**1.Понятие «сравнительное право» и его соотношение с понятим «Сравнительное правоведение».**

Поняття «порівняльне правознавство» має міждисциплінарний комплексний характер, оскільки воно включає все різноманіття права в його геоправовому аспекті.

У сучасній юридичній літературі для позначення поняття «порів­няльне правознавство» використовуються різні терміни: «порів­няльне право», «компаративістика», «юридична компаративіс­тика», «порівняльна юриспруденція» та ін. У Франції і Німеччині дослідники віддають перевагу терміну «порівняння права» або «порівняльне право», у країнах Латинської Америки і ряду інших держав — «порівняльне законодавство», у Росії, Україні і в інших пострадянських державах — «порівняльне правознавство», в США — «порівняльна юриспруденція», «порівняльне правознавство», «порівняльне право».

М.М. Марченко відзначає, що терміни «порівняльне право» і «порівняльне правознавство» можна використовувати як рівно­значні, оскільки головне полягає не в самій назві, а в опосе­редковуваному нею змісті, який вкладається в той чи інший термін, в його безпосередньому призначенні1. При цьому термін «порівняльне» має універсальний характер. Проте, на думку Ю.О. Тихомирова, термін «порівняльне право» не є цілком адек­ватним змісту наукової дисципліни, оскільки немає такого різно­виду права, як порівняльне правознавство (як система правових норм, що регулює суспільні відносини, оскільки «порівняльне правознавство» передбачає порівняльне вивчення різноманітних правових систем).

Основними питаннями, з яких розгортається полеміка, є такі: що слід розуміти під «порівняльним правознавством», яка спе­цифіка його методологічного інструментарію; сфера його засто­сування; співвідношення порівняльного правознавства з іншими юридичними дисциплінами.

У правовій літературі, присвяченій проблемам порівняльного правознавства, існують різні точки зору на його природу, іноді полярні, взаємовиключні. В одних випадках, виходячи з того, як вирішуються схожі правові питання в різних правових системах, порівняльне правознавство розуміється як напрям наукових досліджень, заснованих на порівняльно-правовому методі. В інших випадках воно зводиться до порівняльного вивчення окремих галузей права або правових інститутів. Поширене також уяв­лення про порівняльне правознавство як про процес порівняння не тільки окремих нормативно-правових актів, інститутів або га­лузей права (мікропорівняння), але й існуючих правових систем (макропорівняння). Таким чином, існують погляди на природу порівняльного правознавства, що відрізняються один від одного.

Якщо згрупувати численні погляди на природу порівняль­ного правознавства, то можна вийти на декілька основних точок зору.

1. порівняльне правознавство роз­глядається як комплексний науковий метод, тобто сукупність наукових прийомів пізнання закономірностей розвитку правових систем, що не має самостійного предмета (К- Осакве).

2. порівняльне право­знавство розглядається як самостійна наука, що має свій предмет і методи (Ю.О. Тихомиров, К. Цвайгерт і X. Кьотц).

3. порівняльного право­знавства як допоміжної дисципліни в рамках теорії держави і права і синонімічної загальній теорії права (В.М. Сирих).

4. порівняльне правознавство доцільно розглядати у двох аспектах: як науковий метод дослід­ження, універсальний для всіх галузей юридичної науки, і як сис­тему наукових знань про сучасні правові системи на основі широ­кого застосування порівняльного методу (А.А. Телле, М. Ансель). На думку М. Анселя, порівняльне правознавство є наукою. Вона є такою у двох аспектах, у двох, хоча і різних, але доповню­ючих одна одну точок зору. Перший аспект передбачає вивчення основних систем права (мова йде про створення юридичної гео­графії), що діють у світі, другий аспект передбачає застосування порівняльного методу. При чому М. Ансель розрізняє його випад­кове і систематичне застосування. Він уважає, що систематичне застосування порівняльного методу не може не стати методом певної науки1.

Найважливішим моментом у визначенні природи порів­няльного правознавства є співвідношення понять «порівняльний метод» і «порівняльне правознавство». К- Осакве розглядає порівняльне правознавство як спосіб мислення, який передбачає існування власного методологічного інструментарію, певних стадій, необхідних для порівняльно-правового аналізу, і певних логічних операцій, необхідних для успішного порівняльно-правового дослі­дження, то в другому випадку — як систему мислення, що більше тяжіє до визнання порівняльного правознавства як науки, а не наукового методу.

Прихильники визнання порівняльного правознавства як методу також уважають, що порівняльний метод у рамках порівняльного правознавства застосовується до об'єктів, що належать до різних галузей права, і це позбавляє його (порівняльне правознавство) власного предмета.

І. Сабо критично ставився до розгляду порівняльного право­знавства як «лише методу», оскільки така позиція — результат прагнення до того, щоб порівняльний метод охопив усі галузі юридичної науки, претензія створити за допомогою цього методу шляхом порівняння правових систем єдине світове право.

А.Х. Саїдов відзначає, що порівняльне правознавство не можна розуміти тільки як певний метод дослідження, про що свідчить нагромаджений порівняльно-правовий матеріал. В той же час сталого розуміння змісту по­няття «порівняльне правознавство» поки що немає.

Поява ПП викликана необхідністю узагаль­нення й осмислення сукупності знань, зумовлених процесами суспільного розвитку. Одне з основних призначень порівняльного правознавства — це пошук шляхів і можливостей гармонійного співіснування правових систем сучасності зі збереженням націо­нальної правової своєрідності.

Порівняльне правознавство як самостійний науковий напрям розширює можливості проведення порівняльно-правових дослі­джень. Водночас, як вивчення зарубіжного права пов'язане з дослідженням тільки однієї правової системи без її порівняння з іншими, то порівняльне правознавство аналізує дві або більше правових систем, шляхом зіставлення різних аспектів із метою виявлення властивостей, що сприяє розширенню кола правових явищ, що вивчаються.

Порівняльне правознавство, як сфера наукового знання, що розширюється, має практичну спрямованість, пов'язану з оптимізацією державної взаємодії в правовій сфері та з розробленням конкретних реко­мендацій з удосконалення чинного законодавства.

Порівняльне правознавство досліджує основні правові системи, визначає їх місце і значення в правовій панорамі світу, виявляє особливості функціонування міжнародного, наднаціонального і на­ціонального права з метою виявлення їх спільних і відмітних рис, прогнозує їх подальший розвиток, а також вивчає шляхи вирі­шення загальнолюдських проблем у рамках різних правових систем.

Таким чином, порівняльне правознавство як наука переживає період трансформації і самоідентифікації, викликаний, як уже наго­лошувалося, з одного боку, необхідністю визначення його місця в системі юридичних наук, а з іншого — глобальними змінами у світі.

**2.Основные критерии научности сравнительного правоведения.**

1) Выяснить, каковы онтологические критерии какой-либо науки, – значит, определить, какова специфическая область изучения (иначе говоря, специфический объект) этой науки. То, что в самом общем виде объект для сравнительного правоведения – правовая реальность, это не вызывает сомнения. Однако она является общим объектом всех правовых наук. Возникает естественный вопрос: существует ли такой срез правовой реальности, который не охватывается другими правовыми науками и составляет специфический объект сравнительного правоведения? Думаю, что да.

Известно, что в правовой реальности существуют системные правовые образования: национальная, наднациональная, международная правовые системы, которые изучаются соответствующими правовыми научными дисциплинами. А межсистемные зоны, взаимосвязи, взаимодействия, взаимопроникновения правовых систем этими дисциплинами не изучаются. Без изучения этих зон, связей всякие построения в правоведении являются скорее расчлененными на отдельные системы знаний, среди которых (и между которыми) пустоты гораздо более многочисленны, чем заполненные места. Это и служит онтологическим основанием необходимости сравнительного правоведения как самостоятельной науки.

В историческом плане указанные межсистемные связи в большей или меньшей мере были всегда, однако получили широкий размах со времени великих географических открытий, интернационализации экономики, увеличение экспорта капитала и экспансии колониализма, развития торговых связей и международных отношений. С того же временипроисходила онтологическая институционализация сравнительного правоведения, ибо указанные процессы требовали выхода за рамки национального права.

2) Однако для признания сравнительного правоведения как самостоятельной науки онтологических критериев недостаточно, немалое значение имеют также эпистемологические, т.е. теоретико-познавательные, критерии. Одним из главных таких критериев является наличие особой познавательной установки (или ракурса рассмотрения). Для сравнительного правоведения таковым является наличие специфического подхода к изучаемому объекту. Сравнительное правоведение от других правовых наук отличается тем, что здесь сравнительно-правовой метод применяетсясистематично*.*

3) Третья категория критериев – это критерии институционально-организационные. Как и всякая наука, сравнительное правоведение включает в себя разные институционально-организационные формы научно-познавательной деятельности: специализированные научно-исследовательские центры и институты, факультеты, кафедры, научные издания, конгрессы, конференции и т.д. Чтобы убедиться в наличии указанных институционально-организационных форм в сравнительном правоведении, полагаю, достаточно ознакомиться со «Справочником», недавно выпушенным О.В. Кресиным.

**3. Предмет сравнительного правоведения.**

Подходы к определению предмета СП:

- предметом является уяснение общих черт развития права

- процесс выявления и анализа общих принципов, заложенных в различных правовых системах. Магнус - предметов СП является сравнительные научные исследования правопорядков.

- предмет СП определяется описательно. Перечисляются вопросы, проблемы которые изучает СП. Марченко – предметом СП является сравнительный анализ правовых систем с целью выявления их сходных черт и различий, оперирование чертами с целью группирования в различные правовые системы.

Круз:

+сравнение зарубежных правовых систем со своими

+анализ принимаемых решений в разных правовых системах по схожим вопросам

+изучение причинно-следственных связей

+сравнительное исследование основных стадий развития правовых систем

+раскрытие характера эволюционирования изменений, происходящих в различных правовых системах.

2 аспекта предмета СП (Белич):

- практико-прикладной – комплекс проблем, происходящих в государственно-правовой сфере и требующих сравнительного исследования.

- сугубо научный – разработка методологии и методики СП и следования на этой основе общих принципов и закономерностей возникновения, функционирования и развития разных правовых систем.

Недостатки аспектов: отождествление объекта и предмета СП + предмет СП сводится к стоящим перед этой наукой целям, задачам, функциям.

Требования к определению предмета СП:

1.оно должно учитывать соотношение объекта и предмета науки в целом. Объект – то, на что направлено научное познание. Это качественно-определённый срез объективной реальности. Он может быть в форме события, явления, процесса, фрагмента реальности. Предмет – то, что в объекте познаётся, подлежит изучению, постоянно находится в процессе познания. Это определённая целостная совокупность наиболее существенных аспектов сторон, свойств, признаков, связей, закономерностей объекта. Объект шире, что предмет.

2.определение предмета СП должно исходить из самой природы объекта науки

3.в предмете науки СП должно находить своё отражение специфика её целей, задач, функций, но они должны быть предоставлены в снятом виде. Цель – то, к чему стремимся. Задача – то, что требует решения, выполнения.

4. определение предмета должно быть открытым, учитывающим перспективы развития СП. Оно должно не просто фиксировать то, что изучено, но и указывать вероятные направления исследования. Поэтому любое определение предмета науки должно носить приблизительный характер, поскольку круг изучаемых вопросов изменяется.

5.в предмете науки должна находить отражение специфика системы данной науки. Особенно это относится к СП.

Предмет СП – сходство и различия, общее, особенное, единичное, взаимосвязи, взаимодействия, взаимовлияние в системных правовых образованиях (в правовых системах: национальных, наднациональных, международных, правовых семьях) и их составляющие, систематически освоенные с помощью специфического подхода – сравнительно-правового подхода.

**4.Объект сравнительного правоведения и сравнительно-правовых исследований.**

Поняття «об'єкт» і «предмет» науки не є тотож­ними. Поняття об'єкта науки є ширшим, ніж поняття її предмета. Об'єкт може бути і, як правило, є спільним для ряду наук, тоді як предмет однієї науки не може збігатися з предметом іншої науки.

Універсальним об'єктом правової науки виступає правова ре­альність. На думку О.Ф. Скакун, правова реальність — багаторівнева система правових засобів і явищ, що функціонує в усіх її струк­турних зв'язках із соціальною сферою держави, яка є антропо­логічною основою і простором права. Правова реальність — це всі прояви правового життя суспільства (колективних і індиві­дуальних суб'єктів права): юридична діяльність і її результати (правотворчі, правозастосовні та інші акти), правопорушення і юридична відповідальність, правове мислення, правове вчення, деформації правової свідомості (правовий нігілізм, правова дема­гогія) та інші, тобто всі правові елементи — ті, що впорядковані, й ті, що перебувають на стадії упорядкування (хаотичні)3.

