив детальні приписи щодо функцій усіх урядових закладів, другий вказував на види покарань та обставини, за яких вони можуть бути пом'якшені, склади злочинів і способи вирішення цивільних суперечок, причому кожен розділ був пов'язаний з діяльністю одного з міністерств. Багато положень цього кодексу діяли до 1931 р. Шлюбно-сімейні, спадкові, торговельні й інші відносини регулювало місцеве звичаєве право, для якого була характерна надзвичайна різноманітність та неузгодженість.

Після проголошення республіки у 1911 р. почався активний розвиток законодавства. Під час розробки гомінданівських Цивільного (1929-1931 рр.), Цивільно-процесуального (1932 р.) та Земельного (1930 р.) кодексів автори в цілому виходили з принципів романо-германського права, пристосовуючи їх до традиційних китайських понять, принципів та інститутів. Новий етап у розвитку правової системи розпочався після перемоги в громадянській війні (1925-1949 рр.) комуністичної партії і проголошення у 1949 р. Китайської Народної Республіки. Характерною рисою цього етапу стало проголошення повної відмова від раніше існуючої правової системи. ЦК КПК в лютому 1949 р. прийняв рішення про скасування „Повної книги шести законів", що включає Конституцію і всі кодекси. Наступною характерною рисою правової системи Китаю стало посилення законодавчої діяльності держави на основі рецепції соціалістичного права, що існувало в СРСР.

Однак ні гомінданівське, ні соціалістичне законодавство Китаю не змогло повністю витіснити традиційне китайське право. Воно і досі має суттєвий вплив у сферах цивільних та сімейних відносин, особливо у сільській місцевості.

Європейському поняттю „право" відповідає кілька китайських термінів - „фа", „ксін", „цюаньлі" та „лю", які часто використовуються як синонімічні, хоча і мають дещо різні значення. Найширше значення має термін**„фам,** яким позначається право взагалі. У стародавні та середньовічні часи поруч із поняттям „фа" використовувалося поняття**„ксін",** яке буквально означає покарання. Відносна синонімічність слів „ксін" та „фа" показує, що китайці під кримінальним правом розуміли усе право. Як синонім слова „ксін", а іноді - і „фа" використовується поняття „лю" яке у формально-юридичному сенсі означає кримінальне право. Цікаво, що інше значення слова**„лю"** - музикальна гамма, гармонія. Не слід забувати, що ще з часів даосизму гармонія розглядається у Китаї як вища цінність, тому можна припустити, що метою кримінального права та системи кримінальних покарань також було досягнення гармонії.

Поняття**„цюаньлі"** нині використовується на позначення суб'єктивного права. Цей термін був запозичений у Японії в новий час, до цього в китайській мові не існувало будь-якого терміну на позначення поняття „суб'єктивне право", як власне, не існувало і самого цього поняття. За китайськими поглядами від суб'єктивного права не залежить гармонія в суспільстві. Більше того, суспільство розвивається спокійно і гармонійно, якщо жодний із його суб'єктів не ставить за мету захист виключно власних інтересів. Суспільство вважається здоровим, якщо воно гармонійно функціонує відповідно до дао. Конфлікт у суспільстві - показник його хвороби, яку необхідно лікувати, преш за все, за допомогою кримінальних покарань, а не захисту чиїхось суб'єктивних інтересів. Навіть легісти, які більше за інших займалися проблемами права і виступали за рівність індивідів перед законом, вбачали в „фа" насамперед покарання або нагороду і не порушували питання про які-небудь права підданих за законом. У питанні про співвідношення прав і обов'язків особи пріоритет віддається обов'язкам.

Традиційне китайське право, історія якого налічую майже чотири тисячі років, не виробило закінченої системи норм, хоча тенденції до структурування права спостерігаються уже за часів династій Цин і Хан. Зрозуміло, що для тогочасного права невідомим був поділ на публічне і приватне, оскільки Китай не контактував із західноєвропейською цивілізацію. Незважаючи на це, вже стародавнє китайське право виходить з різної природи відносин, які у Європі прийнято називати публічно- правовими та приватноправовими. Кодекси династій Цин і Хан, фрагменти яки збереглися до наших днів, містять норми лише кримінального та адміністративного права, приватноправові відносини'(перш за все, сімейні та спадкові) згадуються лише у зв'язку з кримінальним та адміністративним правом, зокрема, у зв'язку зі сплатою податків. Тобто можна говорити не про поділ традиційного китайського права на публічне та приватне право, а про поділ соціальних норм на правові, які регулювали публічні відносини (кримінальні, адміністративні, податкові), та традиційно-звичаєві, які регулювали приватні відносини (сімейні, спадкові, зобов'язальні).

Норма права у традиційному китайському праві норма розглядалася як форма вираження даосистсько-конфуціанського правила-ритуалу „лі". Так само втіленням „лі" розглядалися і звичаї, що регулювали приватні відносини. „Лі" визначається для кожної ситуації конкретно - для літнього і молодого, керівника і підлеглого. Воно регулює стосунки між батьком і сином, старшим і молодшим братом, чоловіком і дружиною. „Лі" являє собою поєднання моральних і правових норм, провідними серед яких є моральні. Для правителів це норми чесноти в управлінні, для підданих - норми моральності у поведінці. Основна чеснота підданих полягає у відданості правителю, слухняності і шанобливості до всіх старших.

Суттєві зміни у структурі китайського права розпочалися після революції 1911 р. та приходу до влади Гоміндану. Правова система почала розвиватися за романо- германським типом, беручи за основу німецьке, швейцарське і частково японське право. Правова норма отримала тричленну континентальну структуру (гіпотеза - диспозиція - санкція), право почало поділятися публічне та приватне, досить чітко оформилися основні галузі права - конституційне, кримінальне, адміністративне, фінансове, трудове, цивільне, сімейне тощо. Після утворення КНР та переходу до соціалістичної моделі права його поділ на галузі, підгалузі та інститути зберігся. Після прийняття Конституції КНР 1982 р. активно почало розвиватися конституційне, цивільне, зокрема, зобов'язальне, трудове та екологічне право.

Система джерел китайського права, як традиційного, так і сучасного значною мірою відрізняється від європейського розуміння джерел (форм) права. До основних джерел китайського права відносяться:

* *звичаї і традиції.* Тривалий час звичаї і традиції залишалися основним джерелом китайського права, яке через це класифікувалося як правова система традиційного типу. Більш давні звичаї традиції часто носять релігійний характер, більш пізні - приватноправовий, зокрема торговий;
* *етичні принципи та норми, засновані на морально-філософській основі конфуціанства і дещо меншою мірою - даосизму,*
* *законодавство*. Тривалий час законодавство у Китаї розглядалося як другорядний регулятор суспільних відносин, однак роль закону посилюється уже в часи гомінданівського правління. Щоправда, гомінданівські закони та кодекси діяли в основному у містах і практично не застосовувалися у сільській місцевості. Після приходу до влади КПК сфера законодавства розширюється. Незважаючи на формальний поділ нормативно-правових актів на закони (конституційні та звичайні) та підзаконні акти, їх чіткої ієрархії тривалий час не існувало, а значна кількість відносин регулювалися не законами, а підзаконними актами та політичними рішеннями КПК. Лише після прийняття Конституції КНР 1982 р. остаточно закріпилася вища юридична сила законів та посилилася законотворча діяльність Всекитайських зборів народних представників (ВЗНП). Серед підзаконних нормативно-правових актів центральне місце посідають постанови ВЗНП, постанови і розпорядження Державної ради, акти центральних та місцевих органів державної влади та управління. Разом з тим наявність розвиненого законодавства не означає, що воно активно використовується в повсякденному житті громадян Китаю. Сформовані за століття погляди на право викликають ігнорування багатьох норм законодавства. Сторони конфлікту, як і раніше, частіше звертаються не в суди, а до посередників, які для його вирішення застосовують традиційну техніку досягнення компромісу;
* *судова практика* розглядається як другорядне джерело права, за винятком Тайваню, де відчутним є вплив американського прецедентного права США, та Сянгану (Гонконгу), чия правова система побудована на основі традиційного китайського права за зразком загального права Англії. Значною мірою поширенню прецеденту як джерела права у континентальному Китаї перешкоджає те, що значна кількість рішень Верховного народного суду КНР є таємними, більшість же з них, хоча і не визнаються таємними, але не публікуються;
* *правова доктрина* до „культурної революції" взагалі не існувала Зараз вона знаходиться лише у зародковому стані, хоча поступово і починає застосовуватися в якості джерела права на рівні Верховного народного суду.

В силу різних історичних обставин склалося так, що *на території КНР нині діє три правові системи - право континентального Китаю, або власне право КНР, право Сянгану (колишнього британського володіння Гонконг) та право Тайваню.*

Правова система**КНР** відрізняється значною своєрідністю, будучи сплавом стародавніх правових традицій і сучасного законодавства, заснованого на ідеях „соціалізму з китайською специфікою".

В результаті перемоги в громадянській війні (1925-1949 рр.) комуністичної партії, очолюваної Мао Цзедуном, Китай з 1 жовтня 1949 р. став Народною республікою. У тому ж 1949 р. були скасовані всі раніше видані закони і декрети, а також скасовані суди. Розпочалася рецепція соціалістичного права радянської моделі. Конституція КНР 1954 р. була побудована за зразком радянської Конституції 1936 р. На Верховний суд покладалося керівництво всіма новими судами; була створена прокуратура, покликана затвердити принцип соціалістичної законності. У 1950-1951 рр. видані великі закони: про шлюб, про профспілки, про аграрну реформу, про судову організацію і ін. Була створена кодифікаційна комісія, яка одразу приступила до підготовки кодексів.

Після розриву дружніх відносин із СРСР у 1960 р. керівництво КНР спробувало відійти від радянської моделі права. В рамках цього курсу в КНР спробували запровадити робоче самоврядування на підприємствах, повністю відмовитися від будь-яких форм матеріального стимулювання праці. У період т.зв. „культурної революції" 1964-1973 рр., що супроводжувалася воєнними діями, масовими репресіями і погромами вся система правопорядку була повністю дезорганізована. Законодавство практично перестало застосовуватися, в країні панував хаос.

Починаючи з 1979 р. в КНР відбувається докорінна зміна політичного курсу. З метою модернізації країни керівництво КПК відмовилося від ідей загострення класової боротьби і повного одержавлення економічного життя. У сільському господарстві селянам була надана значна економічна свобода і збільшена плата за обов'язкові поставки державі. Селянам було також дозволено продавати частину продукції на вільному ринку. Схожі реформи були проведені і в промисловості, де дозволялася діяльність малих і середніх приватних підприємств. Для розвитку економіки були вжиті заходи по залученню іноземних інвестицій, зокрема в 1979 р. виданий закон про спільні підприємства, утворені чотири вільні економічні зони. В результаті майже 20-річного періоду реформ в КНР до теперішнього часу склалася система законодавства, що поєднує в собі марксистські принципи радянського (соціалістичного) права, деякі немарксистські засади романо-германської правової сім'ї (у економічній сфері) та принципи традиційного китайського права.

# ЛЕКЦІЯ 13. ХАРАКТЕРИСТИКА ПРАВОВИХ СИСТЕМ ТРАДИЦІЙНОГО ТИПУ

[1, с. 105-108; 5, с. 144-162]

1. Загальна характеристика традиційного китайського права.
2. Загальна характеристика традиційного японського права.
3. Система японського права.
4. Поняття африканської правової сім’ї.

**1. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ТРАДИЦІЙНОГО КИТАЙСЬКОГО ПРАВА.**

У сучасній правовій системі КНР не надається великого значення підтримці ієрархії правових актів, що на практиці призводить до характерного для соціалістичної держави всевладдя інструкції і розсуду адміністративних органів. Крім того, в КНР немає чітких меж між правовим актом і політичною директивою. Положення неправового змісту часто зустрічаються в законах; наприклад, в Законі КНР про організацію народної прокуратури мовиться, що прокурори повинні „проводити в життя лінію мас, прислухатися до думок мас, перебувати під контролем мас" (ст. 7).

Зміст**цивільного права** КНР, як і інших галузей права, визначається особливостями соціально-економічної моделі цієї держави. Основи економічних відносин, передусім, відносин власності, закріплені на конституційному рівні. Ст. 15 основного закону КНР в редакції 1993 р. свідчить: „Держава здійснює соціалістичне ринкове господарство. Держава посилює законодавчу діяльність у області економіки, удосконалює макрорегулювання". У конституції закріплено, що основа соціалістичної економічної системи КНР соціалістична суспільна власність на засоби виробництва. У 1988 р. ст. 11 Конституції була доповнена таким чином: „Держава допускає існування і розвиток приватного господарства в межах, установлених законом. Приватне господарство є доповненням до соціалістичної економіки, заснованої на суспільній власності. Держава охороняє законні права і інтереси приватного господарства, направляє його діяльність, здійснює контроль і управління".

В цілому цивільне право КНР перебуває в стані формування, багато його інститутів і дотепер не одержали чіткого законодавчого регулювання. У КНР поки що немає власного Цивільного кодексу. Задача розробки ЦК ставилася ще в 50-х роках, однак згодом китайський законодавець відмовився від прийняття єдиного Цивільного кодексу. Замість ЦК в 1986 р. були прийняті і в 1987 р. набули чинності „Загальні положення цивільного права" (ЗПЦП), які регламентують статус юридичних осіб, комерційні операції, зобов'язання та відносини власності.

Одночасно із ЗПЦП була прийнята низка законів і положень, якими регулюється правовий статус різних суб'єктів господарської і підприємницької діяльності і в яких одночасно міститься регламентація відносин власності. Ще в 1981 р. прийнятий Закон КНР про господарський договір -основний акт, регулюючий відносини господарського обороту. Відносини, пов'язані з об'єктами інтелектуальної власності, регламентуються законами про технічний договір (1987 р.), авторське право (1990 р.), про патенти (1984 р.) і товарні знаки (1982 р.). Спадковим відносинам присвячений окремий закон (1985 р.). Регулювання економічних відносин з іноземною участю грунтується на Положенні про спеціальні економічні зони провінції Гуандун (1980 р.) і про Законі КНР про зовнішньоекономічний договір (1985 р.).

В той же час багато важливих моментів цивільно-правового регулювання суспільних відносин не знайшли відображення у 311Ц11. Так, в ньому відсутні норми, що дозволяють провести класифікацію юридичних осіб та визначають порядок їх утворення. Не містять ЗПЦП і якоїсь основи для регламентації основних видів цивільних договорів, для регулювання спільної діяльності. Неповно окреслений правовий статус індивідуальних господарств в промисловості і торгівлі, а також артілей. Багато проблем виникає і відносно відповідальності без вини, правил відшкодування збитків і т.д.

**Кримінальне право** після утворення розвивалося несистематично. Нові соціалістичні кримінально-правові норми соціалістичної спрямованості закріплювалися в окремих актах, зокрема, таких як Положення про покарання за контрреволюційну діяльність 1951 р., Тимчасове положення про покарання за підрив грошової системи 1951 р., Тимчасове положення про охорону державної таємниці 1951 р., Положення про покарання за корупцію 1952 р. і ін. Паралельно йшла інтенсивна робота над створенням проекту нового КК, який був підготовлений і винесений на розгляд ВЗНП у 1957 р. Цей проект, так і не прийнятий, створювався під впливом КК РРСФР 1926 р., що виявилося, наприклад, у визначенні поняття злочину, наміру, співучасті, стадій злочинної діяльності і т. д. Новий КК був прийнятий лише в 1979 р. (вступив у дію з 01.01.1980 р.). У наступні роки в нього були внесені деякі поправки і зміни. Кримінальний Кодекс 1979 р. відкрито закріпив ідеологію марксизму-ленінізму і китайського соціалізму. Він проникнутий відверто класовим характером, у зв'язку з чим за своїм змістом справедливо може бути віднесений до соціалістичного кримінального права. Класовий характер має навіть визначення поняття злочину, під яким розуміється діяння, що посягає на державний суверенітет і територіальну цілісність, завдає шкоди системі диктатури пролетаріату, порушує соціалістичну революцію і соціалістичне будівництво, громадський порядок, на всенародну власність громадян, їх особу, демократичні та інші права, а також інші суспільно небезпечні дії, за які в Кодексі передбачено кримінальне покарання. Прикметною особливістю китайського права є можливість застосування аналогії як джерела права, причому аналогія допускається при застосуванні як Загальної, так і Особливої частини КК. Щоправда, вироки судів, винесені на основі аналогії, підлягають обов'язковому затвердженню Верховним народним судом Китаю, у зв'язку з чим китайські юристи називають таку аналогію контрольованою аналогією.

У КК 1979 р. дається вичерпний перелік покарань, до системи яких входять п'ять основних (нагляд, короткостроковий кримінальний арешт, позбавлення волі на певний строк, довічне позбавлення волі, страта) і три додаткових (штраф, позбавлення політичних прав і конфіскація майна). Відносно іноземців як основне, так і додаткове покарання може застосовуватися висилка з країни.