Що ж входить в коло об'єктів порівняльного правознавства?

Досліджуючи питання про об'єкт порівняльного правознавства, М.М. Марченко відзначає, що його об'єктом завжди виступає правова реальність, яка об'єктивно існує в різних країнах. Об'єкт порівняльного правознавства ніким не вигадується і не виводиться ні з чого. Він існує в житті, у реальній дійсності1.

На думку Ю.О. Тихомирова, об'єкти порівняльного право­знавства — не умоглядні висновки кабінетних учених, а реальні загальноправові процеси, що вимагають аналізу й оцінки, вжи­вання адекватних державно-правових заходів, і здійснення необ­хідних дій2.

Порівняльне правознавство як наука зосереджується на роз­гляді тих аспектів правової реальності, які виступають як сукуп­ність компонентів, що зумовили єдність та відмінність правових проявів у рамках правових систем.

**Об'єктом порівняльного правознавства є** правова реальність, що включає всі без винятку правові явища, пов'язані з правовою системою суспільства, зокрема правові норми, правову культуру, правову ідеологію, правосвідомість, правові відносини, правову практику, правову психологію і т. ін. На сучасному етапі розвитку порівняльного правознавства до сфери його інтересів залучаються дедалі нові об'єкти.

**6. Цели и задачи сравнительного правоведения.**

Целью сравнительного правоведения является изучение законов и правовых систем различных государств с целью выявления новых закономерностей в развитии права и использования этих закономерностей для стимулирования общего развития правовой теории и юридического строительства.

Цели можно свести к нескольким основным:

· познавательная (глубокое и масштабное изучение правовых явлений в различных государствах);

· информационная (получение точных сведений о качественных моментах зарубежного права и их использование в отечественной юридической практике);

· аналитическая (обнаружение истоков правовых явлений в зарубежных системах права и выявление тенденций их развития);

· интегративная (четкая ориентация в разработке способов гармонизации и сближения правовых систем);

· критическая (конструктивный анализ отдельных институтов зарубежного права и его сопоставление с аналогичными институтами российского права);

· пропагандистская (информирование о значимости правовой системы страны).

**7. Функции сравнительного правоведения.**

Основные: академическая (научно-познавательная) и практико-прикладная

Дополнительная: юридико-мировоззренческая

Як відомо, функції будь-якої науки, у тому числі і порівняль­ного правознавства, відображають основні напрями, через які проявляється їх суть і зміст, а також необхідність їх існування.

На думку Ю.О. Тихомирова, порівняльне правознавство включає виконання таких функцій: інформаційна, аналітична, кри­тична, інтеграційна і домінантна. Воно служить законотворчій і правозастосовній практиці, правильному засвоєнню зарубіжних доктрин і практики, а також юридичній освіті.

Функції порівняльного правознавства можна умовно розділити на дві великі групи.

1.Теоретичні функції, що забезпечують якісне зростання в роз­витку не тільки порівняльно-правового, але й усього юридичного знання в цілому. Дані функції забезпечують теоретичне осмис­лення закономірностей походження й еволюції правових систем, що сприяє вивченню не тільки національного права, але й визна­ченню його місця в системі правових сімей. Реалізація теоретичних функцій сприяє розвитку теоретичних основ порів­няльного правознавства, що є внеском у розвиток юридичної науки в цілому.

2.Практичні функції порівняльного правознавства направлені як на виконання конкретних завдань правової практики, що ви­никають перед різними правовими системами окремо, так і перед цілими правовими сім'ями. Реалізація цих функцій сприяє гармоні­зації й уніфікації правових норм національних правових систем, розробленню нормативно-правових актів з урахуванням зарубіж­ного досвіду та ін.

Основними функціями порівняльного правознавства, що входять у вищезгадані групи, є такі.

**Гносеологічна функція** виражається в тому, що будь-яка юри­дична наука направлена на пізнання навколишнього світу. Вона пізнає державу, право й інші державно-правові явища, отримує про них необхідні знання, пояснює їх із наукових позицій. Цього можна досягти шляхом їх вивчення у зв'язку з іншими явищами, що формують соціальне життя. Порівняльне правознавство вивчає правові системи, пов'язуючи його з такими цивілізаційними яви­щами, як культура, релігія, політика, ідеологія, традиції та ін.

**Методологічна функція** порівняльного правознавства ви­ражається в тому, що в рамках даної науки напрацьовується великий методологічний потенціал, необхідний для проведення порівняльно-правових досліджень. Оскільки здійснення порів­няльно-правових досліджень є необхідною умовою при вивченні об'єктів і предметів різних наук, то вироблений методологічний арсенал у рамках порівняльного правознавства відіграє важливу роль у цьому процесі. Зокрема, порівняльно-правовий метод отри­мує подальший розвиток, завдяки чому забезпечується результа­тивність порівняльно-правових досліджень. Це сприяє успішному проведенню в рамках різних правових наук порівняльно-правових досліджень, які стають більш контрастними і яскравими, оскільки в цей процес включаються і додаткові чинники.

**Інтеграційна функція** порівняльного правознавства, тобто функція оптимізації розвитку національних правових систем, зумовлена курсом держави або держав, міждержавних об'єднань на зближення правових систем за допомогою гармонізації націо­нальних законодавств і уніфікації правових норм. У цих випадках критеріями порівняння й оцінки національних законодавств служать визнання загальних інтересів держав в узгодженому правовому регулюванні, пошук і визначення об'єктів такого регулювання, виявлення відмінностей у національних зако­нодавствах і можливих засобів їх подолання. Порівняльне право­знавство виробляє рекомендації, направлені на удосконалення державно-правового будівництва, законодавства, юридичної прак­тики тощо, тим самим забезпечує успішність і результативність інтеграційних процесів.

**Функція деідеологізації правових доктрин і теорій**, направ­лених на вивчення правових систем, передбачає об'єктивний нау­ковий підхід до вивчення основних державно-правових явищ у рамках порівняльного правознавства і неупереджене ставлення до них залежно від політичних і ідеологічних поглядів та інте­ресів. Реалізація даної функції забезпечує об'єктове вивчення правової панорами світу.

**Виховна функція** призводить до розвитку правосвідомості і правової культури, унаслідок чого правове мислення сприймається як важливий важіль переключення суспільної свідомості на загальноцивілізаційні орієнтири. Реалізація даної функції сприяє шанобливому ставленню до «чужого» права, сприйняттю його нарівні з національним правом як складової правової панорами світу.

**Освітня функція** реалізується через викладання порівняльного правознавства як необхідного компоненту підготовки сучасних фахівців у різних галузях правової науки. Значне поширення порівняльного правознавства і введення його в навчальну про­граму юридичних вузів на сьогодні відображає, з одного боку, рівень його розвитку як самостійної юридичної науки, а з іншого — нагальну необхідність практичного застосування результатів його досягнень.

**8. Основные этапы становлення и развития сравнительного правоведения.**

З Приводу відповіді на запитання, з якого моменту починається формування порівняльного правознавства, серед дослідників, що займаються даною проблематикою, немає єдиної точки зору. Якщо розглядати всі існуючі точки зору з даної проблеми, то можна вийти на дві найбільш яскраво виражені.

1.Порівняльне правознавство своїм корінням сягає в глиб століть, а точніше в період античності, коли мислителі використовували порівняння як прийом у своїх дослідженнях. Окрім цього, даний прийом був затребуваний і серед законодавців. Прикладом можуть служити ста­рогрецькі закони Солона і Лікурга, розроблення в Стародавньому Римі Законів XII таблиць, утворення римського права. На думку багатьох дослідників, саме в цей період зароджуються порів­няльно-правові ідеї. У середні віки, у період формування і роз­витку національних правових систем Франції, Німеччини й Англії, дані ідеї отримали подальший розвиток.

Значна роль у розвитку порівняльного правознавства відво­диться також великим представникам епох Відродження і Про­світництва, що складали плани суспільних реформ на основі природно-правової доктрини. їх застосовували вчені і мислителі минулих століть, коли зіставлення державних установ і інститутів давало яскравішу картину. Ш. Монтескье, розробляючи теорію поділу влад, глибоко вивчав досвід стародавніх республік і особ­ливо англійський парламентаризм1.

Прихильники даної точки зору пов'язують форму­вання порівняльного права з використанням порівняння як при­йому при проведенні різних досліджень.

2. Порівняльне правознавство по­чало формуватися в другій половині XIX ст., а саме — в 1869 р. і пов'язано із заснуванням французького Товариства порівняль­ного законодавства. На думку інших, воно зародилося в 1900 р. і пов'язано з проведенням І Міжнародного конгресу порівняльного права.

Дж. Майда виділяє чотири умовні стадії розвитку порівняль­ного правознавства.

1.(приблизно друга половина XIX — початок XX ст.) набули значного поширення ідеї Е. Ламберта і Р. Салейла, що послужили своєрідним імпульсом для міжнародної уніфікації права.

2. (20-ті—40-ві pp. XX ст.) характеризується як стадія розвитку і досить значного поширення серед учених-компаративістів думки про те, що порівняльне правознавство — це не окрема наука, не самостійна галузь знань, а лише особливий порівняльно-правовий метод дослідження.

3. (кінець 40-х—50-ті pp. XX ст.) робляться посилені спроби дослідження його в практичному плані, як «інструменту» виконання повсякденних практичних завдань, і одночасно приді­ляється підвищена увага порівняльно-правовій освіті, особливо в Європі й Америці.

4. (60-ті pp. XX ст.) відрізняється, перш за все, тим, що безпосередньо асоціюється із цілеспрямованим розробленням компаративістами різних країн, і в першу чергу відомим фран­цузьким ученим Р. Давидом, доктрини «великих систем» — правових сімей.

На думку О.Ф. Скакун, наука порівняльного правознавства пройшла три етапи свого безпосереднього розвитку:

1. виникнення як юридичної науки, тобто нагромадження і систематизація юридичних знань про проблеми застосування порівняльно-правового методу, вивчення загальних, особливих і одиничних рис різноманітних правових систем світу;
2. становлення як самостійної галузі юридичних знань, що має власний предмет, методи, понятійний апарат і т. ін.;
3. оформлення юридичної компаративістики як системи знань, методів, прийомів порівняльно-правових досліджень у цілісну систему, тобто в теорію правових систем (теорію компаративістики), зростання значущості і визнання результатів цих досліджень.

Підбиваючи підсумок вищевикладеним періодизаціям історії формування, розвитку порівняльного правознавства, необхідно відзначити, що компаративісти мають підстави для того, щоб почати історію порівняльно-правових досліджень із праць античних авторів. Дійсно, порівняння як прийом вивчення права й удоско­налення законодавства існує з незапам'ятних часів. Проте широке і свідоме застосування порівняльно-правового методу і визнання порівняльного правознавства як самостійного наукового напряму все ж таки наледать до другої половини XIX ст. І на цій підставі можна виділити такі етапи його становлення і розвитку:

1. етап формування ідей порівняльного правознавства — спочатку як порівняльно-історичний напрям досліджень, а потім як практико-прикладний напрям (1800—1900);
2. етап формування порівняльного правознавства і його становлення як визнаного наукового напряму — І Міжнародний конгрес порівняльного права (1900) і подальший його розвиток (1900—1945);
3. етап інтенсифікації розвитку порівняльного правознавства після другої світової війни (1945 - 80-ті роки XX ст.);
4. сучасний етап розвитку порівняльного правознавства.

**9. Особенности основних школ сравнительного правоведения.**

**Немецкая школа сравнительного законодательства**

Сравнительное правоведение зародилось первоначально как сравнительно-историческое; оно развивалось в ряде стран, в том числе в Германии и России, прежде всего в исторических исследованиях. Многие под термином «сравнительное правоведение» понимали всеобщую сравнительную историю права.

Взгляды Савиньи, основоположника **исторической школы права**, имели большое значение для развития юридической науки. Он не только заложил основу исторического метода в юридической науке, но и попытался создать научную историю права.

Обращаясь к конкретным путям исторического развития права Германии, представители исторической школы сосредоточили свое внимание на рецепции римского права, германском праве и соотношении этих двух систем. В зависимости от того, как понималось это соотношение, позднее выделились два течения: романистов и германистов. В частности, появление германского течения связывают с выходом в 1843 г. книги Г. Безелера «Народное право и право юристов».

С позиции исторической школы права право настолько связано с развитием данной нации и народа, что оно не может быть использовано другим народом. Любое правовое заимствование не может не вступить в противоречие с собственным «народным духом». Такой тезис уводил историческую школу права от сравнительного права. В связи с этим в начале XX в. французский компаративист Р. Салейль отмечал, что исторический метод изучения общественных наук обладает многими преимуществами, однако историческая школа остановилась на полпути.

Позициям исторической школы права противостояли два течения, которые, исходя из иных, чем эта школа, философских предпосылок, выступали за развитие сравнительного права. Одно из них основывалось на кантианских идеях, и его главным представителем был А. Фейербах. Другое тяготело к Гегелю и было представлено южнонемецкой, или гейдельбергской, школой права.

Историческая по своему характеру гейдельбергская школа исходила из гегелевского понимания истории. С ней связаны имена Тибо, Ганса, Цахарие, Миттермайера. Школа рассматривала иностранное право не только как объект исторического знания, но и как инструмент улучшения законодательным путем национального права. Позднее в рамках этой школы получило развитие сравнительно-этнологическое правоведение, которое связывалось с именами Поста и Колера.

Наиболее видным представителем гейдельбергской школы права был Э. Ганс, учившийся у Тибо и Гегеля в Гейдельбергском университете. Вслед за Гегелем Ганс утверждал, что любое историческое исследование, которое не приводит в конечном счете к выработке понятий, – не более чем поверхностное, развлекательное занятие. Для Ганса история – это не только знание прошлого. Она включает в себя и изучение настоящего. С правом прошлых времен следует сопоставить современное право, и только так можно понять отдельные этапы развития разума – движущей силы исторического развития. В связи с этим его концепцию можно назвать всеобщей сравнительной историей права. Однако у него в отличие от исторической школы права настоящее не подчинено прошлому, наоборот, прошлое должно помочь открыть последовательное развитие понятия права.

Против исторической школы права выступил и другой представитель южнонемецкой школы – профессор Гейдельбергского университета К. Цахарие. Он придавал большое значение иностранному праву и кодификации, особенно Французскому гражданскому кодексу 1804 г. Основной труд - «Учебник французского права». В нем он рассматривал французское право на широкой историко-философской основе.

Еще один представитель южнонемецкой школы – профессор Гейдельбергского университета К. Миттермайер. Его научно-практическая юридическая деятельность развивалась в трех направлениях.

1.это собственно научная деятельность на широкой сравнительной основе. В своих многочисленных научных трудах по уголовному процессу он широко использовал сравнение германского общего права с французским, американским, австрийским, баварским и прусским.

2. практическая деятельность по подготовке и консультированию проектов законодательных реформ. Он был официальным экспертом по подготовке многих кодексов.

3.деятельность, имевшая целью информировать немецких юристов о состоянии права и законодательных реформах за рубежом. Совместно с Цахарие он основал в 1829 г. «Критический журнал юридической науки и зарубежного законодательства». Журнал просуществовал до 1953 г., и изданные 26 его томов содержали весьма богатый законодательный, критический и сравнительный материал по уголовному, уголовно-процессуальному праву и криминологии различных стран.

Миттермайер первым ориентировал сравнительное право на удовлетворение практических потребностей, стремясь использовать его как средство законодательной политики.

**Юридическая этнология** включала в сферу научных поисков право так называемых примитивных, или варварских, народов. Заслуга ее создания принадлежит Посту (давшему ей и название) и Колеру.

И. Колер считал, что, только интегрировав в себе юридическую этнологию, история права может стать действительно всеобщей. История права цивилизованных народов и этнология права народов нецивилизованных должны слиться воедино. В своем философском правопонимании он исходил из того, что право – это фактор и следствие цивилизации. Оно неразрывно связано с культурой и способно выполнить свое предназначение лишь тогда, когда отвечает требованиям культуры данного времени.

А. Пост стремился создать с помощью сравнительного метода такую юридическую науку, которая базируется на историческом опыте и приближается по своему характеру к естественным наукам. Он выступал против естественно-правовой теории и любого другого спекулятивно-умозрительного правопонимания.

В сравнительно-этнологическом правоведении Поста и Колера нередко происходило смешение сравнительного права со сравнительной историей права. Они часто подгоняли исходный этнологический материал под заранее постулированные гипотезы и концепции. Поэтому сравнение у них нередко оказывалось поверхностным. Оно почти всегда было направлено на выявление сходства и параллелизма в развитии права, ибо, по их мнению, такое развитие было подчинено действию общих для всего человечества закономерностей. Различия и несходства отбрасывались как случайные. Само общественное развитие понималось как однолинейный процесс.

Еще одна заметная фигура в становлении сравнительного правоведения в Германии второй половины XIX в. – **А. Фейербах.** Основываясь на кантианских идеях, Фейербах выступал одновременно и против национализма исторической школы права, и против универсализма естественно-правовой доктрины. Он широко использовал сравнительный метод в сфере уголовного законодательства как в теоретическом, так и в практическом плане и пытался создать науку сравнительного права, которую трактовал как всеобщую историю права. По его мнению, только сравнение различных правовых систем дает возможность превратить юриспруденцию в подлинную науку, где философия, история и сравнение должны быть признаны равноправными компонентами, на основе которых развивается юридическая наука.

**Французская школа сравнительного законодательства**

Если в первой половине XIX в. эпицентр сравнительного правоведения находился в Германии, то во второй половине он переместился во Францию. Сравнительное изучение различных правовых систем велось здесь прежде всего в практико-прикладных целях, для совершенствования национального законодательства, чем и обусловлено преобладание термина «сравнительное законодательство», подчеркивавшего прикладной характер науки. Существенную роль сыграло и то, что во французской юридической науке господствовал **позитивизм** (**школа экзегезов**).

В 1869 г. создается Общество сравнительного законодательства. По мнению основателей этого Общества, его создание отвечало потребностям юристов выйти за ограниченные рамки одной законодательной системы, с тем чтобы и само законодательство в свою очередь утратило сугубо локальные черты и восприняло опыт, накопленный во всем мире. В целях ознакомления общественности с законодательными текстами Общество с 1875 г. приступило к выпуску Ежегодника зарубежного законодательства и Ежегодника французского законодательства. При министерстве юстиции Франции был создан Комитет иностранного законодательства, который совместно с Обществом сравнительного законодательства обеспечивал перевод на французский язык большинства иностранных кодексов и других важных законодательных актов.

В соответствии с позитивистскими установками сравнительное правоведение в лице **школы сравнительного законодательства** конструировало себя как чисто юридическая теория, изучающая позитивное законодательство. Предметом сравнительного законодательства было не право вообще, а действующие правовые нормы и институты. Конкретная цель его состояла в изучении не теоретически отвлеченных, а необходимых для законодательной деятельности выводов. В рамках **«классической школы»** оно дало наибольший эффект в совершенствовании националыюго отраслевого законодательства. Это относится прежде всего к гражданскому, уголовному и процессуальному праву.

Однако постепенно теоретический уровень французской компаративистики отходит от уровня экзегезов и на пороге XX в. в ней создаются значительные теоретические конструкции.

Взгляды Р. Салейля на сравнительное право были обусловлены двумя факторами. Во-первых, Кодекс Наполеона 1804 г. к концу XIX в. существенно устарел и его «стерильное» толкование представителями школы экзегезов изжило себя. Во-вторых, значительное влияние на Р. Салейля оказало учение Р. Иеринга, и особенно тезис о том, что право непрестанно эволюционирует, приспособляясь к динамизму социальной жизни.Столетний возраст Французскою гражданского кодекса 1804 к имел следствием то, что на практике стал особенно явным разрыв между его юридическими нормами и практическими потребностями общества. Р. Салейль считал основной целью сравнительного права не умозрительные научные конструкции, основанные на отдельных социологических и исторических данных, а прежде всего развитие и совершенствование национального права. С помощью сравнительного права Р. Салейль стремился придать судебной практике ведущую правотворческую роль в эволюции права.

Сравнительное право позволяло обнаружить как общность эволюции правовых систем, относящихся к одной и той же цивилизации, так и общность решений конкретных юридических проблем, сходство конкретных правовых институтов. Сравнение давало возможность выработать общую модель, или тип, института, имеющегося во многих правовых системах, и эта модель выступала по отношению к данным системам как некая законодательная модель.

Обнаружив с помощью сравнения принципиальную общность в решении одной и той же социальной проблемы различными правовыми системами, Р. Салейль полагал, что можно на этой основе создать в некоторых отраслях права нечто вроде общего наднационального права, которое будет служить объективным ориентиром для судебной практики в толковании норм национального права.

Речь уже тогда шла не о каких-то абстрактных принципах, открытых спекулятивным путем in abstracto, не о том, чтобы определить путем чисто умственной операции какое-то идеальное право, которое затем можно было бы попытаться (путем убеждения или путем демонстрации его преимуществ) ввести в какой-то положительный закон, приемлемый для всех. Р. Салейль выдвинул два условия, при которых зарубежные правовые решения и институты с помощью сравнительного анализа могут быть использованы как объективные критерии в толковании судом национального права.

1.этот механизм толкования может быть использован только в случае пробела в праве.

2. решения, содержащиеся в иностранном праве, могут быть использованы только тогда, когда они не противоречат принципиальным установкам национального права.

Сделав из сравнительного права инструмент судебной политики, Салейль открыл перед ним новую область применения. Сравнительное право вышло из старых рамок, из умозрительного стало практико-прикладным, из исторического – повернутым к современности. Его функции из абстрактных и расплывчатых стали конкретными. Вместе с тем эта новая ориентация сузила сравнительное право до простого метода, поставленного на службу судебной политике.

**10. Международные центры сравнительного права.**

**Международная ассоциация юридических наук (МАЮН)** основанав 1955 г. в Париже под эгидой ЮНЕСКО, имеет консультативный статус «В» и назначает одного члена в Международный совет социальных наук. Ассоциация расположена в Париже в штаб-квартире ЮНЕСКО.

Цель - содействовать развитию юридических наук путем сравнительного изучения существующих национальных правовых систем, активизации научных контактов и обмена информацией между учеными разных стран, оказания помощи национальным научным организациям, изучающим иностранное право.

Членами Ассоциации являются национальные комитеты, создаваемые в разных странах. В настоящее время в состав МАЮН входят национальные комитеты более 50 стран. Национальные комитеты – члены МАЮН имеются во многих странах мира. Национальный комитет является свободным в выборе названия. Он платит ежегодный членский взнос, сам устанавливая его сумму, которая не может быть менее 150 долл. США.

Деятельность МАЮН координируется Советом Ассоциации, который состоит из представителей, персонально назначаемых каждым национальным комитетом. Совет в свою очередь избирает Исполком, носящий название Международного комитета сравнительного права.

Деятельность МАЮН состоит в следующем:

1. Подготовка и издание юридических библиографических справочников по отдельным странам, а также отдельных статей и моно графий.
2. Издание отдельных работ по иностранному праву по таким темам, как источники права, институты, а также переводы наиболее важных работ.
3. Издание информационных бюллетеней.
4. Подготовка и издание международной энциклопедии сравни тельного права. Официально цель издания энциклопедии – создать стимул для развития сравнительно-правовых исследований, а также дать источник информации для законодателей различных стран в про цессе выработки проектов национальных законодательных актов и унификации права.

Большое количество исследований с последующими публикациями и представлением докладов готовится МАЮН по поручению ЮНЕСКО. К ним относятся исследования по таким вопросам, как:

* преподавание права в разных странах мира;
* конституции стран, недавно получивших независимость;
* способы выполнения государствами международных обяза тельств;
* основные аспекты аграрных реформ;
* суверенитет и международное сотрудничество;
* нормы национального права, регламентирующие мирное при менение атомной энергии;
* правовые средства борьбы с расовой дискриминацией;

– проблемы семейного права африканских стран и др. Официальные языки МАЮН – английский и французский.

**Международная академия сравнительного права (МАСП)** – учреждена в 1924 г. в Гааге. Ее цель – изучение права на сравнительной основе в исторической перспективе и совершенствование законодательства различных стран.Членами Академии являются крупные специалисты в области сравнительного правоведения многих стран мира.Число действительных членов лимитировано цифрой 50 человек, однако может быть увеличено еще на 10 по решению Исполкома МАСП.

Члены Академии делятся на шесть групп:

1) латинская группа;

2) группа общего права;

3) северная и центральноевропейская группа;

4) восточноевропейская группа;

5) ближневосточноафриканские группы;

6) азиатская группа.