**Судова система.** Правосуддя в КНР здійснюється судовими органами, до яких відносяться: Верховний народний суд, місцеві народні суди (народні суди вищого ступеня, середнього ступеня і низові народні суди), військові та інші спеціальні народні суди. Правовий статус судових органів врегульований ст. 123-128 Конституції КНР і Законом КНР від 01.07.1979 р. про організацію народних судів. У законодавстві закріплюється принцип незалежності судів, рівноправність громадян при розгляді справ, право громадян різних національностей на використання своєї мови в процесі судочинства, право обвинуваченого на захист. Розгляд справ, як правило, колегіальний, але передбачена можливість розгляду суддею одноособово нескладних цивільних і малозначних кримінальних справ. Смертні вироки передаються на затвердженим Верховного народного суду. Верховний народний суд як найвищий судовий орган здійснює нагляд за діяльністю місцевих і спеціальних народних судів. Верховний народний суд підзвітний ВЗНП і його Постійному комітету. Місцеві народні суди підзвітні місцевим органам державної влади. Нагляд за законністю в КНР покладений на органи прокуратури, до яких відносяться Верховна народна прокуратура, місцеві народні прокуратури, військові прокуратури і інші спеціалізовані народні прокуратури. Крім того, прокуратурі провінційного та повітового рівня можуть створювати в гірничопромислових районах, на цілинних землях і в лісових районах свої відділення, для чого потрібен дозвіл постійного комітету зборів народних представників.

Особливе місце у правовій системі КНР посідають дві території - Сянган (колишня англійська колонія Гонконг) і Тайвань. Відповідно до китайсько-британських домовленостей спеціальному адміністративному району**Сянган**надано високий ступінь самоврядування, право мати власні виконавчу, законодавчу й судову системи, а також провадити самостійну імміграційну й податкову політику. Поза компетенцією місцевої влади перебувають лише питання зовнішньої політики й оборони. Правова система Сянгану в цілому сформована за змішаним типом і поєднує ознаки традиційного китайського та англійського загального права. За прийнятим ВЗНП у 1990 р. Основним законом для Гонконгу до 2047 р. гарантується незмінність території, її соціально-економічної системи й „місцевого способу життя"; за нею зберігається статус вільного порту, окремої митної території, міжнародного фінансового центра з власною валютно-фінансовою системою. Китаєм була підтверджена дія близько 140 законів Великобританії, що раніше поширювалися на Гонконг.**Острів Тайвань,** що номінально належить КНР, насправді має незалежність і не визнає її суверенітету над своєю територією. На ньому продовжує діяти політична і правова система, успадкована від гомінданівського Китаю.

**2.ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ТРАДИЦІЙНОГО ЯПОНСЬКОГО ПРАВА.**

Особливості японського права визначаються такими притаманними йому рисами японської цивілізації, як групове мислення, кланова вірність, самопожертвування заради загального блага. Спільні з китайським правом витоки японського права, які відображають традиційний спосіб життя японців, обумовив їх негативне ставлення до індивідуалістських проявів, властивих західному суспільству. Як зазначає Л. І. Глухарева, традиційна японська свідомість переконана, що суб'єктивні права знеособлюють людські стосунки, ставлять всіх людей в становище рівності, а це суперечить ієрархічному порядку світу і природі речей.

Японську правову систему, завдяки такому складному і змішаному характеру, називають ще індивідуалізованою правовою системою.

Вважається, що сучасна правова система Японії носить змішаний характер і являє собою сукупність правових норм, а також звичаїв і традицій, які склалися під впливом китайської філософії і культури, зокрема конфуціанства, і запозичень правових конструкцій романо-германського і загального права.

Структура японського права в своїй основі запозичена в романо-германського права. Однак, незважаючи на прийняття кодексів і законів, заснованих на європейських правових зразках, вони не були до кінця сприйняті широкими прошарками населення японського суспільства. На думку Р. Давида, японське суспільство за своєю структурою і за своїми традиціями ще далеке від суспільства європейського. Тут виникає проблема суперечностей структури права з його функціонуванням. Зокрема, це проявляється в утриманні японців від реалізації своїх суб'єктивних прав в судовому порядку.

Це пояснюється перш за все своєрідним ставлення японців до права як регулятора, який не є єдиним інструментом регулювання суспільних відносин. Це також проявляється в традиційних способах вирішення різних конфліктів не в межах судової системи, а методами, які склалися протягом багатьох століть.

У зв'язку з цим, на думку К. Цвайгерта і X. Кьотца, в XX ст. протягом тривалого часу практичне значення рецепійованих законів залишалося вкрай незначним в правовому житті Японії.

Прояв індивідуалізму, який пронизує весь зміст романо-германського права, не прижився в традиційних умовах японського суспільства, соціальна структура якого заперечує такий підхід.

1. **СИСТЕМА ЯПОНСЬКОГО ПРАВА.**

Головним джерелом японського права є закон, що являє собою нормативно-правовий акт, який приймається вищим законодавчим органом державної влади. Систему законодавства Японії очолює Конституція - Основний закон, якому повинні відповідати всі нормативно-правові акти. Практично всі галузі японського права кодифіковані. Крім Конституції і кодексів, діють так звані основні закони, які регулюють питання, що стосуються основоположних сфер життя суспільства. Наприклад, Основний закон про сільське господарство 1961 р., Основний закон про заходи проти забруднення навколишнього середовища 1967 р. тощо. Зазначені закони визначають загальні напрями правової політики і правові принципи у відповідній сфері, а конкретні заходи визначаються звичайними законами.

В Японії приватними видавництвами щорічно випускаються збірники законодавств, які носять назву "Повне зібрання шести законів" або ж просто "Шість законів". Зазначені збірники охоплюють нормативно-правові акти з основних (базових) і похідних (комплексних) галузей сучасного японського права.

Підзаконні акти, які видаються на виконання законів виконавчими органами державної влади, також є самостійними джерелами японського права. Серед них особливе значення мають урядові укази, які приймаються Кабінетом Міністрів Японії на виконання положень Конституції і законів. Різновидом підзаконного акта є положення, які видаються муніципальними зібраннями префектур, міст, селищ і сіл як нормативні акти місцевого значення.

Самостійним джерелом японського права є нормативно-правовий договір, що являє собою угоду між сторонами, направлену на встановлення офіційних юридичних правил і закріплює взаємні права та обов'язки сторін. Вони слугують основою для прийняття інших нормативно-правових актів. Різновидом нормативно-правового договору є колективний договір між роботодавцями і найманими працівниками, інтереси яких представляє профспілка.

Рішення судів офіційно не вважаються джерелом японського права. Однак на практиці нищі судові органи вважають обов'язковим до застосування рішення вищих судових органів.

В Японії положення загального характеру в рішеннях суду з конкретних справ не мають сили прецеденту. З метою забезпечення одноманітного тлумачення і застосування судами законів Верховний суд Японії приймає рішення, направлені на тлумачення і застосування норм Конституції й інших нормативно-правових актів.

Джерелом японського права також є звичаї. Цивільний і Торговий кодекси містять норми, які відсилають до застосування звичаїв при вирішенні різних питань.

Згідно з Декретом № 103, прийнятим 1875 р. під назвою "Вказівка для органів судової адміністрації", у випадку відсутності норми писаного права застосовуються звичаї, за відсутності відповідного звичаю суддя приймає рішення, керуючись нормами (сьогодні зазначений термін трактується як "загальні принципи права").

Самостійним джерелом японського права є також міжнародні акти і договори. У випадку виникнення суперечності між нормами міжнародного і національного права, згідно з Конституцією Японії, пріоритет надається нормам міжнародного права. Конституція Японії встановлює, що укладені Японією договори і встановлені норми міжнародного права повинні добросовісно дотримуватися. У випадку укладення урядом міжнародних договорів вимагається, залежно від обставин, попереднє або наступне схвалення парламенту.

1. **ПОНЯТТЯ АФРИКАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СІМ’Ї.**

Африканська правова родина охоплює правові процеси uW величезному континенті. У результаті особливостей історичного розвитку право африканських держав, котрі надбали національну незалежність в результаті розпаду колоніальної системи, поєднується на порозі XXI сторіччя з елементами старого, з релігійним правом (мусульманським, індуським), звичайним правом, яке все ще діє у відносно широкій сфері суспільних відносин.

Дослідження африканського звичаєвого права має для порівняльного правознавства особливе значення, бо воно грунтується на обробці матеріалу двоякого роду: законодавчого, що дається писаним правом сучасних культурних народів або правовими пам'ятками згаслих у минулому цивілізацій, і зазвичай-правового, запозиченого з юридичної етнографії.

Термін «звичайне право» найчастіше використовується для позначення традиційного права, що існував у африканських народів до колонізації. За винятком вельми нечисленних прикладів «племінного законодавства», традиційне право являло собою переважно сукупність неписаних правил, усно передаються з покоління в покоління. Англійський юрист А. Еллот зазначав, що африканське звичайне право не знало юридичних творів. Не було ні юридичних текстів, ні манускриптів з питань права, ні сформульованих на папері позовних заяв, ні повісток у суд, ні ордерів на виконання судових постанов, ні письмових документів про передачу майна, ні вчених коментарів докторів права. Не було скрупульозного критичного розбору тексту парламентських актів, вчених дебатів у журналах про значення того чи іншого параграфа або діапазоні дії судового рішення, процедурних дискусій про представництво або формі звинувачення.

У традиційному праві правові та моральні норми виступають в нерозривному зв'язку, тому при вирішенні конфліктів керуються ідеєю примирення.

Слід відзначити великі відмінності між народами Африки, різноманітність їх звичаїв і звичаєвого права. Навіть племена, що населяють сусідні географічні райони, можуть у цьому плані істотно різнитися. У межах одного африканського сучасної держави можуть проживати народності зовсім різного етнічного та лінгвістичного походження (наприклад, Кенія населена нілоти, нілохамітамі, Хаміт і банту). Все це різноманіття доповнюється великими відмінностями африканських народів з систем спорідненості та сімейного укладу.  
У своєму розвитку право країн африканської правової сім'ї пройшло три етапи:

Перший етап - етап розвитку традиційного африканського права.

Другий етап - етап колоніального розвитку звичаєвого права та впливу на нього основних правових сімей.

Третій етап - етап незалежного розвитку, тобто етап формірс вання сучасних правових систем африканських країн.

Перший етап розвитку на Африканському континенті пов'язаний з формуванням традиційного права. У зв'язку з цим напрошується питання: чи можна взагалі говорити про єдиний африканському звичайному праві? З цього приводу існують самі різні точки зору. На наш погляд, є достатні підстави для того, щоб розглядати африканське звичаєве право як щось єдине. Ми маємо на увазі тут деякі загальні принципи, процедури, установки і в окремих випадках детально розроблені правила, характерні для більшої частини звичайного права народів Африки.

Африканське звичаєве право є правом груп чи спільнот, а не правом індивідів. Ця характерна риса виявляється майже в кожній галузі звичайного права. У шлюбному праві шлюбний договір являв собою скоріше угоду двох сімейних груп, ніж союз двох індивідів, і розлучення можливий був тільки за згодою сімей. Право власності на землю належить соціальній групі. У спадковому праві майно також, як правило, переходило до індивідів, а до сімей або групам. При компенсації збитків виплату виробляла одна сім'я або клан іншій родині або клану, але не одна особа іншому. І нарешті, тяжби в африканському суспільстві теж виникали головним чином між спільнотами і групами.

У суспільствах Африки діяли два основних типи суден, або дві системи вирішення спорів. Іноді в одному суспільстві вони діяли одночасно. Їх можна класифікувати як арбітраж і суд з дотриманням юридичних формальностей. У суспільстві без вождів або при відсутності скільки централізованої політичної влади (наприклад, на території нинішньої Кенії) спори вирішувалися переважно за допомогою арбітражу і переговорів всередині місцевої громади. Якщо конфлікти виникали з приводу шлюбу, встановлення опіки над дітьми, успадкування, землеволодіння та інших схожих прав і зобов'язань, то в їх вирішенні, як правило, брали участь старші та інші впливові члени сім'ї або групи кровних родичів (наприклад, клану). Коли ж розбіжності виникали між сусідами всередині однієї громади, арбітраж і переговори проводили різного роду офіційні та неофіційні лідери (наприклад, старші члени сімей, глави основних ліній успадкування та ін.)

Суди другого типу, соблюдавшие юридичні формальності, діяли у суспільствах з більш-менш централізованою владою. Зазвичай ці суди утворювали ієрархію відповідно до політичної ієрархією, і апеляції направлялися від нижчих судів (наприклад, судів дрібних вождів) до вищих (наприклад, судам великих вождів). Так, в королівстві Буганда в середині XIX в. діяла надзвичайно складна система відправлення правосуддя: численні суди були організовані як пірамідальна структура, а апеляція прямувала по ланцюжку: дрібні вожді - великі вожді - міністр (катіккіро) - шинку. У племені сукума судова система складалася з різних судів вождів різного рангу, але апеляції, мабуть, не подавалися. Суди володіли повноваженнями викликати свідків, призначати штрафи, приймати рішення про покарання та виплаті компенсацій, стежити за виконанням своїх рішень.

Проте незалежно від способу вирішення конфліктів можна сказати словами англійського юриста А. Еллота, що судові рішення в Африці беруть грунтуючись на понятті примирення або відновлення гармонії. Завдання суду або арбітражу полягає не стільки в тому, щоб відшукати факти, сформулювати правові норми і застосувати їх з урахуванням цих фактів, скільки в тому, щоб навести порядок так, щоб усунути заподіяне зло і відновити гармонію в стурбованої громаді. Гармонію можна відновити тільки тоді, коли всі залучені сторони впевнені в тому, що справедливість восторжествувала. Скаржник бажає пересвідчитися, що суд керувався відповідними правовими нормами, в тому числі і тими, які передбачають належну компенсацію за завдану шкоду. Але й винуватця потрібно переконати в тому, що його поведінка стало порушенням норми і суд прийняв справедливе рішення. Зі свого боку він бажає отримати гарантію, що після усвідомлення своєї провини і виплати компенсації йому буде дозволено влитися в громаду.

Слід підкреслити і роль надприродного в традиційному право. У судових процедурах цей фактор проявлявся в основному в тому, що для з'ясування істини змушували клястись та проводили випробування «судом божим».

Чи існувало в традиційному право відмінність між кримінальними і цивільними правопорушеннями?

Англійський фахівець по африканському звичайному праву Дж. Котран висуває такі загальні положення. У більшості африканських суспільств розрізнялися кримінальні злочини і цивільні правопорушення, причому за основу такої відмінності брали категорії кримінальних злочинів і цивільних правопорушень.

Наприклад, у товаристві «А» вбивство карається суворим покаранням, а в товаристві «Б» достатньою мірою є компенсація. Багато правопорушення у звичайному праві можуть бути і кримінальними, і цивільними в тому сенсі, що їх розцінюють як кримінально карані і потребують компенсації. Одне і те ж діяння в звичайному праві може трактуватися як кримінальна чи цивільна залежно від обставин, тобто з урахуванням його спрямованості (наприклад, перелюб з дружиною вождя може бути кримінальним злочином, а з дружиною іншого - цивільним правопорушенням), наміри правопорушника (наприклад, навмисне вбивство може бути кримінальним злочином, а ненавмисне - ні), повторюваності діянь (перше - цивільне, повторне - кримінальну).

Особливої уваги заслуговує ще один аспект звичаєвого права: відповідальність групи людей або громади. Вона проявляється двояко: відповідальність (як спокутування чужої гвинта) сім'ї або групи родичів за проступки її окремих членів; вчинене індивідом правопорушення ув'язується з його правами та обов'язками як члена групи. У зв'язку з цим доречно, на наш погляд, зазначити, що індивідуалізм і що з нього поняття «суб'єктивне право» - основне поняття сучасного права - несумісні з традиціями звичаєвого права. Воно не стільки забезпечує дотримання права індивіда, скільки регулює його відносини з групою людей.

Серед інститутів традиційного права особливе місце займають сім'я, земельна власність, спадкування. Шлюб по звичайному праву - це не стільки союз двох індивідів, скільки угоду двох сімейних груп. Вони відіграють помітну роль на кожному етапі шлюбу: підбирають жениха і наречену; обговорюють і виплачують придане; залагоджують розбіжності між чоловіком і дружиною; розлучення також неможливий без їх активної участі.

Звичайна право повсюдно визнавало полігамію, тобто право чоловіків мати кілька дружин, а також встановлювала "викуп за наречену», покликаний підтвердити, що заснований на звичаї шлюб - це не що інше, як покупка дружини.

Всупереч широко поширеній думці розірвання шлюбу було дуже рідкісним явищем в звичайному праві, причому отримати дозвіл на розлучення коштувало великих праць. Родини були надзвичайно зацікавлені у продовженні чинного між ними альянсу до того ж розірвання шлюбу незмінно означало повернення даного. Розлучення обговорювалося між сім'ями з залученням старій шин клану.

*Прийнято вважати, що в традиційних суспільствах правами на землю наділений не індивід, а група*. Хоча індивід може мати права!

Користування землею, в кінцевому рахунку воно належить громаді або групі. Розподіл землі, користування нею, нарешті, відторгнення відбувається під контролем правителів (вождів) або таких соціальних груп, як клан, сім'я.

Спадкове право в традиційному суспільстві передбачає перехід не тільки майна, а й цілого комплексу прав і обов'язків померлого до його спадкоємців. Існують самі різні режими успадкування. Воно може бути наступних видів:

1) патри-лінійне або матрилинейностью;

2) автоматичне (спадкоємець відомий) або виборче (спадкоємець вибирається після смерті),

3) універсальне (тільки один спадкоємець) або спільне (кілька спадкоємців).