Основная форма деятельности МАСП – организация международных конгрессов по сравнительному праву, которые происходят один раз в четыре года. На конгрессах обсуждаются основные проблемы права по всем юридическим дисциплинам. Конгрессы весьма представительны и многочисленны. В ходе конгресса обычно проводится и общее собрание Академии.

Основная форма публикаций МАСП – сборники генеральных докладов, представленных на конгресс МАСП.

Официальные языки МАСП – английский и французский.

**Международный факультет сравнительного права (МФСП)** создан осенью I960 г. на базе Страсбургского университета (Франция). Организационно он связан с известными научными организациями – Международной ассоциацией юридических наук и Международной академией сравнительного права. Факультет ставит своей целью содействовать развитию сравнительного правоведения посредством его преподавания, осуществления научных исследований и издания научных работ.

Факультет проводит обычно две «общие» сессии в год: весеннюю – в Страсбурге (Франция) и летнюю – в одной из других стран Европы. Помимо этого, факультет проводит несколько ежегодных специализированных сессий, посвященных отдельным отраслям права.

Органами МФСП являются общее собрание, факультетский совет, постоянная комиссия и ее исполнительный комитет, специализированные консультативные комиссии и деканат (состоящий из декана и заместителя декана).

В связи с успехом факультета была расширена география его деятельности. Помимо Европы, сессии стали проводиться в различных странах Латинской Америки и Канаде. Всего было проведено около 150 сессий в 25 странах.

Основной источник средств факультета – субсидии и дотации правительства страны пребывания (Франция – каждая весенняя сессия, другая страна – летняя сессия). Обучение на факультете платное – слушатели оплачивают «академические права», т.е. посещение лекций и прием экзаменов.

Выступления на факультете публичные.

Международный факультет сравнительного права – важный центр по подготовке преподавателей и исследователей в области сравнительного права.

Программа преподавания сравнительного правоведения включает общее изучение сравнительного права по отдельным дисциплинам и осуществляется в форме курсов лекций, семинаров и коллоквиумов, разделенных на три цикла.

*Первый цикл –* введение в сравнительное право, конституционное право, введение в сравнительное международное частное право, введение в процессуальное право. Курс разбит на право романских стран и англо-американское право.

*Второй цикл* подразделяется на два раздела. Первый посвящен вопросам частного права (договор в сравнительном праве, коммерческое право, гражданская ответственность в сравнительном праве, наследование в сравнительном праве, брак). Второй раздел посвящен вопросам публичного права (административные договоры в сравнительном праве, ответственность государственных органов в сравнительном праве, административный процесс, органы государственного управления, режим прав и свобод, государственные предприятия, понятие законности в сравнительном праве и др.).

*Третий цикл* включает курсы и коллоквиумы по отдельным темам, относящимся к различным юридическим сравнительным дисциплинам. Эта программа дополняется факультативными курсами лекций, а также программой изучения Европейских Сообществ.

По окончании первого и второго циклов выдается «диплом сравнительного правоведения», имеются также «диплом высших исследований по сравнительному правоведению» и «диплом доктора сравнительного правоведения». Для получения диплома доктора необходимо прослушать дополнительный курс лекций на третьем цикле и защитить диссертацию.

При факультете учреждена Международная ассоциация студентов и бывших студентов по сравнительному правоведению, ставящая своей целью поддерживать научные контакты между лицами, обучавшимися на факультете или окончившими его, а также следить за развитием научной мысли в области сравнительного правоведения.

**Французский центр сравнительного права**

Центр сравнительного права – общественная организация, состоящая из:

1. общества сравнительного законодательства;
2. института сравнительного права;
3. комиссии по изучению иностранного права.

Первые две общественные организации субсидируются университетами, а последняя – Министерством юстиции Франции.

Основная задача Института сравнительного права – преподавательская деятельность, организация лекций для французских студентов и иных лиц, изучающих право. Комиссия занимается изучением и обобщением иностранного законодательства.

Основную роль играет Общество сравнительного законодательства, которое занимается главным образом организацией международных симпозиумов и двусторонних встреч французских ученых с зарубежными. В частности, Общество систематически проводит двусторонние встречи с юристами различных стран.

Двусторонние встречи ученых проводятся Центром сравнительного права поочередно в различных странах раз в два года. Во встречах принимают участие 8-10 человек с каждой стороны. На всех встречах обсуждаются по три проблемы по разным отраслям права. Материалы встреч публикуются в обеих странах в виде сборников.

Девиз Французского центра сравнительного права – «Закон многообразен, право одно».

**11. История сравнительного правоведения в Украине: общая характеристика основных этапов.**

**15. Структура сравнительного правоведения.**

Оскільки структурна цілісність порівняльного правознавства має принципове значення для його визнання як самостійної юри­дичної науки, питання про структуру порівняльного правознавства залишається також актуальним.

У юридичній літературі, присвяченій порівняльному право­знавству, трапляється думка про віднесення різних його частин (Загальної й Особливої) до різних правових наук. Так М.М. Мар­ченко Загальну частину порівняльного правознавства називає тео­рією порівняльного методу і відносить її до загальної теорії права. К. Осакве, як уже наголошувалося, порівняльне правознавство розуміє як своєрідний науковий метод, що не має самостійного предмета, оскільки він (предмет) визначається порівнюваною га­луззю права. Так, наприклад, предметом порівняльного цивіль­ного права є цивільне право. Іншими словами, він не бачить єдиної структури порівняльного правознавства.

К. Цвайгерт і X. Кьотц у структурі порівняльного право­знавства виділяють вертикальне порівняльне право і горизон­тальне порівняльне право. Як вертикальне порівняльне право вони розглядають історію права, а як горизонтальне порівняльне право — порівняння сучасних правових систем».

Розвиваючи цю тему, залежно від мети, напряму і предмета дослідження О.І. Харитонова і Є.О. Харитонов пропонують таку структуру порівняльного правознавства:

1. «вертикальне» і «горизонтальне» порівняльне правознавство або «історична» і «догматична» компаративістика;
2. «загальна» (загальнотеоретична) і «спеціальна» компаративістика;
3. порівняльне правознавство у сфері приватного і порівняльного правознавства у сфері публічного права2.

Більшість авторів виділяє структуру порівняльного право­знавства, що складається із Загальної і Особливої частин.

На думку B.C. Нерсесянца, Загальна частина включає вирішення проблем історії, теорії, предмета, методології порівняльного правознавства, місця, ролі порівняльного право­знавства в системі юридичних наук і вищої освіти, актуальні нау­кові завдання і основні напрями порівняльно-правових досліджень національної системи права з урахуванням її місця на правовій карті світу, досвід досягнень і тенденцій розвитку зарубіжної юридичної компаративістики. До Особливої частини він відно­сить усю тематику конкретних порівняльно-правових досліджень різних правових (державно-правових) явищ — від порівняль­ного (синхронного або діахронного) аналізу окремих норм різних правових систем, до порівняльно-правових досліджень усіх 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. ін.1

О.Ф. Скакун у структурному плані розглядає порівняльне правознавство як систему знань і, виходячи з принципу співвід­ношення загального, особливого і одиничного, пропонує наступну його структуру.

Загальне порівняльне правознавство (теорія правових систем) — предметом порівняння є правові системи в цілому, загальні і специфічні закономірності виникнення, розвитку і функціонування правових явищ (законодавства, системи права, співвідношення права і закону, правовідношення, тлумачення, законодавчої тех­ніки і ін.), тобто все те, що входить у загальнотеоретичне знання правової реальності в рамках держави. Важливою особливістю є дослідження стикових проблем, що лежать у площині порівняль­ного аналізу різних правових систем світу.

Особливе (галузеве і внутрішньогалузеве) порівняльне правознавство — предметом порівняння є окремі компоненти (елементи) системи права — галузі: цивільне, кримінальне, адмі­ністративне право та інші; інститути права, їх конкретні норми, тобто все те, що входить у знання галузевої юридичної науки. Порівняння може проводитися по підсистемах (спільностях) пуб­лічного і приватного права, по матеріальних і процесуальних га­лузях права та ін.

Спеціальне (предметне) порівняльне правознавство — пред­метом порівняння є спеціальні питання проблемного характеру: освіта юриста, стан підготовки працівника поліції (міліції), кон­ституційний контроль, правовий статус омбудсмана та ін.2

**16. Место сравнительного правоведения в системе юридических наук.**

Для порівняльного правознавства як наукової дисципліни, як і раніше, актуальним є загальнотеоретичне завдання її розвитку: з одного боку —- це відокремлення від дисциплін, які стали для неї початковими, а з іншого — інтеграція з тими науковими дис­циплінами, які довели свою ефективність при проведенні наукових досліджень.

Кожна юридична наука виступає складовим елементом за­гальної структури юридичної науки, як відносне самостійне нау­кове формування.

Щоб з'ясувати, як взаємодіє порівняльне правознавство з ін­шими юридичними науками, необхідно з'ясувати, що представляє собою система юридичних наук. її можна уявити у вигляді піраміди, розділеної на наступні рівні. Традиційно виділяють:

- теоретико-історичні дисципліни — теорію держави і права, історію держави і права, історію політичних і правових вчень, порівняльне право­знавство та ін.;

- галузеві — кримінальне право, цивільне право, конституційне право та ін.;

- дисципліни, що вивчають міжнародне право (міжнародне публічне право, міжнародне приватне право, космічне право, міжнародне гуманітарне право та ін.);

- спеціальні юридичні науки, що вивчають діяльність відповідних державних органів (правоохоронні органи і т. ін.),

- прикладні, такі, що використовують дані інших наук (криміналістика, судова медицина, судова психологія і т. ін.).

**СП и ТГП**. На думку О.Ф. Скакун, завданням порівняльного правознавства є деталізація основних сімей правових систем, їх груп, правових засобів регу­лювання суспільних відносин у порівняльно-правовому аспекті. Тобто ці дві науки звертаються до одних і тих же юридичних категорій і понять, акцентують увагу на кодифікації, правотворчості, застосуванні права, тлумаченні права, правовідношенні і т. ін. Тільки в науці теорії держави і права вказані категорії є основними об'єктами вивчення в узагальненому вигляді при спиранні, як правило, на національний матеріал. А в науці порів­няльного правознавства головним є розкриття в узагальненому і цілісному вигляді специфічності правових систем світу, їхніх типів (сімей); тут матеріал, як правило, зарубіжний, хоча при використанні одних і тих же категорій застосовується і націо­нальний матеріал.

**СП и государствоведение**. Предметом вивчення якого є виникнення і тенденції розвитку держави та взаємо­відношення з іншими суспільними структурами, і, нарешті, функції, методи здійснення діяльності і структура держави. Іншими словами, державознавство є системою знань про державність в її різних зв'язках і опосередкуваннях. На цій підставі В.Є. Чиркін виділяє порівняльне державознавство. Характеризуючи взаємовідношення порівняльного державо­знавства і порівняльного правознавства, він відзначає, що, незважаючи на те, що кожна із цих двох дисциплін має свій предмет вивчення, їх не можна відривати одну від одної, як не можна вивчати державність тільки крізь призму права. У зв'язку із цим, на його думку, існують проблеми, вирішення яких потребує об'єднання обох підходів.

**СП и зарубежное право**. Порівняльне правознавство аналізує дві або більше правові системи шляхом зіставлення різних аспектів із метою виявлення спільних і відмінних властивостей. Зарубіжне ж право вивчає тільки одну зарубіжну правову систему, не порів­нюючи її з іншими правовими системами. Дослідження зарубіжного права є основою проведення порів­няльно-правових досліджень.

**СП и история гос и права**. Порівняльне право­знавство та історія держави і права — загальнотеоретичні, узагальнювальні науки, що мають один об'єкт дослідження в цілому, але порівняльне правознавство не в такому ступені приділяє увагу хронології і деталізації подій, як історія держави і права. Порівняльне правознавство не обмежується вивченням націо­нальної правової системи. Воно встановлює закономірності функ­ціонування і розвитку правових систем. Результат же досліджень історії держави і права — виявлення ряду подій і фактів, причин і їх аналіз. Історія держави і права представляє різноманітний історико-правовий матеріал для порівняльного правознавства. Без пізнання історичного розвитку права неможливо досліджувати правові системи, які значною мірою є продуктом історичних умов, запозичень і взаємовпливу правових систем у минулому. Порівняльний метод в історико-правових дослідженнях засто­совується у двох видах. Перший вид — це одночасне (синхронне) порівняння об'єктів дослідження в минулому. Наприклад, порів­няння римського права з правом інших античних держав. Другий вид — порівняння одного або декількох об'єктів дослідження в різний час (діахронне порівняння).