Слід зазначити ще два чинники. По-перше, характер успадкування може змінитися в залежності від типу залишеного спадщини. Наприклад, сімейна власність, придбане на власні кошти майно, а також земля, худоба, рухомість - все це може успадковуватися по-різному і різними особами. По-друге, якщо померлий мав кілька дружин, то успадкування зазвичай здійснювалося з Системі «будинків», коли майно померлого в рівних частках розподілялося між «будинками» («дім» - дружина і її діти) без урахування кількості дітей у кожному «будинку»

Другий етап розвитку традиційного загального права був пов'язаний з колонізацією Африки в XIX в., яка внесла великі зміни в юридичну життя континенту. Тиск і вплив права колоніальних держав ставало домінуючим.

Вся Африка за невеликим винятком була колонізована європейськими державами. У XIX в. колоніальні влади - англійські, французькі, португальські та бельгійські - в основному прагнули впровадити в африканських країнах право, що діяло в метрополії, і свою судову систему. Кожна колоніальна держава нав'язувала своїх володінь власну правову модель: французьке право було введено у Французькій Африці та на Мадагаскарі, бельгійське - у Конго, португальське - в Анголі та Мозамбіку, загальне - в англійських колоніях, романо-голландське, змінене пізніше під впливом англійського загального права, - у Південній Африці. Ліберія запозичила загальне право і деякі судові звичаї Англії та США.  
 Принцип прецеденту був сприйнятий у ряді країн Африки. Крім Гани, він ніде не має законодавчого закріплення. Конституція Гани 1960 р. (ст. 42.4) встановлює, що Верховний суд в принципі зобов'язаний слідувати своїм попереднім рішенням з питань права та Високий суд зобов'язаний слідувати рішенням Верховного суду.

Ряд особливостей відрізняє прецедентне право в африканських країнах загального права. У них відбувається зростання національного прецедентного права. Хоча деякі вчені-юристи вважають, що прецедентне право даних країн відмінно від англійського загального права, а іноді протистоїть йому, в них триває активне запозичення англійських прецедентів.

Слід зазначити, що поряд із впровадженням власних правових інститутів колонізатори проводили політику збереження тієї частини звичайного права і африканського судочинства, яка, на їх думку, не перечила їх інтересам. Таким чином, в результаті колоніального правління виникла дуалістична система права. Вона включала право, введене метрополіями, і звичайне право. Перше охоплювало переважно адміністративне право, торгове, кримінальне право. А. Еллот вважає, що звичайне право застосовувалося в судах загального права, так як полегшувало управління і сприяло підтримці порядку. Традиційні області - землеволодіння, сімейне та спадкове право (прижиттєвий розділ власності, деякі цивільні зобов'язання) - залишалися у сфері дії звичаєвого права.

Дуалізм судів проявлявся досить помітно. З одного боку, діяли колоніальні суди з європейськими суддями, руководствовавшимися правом метрополії і колоніальним законодавством, з іншого - були організовані місцеві суди. Британська колони-1 альна адміністрація намагалася по можливості зберегти ці суди.

Розглядом справ в них займалися традиційні місцеві старійшини; юрисдикція цих судів поширювалася на африканців. Рішення в таких судах приймалися відповідно до звичайним правом, що діяло на території, яка підпадала під їх юрисдикцію. Контроль за діяльністю місцевих судів здійснювали адміністративні чиновники, вони ж відали призначенням та зміщенням членів судів.

Можна відзначити чотири найбільш важливих зміни, що відбулися в звичайному праві в колоніальний період:

1) відхід від традиційних методів врегулювання з поступовим впровадженням судової системи, спочатку базувалася на колишніх племінних установленнях, але з часом перебудувалася за зразком буржуазного судоустрою;

2) сприйняття європейських норм суддями, які вели разбира тельство в місцевих судах за нормами звичаєвого права;

3) введення законів, які хоч і не скасовують звичайне право, але все ж таки надають африканцям можливість регулювати свої правові відносини на основі буржуазного права;

4) пряма заборона деяких звичаїв, визнаних варварськими, наприклад рабства і нанесення каліцтва.

# ЛЕКЦІЯ 14. ПЕРЕДУМОВИ ТА МЕХАНІЗМ ЗБЛИЖЕННЯ НАЦІОНАЛЬНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМ У СУЧАСНИХ УМОВАХ СУСПІЛЬНОГО РОЗВИТКУ

[1, с. 108-109; 6, с. 105-127]

1. Порівняльне правознавство і зближення правових систем.
2. Характеристика процесу глобалізації.
3. Попередження і вирішення юридичних колізій.
4. Зближення національних законодавств.
5. Правова акультурація і її значення для зближення правових систем
6. Закономірності зближення правових систем і його форми.
   1. **ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО І ЗБЛИЖЕННЯ ПРАВОВИХ СИСТЕМ.**

Порівняльне правознавство і зближення правових систем найбезпосереднішим чином пов'язані між собою. Ще в 1900 р. Е. Ламбер у своїй доповіді на І Міжнародному конгресі порівняльного права виклав своє бачення даної проблеми. Одна з особливостей його підходу до порівняння національних правових систем і створення реальної бази для уніфікації полягала в тому, що до уваги бралися не всі правові системи, що існували в той період, а лише ті, які перебували на одному і тому ж рівні розвитку.

Порівняльне правознавство стикається не тільки з традиційними проблемами, що супроводжують розвиток науки в цілому, але і з проблемами, викликаними кожним подальшим етапом складного процесу суспільного розвитку. Як основну проблему, яка сьогодні для порівняльного правознавства вважається пріори-тетною, необхідно виділити, як уже наголошувалося раніше, проблему зближення правових систем, що зумовлює правову інтеграцію і формування не тільки локальних, але й загальних правових просторів. Сучасні процеси, породжені епохою глобалізації, ставлять перед усією юриспруденцією взагалі, і порівняльним правознавством зокрема, завдання використання потенціалу різних правових сімей (систем) у виконанні масштабних завдань, що стосуються всього людства або його частини.

Необхідність діалогу правових систем і правових культур зумовлена неминучістю співіснування сучасних цивілізацій, оскільки замкнутість існування правових систем призведе до застою, унаслідок чого подальший їх розвиток стає проблематичним, тому вони не зможуть відповідати потребам і інтересам сучасного суспільства. Порівняльне правознавство сприяє налагодженню діалогу між різними правовими сім'ями і правовими культурами, мобілізує їх потенціал для вирішення загальнолюдських проблем.

Вихід за межі національного бачення права, примат загальнолюдських цінностей у розвитку цивілізації та її правової складової стає головною вимогою розвитку сучасного суспільства. Сучасний світ характеризується зростанням інтеграційних процесів шляхом взаємодії правових систем.

Порівняльне правознавство як наукове явище сучасності, з одного боку, і зближення правових систем як процес сучасної міжнародної практики, з іншого, органічно доповнюють один одного. У результаті порівняльно-правових досліджень зближення правових систем як неминучий процес, властивий сучасному стану розвитку суспільства, стає більш прагматичним, прозорим і передбачуваним. Цей процес отримує наукове обґрунтування в рамках порівняльного правознавства. У свою чергу, процеси зближення правових систем створюють сприятливий ґрунт для апробації і подальшого розроблення різних концепцій, що з'явилися в рамках порівняльного правознавства.

Так за допомогою методології порівняльно-правових досліджень шляхом виявлення спільного, різного і особливого в порівнюваних об'єктах формується основа для зближення правових систем. Крім того, у результаті порівняльно-правових досліджень виявляються найбільш оптимальні методи й форми зближення правових систем. Якщо в одних випадках оптимальною формою такого зближення вважається уніфікація правових норм, наприклад у рамках інтеграційних процесів в Європейському Союзі, то в інших — ефективнішим є прийняття модельних законодавчих актів. Наприклад, даний вид гармонізації законодавства як форма зближення успішно застосовується в правовій практиці США.

Завдяки порівняльно-правовим дослідженням стає реальним установлення можливості і меж зближення правових систем, оскільки методика порівняльно-правових досліджень виявляє межі такого запозичення правових положень однієї правової системи в іншої. Правові запозичення принесуть очікуваний результат, якщо вони ґрунтуватимуться на методології порівняльно-правових досліджень.

Розробки в рамках порівняльного правознавства сприяють формуванню єдиного категоріально-понятійного апарату, що є необхідним компонентом формально-юридичного характеру, що доповнює змістовний аспект зближення правових систем. Це відіграє важливу роль у розробленні модельних законодавчих актів і уніфікації правових норм. Це виявляється в розробленні загальноєвропейських нормативно-правових актів, які розраховані на дотримання в рамках держав, що належать до романо-германського і загального права.

У рамках теоретичних розробок у сфері порівняльно-правових досліджень постійно постає питання про формування загального, «універсального» права, яке відображає адекватно потреби і відповідає на основні виклики сучасного суспільства у сфері правового регулювання.

**2.ХАРАКТЕРИСТИКА ПРОЦЕСУ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ.**

Інтенсивний процес глобалізації, що спостерігається протягом останніх десятиліть, викликає багато дискусій серед науковців різних галузей. Проблемам глобалізації та її наслідкам присвячено багато сучасних досліджень. Науковці детально зупиняються на таких аспектах глобалізації, як: геополітичні зміни сучасного середовища; глобальні трансформації та безпека розвитку політичних, економічних, соціальних систем; еволюція міжнародних відносин; співвідношення глобальних та національних факторів; проблеми глобальних трансформацій; міжнародна економічна безпека та інші.

Проте багато питань є відкритими, суперечливими і потребують вирішення. Існує багато теорій глобалізації. Для такої неоднозначності в розумінні глобалізації існують вагомі аргументи методологічного й ідеологічного характеру. Існують також різні точки зору з приводу того, коли почався процес глобалізації: з давніх часів, в епоху Ганзейського союзу, після закінчення Другої світової війни чи в умовах лібералізації світової торгівлі. Так, у інтерпретації М. Стегера, перший (доісторичний) період глобалізації охоплює V–III тисячоліття до нашої ери; другий — п’ятнадцять століть після Різдва Христова (рання глобалізація); третій — 1500–1700 рр. (глобалізація до періоду модерну); четвертий — 1700-70-і роки XX ст. (глобалізація епохи модерну) і п’ятий (сучасний) — з 1970-х рр. минулого століття донині [1].

Згідно з іншою концепцією процес глобалізації, як і це поняття загалом були сформульовані вперше у 1983 р. американцем Т. Левіттом (у статті в журналі «Harvard Business Review»), який охарактеризував за допомогою цього неологізму процес злиття ринків окремих продуктів, які виробляються транснаціональними корпораціями (ТНК). На думку В. П. Култигіна, термін «глобалізація» набув поширення у 80-ті роки XX ст. завдяки роботам І. Валлерстайна. При цьому І. Валлерстайн у своїй роботі «Світова економічна система», написаній з неомарксистських позицій, розглядає глобалізацію як нову стадію у розвитку капіталізму, як нову стратегію підпорядкування одних країн іншим. Найбільшу підтримку ця теорія отримала серед дослідників транснаціональних корпорацій, оскільки саме ці корпорації є сьогодні наднаціональними суб’єктами соціальних дій, і саме їм глобалізаційні процеси найбільш вигідні. Почалася і триває інтенсивна адаптація теорій глобалізації західною соціологією, що пов’язана з істеблішментом. На наш погляд, можна погодитися з думкою Р. Ф. Хабірова, що витоки глобалізаційних процесів є давніми, оскільки взаємозалежність держав простежувалася на протязі майже всієї історії людства, але глобалізація — феномен XX ст.

Прогрес суспільства супроводжується переходом від безлічі спільнот до поступової єдності, посиленням тенденції до інтернаціоналізації суспільного життя. В давнину тенденція до єдності людства знайшла своє відображення в об’єднанні різних общин в племена і народності, пізніше — в перетвореннях племен в нації, націй — в регіональні співтовариства та ін. Вираженням цього об’єктивного процесу є утворення Європейського Союзу з єдиною валютою. Нині процес єднання людства долає вже не лише національні й регіональні межі, вийшов на світову арену і відображається у глобалізації світового розвитку. Оскільки природні тенденції до єдності людства реалізуються не лише безпосередньо, але і через процес виробництва, обміну, інформацію, духовні зв’язки між народами, то саме промислова цивілізація із значним зростанням виробництва значно посилила цей процес.

У цілому тенденція до єдності людства має прогресивний характер і відображається у посиленні зв’язків між представниками різних націй і народностей, в інтернаціоналізації виробництва і обміну, у використанні досвіду побудови політичних структур, у зростанні інформації, обміні духовними цінностями, появі наднаціональних і наддержавних структур та ін. У міжнародно-правовій літературі висловлюється думка про те, що існування глобальних проблем, з якими стикається людство, обумовлює допустимість і можливі межі наддержавності. Глобального наддержавного регулювання вимагають ті проблеми, які мають відношення до інтересів усього міжнародного співтовариства. Слід визнати, що універсальний характер глобальних проблем вимагає багатосторонніх рішень.

Вплив глобалізації на економічне, політичне, правове і соціальне життя держав і народів відбувається в різних формах і різними методами. Що стосується результатів такої дії, то їх потужність і спрямованість залежить від багатьох чинників, серед яких особливе місце займає правова сфера. Свій безпосередній вираз це знайшло в конституціях більшості держав–членів ООН, включаючи й Конституцію України. Важливе значення у подальшій універсалізації внутрішньодержавного права має закріплення в національних конституціях сучасного комплексу невідчужуваних природних прав і свобод людини, а також визнання того, що загальновизнані принципи і норми міжнародного права є пріоритетною складовою національної правової системи.

Універсалізація у державно-правовій сфері — один з важливих аспектів загальної глобалізації у сучасному світі.

Глобалізація істотно вливає на трансформацію, зміни і модернізацію державно-правових інститутів, норм і відносин на всесвітньому, макрорегіональному і внутрішньо-національному рівнях, стимулює, прискорює і оновлює процеси універсалізації у державно-правовій сфері. Усе це визначає актуальність правового аналізу змісту і сенсу основних напрямів впливу загальних процесів глобалізації на сучасний стан і перспективи розвитку української держави і права з урахуванням світових тенденцій суспільного розвитку, зарубіжного досвіду і особливостей формування і розвитку державно-правової системи в пострадянських державах.

Наукова і практична значимість дослідження юридичних аспектів глобалізації для розробки концепції правової політики посилюється тим, що у вітчизняній юридичній літературі ця проблема не знайшла належного розвитку. Проблематика правової глобалізації носить комплексний характер, що повинно бути враховано при розробці концепції правової політики держави як внутрішнього, так і зовнішнього спрямування. Першочергове значення при цьому мають дослідження проблем сучасного стану, шляхів вдосконалення і перспектив розвитку вітчизняного права і держави в загальному контексті процесів глобалізації, юридично важливих принципів, форм, цінностей та цілей, яких потрібно дотримуватись в умовах сучасної глобалізації й уніфікації у сфері державно-правових явищ і відносин.

Істотний вплив на поглиблення і розвиток державно-правової універсалізації на національному і міжнародному рівнях відіграють процеси сучасної регіональної інтеграції держав у різних регіонах світу. Показові в цьому плані підсумки, тенденції і перспективи європейської інтеграції, учасники якої (держави-члени) підписали Лісабонський договір. Серед тенденцій глобального та регіонального рівнів слід виділити насамперед тенденцію до універсалізації й уніфікації права.

В основі виникнення і розвитку цієї тенденції лежить об’єктивний процес інтеграції світової економіки, фінансів, засобів зв’язку, засобів масової інформації та інших засобів і сфер життя суспільства, який не міг не відбитися як на еволюції права в цілому, так і на тенденціях його подальшого розвитку. Універсалізація і уніфікація права простежуються практично на усіх історичних етапах державно-правового розвитку, але в умовах глобалізації вона проявляється найяскравіше й має не еволюційний, а вибуховий, революційний характер.

Міжнародно-правові норми формально не є похідними від норм внутрішньодержавних і не можуть впливати на обов’язкову силу внутрішньодержавних норм, проте, міжнародне право може відсилати до внутрішньодержавного, а внутрішньодержавне — до міжнародного.

***Норми міжнародного і внутрішньодержавного права мають різний предмет регулювання.*** *Міжнародно-правові норми регулюють лише стосунки між суб’єктами міжнародного права, а внутрішньодержавні норми — стосунки між суб’єктами внутрішнього права держави.* Держави не можуть посилатися на внутрішньодержавні норми з метою звільнити себе від виконання міжнародних зобов’язань. У той же час, з одного боку на формування норм міжнародного права певною мірою впливають норми внутрішньодержавного права, з іншого боку, має місце зворотній вплив міжнародного права на створення і розвиток тих або інших норм внутрідержавного права. В основному такий вплив проявляється в тому, що держави видають акти внутрішнього законодавства, необхідні для приведення в дію норми міжнародного права усередині країни, і в ряді випадків така рецепція або трансформація дає поштовх для розвитку тієї чи іншої галузі внутрішнього законодавства у новому напрямі.