**СП и международное частное право**. Необхідно відзначити, що порівняльно-правові дослідження займають важливе місце у вивченні питань, що входять до сфери інтересів міжнародного приватного права, наприклад, всі системи вирішення колізій за­коном передбачають застосування в ряді випадків зарубіжного законодавства. Природньо, що норми національного права зістав­ляються з правовими нормами інших держав.

**СП и муждународное публичное право.** Для порівняльного правознавства як напряму досліджень дуже важлива міжна­родно-правова проблематика. Воно надає в розпорядження між­народного публічного права інструментарій, що дозволяє вивчити багато його науково-прикладних проблем. Порівняльний метод широко застосовується і в самому міжнародному публічному праві, наприклад, у дослідженні взаємодії міжнародної і націо­нальної правових систем при уніфікації міжнародних матеріально-правових норм, в утворенні міжнародно-правових звичаїв і за­гальних принципів міжнародного публічного права та ін. Крім того, методологія порівняльно-правових досліджень досить ак­тивно використовується при тлумаченні міжнародних договорів, концепцій і інститутів, які безпосередньо стосується міжнародного права.

**СП и отраслевые науки**. Якщо останні значно розширюють проб­лематику порівняльного правознавства, то воно, у свою чергу, постачає матеріал галузевим юридичним наукам для теоретичних узагальнень на більш високому рівні. Про це свідчить існування таких наукових напрямів, як порівняльне конституційне право, порівняльне цивільне право, порівняльне трудове право та ін., які є результатом взаємозбагачення, взаємовпливу порівняльного правознавства і галузевих юридичних наук. Більша частина всіх досліджень проблематики порівняльного правознавства, стосу­ються і основ галузевих наук.

**18. Методология сравнительного правоведения: общая характеристика.**

Методологія (грец. «methodos» — шлях до чого-небудь, дослідження) розуміється як вчення про способи організації та побудови теоретичної і практичної діяльності людини. В орбіту методології правової науки входить набір нових підходів, принципів і методів, розроблених у рамках методології інших наук. їх залучення вимагає свого роду адаптації у зв'язку з предметом і методологією правової науки, яка нази­вається «юридизацією». На думку B.C. Нерсесянца, юридизація означає юридико-понятійну трансформацію інших неюридичних методів і дисциплін, їх перетворення з визначальних позицій по­няття права та їх включення в новий пізнавально-смисловий кон­текст предмета і методу юридичної науки1.

Як самостійний науковий напрям порівняльне правознавство володіє своїм предметом, а також розробленими і запозиченими методами, зумовленими цим же предметом, спрямовані на вирі­шення проблем, з якими порівняльне правознавство стикається. Так серед основних проблем, які сьогодні день вважаються пріори­тетними для порівняльного правознавства, необхідно виділити проблему правової інтеграції і формування не тільки локальних, але й загальних правових просторів. Сучасні процеси суспільного розвитку зумовлені епохою глобалізації, що ставить перед всією юриспруденцією взагалі і перед порівняльним правознавством зокрема завдання використання потенціалу різних правових сімей (систем) у виконанні масштабних завдань, що стоять перед людством.

У контексті загальноправової проблематики найважливішим завданням, що стоїть перед порівняльним правознавством як наукою, є подальше розроблення і збагачення його методології.

Цей процес проходить у таких напрямах:

- пов'язано з обґрунтуванням і розвитком його методологічних основ,

- із залученням нових методів і підходів, розроблених у рамках інших юридичних та неюридичних наук, тобто «юри­дизацією» нових методів, сформованих іншими неюридичними науками.

У рамках методології порівняльно-правових досліджень розроб­лено цілий ряд вимог, що дозволяють охарактеризувати правову панораму світу і визначити місце правових систем сучасності:

1.відмова від методологічного монізму, що базується на європоцентризмі, що панував тривалий час у теоретико-історичних дослідженнях суспільних (в т.ч. державно-правових) явищ, що передбачає використання принципу плюралізму при виборі методологічних підходів і прийомів.

2. вивчення правових систем у рамках правової пано­рами світу вимагає відмови від ідеологізації наукового пізнання (його деідеологізації, що забезпечує об'єктивне, неупереджене ставлення до всіх без винятку правових систем. Дотримання цієї вимоги методологічного характеру передбачає зміщення акценту на користь загальноцивілізаційних (загальнолюдських) цінностей.

3. необхідність визнання невіддиференційованих від диференційованих правових систем, як рівноцінних складових правової панорами світу. По-перше, невіддиференційовані правові системи, — це основний масив на правовій карті світу, і, по-друге, ці правові системи мають свою внутрішню логіку розвитку, яка не змінюється в процесі діа­логу правових культур. Тому логічно, що існування невіддерефінційованих правових систем, разом із віддиференційованими, являють собою два найважливіші напрями правового розвитку, що багато в чому відображають відмінності у світосприйнятті, ставленні до Бога, інших людей, традицій пращурів, виражені в особливостях правового менталітету і сприйнятті інших правових культур.

4. необхідно підкреслити, що застосування методоло­гічного інструментарію порівняльного правознавства не виключає використання інших методів пізнання, що є загальноприйнятим підходом у рамках досліджень загальнотеоретичної юриспру­денції. Комплексне використання концептуальних підходів, мето­дологічних принципів і методів у порівняльному правознавстві є необхідною умовою для продуктивного вивчення правових систем.

Необхідно відзначити, що в сучасній методології порівняльно-правових досліджень відсутня єдність і універсальність правової концепції, що викликано наявністю безлічі окремих концепцій і наукових шкіл, які розрізняються своїми філософськими витоками, змістом, аргументацією. У зв'язку із цим актуалізуються пошук і розроблення нового методологічного інструментарію порівняльно-правових досліджень, заснованого на принципово нових підходах.

Розвиток порівняльного правознавства як науки неможливий без подальшого розроблення її методологічних засад. Не зважаючи на те, що в методологію порівняльно-правових досліджень дедалі більше залучається концептуальних підходів, принципів і методів, розроблених у рамках інших наук, їх зміст отримує нове змістове навантаження, зумовлене специфікою предмета порівняльного правознавства.

З приводу елементного складу структури методології порів­няльно-правових досліджень в юридичній літературі існують різні точки зору.

**На думку М.А. Дамірлі**, структура методології порівняльного правознавства, як і будь-якої наукової дисципліни, є ієрархією рівнів (вертикальний зріз) і своєрідною структуризацією (поєд­нання) її елементів (горизонтальний зріз). У цьому ключі ме­тодологія порівняльного правознавства може бути подана як «ансамбль» взаємопов'язаних елементів. Вона будується на поєд­нанні, з одного боку, порівняльно-правового підходу, який є домі­нуючим в її структурі, і з іншого боку, — решти підходів і методів пізнання. При цьому слід урахувати, що в рамках самого порів­няльно-правового підходу може бути використана ціла сукупність, певна система методів і принципів. У деяких випадках за допо­могою переплетення порівняльного методу з іншими методами утво­рюються його різновиди (наприклад порівняльно-логічний, порів­няльно-історичний і т. ін.). Крім того, з урахуванням оновлення методології порівняльного правознавства можна стверджувати, що в осяжній перспективі його структура буде ускладнюватися'.

У структурі методології порів­няльного правознавства виділяються декілька компонентів: 1) порівняльно-типологічний підхід; 2) теорія порівняльно-право­вого методу; 3) методи і способи порівняльно-правового дослід­ження; 4) методика порівняльно-правового аналізу2.

Щодо розвитку методології порівняльно-правових досліджень спостерігається двоякий процес: з одного боку, зростає спе­ціалізація в розробленні методів і методик, а з іншого — харак­терним стає процес побудови нормативних теорій з розвиненим формальним апаратом і практично універсальною сферою засто­сування.

Можна виділити декілька б**локів (рівнів) елементів і в структурі методології порівняльно-правових досліджень**. Елементи першого блоку (рівня), пов'язані з визначенням горизонтів пізнання пред­мета порівняльного правознавства за допомогою певних концепту­альних підходів (ідей). Елементи другого блоку (рівня) пов'язані з організацією конкретного пізнавального процесу на основі вибраних методологічних принципів. І, нарешті, елементи тре­тього блоку (рівня) тобто конкретні методи, розкривають і відображають зміст предмета дослідження.

**19. Сравнительно-правовой метод. Виды сравнения.**

Порівняльно-правовий метод є основним методом у системі методології порівняльно-правових досліджень, який виступає як сукупність способів і прийомів виявлення, на основі порівняль­ного вивчення загальних і специфічних закономірностей, виник­нення, розвитку, функціонування різних правових систем.

На думку О.Ф. Скакун, порівняльно-правовий метод — це зіставлення однопорядкових юридичних понять, явищ, процесів і з'ясування між ними схожості і відмінності. Залежно від об'єктів, цей метод застосовується вибірково за обов'язкової умови їх зіставлення.

Порівняльно-правовий метод є способом пізнання державно-правових явищ, що відіграє виключно важливу роль у системі методів юридичної науки, і в рамках методології порівняльно-правових досліджень має особливий статус, що дозволяє йому повністю розкритися.

Порівняння, яке має місце всередині однієї правової системи, називається внутрішнім або внутрішньо-типовим порівнянням од­нотипних об'єктів усередині правових систем, а порівняння різних об'єктів, що належать різним правовим системам, називається зовнішнім або міжтиповим порівнянням.

Порівняльно-правове дослідження може проводитися за прин­ципом одночасності, тобто синхронно, або за принципом часової послідовності, тобто діахронно.

При використанні діахронного методу предметом дослідження виступає не сам об'єкт, а процес його розвитку, тобто вивчається послідовність станів. Наприклад, за допомогою діахронного ме­тоду можна з'ясувати процеси формування й основні етапи роз­витку різних правових систем.

Порівняння може також здійснюватися або у формі зістав­лення, або у формі протиставлення. При зіставному порівнянні кожен із порівнюваних об'єктів може бути одночасно і тим, що порівнюється, і тим, з чим порівнюється. Зіставлення, яке нази­вають ще контрастним, передбачає виділення одного об'єкта в статусі головного, який потім протиставляється решті всіх порів­нюваних об'єктів.

Якщо метод зіставлення ефективний при проведенні внут­рішньо-типового порівняння, то метод протиставлення найбільш ефективний при проведенні міжтипового порівняння державно-правових явищ.

Порівняння різних державно-правових систем може проводи­тися на мікрорівні, тобто на рівні правових норм і інститутів, і на макрорівні — на рівні правових систем.

На думку К. Цвайгерта і X. Кьотца, при проведенні порівняльних досліджень на макрорівні акцент робиться не на конкретних проб­лемах та їх вирішенні, а на дослідженні методів поводження з правовим матеріалом, процедурах вирішення суперечок або ролі окремих елементів права. На відміну від макрорівня, порівняльне правознавство на мікрорівні має справу не із загальними проблемами, а зі спеціальними, тобто з пра­вилами, використовуваними для вирішення конкретних проблем.

Серед інших способів порівняння виділяються такі:

* функціональне порівняння, так визначається А.Х. Саїдовим як дослідження правових засобів і способів вирішення схожих або однакових соціальних і правових проблем різними правовими системами. Функціональне порівняння передбачає порівняння функцій, що виконуються різними державно-правовими інститутами;
* нормативне порівняння, що передбачає суто юридичний аналіз і зіставлення схожих правових норм і законодавчих актів.

При цьому активно використовуються юридичні терміни, поняття і категорії, що визначають специфіку правових систем;

* проблемне порівняння, при якому порівнюються лише шляхи вирішення проблем у різних правових системах і можливість застосування цього рішення для даної національної правової системи;
* текстуальне порівняння, направлене на з'ясування того, який текст найбільш прийнятний для імплементації в національне законодавство;
* концептуальне порівняння, направлене на виявлення і вивчення основних концепцій і положень порівнюваних об'єктів, що визначають напрям їх розвитку;
* бінарне порівняння, суть якого полягає в тому, що порівняльно-правовому дослідженню часто піддається не безліч співіснуючих політичних і правових систем, а тільки дві паралельно існуючі системи, що розвиваються. Наприклад, порівняння правових систем релігійного і світського типу та ін.