Дана проблематика має безпосереднє відношення до права, що формується нині, — права, яке можна назвати правом суспільства, що глобалізується. Етатистський, державоцентристський підхід до права не відповідає реаліям сьогодення. І з цим варто погодитись. Якщо в XX ст. основною філософсько-правовою проблемою було обґрунтування зв’язку норми закону, встановленого державою, з духовним, у тому числі моральним світом людини, то в XXI ст. на перший план висувається проблема правової комунікації, тобто проблема успішного співіснування у сфері права найрізноманітніших суб’єктів, проблема загального праворозуміння і сумісної, синергійної правотворчості, у рамках якої може реалізуватися не лише особиста свобода людини, але й її відповідальність за долі інших. Таке розуміння права неможливе при погляді на державу як на єдиного носія права. Зростаюча тенденція до міжнародно-правової глобалізації сприяє появі нових принципів і норм права, встановлення яких раніше відносилося до сфери внутрішніх справ суверенних держав.

Це істотно оновлює державно-правові системи членів світового співтовариства у контексті сучасних загальновизнаних універсальних стандартів. Розвиток цивілізації від її витоків до сучасності — це рух від різноманітних локальних історій до загальної історії людства, що супроводжується зміною періодів, етапів, історично обумовлених процесів і відповідних цим процесам правових норм, форм і процедур їх юридичного вираження, впорядкування і закріплення.

Глобалізація самого права, прогресивний розвиток універсальних властивостей, норм, форм і процедур правового типу суспільного життя є необхідним етапом і демонструє спроможність права регулювати процеси загальносуспільної глобалізації у рамках загального (загальноважливого і загальнообов’язкового) правопорядку і для внутрішніх, і для міжнародних відносин.

**3. ПОПЕРЕДЖЕННЯ І ВИРІШЕННЯ ЮРИДИЧНИХ КОЛІЗІЙ.**

Юридичні колізії - це загальний термін, яким визначаються формальні суперечності або розбіжності усередині юридичної системи держави, що породжені уповноваженими суб'єктами нормотворчості, правозастосування, правотлумачення та заважають злагодженому її функціонуванню. Це такі суперечності або розбіжності: між різними нормативно-правовими актами, між нормативно-правовим актом і нормативно-правовим договором (колізії в нормотворчості), між різними правозастосовними актами, між нормативно-правовими та правозастосовними актами (колізії в правозастосуванні); між різними актами тлумачення норм права, між нормативно-правовими актами і актами тлумачення норм права, між правозастосовними актами й актами тлумачення (колізії в правотлумаченні). Колізії (суперечності) можуть виникати "на стику" національного і міжнародного права, причинами яких є: недодержання загальноприйнятих принципів міжнародного права; відмова реально привести національне законодавство у відповідність з міжнародними стандартами в галузі прав людини; невиконання актів міждержавних об'єднань; ухвалення національних актів усупереч нормам міжнародного права; неправильне тлумачення міжнародно-правових актів; ігнорування критерію конституційності. Різновидом юридичних колізій є колізії в законодавстві.

Колізії в законодавстві - суперечності або розбіжності між нормами права, закріпленими у приписах нормативно-правових актів, що регулюють однакові правові відносини і виявляються в процесі їх застосування компетентними органами і уповноваженими посадовими особами.

**Ознаки колізій у законодавстві:**

* 1) виникають тільки між нормами права, закріпленими в законодавстві; не можуть утворюватися між нормами, вираженими в інших формах права, а також між нормою права й актом її тлумачення, між актами тлумачення;
* 2) виникають з приводу регулювання однакових фактичних обставин;
* 3) утворюються тільки у випадку різного регулювання однакових фактичних обставин принаймні двома нормами права.

Норми нечинного юридичного акта (тобто фактично або формально скасованого, який при цьому не має переживаючої дії чи зворотної сили) не можуть вступати в колізію з чинними нормами.

Причини колізій у законодавстві: економічна нестабільність у державі; політичні кризи; порушення принципу поділу влади і системи "стримувань і противаг"; вихід органів держави за межі своїх повноважень та втручання в компетенцію один одного; девальвація суспільних інститутів; недосконалість законів; відсутність в окремих сферах законодавчої практики планування видання нормативних актів та їх систематизації; судові помилки; довільне тлумачення Конституції та інших нормативно-правових актів тощо.

Способи переборення колізій в законодавстві:

* o попередження - застосовується на стадії підготовки, ухвалення і введення в дію законів. Превентивні заходи щодо виникнення колізій: 1) прогнозування та планування нормотворчої діяльності; 2) вдосконалення законодавчої техніки; 3) проведення правової експертизи проектів нормативно-правових актів (узгодження їх з системою чинних актів); 4) систематизація законодавства;
* o усунення - повне звільнення від колізій у процесі законодавчої діяльності, їх ліквідація.

***Способи усунення колізій:***

1) скасування одного (або кількох) колізійних актів;

2) внесення змін у нормативно-правовий акт;

3) прийняття нової норми (або нормативно-правового акта);

4) судовий розгляд (визнання судом - Конституційним судом та адміністративними судами - нормативного акта таким, що не відповідає акту вищої юридичної сили);

\* подолання - тимчасове вирішення колізій із застосуванням визначеної правової норми, проте без остаточного зняття суперечностей між ними (колізія між нормами не зникає).

***Способи подолання колізій:***

1) використання колізійних норм (нормарбітрів);

2) тлумачення законодавчих актів, особливо коли вибір між нормами неможливо зробити на підставі колізійних норм;

3) застосування загальних правил подолання колізій: темпоральної (часової), ієрархічної (субординаційної), змістової, змішаної, види колізій в законодавстві і загальні правила їх подолання:

* 1. Темпоральна (часова) колізія - виникає внаслідок введення в дію в різний час двох і більше нормативних актів одного рівня з того ж самого питання, які мають розбіжності (колізія між законом і законом, указом і указом та ін.). Для ЇЇ подолання необхідно керуватися принципом: наступний акт одного рівня з того ж самого питання скасовує дію актів попередніх. Винятком є норми; 1) про зворотну силу закону; 2) про переживання закону;
* 2. Ієрархічна (субординаційна) колізія - виникає унаслідок введення в дію суперечних один одному нормативно-правових актів з того ж самого питання різними ієрархічно супідрядними державними органами. Правилом подолання цієї колізії слугує принцип: у разі розбіжностей нормативно-правових актів з того ж самого питання застосовуються норми того акта, що має більш високу юридичну силу;
* 3. Змістовна (сутнісна) колізія - виникає внаслідок введення в дію загальних і спеціальних (виняткових) актів, коли норма одного акта суперечить нормі іншого акта через частковий збіг обсягів їх регулювання, викликаний специфікою суспільних відносин.

Для подолання цієї колізії необхідно керуватись принципом: норма спеціального (виняткового) акта скасовує дію норми загального акта, за умови, що спеціальний акт формально не відмінений.

***Можливі змішані колізії двох видів:***

1) збіг темпорольної і змістовної колізій, що виникає внаслідок введення в дію загальної норми пізніше від спеціальної тим самим державним органом;

2) збіг ієрархічної і змістовної колізій, що виникає внаслідок введення в дію загальної і спеціальної (або виняткової) норм, які містяться в актах різної юридичної сили, за умови, що нижчий за ієрархією орган уповноважений видавати спеціальні (або виняткові) норми.

Правила подолання змішаних колізій - керуватись принципом: спеціальна норма має перевагу перед загальною, яка введена в дію після неї. Якщо нижчий за ієрархією орган не уповноважений видавати спеціальні (або виняткові) норми, діє загальна норма.

Варто враховувати й наявність нормативно-правової конкуренції, яка полягає в синхронній дії приписів кількох нормативно-правових актів, що регулюють однорідні суспільні відносини.

Типові конкуренції між приписами актів різної юридичної сили та типові способи їх вирішення:

* а) між приписами конституції й інших нормативно-правових актів - перевагу мають приписи конституції як основного закону вищої юридичної сили, прямої дії, застосовуваної на всій території держави;
* б) між приписами законів і підзаконних актів - перевагу мають приписи законів як нормативно-правових актів, що наділені верховенством і вищою юридичною силою;
* в) між приписами нормативно-правових актів федерації і суб'єктів федерації; між приписами актів унітарної держави і її автономних утворень - перевагу мають приписи загальнодержавних актів;
* г) між приписами нормативно-правових актів і міжнародних договорів, ратифікованих парламентом,- перевагу мають приписи міжнародних договорів.

Певні колізійні ситуації в законодавстві України та конкуренції між приписами нормативно-правових актів можуть припинити своє існування разом з ухваленням Закону України "Про нормативно-правові акти".

**4. ЗБЛИЖЕННЯ НАЦІОНАЛЬНИХ ЗАКОНОДАВСТВ.**

Правова система кожної держави відображає закономірності розвитку суспільства, його історичні національно-культурні особливості. Кожна держава має свою правову систему, яка характеризується як загальними рисами з правовими системами інших держав, так і відмінності від них, тобто специфічні особливості. Розширення міжнародних зв’язків, як економічних, так і політичних, сприяє уніфікації правових систем. Інтегруючу дію відіграло утворення «спільного ринку», який завдяки одноманітному правовому регулюванню стимулює зближення відповідних джерел права.

Що стосується України, оскільки вона є країною кодифікованого права, крім того зараз відбувається удосконалення як окремих інститутів права, так і всієї правової системи України, саме вивчення особливостей правових систем сучасності, джерел права є дуже важливою умовою для становлення України як правової держави, поліпшення міжнародних відносин і стабільного становища нашої держави на світовій арені.

Остання третина XX — початок XXI ст. — період надзвичайної інтенсифікації міжнародних відносин, що зумовила глибокі зміни всіх напрямів суспільного життя багатьох народів і держав. Над географічними просторами держав, що історично склалися, складається єдиний інформаційний простір. Підвищується роль загальноправових принципів, відбувається зближення національних правових систем, взаємозбагачення досвідом різних національних законодавств. Посилення інтеграційних процесів у всіх сферах, зокрема в правовій, стало визначальною тенденцією сучасного життя. Це явище отримало назву «процесу глобалізації» і вже не перший рік є предметом обговорень як політиків, так і вчених. Разом із тим, процес глобалізації в політичній і правовій сферах відрізняється своєю специфікою: тут рівень єдності набагато нижчий, ніж в соціально-економічній сфері, оскільки держави продовжують зберігати свою незалежність і правову ментальність. Тому, щодо правових систем більш виразним є термін «інтернаціоналізація». Інтернаціоналізація означає зближення політичних і правових систем держав, поглиблення взаємодії і їх взаємного впливу.

Характерною рисою останніх десятиліть є зміна співвідношення міжнародних і внутрішньодержавних правових систем. У XVIII-XIX ст. міжнародно-правові норми регулювали частину міждержавних відносин, будучи в повній залежності від розсуду правителів і, відповідно, правового ладу держав. До середини ХХ ст. відбувається процес зближення міждержавного і національного права при розширенні сфери регулювання першого, а отже і зміцнення його владних інститутів. З середини ХХ ст. спостерігається тенденція визнання пріоритету міжнародних норм як способу універсального захисту суверенних прав держав від будь-яких посягань ззовні. Цей принцип отримує конституційний вираз в різних формах, від м’яких до більш імперативних. В даний час інтенсифікація взаємодії правових систем як по горизонталі (правові системи різних держав і груп держав), так і по вертикалі (внутрішнє право держав — міжнародне право — внутрішнє право держав) стали вже загальною тенденцією світового політико-правового розвитку.

Процес зближення права має свою внутрішню логіку, відповідно до якої розширюється кількість і ускладнюється характер єдиних і одноманітних норм, крім того, встановлюється одноманітне регулювання в певних сферах. Розширення числа документів уніфікації, ускладнення їх змісту і юридичної техніки викликає необхідність проведення роботи по співвідношенню їх між собою.

На сьогоднішній день **визнання і захист прав людини** — досить важлива і широка сфера суспільних відносин, в якій найактивніше і глибоко відбувається процес взаємопроникнення і зближення міжнародних і внутрішньодержавних правових систем.

З одного боку, в міжнародному праві і, особливо, в правових системах міждержавних об’єднань зростає питома вага норм, що «прийшли» з внутрішньодержавного права. Держави гостріше відчувають потребу в забезпеченні і захисті національних інститутів за допомогою механізму міжнародно-правового регулювання. Норми права по захисту прав людини і громадянина, парламентські, муніципальні і судові інститути, у навколишньому природному середовищу «переміщаються» і набувають зовнішності і статусу міжнародно-правових принципів, інститутів і норм.

З іншого боку, в системах національного права значною стає вага схвалених міжнародних норм. У новому концентрованому вигляді вони немов повертаються в національне право, зливаючись з ним і збагачуючи його.

Такі міжнародні норми стають чинником правотворення для відповідних національних інститутів і норм. Процес інтернаціоналізації в праві протікає нерівномірно і вельми суперечливо. На ньому позначається різний рівень економічного і політичного розвитку держав, певним чином впливають і політичні курси, які є вельми мінливими. Різним є ступінь «готовності» правових систем до застосування міжнародних норм. Йдеться про врахування національних норм, правової свідомості громадян, правових традицій країни. Юридичні структури сприйнятливі далеко не однаково, зокрема, суди.

Тенденція до створення світової юридичної системи знаходить прояв також в тому, що поступово в правових актах держав і міжнародних договорах починають активно використовуватися нові поняття, що відображають потребу чіткої і розгорненої нормативної регламентації глобальних проблем. Серед таких понять, зокрема: глобальна законність, світовий порядок, права і обов’язки людства, глобальна відповідальність, міжнародний злочин і інші. У сфері господарських відносин також нещодавно створені поняття: макроакція, макрооблігація, світова фондова біржа, глобальний фінансовий реєстр майнових і немайнових цінностей тощо. Все більше використовуються і такі поняття, що стосуються природних ресурсів землі і навколишнього космічного простору: загальна (світова) власність, спадщина (загальне надбання) людства.

Майбутнє світове право покликане бути справедливим арбітром в умовах гострої боротьби економічних, фінансових, політичних і військових інтересів різних держав, їх об’єднань, окремих регіонів; інструментом захисту слабкої і бідної сторони перед сильною, багатою і наділеною владою стороною; враховувати і забезпечувати інтереси національних меншин тощо. Воно повинне бути засобом узгодження потреб і інтересів різних груп, корпорацій, прошарків суспільства, соціально-економічних устроїв, гарантом гармонійного спілкування і співпраці у всіх сферах життя і регіонах планети.

Майбутнє за всесвітнім розвитком нових форм права, які нині активно впроваджуються в правове регулювання у різних сферах життя. Вирішальним чинником забезпечення ефективності уніфікації і гармонізації національного права є його одноманітне тлумачення. Цьому питанню присвячено багато міжнародних угод, спрямованих на зближення правового регулювання, проте, до теперішнього часу не створено дієвого механізму, що забезпечує тотожню інтерпретацію.

Стає зрозумілим, що зближення національних законодавств неможливе без відповідного інституційного механізму (найімовірніше спеціального міжнародного суду), що забезпечує одноманітне тлумачення уніфікованого права. Успішна практика інтеграційних угрупувань (ЄС, Бенілюкс, ОГАДА і ін.) показує, що такий суд може забезпечувати одноманітне тлумачення права. В такий спосіб можна зауважити, що процес зближення національних правових систем є вельми важливою практичною проблемою, від вирішення якої залежатиме гармонійний суспільний розвиток багатьох держав. І в той же час — це актуальна доктринальна проблема, що вимагає спільних зусиль вчених-соціологів, політиків, філософів та правознавців.

**5. ПРАВОВА АКУЛЬТУРАЦІЯ І ЇЇ ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ ЗБЛИЖЕННЯ ПРАВОВИХ СИСТЕМ**

Як відзначає Ж- Карбоньє, культурно-історичний процес розвивається як взаємодія розрізнених локальних культур (полілінійність) та водночас формується культурна єдність людей (однолінійність). Сьогодні багато хто стверджує про єдність світової культури, проте втрата національною культурою деяких рис під впливом акультурації не означає навіть в осяжному майбутньому втрати відмінностей між культурами взагалі і правовими куль-турами зокрема. Зрозуміло, що сучасний світ не може існувати в умовах замкнутості правових культур. Відбуваються процеси правової акультурації, тобто руйнування, подолання цієї замкнутості, коли одна правова система може бути немов прищеплена до другої.

Національні правові системи не існують ізольовано. Вони взаємодіють одна з одною, ведуть нескінченний культурний діалог. Правова система окремої держави зазнає постійного тиску з боку фрагментів інших правових культур, юридичних текстів, процедур і правових конструкцій. «Бомбардування» культури текстами із чужої культури призводить до нової інтерпретації і цих «занесених» текстів, і самого контексту «аборигенівської» культури.

З такої нової інтерпретації неминуче виростають нові значенні, що реалізовуються в людській діяльності.

Більше того, історія великих правових систем, як правило, починається із запозичення (афінське, римське, західне право і так далі). Воно може відбуватися через окремі правові інститути, елементи юридичної техніки і практику правозастосовної діяльності. Має місце також запозичення правових принципів, правових ідей. Іншими словами, запозичення може бути фрагментарним, названим правовою акультурацієй, або глобальним, названим правовою рецепцією. Якщо при правовій акультурації відбувається запозичення правових положень, то при правовій рецепції змінюються основи правової системи взагалі.