**20. Иные подходы и методы, используемые в сравнительно-правовых исследованиях.**

Порівняльне правознавство, окрім основного його методу (порівняльно-правового), використовує широкий спектр методів. Вони запозичені в інших гуманітарних наук (юридичних і неюридичних), адаптованих до предмета порівняльного правознавства, внаслідок чого вони набувають додаткове змістовне наванта­ження. Серед вищезгаданих методів виділяються: системно-функ­ціональний, конкретно-історичний, конкретно-соціологічний, фор­мально-логічний, метод правового моделювання та ін.

**Системно-функціональний метод** у рамках методології порів­няльно-правових досліджень є універсальним інструментом пізна­вальної діяльності, що дозволяє об'єктивно досліджувати еволюцію правових систем і правових традицій. Даний метод в юридичній науці взагалі і в порівняльному правознавстві зокрема зумовлений системно-функціональною суттю державно-правових явищ. Його необхідність пояснюється також тим, що дослідження правових систем неможливе без їх розгляду в системно-функціональному аспекті. Будь-який елемент правової системи повною мірою роз­кривається саме за допомогою цього методу. Завдяки системно-функціональному методу можна встановити, з одного боку, місце і роль правової системи в структурі су­спільства, а з іншого — її внутрішню будову. Саме за допомогою системно-функціонального методу можна розкрити елементний склад правової системи, виявити характер взаємодії цих еле­ментів, що сприяє визначенню ступеня її стійкості.

При дослідженні об'єкта і предмета порівняльного право­знавства важко переоцінити роль **конкретно-історичного методу**. Його застосування дозволяє простежити за еволюцією правових систем в цілому і їх компонентів окремо. Даний метод, всупереч існуючій думці, дозволяє на основі історичного аналізу оцінити не тільки минуле, але й сучасний стан цих явищ, а також прогнозу­вати їх майбутнє. Конкретно-історичний метод дозволяє дослідни­кові звертатися до тих конкретних історичних фактів, дат, подій і хронік, які дозволяють побудувати загальну панораму їх еволюції. Конкретно-соціологічний метод дозволяє створити найбільш об'єктивну картину соціальної суті і, відповідно, ефективності, як державно-правих явищ взагалі, так і правових систем зок­рема. Завдяки цьому методу можна визначити соціальну обумов­леність, механізм функціонування і, нарешті, ефективність правових систем та їх складових компонентів. У рамках цього методу проводяться різні соціологічні дослідження, опитування з метою подальшого вдосконалення механізму функціонування правових Систем. Також конкретно-соціологічний метод дозволяє вийти на різні аспекти гармонізації правової політики і правової практики в рамках діалогу правових систем.

Серед методів, залучених до вивчення об'єкта і предмета порівняльного правознавства, виділяється і **формально-логічний метод**, завдяки якому при порівняльно-правовому дослідженні дотримуються правил мислення. Його суть полягає в тому, що дослідник, не зважаючи на конкретний зміст думки, концентрує увагу на формі мислення, і це, у свою чергу, забезпечує послі­довність, точність і переконливість думки. Застосування даного методу сприяє достовірності збору, узагальнення і оцінки інфор­мації, що формують систему знань, у результаті вивчення пред­мета порівняльного правознавства. У рамках цього методу звертається увага на юридичну мову, яка відображає правовий стиль, властивий різним правовим системам. Конкретною формою застосування цього методу є текстуальне порів­няння, ефективність якого повністю залежить від точного дотри­мання правив, розроблених у рамках формально-логічного методу. Застосування формально-логічного методу має важливе значення і при класифікації правових систем, оскільки він виводить на сис­тему критеріїв, які дозволяють об'єктивно проводити їх класифі­кацію. Також цей метод відіграє важливу роль при вивченні струк­тури права і правових джерел у рамках різних правових систем.

Ще одним важливим методом, що використовується в рамках методології порівняльно-правових досліджень, є **метод правового моделювання**, який дозволяє на основі порівняльно-правового аналізу визначити спільні риси, властиві різним правовим явищам, і перетворює їх на модель, завдяки якій можна розмірковувати про інші схожі явища. Цей метод застосовується також при кла­сифікації правових систем, що проводиться на основі схожості історичного шляху їх розвитку, структури права, концепції пра­вових джерел, правового мислення та ін.

**21. Методика проведения сравнительно-правовых исследований.**

Під порівнянням у філософії розуміється пізнавальна опе­рація, за допомогою якої встановлюється тотожність або відмін­ність об'єктів. У пізнавальному аспекті порівняння виступає як процес віддзеркалення у свідомості людини реальних відносин тотожності, схожість різних державно-правових явищ.

Проведення порівняльно-правових досліджень передбачає певні стадії і правила, що відображають методику його проведення, зокрема: вивчення кожного з порівнюваних об'єктів окремо; ви­явлення і дослідження ознак аналогічних об'єктів на основі вста­новлення загальних ознак; виділення ознак, що розрізняють їх; оцінка цих ознак.

Методика порівняльно-правових досліджень є сукупністю взаємопов'язаних етапів (стадій) і правил найбільш відповідного застосування порівняльно-правового та інших наукових методів і способів пізнання правових явищ з метою виявлення подібних і відмітних ознак, групування, класифікації цих явищ.

Порівняння може і повинне стати науковим і результативним, якщо за основу беруться не випадкові факти, а типові й достовірні факти. Тому встановлення фактів є найважливішим методологічним питанням, що визначає і забезпечує успіх та ре­зультативність проведення порівняльно-правових досліджень.

Найважливішою умовою проведення ефективного й результа­тивного порівняння є однорідність, однопорядковість і односистемність порівнюваних об'єктів.

На думку К- Осакве, порівняння права є багатостепеневим процесом, і грамотний порівняльний аналіз правових систем складається з таких восьми поетапних і послідовних стадій:

1. виявлення існуючих правил або підходів у системах «А» і «Б»;
2. зіставлення встановлених правил із метою пізнання їх спільних та (або) відмітних властивостей;

3) визначення історичних причин Існування даного правила в кожній системі;

4) з'ясування життєдатності, ефективності даного правила у відповідному національному законодавстві;

5) установлення необхідності (доцільності) внесення змін в Існуюче правило або заповнення прогалин у законі системи «А» шляхом запозичення певних ідей із системи «Б»;

6) вивчення сумісності ідей, запозичених із системи «Б», з природою правоної системи «А»;

7) адаптація запозиченого правила до національних умов правової системи «А»;

8) вирішення завершуючого кардинального питання законодавчої політики, тобто питання про те, чи дозріло, з погляду своєї правосвідомості і ріння правової культури, суспільство, що приймає, для прийняття пересаджуваного інституту1.

Як відзначає Ю.О. Тихомиров, при проведенні порівняльно-пра­вового аналізу необхідно дотримуватися шести методологічних правил:

1) правовий вибір об'єктів порівняльного аналізу і ко­ректна постановка цілей;

2) проведення правового порівняння на різних рівнях із використанням методів системно-історичного, ло­гічного аналізу;

3) правильне визначення ознак порівнюваних пра­вових явищ, норм, інститутів і т.ін.;

4) виявлення ступеня схожості і відмінностей юридичних понять і термінів, використовуваних у правових системах, що зіставляються;

5) розроблення і за­стосування критеріїв оцінки схожості, відмінностей порівнюваних об'єктів;

6) визначення результатів порівняльно-правового аналізу і можливості їх використання в нормотворчій і правовій діяльності держави.

Таким чином, дотримання вищезгаданих правил проведення порівняльно-правових досліджень відповідно до перерахованих стадій (етапів) відображає реалізацію і використання методики порівняльно-правових досліджень, що, у свою чергу, забезпечує її правильне застосування та є необхідною умовою об'єктивного розгляду його об'єкта і предмета.

**22. Понятийный апарат сравнительного правоведения.**

Як і будь-яка інша юридична наука, порівняльне правознавство також розробляє свій понятійний апарат, що є системою компа­ративно-правових понять, термінів і категорій загальноправового, галузевого і спеціального характеру.

Формування власного понятійно-категоріального апарату є однією з найважливіших проблем сучасного порівняльного право­знавства. Одна з центральних проблем полягає в тому, що порів­няльному правознавству доводиться користуватися поняттями, запозиченими з інших дисциплін. Якість кожного поняття перевіряється емпіричним шляхом. У результаті залишаються лише ті поняття, які довели свою здатність забезпе­чити більш-менш достовірний прогноз подальших процесів розвитку.

Систему понять і термінів, що складають понятійний апарат порівняльного правознавства, умовно можна розділити на де­кілька груп.

**Перша група** складається з понять, вироблених у рамках са­мого порівняльного правознавства. Розглянемо деякі з них.

*Компаративістика*, яка ототожнюється з поняттям порівняль­ного правознавства, визначається як галузь юридичної науки, що вивчає правову панораму світу, що складається з правових систем різних держав, шляхом порівняльного аналізу різних де­ржавно-правових явищ.

*Геоправовий простір* — система стійких правових реалій і уявлень, що формуються на певній території в результаті співіс­нування, взаємодії і зіткнення різних правових культур, традицій і норм, ціннісних настанов.

*Правова акультурація* — це засвоєння і використання пра­вових цінностей, норм, інститутів, процедур, рішень, форм і видів юридичної діяльності, запозичених в інших правових культур, пра­вових систем, правових сімей.

*Правова рецепція* розглядається як різновид правової акультурації (глобальна правова акультурація), виражена в запозиченні компонентів чужої правової спадщини, при якій відбувається прин­ципова зміна своєї правової культури.

Під поняттям «*правова панорама світу*» маються на увазі всі національні правові системи, що існують на земній кулі. Для по­значення даної сукупності в компаративістській літературі вико­ристовуються різні терміни: «правова картина світу» (Ю.О. Тихо­миров); «правова карта світу» (В.О. Туманов); «юридична географія світу» (В. Кнапп); «співтовариство правових систем» (Ж. Сталєв) і так далі. Деякі компаративісти представляють правову панораму світу як наднаціональне світове право.

**Другу групу** формують ті поняття, терміни і категорії, які розробляються в рамках загальної теорії держави і права та інших теоретичних наук. Розглянемо деякі з них.

Під поняттям «*правові традиції*» мається на увазі ідея безперерв­ного зв'язку між минулим і майбутнім у правовій сфері, історичної безперервності і розвитку, тобто не просте повторення минулого, не формальна прихильність йому, а використання минулого досвіду для вирішення проблем сьогодення. *Правові традиції* — це сукуп­ність глибоко укорінених у свідомості людей і історично зумовлених відносин до ролі права в суспільстві, природи права і політичної ідеології, а також до організації і функціонування правової системи.

*Кодекс* — зведений законодавчий акт, в якому об'єднуються і систематизуються правові норми, що регулюють схожі між собою однорідні суспільні відносини. За загальним правилом кодекс нале­жить до певної галузі права (наприклад цивільний, кримінальний, сімейний, трудовий та ін.).

*Кодифікація* — це діяльність правотворчих органів держави зі створення нового, систематизованого нормативно-правового акта, що здійснюється шляхом глибокої і всесторонньої переробки чинного законодавства. У процесі кодифікації відкидається застарілий нормативно-правовий матеріал, формується структура кодифікаційного акта зі своїм специфічним змістом. Кодифікація завжди має офіційний характер.

*Судовий прецедент* — це винесене судом у конкретній справі рішення, обґрунтування якого стає правилом, обов'язковим для всіх судів тієї ж або нижчої інстанції при розгляді аналогічних справ. У деяких державах (в Англії, США, Канаді, Австралії та ін.) судовий прецедент визнається основним джерелом права і лежить в основі всієї правової системи.

*Правова аксіологія* — це учення про цінність права і правові цінності, їх ієрархії і види.

*Власна цінність права* знаходить своє вираження в тому, що право цінне саме по собі як антипод свавілля і синонім свободи, як альтернатива несправедливості.

*Соціальна цінність права* — це елемент соціальної сис­теми, що наділяється в індивідуальній або суспільній свідомості особливим значенням і служить регулятором поведінки людей. Соціальні цінності, що слугують мірою оцінок тих чи інших пред­метів (явищ), набувають якості соціальних норм.

До **третьої групи** понятійного апарату порівняльного право­знавства входять поняття, запозичені порівняльним право­знавством у галузевих юридичних наук. Кількість цих понять величезна.

*Довірча власність (траст*) — в англо-американському праві особлива форма власності, суть якої полягає в тому, що одна особа (довірчий власник) управляє майном, переданим йому іншою особою (засновником трасту). При цьому відбувається немов «розщеплювання» правомочностей, які полягають у праві власності.