Правову рецепцію розглядають як різновид правової акультурації, названу ще тотальною акультурацією або «культурною мутацією».

Фрагментарна правова акультурація є поширеним явищем, що виникає в рамках постійного діалогу правових систем і правових культур. ***Тотальна правова акультурація, тобто правова рецепція*** — це явище виняткове. її прикладом може служити рецепція римського права, на основі якої сформувалася романо-германська правова сім'я.

На думку К. Осакве порівняльне правознавство заохочує і схвалює запозичення ідей різних правових систем, складає аксіому даної дисципліни. Але перенесення ідей з однієї правової системи в іншу вимагає їх ретельного аналізу на сумісність. Правове запозичення зовні схоже з медичною хірургічною операцією з трансплантації окремих частин людського тіла. У своїй роботі компаративіст схожий на хірурга в тому розумінні, що він бере частину чужої правової системи і «пересаджує» її у свою. Для досягнення успішного результату правовий інститут, узятий з системи «А» і перенесений в систему «Б», повинен поєднуватися із системою «Б», а не відторгатися нею. Наприклад, перш ніж запозичити інститут суду присяжних із системи англо-американського загального права і ввести його в континентально-європейську правову систему Росії, треба було зрозуміти, чи сумісний такий інститут із комплексним механізмом російського кримінально-процесуального права.

Правова акультурація здійснюється різними шляхами і різними засобами: за допомогою законодавства і судової практики, за допомогою укладення договорів, а також здійснюється вченими і викладачами, відбувається на рівні юридичної науки і юридичної освіти. На цій основі виділяються: ***законодавча, судова, договірна і доктринальна правова акультурація.***

Таким чином, сучасний світ не може існувати в умовах замкнутості правових культур. Відбуваються процеси правової акультурації, тобто взаємодії між правовими системами і правовими культурами на рівні законодавства, судової практики, юридичної науки, юридичної освіти та ін.

**6. ЗАКОНОМІРНОСТІ ЗБЛИЖЕННЯ ПРАВОВИХ СИСТЕМ І ЙОГО ФОРМИ.**

З перших днів формування і становлення порівняльного правознавства цілі і завдання, пов'язані зі зближенням правових систем, були домінуючими. Існують навіть ідеї про всесвітню уніфікацію права. Завдання зближення правових систем набуває особливого звучання і в сучасному світі.

Процес зближення правових систем має закономірний характер, зумовлений об'єктивними потребами розвитку людства на сучасному етапі. Даний процес відбувається як стихійно, так і планомірно. Наприклад, взаємодія у соціально-економічній сфері, зокрема торгівля в прикордонних районах. Іноді таке зближення здійснюється стихійно і законодавцеві залишається тільки зафіксувати його у відповідних нормативно-правових актах. Тим самим здійснюється уніфікація деяких правових норм різних держав.

Що стосується планомірного цілеспрямованого зближення, то воно полягає в спеціально організованій діяльності держав із розроблення единообразного нормативно-правового акта, спрямованого на регулювання відповідних норм політичної, економічної, соціальної, гуманітарної та інших сфер життя суспільства. Тобто дана форма уніфікації — це спеціально організована діяльність з одноманітного правового регулювання в різних сферах міжнародних відносин.

Яскраво виражені сьогодні світові тенденції глобалізації неминуче ведуть до взаємодії, взаємовпливу національних правових систем. Співвідношення національних правових систем рухоме, воно змінюється з урахуванням завдань узгодженого правового розвитку. Пошук і встановлення правильного поєднання юридичних засобів зближення вимагають великого вміння і постійних зусиль від теоретиків і практиків.

Взаємодія правових систем за сучасних умов набуває найрізноманітніших форм. Цьому сприяє діалог правових систем і правові запозичення. Значною мірою на процеси зростаючої взаємодії і взаємовпливу окремих правових систем різних держав наприкінці XX — напочатку XXI ст. впливає розвиток сучасних систем комунікації.

Зближення правових систем може має не тільки у ряді традиційних галузей, наприклад у морському праві, де завжди панувало прагнення до одноманітності норм, але й сприймається новими галузями й інститутами права (наприклад космічне право, право повітряного простору, атомне право і ін.).

Нормативно-правова база зближення правових систем різна, тобто в рамках кожного напряму використовуються ті чи інші правові засоби. В одних випадках — це програми-проекти, модельні законодавчі акти, в інших — уніфіковані загальні норми, у третіх — правові стандарти, наукові концепції тощо. Природно, їх юридична сила неоднакова, оскільки вони можуть мати програмний, нормативно-орієнтуючий, рекомендаційний і обов'язковий характер.

Процес зближення національних правових систем, на думку Ю. О. Тихомирова, передбачає:

— розроблення загальної політики державного правового розвитку;

* + здійснення заходів із подолання правових відмінностей;
  + вживання заходів із вироблення спільних юридичних правил.

Існує думка, що процеси автономізації правових систем і одночасно їх поступово наростаюче до певної межі зближення можливі тільки між правовими системами, близькими за типом праворозуміння, наприклад взаємовплив можливий між системою загального права і романо-германською системою права, але не за участі традиційних і релігійних правих систем. Це спірна думка, оскільки, наприклад, модернізація ісламського права передбачає певну взаємодію і взаємопроникнення класичних положень і норм до сучасних умов. І сам факт існування дуалізму в правових системах ісламських держав передбачає певну взаємодію і доповнення між правовими системами різного типу праворозуміння.

Із цього приводу С. С. Алексеев відзначає, що зближення правових систем відбувається не тільки між правовими системами однієї сім'ї, але й між самими правовими сім'ями. Наприклад, «шлях прецедентного права характерний для єдиного («спільного») європейського права в цілому, у формуванні якого значну роль відіграє Люксембурзький суд Європейських Співтовариств, що виробляє в контексті вирішуваних справ прецедентів для співтовариства єдині принципи».

Зближення правових систем передбачає певну адаптацію національних законодавств до загальноприйнятих міжнародних стандартів.

Це питання актуальне для держав, що утворилися на пострадянському просторі (постсоціалістичному просторі), які прагнуть включитися в загальноєвропейські структури і процеси. Так у багатьох із цих держав розгорнулися дебати навколо скасування такого виду покарання, як страта, мораторій на яку встановлено під впливом права Європейського Співтовариства. Так, наприклад, базовими документами, що визначають процес адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу і здійснення інтеграції України в Європейське Співтовариство, є прийняті Радою Європи на Копенгагенському саміті в 1993 р. Декларація і Угода про партнерство та співпрацю між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами 1994 p., а також Указ Президента України «Про програму інтеграції України в Європейський Союз» 2000 р. і Закон України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» 2004 р.

Адаптація законодавства України до законодавства Європейського Союзу — це поетапне прийняття і впровадження Україною нормативно-правових актів, розроблених з урахуванням законодавства Європейського Союзу. Адаптація проводиться для забезпечення відповідності законодавства України зобов'язанням, які випливають з Угоди про партнерство і співпрацю, розвитку національного законодавства у напрямі його наближення до законодавства ЄС і забезпечення високого рівня підготовки в Україні законодавчих актів, створення правової бази для інтеграції України в ЄС. Адаптація законодавства ЄС є планомірним процесом, який складається з трьох окремих етапів, на кожному з яких досягається певний ступінь відповідності законодавства України законодавству ЄС у певних сферах.

Упродовж першого етапу адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу передбачається розвиток правової системи України згідно з вимогами, визначеними в декларації, у напрямі встановлення верховенства права, забезпечення прав людини, функціонування ринкової економіки; приведення законодавства України у відповідність до вимог Угоди про партнерство і співпрацю та інших міжнародних договорів, які стосуються співпраці України та ЄС.

Надалі процес адаптації полягатиме в перегляді законодавства України у сферах, визначених Угодою про партнерство і співпрацю, з метою забезпечення його приблизної відповідності законодавству ЄС; правовому забезпеченні створення зони вільної торгівлі між Україною та ЄС та підготовки до асоційованого членства України в ЄС.

І, нарешті, адаптація законодавства спрямована на укладення Угоди про асоціацію між Україною та ЄС; підготовку розширеної програми гармонізації законодавства України із законодавством ЄС з метою забезпечення інтеграції України до спільного ринку ЄС.

Як відзначає Ю. О. Тихомиров, «узгоджений» правовий розпиток держав можна розглядати стосовно чотирьох основних напрямів і форм їх проведення:

зближення законодавства, коли визначається спільний курс держав у даній сфері, напрями, етапи зближення, способи зближення;

гармонізація законодавства, коли узгоджуються спільні підходи, концепції розвитку національних законодавств, виробляються спільні правові принципи і окремі рішення;

ухвалення модельних законодавчих актів;

уніфікація законодавства, коли розробляються і вводяться в дію загальнообов'язкові одноманітні юридичні норми (правила).

Таким чином, ***зближення і взаємодія правових систем сучасності — явище глобальне, характерне для розвитку права у XXI ст., що має закономірний характер.***

Це особливо помітно на регіональному рівні, коли економічні, геополітичні і культурні процеси об'єднують держави. Затвердження пріоритету міжнародного права також веде до того, що в національних правових системах збільшується кількість одноманітних стандартів. Основними способами зближення правових систем є гармонізація законодавств і уніфікація правових норм. Важлива роль у цьому процесі відводиться імплементації норм міжнародного права в національне законодавство і наданню міжнародної правової допомоги.

# Лекція 15. ПЕРЕДУМОВИ ТА МЕХАНІЗМ ЗБЛИЖЕННЯ НАЦІОНАЛЬНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМ У СУЧАСНИХ УМОВАХ СУСПІЛЬНОГО РОЗВИТКУ

[1, с. 100-110; 5, с. 132-174; 6, с. 165-199]

1. Гармонізація законодавства.
2. Розробка модельних законодавчих актів.
3. Імплементація норм міжнародного права в національне законодавство
4. Уніфікація правових норм.
5. Поняття і значення міжнародно-правової допомоги.

**1. ГАРМОНІЗАЦІЯ ЗАКОНОДАВСТВА.**

Лексичне розуміння терміна «гармонізація» (від грец. harmonia) означає скріплення, злагодженість, структурна узгодженість частин єдиного цілого. Тому необхідною умовою досягнення гармонії є наявність єдності між об’єктами, що гармонізуються. Оскільки єдність у широкому значенні відображає будь-який зв’язок систем, що взаємодіють, перебувають у взаємовідношенні, важливою ознакою гармонії є досягнення об’єктами ступеня їх узгодження, що забезпечує їх існування та функціонування як частин цілого. Процес гармонізації, на думку В. С. Жураковського, включає в себе декілька різних складових частин, першою з них він називає імплементацію. «Implement» з англійської буквально означає «втілення в життя за певною процедурою», «забезпечення практичного результату та тактичного виконання конкретними засобами».

Переважна більшість міжнародноправових норм, що містяться в міжнародно-правових договорах, реалізується через національний механізм імплементації. У міжнародно-правовій літературі термін «імплементація» вживається у значенні співвідношення міжнародного і внутрішньодержавного права. Однак у правових доктринах країн СНД даний термін має ширше тлумачення. Найбільш визнане визначення імплементації у вітчизняній літературі було надано О. С. Гавердовським: «Імплементація норм міжнародного права – цілеспрямована організаційноправова діяльність держав, яка здійснюється індивідуально, колективно або в рамках міжнародних організацій з метою своєчасної, всебічної і повної реалізації прийнятих ними, відповідно до міжнародного права, зобов’язань».

Отже, імплементація правових актів передбачає введення в український правовий акт у незмінному вигляді положення міжнародного нормативного акта з метою всебічної, своєчасної й повної реалізації прийнятих відповідно до міжнародного права зобов’язань. Другою частиною є апроксимація законодавства (від лат. approximatio – зближення).

М. О. Баймуратов під терміном «апроксимація» розуміє заміну одних нормативно-правових актів іншими, у тому чи іншому змісті близькими до вихідного. Як зазначає професор В. К. Забігайло, апроксимація є максимальним наближенням певних положень національного правового акта до аналогічних положень директиви ЄС. «Approximation of law» в англійському тексті Договору про заснування Європейського Співтовариства застосовується у значенні зближення законодавства держав-членів, а тому справедливо входить до змісту поняття «гармонізація законодавства».

Останньою частиною виступає адаптація законодавства. Термін «адаптація» (з англ. – adaptation) означає пристосовувати, переробляти. Як бачимо, буквальне розуміння цього поняття дає можливість сприймати його як «пристосування чинних внутрішньодержавних норм до нових міжнародних зобов’язань держави без внесення будь-яких змін в її законодавство» Термін «адаптація» вживається у більш широкому значенні, ніж «наближення законодавств», і охоплює не тільки проведення гармонізації та уніфікації законодавства України з законодавством ЄС, але й здійснення всього комплексу заходів, необхідних для приведення законодавства України у відповідність до вимог нормативно-правових актів ЄС» і рецепцію цілого комплексу правових принципів, концепцій, доктрин і понять, що становлять, так зване, «acquis communautaire».

Також гармонізацію визначають як самостійний спосіб правової інтеграції поряд із такими способами, як рецепція та уніфікація. Особливістю способу гармонізації є те, що він дає змогу сформувати правові стандарти в певній сфері правового регулювання, а тому повинен передувати уніфікації права та застосовуватися там і тоді, де і коли відсутня потреба в останній.

М. О. Баймуратов поряд з імплементацією, апроксимацією, гармонізацією законодавства називає трансформацію, як деякі зміни положень міжнародних договорів у процесі їхнього застосування усередині країни.

В свою чергу, О. Ковальова під зближенням законодавства ЄС з правовими системами держав-кандидатів на вступ до ЄС вважає імплементацію законодавства ЄС до законодавств держав-кандидатів без посилання на процес адаптації законодавства. К. Ященко розглядає гармонізацію законодавства України до законодавства ЄС як складову частину адаптації.

Процес транспортування правової системи, її частини та/або правової культури міжнародних організацій (ЄС, СНД, РЄ, ООН) до правової системи України є рецепцією законодавства міжнародних організацій.

Рецепція цілого комплексу правових принципів, концепцій, доктрин і понять, становить так зване «acquis communautaire». Однак дотепер зміст поняття «acquis communautaire» не розкрито в жодному із правових актів, які регулюють адаптацію законодавства України до права ЄС, у праві ЄС також не існує єдиного тлумачення поняття «acquis communautaire». Одне з перших нагадувань про acquis communautaire з’явилося в проекті Договору про Європейський Союз від 14 лютого 1984 р. У французькому варіанті цього документа acquis communautaire буквально означає «те, що досягнуто в рамках Співтовариства». Переклад на інші мови ЄС породив різні формулювання, наприклад, «спадщина Співтовариства» англійською, «нормативна спадщина» шведською чи датською мовами «чинне право Співтовариства». Можливо, труднощі, пов’язані з точним перекладом поняття «acquis communautaire» на інші мови держав-членів ЄС, змусили інститути ЄС віддати перевагу французькому варіанту. Тільки майже через 10 років поняття «acquis communautaire» було офіційно закріплено в Договорі про ЄС, підписаному в голландському місті Маастрихт у 1992 р. [15].

У статтях 2(4) і 3(1) Договору про ЄС acquis communautaire проголошується як одна з цілей і основ функціонування ЄС і як опора всієї інституційної системи ЄС. У ст.43(1)(е) Договору про ЄС гарантується, що співробітництво між країнами-членами не повинно торкнутися acquis communautaire та інших заходів, яких вжито в рамках установчих договорів. Аcquis communautaire також згадується у Протоколі № 7 до Договору про Європейське Співтовариство (далі – Договір про Співтовариство) «Про заснування принципів субсидіарності та пропорційності», Декларації № 51 «Про статтю 10 Амстердамського Договору», у преамбулах «Протоколу дванадцяти» й «Угоди одинадцяти», які є частиною Договору про Співтовариство.

У Протоколі № 2, що імплементує положення Шенгенської угоди у право Європейського Співтовариства (далі – Співтовариство), закріплюється нове поняття «Шенгенський acquis». З 1 грудня 2002 р. Договір про ЄС доповнюється новим поняттям – «acquis Союзу» (ст.44 Договору про ЄС), що може вважатися синонімом поняття «acquis communautaire». Однак у жодному з наведених вище документів права ЄС не розкрито зміст і обсяг поняття «acquis communautaire». У внутрішній політиці ЄС acquis communautaire означає усе, що було досягнуто в рамках трьох опор співробітництва країн-членів у ЄС, тобто законодавство лише ЄС (Співтовариство, Спільна політика в галузі закордонних справ і безпеки, Співробітництво поліції й органів юстиції у кримінальних справах). У цій сфері acquis communautaire містить у собі наступні елементи: установчі договори ЄС, загальні принципи і доктрини права ЄС, вторинне право ЄС, міжнародні угоди, обов’язкові для країн-членів ЄС, і «м’яке» право ЄС.

Можна зробити висновок, що «acquis communautaire» є комплексним і диференційованим поняттям. Комплексність acquis communautaire характеризується широтою його суттєвого змісту, що символізує результат європейської інтеграції загалом і в окремих сферах діяльності ЄС. У юридичному розумінні, можна погодитися з думкою Р. Петрова, що поняття «acquis communautaire» є тотожним поняттю «правова система». Аналіз практики застосування acquis communautaire показує, що його обсяг охоплює основні елементи правової системи (нормативну й організаційну сторони, а також правову культуру й ідеологію, які сформувалися в ході динамічного розвитку інтеграційних процесів у Європі).

Правові засади гармонізації законодавства в рамках ЄС визначені в статтях 4/ж, 94-97 Договору про заснування ЄС, у рішеннях Суду ЄС, а також в актах інститутів Співтовариства. Слід зазначити, що в установчих договорах про Європейські Співтовариства та в інших документах, які створюють правові засади для регулювання європейської інтеграції, використовуються різні терміни для визначення процесу приведення національного законодавства з правом ЄС. Зокрема, в Договорі про Співтовариство такими термінами є «зближення» (статті 3/ж, 94,136) та «гармонізація» (статті 93, 129, 149, 150, 174).

Як свідчить практика реалізації права ЄС, обидва терміни вживаються як синоніми. Проте більш поширеним є застосування терміна «гармонізація», який, на думку багатьох фахівців з права Євросоюзу, адекватніше за інші терміни віддзеркалює суть процесу створення гомогенного правового середовища в межах європейських інтеграційних організацій відповідно до моделей, запропонованих інститутами ЄС. Гармонізація законодавства не вимагає від держав-членів ухвалення однакових правових актів. Ідеться насамперед про те, щоб держави-члени застосовували схожі закони чи інші правові акти.

Згідно зі статтею 94 Договору про заснування ЄС, гармонізація на рівні Співтовариства охоплює закони, нормативні постанови та адміністративні акти, які безпосередньо впливають на створення та функціонування спільного ринку. З цього випливає, що практично гармонізація може охоплювати переважну більшість сфер співпраці держав-членів у межах ЄС. Договір про Співтовариство та судова практика ЄС визначили обставини, які дають змогу не застосовувати заходів з гармонізації законодавства: необхідність захисту суспільної моралі, громадського порядку та державної безпеки тощо (стаття 30), а також захист довкілля та умов праці (стаття 95.4). Передбачено також певні випадки тимчасового незастосування заходів з гармонізації на підставах, визначених у статті 30 Договору про Співтовариство. Невиконання державою-членом заходів з гармонізації може спричинити звернення до Суду ЄС зі скаргою на державу-порушницю з боку Комісії чи іншої держави-члена (стаття 95).

Загальні положення щодо основних засад гармонізації та механізмів її здійснення дістали свій подальший розвиток у рішеннях Суду ЄС та актах інститутів Співтовариства. Це насамперед стосується вдосконалення правових засобів гармонізації та вимог до її здійснення.

З початком діяльності Європейських Співтовариств гармонізація здійснювалася здебільшого шляхом ухвалення директив, які закріплювали розроблені до деталей базові моделі поведінки, і в держав-членів практично не залишалося свободи вибору при ухваленні актів з їх імплементації. Це так звана базова форма гармонізації. Така гармонізація не виправдала себе, оскільки, з одного боку, підготовка директив з виписаними до дрібниць стандартами вимагала багаторічних узгоджень на рівні держав-членів, а з іншого – дуже непросто йшов процес реалізації державами-членами положень уже ухвалених директив. З часом з’явився такий підхід, як вибіркова гармонізація, її особливості полягають у тому, що інститути ЄС приймають директиви, у яких державам-членам дозволено мати суворіші стандарти, ніж ті, що встановлені цими документами.

І навпаки, деякі директиви дозволяють державам-членам використовувати нижчі стандарти за тих, що діють на рівні Співтовариства. Вибіркова гармонізація здійснюється здебільшого шляхом взаємного визнання та встановлення мінімальних стандартів. Новий підхід до гармонізації було викладено у повідомленні, направленому Комісією ЄС Раді Євросоюзу та Європарламенту. У ньому зазначалося, що гармонізація законодавства має бути обмежена встановленням найважливіших вимог щодо безпеки або інших вимог, які стосуються інтересів суспільства і яким мають відповідати всі товари, якщо вони претендують на вільне пересування в межах Співтовариства.

Порівняно новим способом, який прийшов на зміну базовій гармонізації, стала мінімальна гармонізація. Мінімальна гармонізація дає державам-членам можливість самим вирішувати, яким чином досягати встановленої мети, використовуючи правові інструменти, надані в їхнє розпорядження національним правом Вона не забороняє країнамчленам користуватися для власних потреб більш високими стандартами, але це не повинно перешкоджати доступу на їхню територію імпортованих товарів і послуг, які відповідають гармонізованим. мінімальним стандартам. Тобто мінімальна гармонізація не стає перепоною для подальшого наукового і технічного прогресу. Отже, основними способами гармонізації тут виступають взаємне визнання державами-членами існуючих національних стандартів, імплементація в національному праві положень директив, застосування загальноєвропейських стандартів.

Гармонізація національного права держав з правом Європейського союзу здійснюється шляхом імплементації положень директив ЄС у національних правопорядках країн. Як правило, положення європейських угод, які стосуються гармонізації національного законодавства країн Центральної та Східної Європи з правом ЄС, мають характер як «твердих», так і «м’яких» зобов’язань сторін залежно від сфер, у яких здійснюється гармонізація.

В. Муравйов виділяє *основні способи зближення національного права цих країн із правом ЄС.* *Перший спосіб* має на меті прийняття національних правових актів, які тією чи іншою мірою враховували б положення права ЄС. *Другий спосіб* передбачає приєднання країни, що не є членом ЄС, до міжнародних угод, які зобов’язують Європейське Співтовариство та держави – члени цього об’єднання. *Третім способом* виступає інкорпорація в національне право правових актів ЄС із гармонізації (директив). Ще одним *способом є взаємне визнання сторонами діючих у кожній з них стандартів*. Нарешті, як спосіб гармонізації може використовуватися паралельне ухвалення країнами нормативних актів, що є ідентичними або схожими за своїм змістом з актами Євросоюзу.

Слід відзначити, що особливістю гармонізації, яка здійснюється в рамках правового співробітництва між ЄС та асоційованими країнами, є те, що вона стосується переважно вторинного права Євросоюзу, тобто правових норм, закріплених в актах інститутів європейських інтеграційних організацій.

У сфері захисту права на інтелектуальну власність, у якій діє тільки невелика кількість актів Співтовариства, гармонізація національного законодавства третіх країн з правом Євросоюзу забезпечується шляхом приєднання до багатосторонніх міжнародних конвенцій.

Таким чином, гармонізація визначається як процес цілеспрямованого взаємозближення права або законодавства шляхом усунення суперечностей та формування мінімальних правових стандартів через утвердження спільних правових принципів. Під гармонізацією законодавства слід розуміти взаємозближення систем національного права та права ЄС, до якої входять три складові елементи: імплементація окремих міжнародних норм, апроксимація міжнародних положень правових актів та адаптація законодавства в цілому. Проаналізувавши особливості імплементації, апроксимації, адаптації, гармонізації та уніфікації можна визначити поняття впровадження міжнародноправових актів в національне законодавство в рамках інтеграції до ЄС, як цілеспрямовану, планомірну діяльність конкретних суб’єктів, тобто загальних та спеціальних суб’єктів національної правотворчості, яка здійснюється з метою наближення та поступового приведення національного законодавства у відповідність до законодавства ЄС, використовуючи національні елементи нормотворення та застосування права ЄС

**2. РОЗРОБКА МОДЕЛЬНИХ ЗАКОНОДАВЧИХ АКТІВ.**

При дослідженні питань міжнародно-правового зближення національного законодавства в більшості випадків як спосіб досягнення даної мети розглядається уніфікація і гармонізація права на основі міжнародних договорів. Іноді на практиці застосовують такий спосіб міжнародно-правового зближення національного законодавства, як вироблення уніфікованих норм за допомогою спеціально підготовлених моделей. Тим часом різні модельні нормативні акти використовуються досить широко при здійсненні правової інтеграції і в міжнародному, і в національному праві.

Модельний закон як спосіб створення уніфікованого правового регулювання використовувався ще наприкінці XIX ст. Широке поширення отримали модельні нормативні акти на регіональному рівні. Модельна нормотворчість активно використовується у Співдружності Незалежних Держав (СНД). Модельні акти, як правило, розробляються міжнародними організаціями, рідше – державами, і потім пропонуються законодавчим органам різних країн як зразок, на основі якого може бути прийнятий той чи інший правовий документ. Варто зробити особливий акцент на рекомендаційний характер таких актів, при якому не передбачається, що держава зобов’язана використовувати цю модель. Винятком є випадки, коли прийняття внутрішньодержавного правового акта на основі моделі складає статутний обов’язок держави, що є членом міжнародного інтеграційного об’єднання (міжнародної організації).

Найчастіше в міждержавному співробітництві використовуються модельні закони (model law). У вітчизняній міжнародно-правовій літературі для їх позначення існують терміни «модельний», «зразковий», «типовий», «рекомендаційний» законодавчий акт. Це законодавчі акти типового характеру, що містять нормативні рекомендації, а також варіанти можливих правових рішень тих або інших питань визначеної сфери суспільних відносин. «Модельність» норми полягає в тому, що, будучи зразком поведінки її учасників, вона містить у той самий час прообраз майбутніх внутрішньодержавних актів (або норм).

Необхідно визначитися з поняттями: акт, закон, уніфікований акт, уніфікований закон, модельний закон. **Акт** (actum – документ) – офіційний документ; письмовий юридичний акт, видається державним, міждержавним органом, посадовою особою в межах їхньої компетенції у встановленій формі (закон, указ, постанова тощо).

**Закон** – нормативний акт, що є частиною правової системи, прийнятий уповноваженим органом у встановленому порядку; має вищу юридичну силу щодо інших нормативних актів (указів, постанов і ін.); основне джерело позитивного права в сучасному суспільстві. Виходячи з практики застосування понять, доходимо висновку, що акт поняття ширше, ніж закон, а значить, уніфікований закон, так само як і модельний закон, можна віднести до видів уніфікованого акта.

**Уніфікований акт** (акт спрямований на створення єдиного зразка) – це документ, метою якого є гармонізація або уніфікація національного формально-визначеного нормативного базису за допомогою різних методів, для досягнення різною мірою безконфліктної взаємодії в процесі реалізації нормативних настанов. Уніфікований акт може мати як обов’язковий характер (уніфікований закон), так і рекомендаційний характер (модельний (типовий) акт: модельний кодекс, модельний закон, модельні правила).

**Модельний закон** (model law) варто відрізняти від уніфікованого закону (uniform law). Термін «уніфікований закон» за традицією використовується для позначення нормативного акта, що прикладається до міжнародного договору, спрямованого на уніфікацію або гармонізацію національного законодавства. Будь-яка держава, що приєднується до такого договору, зобов’язана дотримуватись усіх положень такого уніфікованого закону або включити його у своє законодавство, причому, як правило, у незмінному вигляді.

Практика розробки подібних конвенцій, супроводжуваних уніфікованим законом, не одержала широкого поширення, однак у середині XX ст. було підготовлено декілька відомих міжнародних конвенцій, супроводжуваних уніфікованими законами. (Конвенція, що встановлює Уніфікований закон про переказний та простий вексель; Конвенція, що встановлює Уніфікований закон про чеки та ін.). На регіональному рівні уніфікований закон, що додається до міжнародного договору, є переважним способом гармонізації в інтеграційному угрупованні Бенілюкс.

Якщо прийняття уніфікованого закону складає обов’язок держави, що приєднується до відповідної конвенції (притому, що саме приєднання до такої конвенції засноване на вільному волевиявленні держави), то використання державами модельного закону може бути здійснено державою тоді, у тому обсязі й у тій формі, що ця держава вважає необхідними. При створенні Комісії ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) Генеральна Асамблея ООН передбачила, що методами роботи Комісії в числі інших може бути розробка як модельних, так і уніфікованих законів. Тим самим було підтверджено, що в даному разі йдеться про різні механізми координації правової політики.

Крім модельного закону й уніфікованого закону, існують і інші уніфіковані акти, які спрямовані на гармонізацію законодавства та визначають загальні принципи побудови внутрішньодержавного законодавства з будь-якого питання. Створення модельного закону передбачає не визначення загальних рис майбутніх національних нормативних актів, а розробку повноцінного, збалансованого документа з чітким формулюванням його майбутніх статей. У цілому модельний закон будується як самостійний і завершений акт, що без будь-якої доробки може бути включений у правову систему кожної держави.

Введення модельного акта в національне законодавство без будь-яких корегувань досить ризикована дія при недостатній вивіреності відповідності його положень загальному рівню правової культури й особливостям розвитку права.

Звичайно, коли йдеться про модельні акти, маються на увазі в першу чергу типові закони, «які розробляються на міжнародному рівні як модель для національних нормативних актів з визначеного питання». Тобто все-таки є згадування, що результатом впровадження модельного закону є національний акт. Однак як модель можуть виступати й інші види нормативних актів – кодекси, рекомендації, модельні (зразкові) законодавчі правила або положення. Ю. А. Тихомиров як різновид модельних актів називає загальні принципи, основні засади, зразковий закон, модель кодексу, основні умови, основні положення.

Теоретично можлива підготовка модельних підзаконних актів. Деяке поширення одержала практика розробки модельних (типових) міжнародних договорів. При розгляді питання про механізми здійснення правової інтеграції (уніфікації і гармонізації) нерідко відзначається, що укладання міжнародних конвенцій і прийняття модельних законів складає два головних методи зближення правових систем.

Більш того, деякі фахівці іноді вказують, що у модельного закону, як способу створення уніфікованого права, є навіть деякі переваги перед таким інструментом гармонізації права, як міжнародний договір. Ці переваги, на думку О. П. Коровіної, визначені тим, що використання модельного закону дає можливість виробити норми якісно нові, досконаліші, із врахуванням специфіки сучасних майнових відносин, бо держава, яка приймає їх, має право частково їх змінювати, адаптувати до особливостей своєї правової системи, скасовувати в однобічному порядку, якщо вони виявляться малоефективними. На думку Ю. А. Тихомирова, модельні акти виступають як своєрідний «міст», що з’єднує норми міжнародного і національного права, і істотне значення має здатність модельних актів «уплітатися» в тканину названих нормативних систем. Разом з тим варто визнати, що використання модельних проектів поряд з незаперечними перевагами має і зовсім очевидні недоліки.

Головний з них полягає у відсутності міжнародно-правового зобов’язання як відносно відповідності національних нормативних актів модельному зразку, так і відносно збереження їх у силі. Оскільки держави, як правило, нічим не зв’язані при використанні моделі, вони звичайно можуть вносити до неї виправлення або видозмінювати в необхідному їм ключі, якщо тільки межі й механізми внесення таких виправлень не обговорені спеціально і не є обов’язковими для конкретних держав. Оскільки, приймаючи на основі моделі свій національний нормативний акт, держави можуть видозмінювати зазначену модель, у цілому ряді випадків цей метод правової інтеграції не забезпечує необхідного ступеня уніфікованості національного законодавства. Не менш важливим є і те, що прийнятий на основі моделі правовий акт може бути згодом будь-якою державою змінений або відмінений саме в однобічному порядку.

Принципова обставина, що повинна бути констатована стосовно зближення правових систем держав на основі модельних актів, полягає в тому, що при цьому здійснюється не уніфікація, іншими словами, створення єдиних правових норм (уніфікованого закону), які б діяли у всіх державах, що використовують даний акт, а гармонізація права, тобто створення подібних норм національного права.

Те, що в результаті використання моделей створюється не уніфіковане право, а подібні акти (або норми) національних правових систем, істотно впливає на механізми функціонування, тлумачення і застосування таких норм. Насамперед істотно те, що створювані на основі моделей нормативні акти включаються в правові системи держав, що їх прийняли, на відміну від уніфікованого закону, що залишається за межами внутрішньонаціональної системи права. Отже, застосовуватися і тлумачитися ці закони повинні як акти внутрішньо-державного права. Подібне з неминучістю призводить до широких розходжень в застосуванні таких правових актів і в результаті створює не єдиний, а лише подібний режим регулювання у відповідній сфері. Так, можна дійти висновку, що поняття «уніфікований закон» пов’язане з процесом уніфікації права, а поняття «модельний закон» – з поняттям гармонізації права. Отже, необхідне і розмежування цих процесів, що відбуваються у праві. Тому зближення національного законодавства на основі моделей ефективне в тих випадках, коли розходження між системами права держав настільки істотні, що їх ліквідація можлива лише поступово, у кілька етапів.

Інший випадок, коли використання модельних актів досить продуктивне, – це ситуація, при якій у багатьох державах ще відсутнє правове регулювання будь-яких відносин і використання модельного акта дозволяє відразу ж формувати відповідні акти в національних правових системах за єдиним зразком (відсутність необхідності усувати розрив між різними правовими системами, оскільки національні закони з визначеного питання ще не прийняті, не означає, що при цьому не доведеться вибирати між радикально протилежними підходами). Особливої уваги заслуговує статус самого модельного акта, на основі якого приймаються «подібні» внутрішньодержавні документи.