*Договір довірчого управління майном* — це договір, за яким одна сторона (засновник управління) передає іншій стороні (довірчому керівникові) на певний строк майно в довірче управ­ління, при цьому інша сторона зобов'язується управляти цим майном на користь засновника управління або вказаної ним особи (вигоднабувачем).

*Адміністративна юстиція* — система спеціальних судових і квазісудових органів, що здійснюють контроль за дотриманням законності у сфері державного управління, а також (у вужчому розумінні) — особливий процесуальний порядок розгляду ад­міністративних справ і вирішення адміністративно-правових спорів між громадянином або юридичною особою, з одного боку, і ор­ганом державного управління — з іншого. В останньому значенні адміністративна юстиція представляє різновид судової діяльності, оскільки здійснюється з дотриманням основних елементів судо­вого розгляду. У ряді держав система органів адміністративної юстиції склалася ще в другій половині XIX ст. У теперішній час її органами є або спеціальні адміністративні суди (Франція, ФРН, Швейцарія та ін.), або суди загальної юрисдикції в поєднанні з відомчими адміністративними судами (США, Англія та ін.).

Понятійний апарат порівняльного правознавства збагачується і за рахунок тих понять, термінів і категорій, які розробляються в рамках міжнародного права. Вони складають **четверту групу** понятійного апарату порівняльного правознавства.

*Гармонізація законодавства* представляє собою діяльність з узгодження національних законодавств різних держав із нормами міжнародного права, що є досить складною і трудомісткою. При здійсненні процесу гармонізації використовуються такі прийоми, як рецепція позитивна і негативна. Це означає або включення в національне законодавство норм міжнародного права без змін, або виключення норм, що не відповідають міжнародним актам. Відмова від специфіки національних традицій права, що відобра­жають різноманітність і унікальність організації життя в різних державах, не є метою гармонізації законодавства.

*Уніфікація правових норм* означає або однакове регулювання суспільних відносин замість не співпадаючих національних зако­нодавств, або створення основи для їх однакового регулювання. Уніфікація права може проводитися шляхом укладення міжна­родних договорів, шляхом застосування примірних договорів між­народних організацій і використання міжнародних звичаїв.

**23. Понятие, компоненты, разновидности правовой системы.**

У науковій літературі, присвяченій порівняльному право­знавству, утвердились поняття — аналітичні одиниці, специфічний зміст яких виражається у двох поняттях: «правові системи різних національних держав» (вузьке розуміння правової системи) і «сис­тема (и) права певного типу» («правова сім'я» — широке ро­зуміння правової системи).

У вузькому розумінні правова система — це право певної держави, тобто вона ототожнюється з поняттям «національна правова система» і має свою внутрішню структуру, що скла­дається з різних елементів.

Ж. Карбоньє, правова система — це вміст, зосередження різноманітних юри­дичних явищ. Цінність поняття правової системи полягає в тому, що воно дає чималі додаткові можливості для комплексного аналізу правової сфери життя суспільства. Концепція правової системи дає можливість:

а) розкрити єдність різних сторін пра­вової дійсності;

б) тісніше пов'язати теорію права і юридичну практику.

У компаративістській літературі при визначенні поняття пра­вової системи акцентується увага на елементному складі (ком­понентах) даного явища, щодо якого немає єдиної думки.

С.С. Алексеев, правова система — це все позитивне право, розглянуте в єдності з правовою ідеологією і юридичною практикою. Правова культура є свого роду юридичним багатс­твом, вираженим у регулятивних якостях права, нагромаджених правових цінностях, що включає такі елементи, як стан правосві­домості в суспільстві, стан законності, стан законодавства, доско­налість його змісту і форми, стан практичної роботи в галузі права. Компонентами правової системи називають: систему права; сис­тему законодавства; правові інститути і правові установи (правотворчі і правозастосовні); правові поняття, принципи, символіку; правову політику, ідеологію, культуру; юридичну практику2.

Ю.О. Тихомиров до структури правової системи включає чо­тири групи елементів: 1) праворозуміння, правові погляди, право­свідомість, правову культуру, правові теорії і концепції, а також правовий нігілізм; 2) правотворчість як пізнавальний і процесуально оформлений спосіб підготовки й ухвалення законів та інших пра­вових актів; 3) правовий масив, що включає структурно оформ­лену сукупність офіційно прийнятих і взаємопов'язаних актів; 4) правозастосування, яке є способом реалізації правових актів і забезпечення законності'.

**Правова система у вузькому розумінні** — це струк­турно узгоджена історично усталена сукупність правових норм, оформлених у специфічних правових джерелах, система законо­давства, правові традиції і концепції та пов'язані з ними типи праворозуміння, а також правова ідеологія, правова свідомість, правова культура і правова практика, що розрізняються ступенем представленості, співвідношенням і домінуванням правових еле­ментів у тому чи іншому цілісному формуванні.

**Друге значення правової системи, тобто її широке ро­зуміння**, пов'язане з порівняльним правознавством. Термінологія для ЇЇ позначення різноманітна. Наприклад, Р. Давид викорис­товує термін «сім'я правових систем», К.-Г. Еберт і М. Рейн-стайн — «правові кола», І. Сабо — «форма правових систем», С.С. Алексеев — «структурна спільність». Проте найбільш поширений термін — «правова сім'я». Поняття «правова сім'я», запропоноване учас­никами І Міжнародного конгресу порівняльного права в 1900 p., є синтетичним поняттям порівняльного правознавства. До цього гранично узагальненим елементом компаративістських досліджень вважалася правова система.

К. Осакве фактично ототожнює поняття правової системи і правової сім'ї. Правова сім'я (система), на думку вченого, включає N+1 кількість національних правових систем, які, по суті, є різ­ними модифікаціями правової системи одного типу.

Правова сім'я (система) певного типу, як і суспільне життя, постійно змінюється і розвивається. Із виникненням нових, про­гресивніших відносин, що вимагають правового регулювання, вона поповнюється новими нормами, інститутами, галузями, стає досконалішою й ефективнішою.

Правові системи певного типу за схожістю і єдністю їх еле­ментів об'єднуються в групи — правові сім'ї. Іншими словами, правова сім'я — це сукупність національних правових систем, об'єднаних на основі певних критеріїв, зокрема: спільності джерел, структури права і історичного шляху формування. Сучасна пра­вова панорама світу формувалася впродовж тривалого періоду як наслідок становлення й еволюції національних правових систем. Незважаючи на різноманіття правових систем, у рамках цивілізаційного співіснування вони разом взаємодіють одна з одною, унаслідок чого їх потенціал спрямовується на вирішення проблем, що хвилюють усе людство.

**24. Понятие правового стиля. Факторы, определяющие правовой стиль.**

В юриспруденции это понятие применяется в кодексе канонического права. Согласно 20-му канону, в случае отсутствия соответствующей ясно выраженной нормы следует вывести норму, подлежащую применению, исходя из аналогии общих правовых принципов, отвечающих понятию канонической справедливости, постоянно действующей господствующей доктрины и стиля и практики римской курии. Родственная юриспруденции экономическая наука использует в одном из своих направлений «экономический стиль». По определению Артура Шпитхофа, экономический стиль — это отличительная черта, подчеркивающая своеобразие форм, в которых осуществляется экономическая жизнь данной страны.

Таким образом, правоведам-компаративистам определять характер стиля той или иной правовой системы приходится на основании собственного довольно отрывочного опыта. При этом незначительные различия между правовыми системами нельзя рассматривать как элементы стиля. Этой цели могут служить лишь существенные и важные отличия и особенности. Разумеется, критерии «важности» и «существенности», а также число необходимых стилей никогда не будет установлено точно и всегда будет зависить от усмотрения исследователя. Однако цель данной работы однозначна — уловить черты прошлого и настоящего в своеобразии форм общественной жизни.

По нашему мнению, факторами, определяющими стиль в рамках теории правовых семей, являются:

1) историческое происхождение и развитие правовой системы;

2) господствующая доктрина юридической мысли и ее специфика;

3) выделяющиеся своим своеобразием правовые институты;

4) правовые источники и методы их толкования;

5) идеологические факторы.

1. То, что историческое развитие, которое остается всегда в поле зрения современного сравнительного правоведения, является стилеобразующим элементом, очевидно. Это наиболее ярко иллюстрирует, по-видимому, пример общего права. Гораздо больше сомнений возникает при классификации по правовым семьям правовых систем континентального права на основании критерия развития римского и германского права. Общие правовые источники теряют в процессе исторического развития значение для стиля правопорядков, если влияние более поздних событий существеннее. И для рассматриваемых правопорядков более позднее влияние является существенньм фактом.

И если поместить под одну крышу объединенной романо-германской правовой семьи романское право, право Германии, Австрии, Швейцарии да еще и скандинавское право, то возникает опасность того, что рассмотрение будет ограничено лишь относительно абстрактными элементами общности, которые эти правовые системы, если сравнивать их с общим правом, действительно имеют.

С другой стороны, при такой классификации, объединяющей три правовые семьи в одну, очень легко не уловить, что каждая из них имеет свой собственный, только ей присущий голос, звуковую окраску которого нельзя спутать с другими голосами. Разумеется, романская, немецкая и скандинавская правовые семьи имеют между собой больше общего, чем каждая из них с общим правом. Но особенности их более позднего развития во взаимодействии со стилевыми различиями требуют, во избежание выхолащивания их сути, разделить их на три правовые семьи.

2. Специфика юридического мышления должна отражаться на стиле. Так, для германской и романской правовых семей характерно стремление к созданию абстрактных правовых норм, к охвату всей сферы права хорошо структурированной системой и, наконец, просто к разработке методов для построения юридических конструкций. Своеобразие этого «пакета» элементов стиля проявляется при сравнении с англосаксонской правовой семьей, в которой положение дел рассматривается с совершенно иной точки зрения.

Стиль определяется человеческими представлениями, сформированными в процессе исторического развития, и в первую очередь особенностями развития духовной жизни. На континенте человек, если позволительны подобные обобщения, склонен к планированию и, как следствие этого, к созданию абстрактных правовых норм и правовых систем. У него формируются априорные представления о жизни, и он мыслит дедуктивно. Англичанин — импровизатор по натуре. По выражению Мэйтланда, он — эмпирик. Для него существует лишь жизненный опыт.

3. Своеобразие некоторых правовых институтов столь велико, что они играют существенную роль в определении стиля правовой системы. В общем праве это, например, представительство, возмещение ущерба, право отвода, принципиальное отклонение иска об исполнении судебного решения, доверительная собственность, изощренная казуистика в деликтном праве и значительная специфичность вещного права с его различными степенями собственности, различием между недвижимостью и движимым имуществом, затем относительность правосубъектности юридического лица, передача наследственного имущества судебному исполнителю, а также удивительное своеобразие права доказательств.

В романском праве стилеформирующими особенностями обладают доктрина причинности, обход закона, прямой и косвенные иски, вещные иски к третьим лицам по делам о неосновательном обогащении, степень гражданско-правовой ответственности без вины, наконец, неизвестное общему праву, но имеющееся во всех правовых системах стран континентальной Европы «ведение дел в интересах третьих лиц без полномочий с их стороны».

Стиль социалистического права определяют такие институты, как различные виды собственности, своеобразие договоров в плановой системе хозяйства, понятие законно- и незаконнорожденных детей и многое другое.

1. Правовые источники и методы толкования также являются стилеобразующими факторами, главным образом в связи с особенностями судебной системы и процессуальными нормами. Начиная с Леви Ульмана, этим факторам постоянно уделяют внимание многие исследователи, и прежде всего в связи с предполагаемыми противоречиями между писаным и общим правом, со всеми изощренностями теории прецедентов и точностью конструкций законодательных актов. Хотя существование различий отрицать не приходится, степень их сильно преувеличена. В целом учение об источниках права играет относительно скромную роль для сравнительно-правовых исследований вообще и теории правовых семей в частности. Упомянутые выше институты права должны привлечь значительно более пристальное внимание.
2. Идеологические факторы, такие как политические и экономические или правовые аспекты религиозных учений, также служат стилеобразующими элементами правовых семей. Об этом свидетельствуют церковное право и системы права социалистических стран. Правовая идеология' англосаксонской, немецкой, романской и скандинавской правовых семей в целом совпадает, а различия определяются другими элементами стиля. Различия, характерные для коммунистической теории права как идеологического фактора, столь кардинальны, что вынуждают объединить правовые системы бывшего СССР, КНР**,** МНР, СРВ и бывших социалистических стран Европы, КНДР в особую правовую семью.