При дослідженні цього питання звичайно підкреслюється, що сама модель нормативним актом не є, а становить собою лише зразок, на основі якого приймаються документи, що виступають як акти права відповідних держав. У науці також не розроблені критерії визначення модельних актів. З одного боку, модельний акт – це письмовий документ, прийнятий уповноваженим суб’єктом права (міжнародною організацією, органами місцевого самоврядування), що має особливий характер тлумачення і специфічні назви – «модельний», «типовий» акт, з іншого боку, модельні акти відрізняються від інших правових актів за непрямими ознаками: рекомендаційний характер, нормативно-консолідуюча роль у законодавстві, можливість законодавчим органам самостійно визначати ступінь використання модельних законів у законотворчій діяльності, а також здатність служити «правовим стандартом» для законодавця. Основна функція модельного акта полягає у визначенні вектора розвитку загального або галузевого правового регулювання.

Першопричина прийняття модельних актів криється в існуванні законодавчого вакууму в тій або іншій сфері правового регулювання. До числа факторів, що формують потребу у використанні модельного законодавства, можна також віднести: необхідність гармонізації права; здійснення процесів консолідації законодавства на різних рівнях.

Міжнародний досвід показує наявність проблеми впровадження модельних актів у зв’язку з відсутністю чіткого механізму їх імплементації. Подібні труднощі пояснюються наявністю проблеми тлумачення модельних актів на стадії усвідомлювання і вступу в конкретні правовідносини. Специфіка тлумачення модельних законів полягає в можливості розширеного (усього тексту) або обмеженого (частини норми) тлумачення модельного закону. Імплементація норм може відбуватися як у вигляді неофіційної уніфікації, коли норми модельних законів використовуються у вузькоспеціалізованих сферах, окремими сторонами за договором, так і у вигляді офіційної легалізації, прийнятті або ратифікації модельного акта державним нормотворчим органом. Норми модельного законодавства після імплементації у внутрішньодержавне право можуть як розчинитися в ньому, ставши частиною правової системи, так і зайняти особливе становище, будучи використаними однократно або багаторазово відповідно до мети, визначеної законодавцем або сторонами за договором (ІНКОТЕРМС). У підсумку для розуміння сутності модельного закону як виду уніфікованого акта необхідне усвідомлення займаного модельним законом місця в системі уніфікованих актів.

**3. ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ НОРМ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА В НАЦІОНАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО**

При інтеграції України у світове співтовариство та кооперації національних і міжнародних організацій все більшого значення набуває необхідність не тільки активізації економічної, політичної, соціальної і культурної взаємодії з іншими країнами з метою прискорення розвитку держави, але й проведення державно-правових реформ, що будуть відповідати нормам міжнародного стандарту, чи включення таких міжнародних норм до національного законодавства. Враховуючи те, що Україна прагне вступити до європейського простору, зближення державного законодавства з міжнародним правом та забезпечення реалізації власне тих норм інших країн може лише пришвидшити цей процес та дасть змогу Україні стати на шляху становлення демократичної, соціально-правової держави.

Імплементація норм міжнародного права в національне законодавство розуміється як складний процес, що являє собою цілеспрямовану організаційно-правову діяльність держав, яка здійснюється індивідуально, колективно або в рамках міжнародних організацій з метою своєчасної, всебічної і повної реалізації прийнятих ними, відповідно до міжнародного права, зобов’язань. Щодо сутності імплементації, то вона полягає не в трансформації міжнародно-правових норм у норми національного права, а в процесі сприйняття національним правом правил міжнародних договорів. Головною метою цього є не зміна нормативно-правових актів, правових принципів та законів загалом, а поступова трансформація національної системи права для зближення законодавства однієї держави з іншою або створення єдиного механізму, який б відтворював погляди всієї світової спільноти.

Оскільки Україна не є членом Європейського Союзу, то імплементація відбувається лише через участь нашої країни у певних міжнародних договорах, приписи яких пізніше відображаються у національному законодавстві. Для реалізації норм міжнародного права можуть застосовуватись різні способи імплементації правових норм, які залежать від самого характеру актів. Серед основних способів виокремлюють рецепцію, трансформацію, відсилання.

**Рецепція** – це текстуальне повторення нормотворчим органом держави змісту міжнародно-правової норми в статті нормативно-правового акта. Зазвичай її застосовують за державною згодою на загальнообов’язковість певного міжнародного акту. Сутність рецепції полягає в тому, що норми міжнародного права стають нормами національного права з урахуванням тих правових регулювань суспільства, які були раніше на території держави.

**Трасформація** – це переробка тесту міжнародного акта чи окремих його статей на основі загальної норми національного права. Головною умовою трансформації є переформулювання норм так, щоб вони відрізнялись від тексту у першоджерелі, зберігаючи саму сутність і зміст, при чому внутрішньодержавне право приводиться у відповідність до міжнародних стандартів*.* ***Виділяють два види трансформації:***

1. Загальну (генеральну), яка полягає в включені усього або частини міжнародного права на основі загальної норми національного права;

2. Спеціальну (індивідуальну), яка передбачає переробку тексту міжнародного права на національне законодавство.

**Відсилання** є вказівкою у внутрішньодержавному нормативно-правовому акті на міжнародне право як на джерело, що регулює ці відсильні відносини. Відсилання санкціонує пряме застосування суб’єктами внутрішнього права норм міжнародного права у внутрішньодержавних правовідносинах. Воно звернено до спеціальних міжнародних договорів, до яких слід звертатись при імплементації норм міжнародного права в національне законодавство та діє щодо міжнародних договорів чи рішень організацій, які вже складені державою або будуть укладені в майбутньому.

***Виокремлюють два види відсилання:***

1. Загальне, яке вказує на те, що всі чинні міжнародні договори є частиною національного законодавства України (ст. 9 Конституції України (далі – КУ);

2. Спеціальне, яке передбачає те, що певна стаття національного законодавства містить частини відповідного міжнародного договору.

Складність сукупності ряду послідовних дій, спрямованих на імплементацію, зумовлена низкою таких чинників: відсутність механізму врегулювання процедури імплементації та реалізації імплементованих актів чи його окремої частини, невідповідність чималої кількості норм національного законодавства міжнародним стандартам, відсутність встановленого моменту, з якого міжнародно-правова норма стає частиною законодавства, ігнорування певних правових позицій щодо функціонування міжнародного договору та обов’язковості його виконання тощо.

Напрямки вирішення даних проблем знаходять свій вираз у КУ, зокрема ст. 9 вказує на те, що чинні міжнародні договори, згода на обов’язковість надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства, тобто норма міжнародного права зберігає свій статус, але набуває статусу норми національного права. Але на конституційному рівні в Україні не закріплено пріоритет норм міжнародного права над національним, так наприклад у Законі України «Про міжнародні договори України» від 29.06.2004 р. відповідно до ст.19 вказується те, що якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку,  встановлено  інші  правила,  ніж  ті, що передбачені  у  відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору.

Слід зазначити, що важливою умовою для того, щоб міжнародний договір став обов’язковим, є відповідність його КУ, а укладення міжнародних договорів, які суперечать КУ, можливе лише після внесення відповідних змін до КУ (ст. 9 КУ), тобто передбачається верховенство КУ над міжнародними договорами. Крім того, ст. 8 вищезазначеного Закону України визначає види надання згоди України на обов’язковість для неї міжнародного договору: підписання,  ратифікація,  затвердження, прийняття договору, приєднання до договору і інший спосіб, про який домовилися сторони. Закон говорить про те, що чинні  міжнародні  договори  України підлягають сумлінному дотриманню Україною відповідно до норм міжнародного права (п.1 ст.15).

Отже, резюмуючи вищевикладене, можна констатувати, що основною метою імплементації міжнародно-правових норм як форми впливу міжнародного права на національне право є зміна чинного законодавства на виконання міжнародних зобов’язань з урахуванням особливостей Основного Закону України. Це дає змогу реалізувати міжнародні норми та підвищити якість чинного законодавства, на що впливає вибір способу імплементації. Також слід зазначити, що відсутність чіткого визначення способів імплементації та механізму її реалізації позначився на стані національного законодавства. Незалежно від цих способів імплементації на державі завжди лежить обов’язок виконання правових зобов’язань за міжнародними договорами. Разом з тим, є необхідність в подальшому розробленні і конкретизації тлумачення та застосування в такий спосіб, щоб ця процедура відповідала принципам міжнародного права.

**4. УНІФІКАЦІЯ ПРАВОВИХ НОРМ.**

***Уніфікація правових норм*** є найважливішою формою зближення правових систем і є процесом, пов'язаним зі спробами приведення різних правових систем і окремих їхніх складових частин, зокрема правових норм, до якогось спільного знаменника. На національному і регіональному рівнях ідея уніфікації йде своїм корінням в глибоку старовину. На міжнародному ж рівні уніфікація починає широко застосовуватися наприкінці XVIII ст. і в першій половині XIX ст. під прямим впливом торгових, фінансових і інших зв'язків, що швидко розширюються між різними державами.

Саме потреби юридичної практики, як відзначає П. Круз, викликані бурхливим розвитком міжнародної торгівлі в XIX ст., зумовили появу уніфікованих міжнародно-правових конвенцій, що стосуються міжнародного приватного права, комерційного права, трудового і торгового права, права інтелектуальної і «індустріальної» власності, транспортного та деяких інших інститутів і галузей матеріального і частково процесуального права.

Якщо на першому етапі розвитку порівняльного правознавства про уніфікацію права можна було говорити в теоретичному плані, то на подальших етапах його розвитку можна вже говорити про практичний план.

На сучасному етапі розвитку суспільства і держави практична значущість і необхідність в уніфікації права на міжнародному, регіональному і національному рівнях є завданням пріоритетним, зумовленим характером взаємозв'язку і взаємодії правових систем.

Уніфіковані правові норми або одноманітно регулюють суспільні відносини замість різних національних законодавств, або створюють основу для цього в рамках окремих правових систем. Вони ґрунтуються на двосторонніх або багатосторонніх міжнародно-правових актах універсального або регіонального характеру: конвенціях, угодах або типових законах. Уніфіковані норми, що містяться в таких міжнародно-правових актах, направлені на їх одноманітне застосування в державах, що підписали такі акти.

Правова уніфікація може мати декілька різновидів.

На основі предмета уніфікації виділяють уніфікацію матеріального права (цивільного, сімейного, адміністративного права та ін.), і процесуального права (цивільно-процесуального, кримінально-процесуального права та ін.).

За своєю формою уніфікація права може проводитися шляхом укладення міжнародних договорів, прийняття модельних рекомендаційних законодавчих актів, застосування примірних договорів міжнародних організацій, використання міжнародних звичаїв.

За своїми масштабами вона може охоплювати правові системи держав одного регіону (АСІАН), правові системи держав у рамках міждержавних об'єднань (ЄС, СНД), може поширюватися на правові системи всіх або більшості держав світу (ООН).

Уніфікація правових норм у рамках відповідних угод, за своєю суттю, не може містити вичерпної регламентації сфер життя суспільства, оскільки, інакше, вона не може бути розрахована на велику кількість держав, що мають свої особливості.

Таким чином, уніфікація правових норм, як форма зближення правових систем, відображає процес зближення норм конкретного національного права з нормами міжнародного або регіонального права шляхом установлення єдиних норм права, що мають одноманітне застосування в усіх державах, які є учасницями міжнародно-правової або регіонально-правової угоди.

**5. ПОНЯТТЯ І ЗНАЧЕННЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ.**

Актуальність розгляду проблематики теоретичних засад та реалізації різноманітних заходів міжнародного співробітництва у кримінальному провадженні пов’язана з тим, що зміни, які відбуваються у світі, позначаються на трансформації сучасної злочинності, яка розвивається й інтегрується в суспільні процеси, долаючи кордони держав, незалежно від їх економічного, соціального розвитку.

Сьогодні злочинність все частіше набуває міжнародного характеру, що вимагає застосування дієвих заходів міжнародного співробітництва. Необхідність ретельних досліджень у вказаному напрямі обумовлена й дією нового Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України [1], який розділом ІХ регламентував міжнародне співробітництво під час кримінального провадження. Відповідно, існує необхідність у деталізації законодавчих положень, розробленні відповідних криміналістичних рекомендацій. Важливе значення у регулюванні окресленої діяльності мають міжнародні договори України, адже згідно ст. 1 КПК України, кримінальне процесуальне законодавство України складається з відповідних положень Конституції України, міжнародних договорів, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, цього Кодексу та інших законів України.

*Основними форми міжнародного співробітництва під час досудового розслідування – стадії кримінального провадження, на якій безпосередньо вирішуються завдання розслідування кримінальних правопорушень, є:*

1) міжнародна правова допомога (ст. ст. 541 (п. 1), 542, гл. 43 КПК України);

2) видача особи (екстрадиція) (ст. ст. 541 (п. 2), 542, гл. 44 КПК України);

3) перейняття кримінального провадження (ст. ст. 541 (п. 3), 542, гл. 45 КПК України).

Серед них найбільш поширеною є міжнародна правова допомога. Звернемося до розгляду статистичних даних. Так, упродовж 2013 року Генеральною прокуратурою України було розглянуто 1704 запити про міжнародне співробітництво під час кримінального провадження (1690 у 2012 році), з яких 704 клопотання українських органів досудового розслідування (712) і 1000 клопотань іноземних компетентних органів (978). Із указаної кількості запитів 1251 клопотання стосувалося надання міжнародної правової допомоги при проведенні процесуальних дій (1114 у 2012 році), 101 – про перейняття кримінального провадження (165) та 352 – про видачу (екстрадицію) осіб (411) [2]. Переважна більшість запитів про міжнародну правову допомогу стосується діяльності органів досудового розслідування МВС України, й реалізується як шляхом направлення відповідних матеріалів центральним органом, як і шляхом безпосереднього порядку зносин між уповноваженими органами.

Так, протягом 2013 року у відповідних слідчих підрозділах на виконанні перебував 1251 запит про міжнародну правову допомогу, що на 421, або 50,7 % більше, ніж за 2012 рік. Відбулося збільшення кількості запитів, які надійшли на виконання від компетентних органів іноземних країн. Зокрема, протягом 2013 року до Головного слідчого управління МВС України надійшло 1127 запитів про міжнародну правову допомогу, що на 340, або 43,2 % більше ніж за 2012 рік. При цьому збільшення в порівнянні з минулим роком відбулося як за дорученнями, які надійшли безпосередньо до Головного слідчого управління МВС України (+228), або 32,8 %, так і за запитами направленими Генеральною прокуратурою України (+82), або 67,2 % [3].

Враховуючи, що кожний запит про надання міжнародної правової допомоги передбачає здійснення, у переважній більшості, ряду процесуальних дій та інших заходів, пов’язаних із розшуком осіб чи предметів, перевіркою об’єктів за криміналістичними обліками, наданням характеризуючих матеріалів, реальні обсяги співробітництва є більш ємнісні, ніж наведені цифри. Згідно ст. 561 КПК України, на території України з метою виконання запиту про надання міжнародної правової допомоги можуть бути проведені будь-які процесуальні дії, передбачені Кодексом або міжнародним договором. Тобто, мова йде про більш широке коло процесуальних дій, ніж це тлумачиться зазвичай, – а саме, процесуальні дії, що передбачені КПК України та міжнародними договорами України.

Слід приділити увагу питанню, про які саме процесуальні дії за вказаних умов йде мова. Поняття процесуальних дій є досить широким, адже традиційно до процесуальних відносять будь-які дії, що передбачені КПК України.

У свою чергу, міжнародні договори України по-різному визначають перелік таких дій. Згідно ст. 3 Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах 1959 року, «Запитувана сторона виконує, у передбачений її законодавством спосіб, будь-які судові доручення, які стосуються кримінальної справи і які надсилаються їй судовими властями запитуючої Сторони з метою забезпечення свідоцьких показань або передачі документів, які являють собою речові докази, матеріалів судової справи або документів». Відповідно до ст. 6 Мінської конвенції 1993 року з Протоколом 1997 року, Договірні Сторони надають одна одній правову допомогу шляхом виконання процесуальних та інших дій, передбачених законодавством запитуваної Договірної Сторони, зокрема: складання та пересилки документів, проведення оглядів, обшуків, вилучення та передачі речових доказів, проведення експертизи, допиту сторін, третіх осіб, підозрюваних, обвинувачених, потерпілих, свідків, експертів, розшуку осіб, здійснення кримінального переслідування, видачі осіб для їх притягнення до кримінальної відповідальності або приведення вироку до виконання, визнання та виконання судових рішень у цивільних справах, вироків у частині виконання цивільного позову, виконавчих написів, а також шляхом вручення документів. Подібна ситуація щодо тлумачення запитуваних процесуальних дій характерна для двосторонніх міжнародних договорів України.

Згідно ст. 3 Договору між Україною та Республікою Грузія про правову допомогу та правові відносини у цивільних та кримінальних справах 1995 року, держави домовилися, що обсяг правової допомоги охоплює виконання процесуальних дій, які передбачені законодавством запитуючої Договірної Сторони, зокрема, допиту сторін, обвинувачених та підсудних, потерпілих, свідків, експертів, проведення експертиз, судового огляду, передачі речових доказів, порушення кримінального переслідування та видачі осіб, які скоїли злочини, визнання та виконання судових рішень у цивільних справах, вручення та пересилання документів, надання на прохання другої Договірної Сторони відомостей про судимість обвинувачених.

Відповідно до ст. 1 Договору між Україною та Федеративною Республікою Бразилія про взаємну правову допомогу у кримінальних справах 2002 року, така допомога включає: a) отримання показань або заяв осіб; b) забезпечення документами, протоколами та іншими предметами; c) встановлення місцезнаходження чи ідентифікація фізичних чи юридичних осіб або предметів; d) вручення документів; e) передачу осіб, які перебувають під вартою, для дачі показань або з іншою метою; f) здійснення розшуку і вилучення; g) заходи, пов’язані з арештом та конфіскацією майна, реституцією і стягненням штрафів; та h) будь-яку іншу форму допомоги, що не заборонена законодавством запитуваної Сторони.

Автори коментарю КПК України відзначають, що законодавство України не встановлює вичерпного переліку процесуальних дій та заходів, які можуть бути проведені у порядку надання правової допомоги. Вони передбачені у главі 20 (слідчі (розшукові) дії) та главі 21 (негласні слідчі (розшукові) дії) КПК України. Перелік процесуальних дій не вичерпується посиланням на процесуальні дії, різновиди та порядок яких визначені КПК. Процесуальні дії можуть бути встановлені й у міжнародному договорі.

Отже, всі дії, які проводяться у межах міжнародної правової допомоги, можна умовно розподілити на дві групи:

а) процесуальні дії, передбачені КПК України;

б) процесуальні дії, передбачені міжнародними договорами України [9].

Аналіз КПК України свідчить, що до першої групи процесуальних дій відносяться:

– процесуальні дії, проведення яких безпосередньо передбачено у межах міжнародного співробітництва, згідно з розділом ІХ КПК України: вручення документів (ст. ст. 542, 564); зберігання та передання речових доказів і документів (ст. 549); тимчасова передача (ст. 565); виклик особи, яка перебуває за межами України (ст. 566); допит шляхом проведення відео- або телефонної кореспонденції (ст. 567); розшук, арешт та конфіскація майна (ст. 568); контрольована поставка (ст. 569); прикордонне переслідування (ст. 570);

– слідчі (розшукові) дії: допит (ст. 224), пред’явлення особи, речей для впізнання (ст. ст. 228–229); обшук (ст. 234); огляд (ст. 237); огляд трупа, в тому числі пов’язаний з ексгумацією (ст. ст. 238, 239); слідчий експеримент (ст. 240); освідування особи (ст. 241); проведення експертизи (ст. ст. 242–244); отримання зразків для експертизи (ст. 245);

– негласні слідчі (розшукові) дії: втручання у приватне спілкування (ст. 258); збереження інформації (ст. 259); аудіо-, відеоконтроль особи (ст. 260); накладення арешту на кореспонденцію (ст. 261); огляд і виїмка кореспонденції (ст. 262); зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (ст. 263); зняття інформації з електронних інформаційних систем (ст. 264); дослідження інформації, отриманої при застосуванні технічних засобів (ст. 266); обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи (ст. 267); установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268); спостереження за особою, річчю або місцем (ст. 269); аудіо-, відео контроль місця (ст. 270); контроль за вчиненням злочину (ст. 271); виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 272); негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження (ст. 274);

– інші процесуальні дії, передбачені КПК України: залучення особи до провадження як потерпілого (ст. 55), цивільного позивача (ст. 61), цивільного відповідача (ст. 62), їх представників (ст. ст. 58, 59, 63, 64), перекладача (ст. 68); експерта (ст. 69), спеціаліста (ст. 71); вручення повістки про виклик (ст. 135); тимчасовий доступ до речей і документів (ст. 159); тимчасове вилучення майна (ст. ст. 167, 168); арешт майна (ст. 170); вручення письмового повідомлення про підозру (ст. 278) та інші.

Слід відзначити, що слідчі (розшукові) дії необхідно відрізняти від негласних слідчих (розшукових) дій, котрі хоча і є їх різновидом, однак відомості про факти і методи їх проведення не підлягають розголошенню. Аналіз емпіричних джерел свідчить, що проведення останніх у межах міжнародної правової допомоги є проблемним.

Сьогодні у порядку міжнародного співробітництва перевага надається проведенню оперативно-розшукових заходів згідно із міжнародними міжвідомчими договорами, Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність», відомчими нормативно-правовими актами. У свою чергу, до другої групи процесуальних дій, проведення яких у межах міжнародної правової допомоги передбачено міжнародними договорами України, можуть, наприклад, відноситися: опитування (ст. 4 Договору між Україною і Республікою Молдова про правову допомогу і правові відносини у цивільних і кримінальних справах 1992 р.); розшук, арешт та конфіскація майна чи доходів, отриманих злочинним шляхом; одержання заяв; спостереження, в тому числі електронне (ст. ст. 12–14, 18, 20 Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності 2000 р.); визначення місцезнаходження осіб і предметів, включаючи їх ідентифікацію (ст. 2 Договору між Україною та Республікою Індія про взаємну правову допомогу в кримінальних справах 2002 р.); здійснення розшуку і вилучення (ст. 1 Договору між Україною та Федеративною Республікою Бразилія про взаємну правову допомогу у кримінальних справах 2002 р.); термінове збереження комп’ютерних даних, які зберігаються; термінове збереження і часткове розкриття даних про рух інформації; обшук і арешт комп’ютерних даних, які зберігаються; збирання даних про рух інформації у реальному масштабі часу; перехоплення даних змісту інформації (ст. ст. 16–21 Конвенції про кіберзлочинність 2001 р.); проведення обшуку й накладення арешту, а також заморожування; виявлення, заморожування та відстеження доходів від злочинів; вилучення активів (ст. 46 Конвенції ООН проти корупції 2003 р.) та інші дії, залежно від змісту конкретного міжнародного договору, що є підставою для співробітництва.

Вказана класифікація узгоджується із ст. 561 КПК України, відкриває широкі можливості для співпраці компетентних органів держав під час кримінального провадження. Цікавою є практика іноземних держав щодо міжнародної правової допомоги. Наприклад, у Данії, Німеччині, Ісландії, Латвії, Литві, Норвегії, Фінляндії, Швеції, Естонії до дій, що проводяться в її межах, відносять: вилучення інформації, що передається по телекомунікаційних мережах; прослуховування телефонних переговорів (розмов); електронне спостереження; приховане відеоспостереження; заходи для встановлення особи (в тому числі за відбитками пальців і фотографією); транскордонне спостереження; переслідування злочинця через кордон; транскордонне використання агентів, що проникли у злочинне угрупування; транскордонне стеження для розшуку викрадених автомобілів; контрольовані поставки.

Помітно, що багато заходів, які можуть реалізовуватися у межах міжнародної правової допомоги, мають оперативно-розшуковий характер. Необхідність застосування таких заходів обумовлена способами підготовки, вчинення та приховання злочинів, удосконаленням використовуваних засобів і методів злочинної діяльності. Зростають потреби збирання оперативної інформації на міжнародному рівні, зокрема з метою документування діяльності організованих злочинних угрупувань, забезпечення захисту потерпілих і свідків, виявлення та конфіскації коштів, отриманих незаконним шляхом та ін. На такі положення акцентується увага за змістом міжнародних договорів України (наприклад, ст. 20 Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності 2000 року).

Як відзначалося, новий КПК України максимально наближений до врахування актуальних потреб боротьби із сучасною злочинністю, спрямований на удосконалення реалізації заходів міжнародного співробітництва.

Так, законодавцем обраний напрям розширення переліку процесуальних дій, які можуть проводитися під час розслідування, у тому числі й на підставі запиту про міжнародну правову допомогу. Вважаємо, що такі зміни позитивно вплинуть на узгодженість кримінального провадження України з кращим досвідом розвинених іноземних держав, підвищать ефективність співробітництва. Крім того, особливість такого виду процесуальних дій як негласні слідчі (розшукові), полягає у наближенні їх змісту до оперативно-розшукових заходів, проте, на відміну від існуючої багаторічної практики – вони регламентуються КПК України.

Це прогресивний крок, який спрямований на забезпечення прав та свобод людини, відносно якої такі дії проводяться. Однак, за нових умов, пов’язаних із запровадженням можливості проведення слідчим негласних слідчих (розшукових) дій, слід більш чітко визначити повноваження оперативних підрозділів як суб’єктів негласного розслідування, вирішити інші проблемні питання. Зокрема, існує потреба у розробці відвідних нормативно-правових актів (інструкцій), криміналістичних рекомендацій, які б деталізувати порядок проведення негласних (слідчих (розшукових)) дій, використання отриманих результатів, у тому числі Чорноус Ю. М. за умови реалізації у межах міжнародної правової допомоги. Вказані пропозиції обумовлені вимогами нового кримінального процесуального законодавства, адже, як визначено у ст. 271 КПК України, порядок і тактика проведення негласних слідчих (розшукових) дій, а саме: контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки, спеціального слідчого експерименту, імітування обстановки злочину, визначається законодавством.

# РЕКОМЕНДОВАНІ ДЖЕРЕЛА

1. Луць Л. А. Європейські міждержавні правові системи: загальнотеоретична характеристика : автореф. дис. докт. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Л. А. Луць. К., 2005. 32 с.
2. Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підруч. / О. Ф. Скакун ; пер. з рос. Х. : Консум, 2006. 687 с.
3. Оніщенко Н. М. Теоретико-методологічні засади формування та розвитку правової системи : автореф. дис. докт. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Н. М. Оніщенко. К., 2002. 32 с.
4. Садовська О. М. Правова система Італії: загальнотеоретична характеристика основних елементів : автореф. дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / О. М. Садовська. Х., 2001. 8 с.
5. Актуальні проблеми теорії держави та права : навч. посіб. / [Є. В. Білозьоров, Є. О. Гіда, А. М. Завальний та ін.] ; за заг ред. Є. О. Гіди. К. : ФОП О. С. Ліпкан, 2010. 260 с.
6. Погорілко В. Правова система – система права – система законодавства суверенної України / В. Погорілко, А. Малишко // Право України. 1993. № 9–10. С. 10–17.
7. The Encyclopedia Britanica Micropedia. Yol. 6.
8. Allen E. Tarhswoth. An introduction to the Legal system of the United States / Allen E. Tarhswoth. New York, 1983. 171 р.
9. Коцюба О. П. Проблеми формування правової системи і законодавства України / О. П. Коцюба // Правова система України: теорія і практика : тези доп. і наук. повід. наук.-практ. конф. Ін-ту д-ви і права ім. В.М. Корецького АН України (7 – 8 жовт. 1993 р). К., 1993. С. 10–14.
10. Кельман М. С. Загальна теорія держави і права : підруч. / М. С. Кельман, О. Г. Мурашин. К. : Кондор, 2006. 477 с.
11. Луць Л. А. Загальна теорія держави і права : навч.-метод. посіб. / Л. А. Луць. К. : Атіка, 2008. 412 с.
12. Актуальні грані загальнотеоретичної юриспруденції : [монографія] / [Ю. М. Оборотов, В. В. Завальнюк, В. В. Дудченко та ін.] ; за ред. Ю. М. Оборотова. О. : Фенікс, 2012. 492 с.
13. Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: зб. наук. праць / За ред. Ю. С. Шемшученка, І. С. Гриценка, О. К. Маріна ; упор. О. В. Кресін, І. М. Ситар. К. : Логос, 2011. 520 с.
14. Ткаченко В. Д. Порівняльне правознавство : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / В. Д. Ткаченко, С. П. Погребняк, Д. В. Лук’янов ; за ред. В. Д. Ткаченка. Х. : Право, 2003. 274 с.
15. Луць Л. А. Сучасні правові системи світу : навч. посіб. / Л. А. Луць. Л. : Вид-во ЛНУ ім. І. Франка, 2003. 241 с.
16. Котюк В. О. Загальна теорія держави і права : навч. посіб. / В. О. Котюк. К. : Атіка, 2005. 592 с.
17. Закіров М. Б., Закірова С. Г. Юридична компаративістика : навч.- методич. посіб. Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2012. 208 с.
18. Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: Збірник наукових праць / За ред. О. В. Кресіна, І. М. Ситара; упор. О. В. Кресін. Київ; Львів: Ліга-прес, 2015. 412 с.
19. Кресін О. В. Становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII – першій третині XIX століття: компаративна концептуалізація: монографія. Київ: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Видавництво «Логос», 2017. 680 с
20. Оніщенко Н. М. Правова система як об’єкт наукового пізнання та вивчення//Правові системи сучасності: Навчальний посібник для магістрів права / Відп. ред. Ю. С. Шемшученко. Київ. Вид-во «Юридична думка», 2012. 492 с.
21. Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: Збірник наукових праць / За ред. Ю. С. Шемшученка, В. П. Тихого, М. М. Цимбалюка, І. С. Гриценка; упор. О. В. Кресін, І. М. Ситар. 2-е вид., випр. і доп. Львів, Київ: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. 652 с.
22. Правові системи сучасності : навч. посіб. для магіст. права / [Ю. С. Шемшученко, Н. М. Оніщенко, О. В. Зайчук та ін.] ; відп. ред. Ю. С. Шемшученко. К. : Юридична думка, 2012. 492 с.
23. Сучасні проблеми порівняльного правознавства: зб. Наук. праць / за ред.. Ю. С. Шемшученка, Я. В. Лазура; упор.: О. В. Кресін, М. В. Савчин. Ужгород-Київ: Вид-во «Говерла», 2015. 216 с.
24. Тюріна О. В. Сучасні національні правові системи: навч. посіб. Київ. Нац.акад.внутр.справ, 2015. 200 с.
25. Гапотій В. Д. Основні правові системи світу: навчальний посібник / В. Д. Гапотій, О. Л. Жильцов, Г. І. Воржевітіна. Мелітополь: ФОП Однорог Т. В., 2019. 279 с. URL: [http://eprints.mdpu.org.ua/id/eprint/8307/1/%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2BE%D 0%B2%20%D1%81%D0%B8%D1%81%D1%82%D0%B5%D0%BC%20(1)%20%E2%80%94%20%D0%BA%D0%BE%D0%BF%D0%B8%D1%8F.pdf](http://eprints.mdpu.org.ua/id/eprint/8307/1/%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2BE%25D%200%B2%20%D1%81%D0%B8%D1%81%D1%82%D0%B5%D0%BC%20(1)%20%E2%80%94%20%D0%BA%D0%BE%D0%BF%D0%B8%D1%8F.pdf)

**Додаткова література**

1. Барабаш О. Протестантизм у розвитку загального права Англії та США. *Вісник Академії правових наук України.* 2012. №3 (70). С.78-86.
2. Батлер У. Е. Місце пострадянських правових систем на правовій карті світу: Відкрита лекція / Пер. з англ. К. О. Черниченка. За ред. О. В. Кресіна. Київ: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Видавництво «Логос», 2009. 20 с.
3. Бехруз Х. Еволюція ісламського права: теоретико-компаративістське дослідження: Автореф.дис. … докт. юрид.наук: спец. 12.00.01. О., 2006. 20 с.
4. Билозëров Е. В. Источники права в государствах континентального и общего права (теоретико-сравнительный аспект) / Е. В. Билозëров // Вестник Академии МВД Республики Беларусь. 2013. № 2 (26). С. 197-202.
5. Богачова Л. Л. Система Європейського та національного права URL: http: // archive. nbuv. gov.ua/e-journals/tipp/2012\_№1/Bogachov.pdf.
6. Вовк Д. Релігійна традиція у праві: аспекти загальнотеоретичного розуміння. *Вісник Академії правових наук України*. 2012. №3(70). С.44-53.
7. Дуда С. М. Джерела права в романо-германській правовій сім’ї (типологічні особливості. *Південноукраїнський правничий часопис*. №3 / 2012. Одеса, 2012. С.75-77.
8. Журавський В. С., Поволокіна К. П. Сучасні процеси правового розвитку (процеси взаємодії правових систем) // Порівняльне правознавство (теоретико-правове дослідження): Монографія / За ред.. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. Київ. «Видавництво «Фенікс», 2007. с. 38-54.
9. Крестовська Н. М. Цивілізаційний підхід у порівняльному правознавстві. Правова держава. 2016. Вип. 27. С. 443-449.
10. Оленчук І. В. Типологічні особливості романо-германського права. *Південноукраїнський правничий часопис.* 2012. № 3. С.77-79.

**Інформаційні ресурси**

1. Електронна бібліотека: URL: http://www.info-library.com.ua/
2. Бібліотека Інституту Поглиблених Правничих Студій. Велика Британія URL: <http://www.ials.sas.aс.uk/library/library.htm>
3. Наукова бібліотека ім. М. Максимовича Київського національного університету ім. Тараса Шевченка URL: [www.library.univ.kiev.ua](http://www.library.univ.kiev.ua)
4. Наукова бібліотека Національного університету “Києво-Могилянська академія” URL: http://www.ukma.kiev.ua/ukmalib
5. Національна бібліотека України ім. В. І. Вернадського URL: <http://www.nbuv.gov.ua/>
6. Національна бібліотека Франції URL: <http://www.bnf.fr/>
7. Національна Парламентська бібліотека України URL: <http://www.nplu.kiev.ua/>
8. Німецькі бібліотеки URL: <http://www.ddb.de/>
9. Українська правнича фундація URL: http://www.ulf.com.ua/
10. Центр європейського і порівняльного права URL: http://www.ecle.gov.ua/
11. Юридична бібліотека Школи права Йелльського університету URL: <http://www.law.yale.edu/library/>
12. Форум права (електронне наукове фахове видання) URL: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/index.htm