**25. Критерии классификации основних правових систем.**

На питання про те, за якими критеріями слід класифікувати правові системи, компаративісти, як уже було відмічено, відпові­дають по-різному. Деякі дослідники пропонують один критерій для класифікації правових систем. Наприклад, А. Леві-Ульман в основу своєї класифікації поклав один компонент правової сис­теми - роль правових джерел.

На думку X. Коха, У. Магнуса, П. Вінклера фон Моренфельса, при проведенні більш глибоких порівняльно-правових досліджень критерії класифікації повинні бути розши­рені. У цьому випадку кожен правопорядок слід вивчати також в аспекті культурно-історичного розвитку і впливу глобальних правових ідей, з погляду особливостей правової системи в цілому (її устрій і механізм функціонування органів юстиції), правової ос­віти і учасників правового обороту, основних процесуальних при­нципів (принципів судочинства) і джерел права.

Крім того, принципове значення має та обставина, що, як правило, серед основних критеріїв класифікації правових систем мають місце як загальноцивілізаційні, так і суто правові чинники. Проте з приводу пріоритетності цих чинників відсутня єдність поглядів. Якщо на думку X. Коха, У. Магнуса, П. Вінклера фон Моренфельса, пріоритетними є загальноцивілізаційні чинники, то С.С. Алексеев при класифікації правових систем пріоритет віддає критеріям юридичного порядку.

У компаративістській літературі при класифікації правових систем виділяють романо-германську правову сім'ю і сім'ю загаль­ного права як класичні, базові сім'ї. До решти правових систем ставляться як до другорядних, не головних.

Таким чином, для проведення науково обґрунтованої класифі­кації правових систем, що враховує як об'єктивні, так і суб'єктивні чинники, необхідно виділити такі групи критеріїв класифікації пра­вових систем: загальноцивілізаційні критерії і правові критерії.

**Загальноцивілізаційні критерії** в широкому розумінні відоб­ражають ідеологічні, політичні, релігійні, культурні особливості формування і розвитку суспільства, що безпосередньо впли­вають на процес виникнення, розвитку і функціонування пра­вових систем. Загальноцивілізаційні критерії відображають ос­новоположні принципи, що показують закономірності і динаміку розвитку правових систем у тісному зв'язку з розвитком полі­тичного, духовного, релігійного і культурного життя суспільства на різних етапах його трансформації.

Найважливішим компонентом загальноцивілізаційних критеріїв є *релігійний чинник*. Завдяки правовому регулюванню, не в ос­танню чергу, забезпечується структуризація суспільства і збері­гається його єдність, а релігійні світогляди і догми сприяють об'єднанню людей в рамках єдиних канонів, необхідних для сус­пільного розвитку. Роль релігії в різні періоди розвитку суспіль­ства, держави і права, а також правових систем, важко пере­оцінити. Урахування ступеню впливу релігійного чинника, при класифікації правових систем робить її більш об'єктивною.

*Традиції і звичаї*, що склалися впродовж століть і навіть тисячоліть, грали і продовжують відігравати визначальну роль у формуванні способу життя і поведінки людей, що проживають у різних суспільствах. Більше того, у деяких суспільствах традиції і звичаї як і раніше формують поведінку людини і в правовій сфері.

*Історія розвитку* різних суспільств є найважливішим чинником, що пояснює закономірності їх трансформації на різних етапах. Історичні особливості мають свої прояви і в правовому житті, іншими словами, тип правової системи не в останню чергу ви­значається саме особливостями історичного розвитку суспільств.

Важливо звернути увагу і на *геокультурний чинник* як скла­довий компонент загальноцивілізаційних критеріїв, який виступає своєрідним макрокритерієм класифікації, що відрізняє західні сис­теми права від незахідних, визначає правову культуру і правову свідомість населення, що проживає в рамках цих правових систем. Геокультура виступає як система стійких культурних реалій і уяв­лень, формується на певній території в результаті співіснування, переплетення, взаємодії, зіткнення різних віросповідань, куль­турних традицій і норм, ціннісних настанов, спрямованих на сприй­няття особливостей функціонування суспільства.

**Правові критерії класифікації правових систем** полягають у зв'язаності правових елементів одним загальним правопорядком специфічного типу. Основними критеріями правового харак­теру, універсальними для класифікації правових систем, є такі.

*Правові традиції* є критерієм правового характеру. Проте вони похідні від загальноцивілізаційних критеріїв, оскільки пра­вові традиції відображають не стільки суто правові особливості розвитку суспільства, скільки в них відбиваються загальноцивілі­заційні чинники та їх роль у формуванні і функціонуванні пра­вових систем. Правові традиції відображають сутнісно-змістовну сторону правових систем і є головною підставою віднесення на­ціональних правових систем до тієї чи іншої правової сім'ї. У юридичній літературі вироблено поняття «західна традиція права» і «незахідна традиція права», що є підставою виділення різних типів праворозуміння, тобто під впливом правових тра­дицій формуються ті чи інші типи праворозуміння, що виступають як правовий критерій класифікації правових систем.

У поняття *праворозуміння* входить система правових ідей, уявлень, теоретичних концепцій, що відображають закономірності виникнення, еволюції і функціонування права. Крім того, саме праворозуміння відображає пізнання, сприйняття й оцінку права та його реальну роль в житті суспільства.

Важливе місце серед правових критеріїв займають *особливості походження й еволюції різних правових систем*, що відобра­жають особливості функціонування правових систем на різних етапах їх розвитку. На основі даного критерію можна виявити специфіку правових систем не тільки в минулому, але й розгля­дати їх сучасний стан.

*Система джерел права*, що закріплює правові норми, слу­жить матеріалізованими формами їх вираження. Практично в усіх класифікаціях правових систем джерела права виступають найважливішим критерієм, оскільки саме в них найяскравіше виражаються особливості різних правових систем, а також у них містяться основні правові принципи їх функціонування. Наприклад, Коран є основоположним джерелом ісламського права, що відображає всю специфіку даної правової системи. Що сто­сується загального права, то основні принципи його формування і функціонування містяться в його головному джерелі — судовому прецеденті.

Правовими критеріями класифікації правових систем є *струк­тура права*, а також специфічні інститути різних правових систем. Структура права відображає наявність певних рівнів викладу правового матеріалу в рамках правових галузей, інсти­тутів і норм. Даний критерій надає класифікації правових систем об'єктивний характер.

*Юридична техніка* — це сукупність прийомів і правил, які використовуються не тільки при розробленні змісту і структури нормативно-правових актів, але і їх реалізації. Даний кри­терій також є необхідним при класифікації правових систем. Юридична техніка складається з юридичної термінології і юри­дичних конструкцій.

**26. Обзор классификации основних правових систем.**

Однією з перших класифікацій правових систем уважається класифікація, запропонована на початку XX ст. **А. Есмайном**, ос­новними критеріями якої були історія розвитку правових систем, їх структура та відмінні особливості. На цій основі ним були виділені такі правові сім'ї: *романська, німецька, англосаксонська, слов'янська та ісламська*.

Автором наступної класифікації був **А. Леві-Ульман**. В основу його класифікації було покладено критерій — правові джерела. На підставі ролі правових джерел у правовій системі він виділив *континентально-європейську, англо-американську і мусульманську правові сім'ї*.

У порівняльно-правовій літературі є класифікація пра­вових систем, в основу якої покладено расовий і мовний критерії. Зокрема, **Н. Созер-Холл** на підставі цих критеріїв виділив: *індоєвропейську (що поділяється на греко-римську, германську, англосаксонську, слов'янську, іранську й інші підгрупи), семітську і монголоїдну, а також право нецивілізованих народів*.

Наступний етап в історії класифікації правових систем пов'язу­ється з іменами відомих компаративістів **А. Армінджона, Б. Нольде і М. Вольфа**. Як критерій класифікації правових систем вони вису­нули такий змістовний принцип, як співвідношення загального і особливого, та виділили такі правові сім'ї: *французьку, германську, скандинавську, англійську, російську, ісламську та індуську*.

**Р. Давид**. У її основі лежить ідея, згідно з якою класифікація правових систем повинна бути заснована на поєднанні двох критеріїв: ідеологіч­ного, що включає релігійні, філософські особливості, економічні і соціальні структури, і юридичної техніки, що включає як ос­новну складову джерела права. На цій підставі виділяються три основні правові сім'ї: *романо-германська, англо-саксонська і со­ціалістична, до яких примикає решта правових сімей, зокрема релігійні і традиційні правові системи (мусульманське і індуське право, право країн Далекого Сходу), а також правові системи країн Африки.*

**К. Цвайгерт і X. Кьотц**, в основу якої покладено критерій «стилю права». Суть цієї класифікації полягає в тому, що ок­ремі правопорядки і цілі групи правопорядків володіють своїм певним стилем, тому, порівнюючи правопорядки, необхідно праг­нути виявити цей правовий стиль і провести їх групування в правові системи. Стиль права складається, на думку авторів, з п'яти чинників: походження і еволюції правової системи; своєрід­ності юридичного мислення; специфічних правових інститутів; природи джерел права і способів їх тлумачення; ідеологічних чинників. Згідно із цією класифікацією, усі національні пра­вові системи згруповані у вісім правових сімей: *романську, германську, скандинавську, загального права; соціалістичного права; права країн Далекого Сходу; ісламського права; індуського права.*

**С.С. Алексеев**. Як критерії основних «базових» юридичних типів правових систем С.С. Алексеев пропонує «загальний фон» або «клімат» правового життя даної країни, пануючу правову ідеологію і реальну структуру позитивного права, комплекс властивих йому специфічних пра­вових інститутів. На цій підставі він виділяє класичні, базові сім'ї права: *романо-германське право, загальне, прецедентне право віддеференційовані, і традиційні системи, що не віддиференціювали: китайське право, традиційне японське право, традиційне ін­дуське право, ісламське право. Сюди ж належить і соціалістичне право.*

**К. Осакве**. Дана класифікація правових систем відображає американську теорію права, відповідно до якої класифікація повинна проводитися на трьох рівнях, тобто на двох рівнях макрокласифікації — по правових традиціях, і на одному рівні мікрокласифікації — по правових сім'ях. На першому рівні макрокласифікації за критерієм релігійної орієнтації релігійні правові системи відмежовуються від нерелігійних. До основних релігійних правових систем належать мусульманське (ісламське) право, єврейське (іудейське) право, канонічне право католицької церкви та індуське право. На другому рівні макрокласифікації нерелігійні правові системи за критерієм праворозуміння і ролі права в суспільстві поділяються на дві основні традиції: західну і незахідну. На рівні мікрокласифікації західна пра­вова традиція (тобто західне право), у свою чергу, поділяється на три правові сім'ї: романо-германську, англо-американську і скандинавську (північноєвропейську). Поняттям незахідної правової традиції об'єднано південно-східне азіатське право, африканське звичаєве право і племінне право американських індіанців.

Більш вузька класифікація правових систем, що входять у західну правову традицію, належить до мікрокласифікації. На цьому рівні, на думку К. Осакве, критерії для класифікації пра­вових систем зводяться до п'яти чинників, таких як правова ідеологія, правовий стиль, філософія процесуального права, архітектура судової системи і інфраструктура права. Під пра­вовою ідеологією розуміються ті основоположні філософські принципи права, які регулюють політичні, економічні і соціальні відносини в суспільстві. Поняття правового стилю включає іс­торичну спадщину, розвиток і структуру права, форму право­вого мислення, форми і ієрархію джерел права, юридичні фікції, юридичну техніку. До питання про філософію процесуального права в сучасній компаративістиці існують два підходи. Перший побудований на принципі змагальності, другий — на принципі інквізиції. Таким чином, можна виділити два види судових про­цесів — змагальний та інквізиційний.

**Є.О. Харитонов і О.І. Харитонова.** До критеріїв кла­сифікації першого рівня (макрорівня) належить тип цивілізації, що зумовлює відповідні традиції права. Критерієм класифікації другого рівня є особливість світогляду в рамках традиції, отже, концепції взаємовідносин держави і приватної особи, чим, у першу чергу, визначається тип правової сім'ї.

У порівняльно-правовій літературі поширено виділення правових систем (С.С. Алексеев) віддиференційованих і невіддиференційованих, яке має прямий вихід на різні типи праворозуміння, зумовлені різними правовими традиціями. У невіддиференційованих правових системах функціонування права реалізується не просто в тісному зв'язку з релігією, мо­раллю, політикою, звичаями, але і під їх прямою дією. А в рамках віддиференційованих правових систем право функціонує відносно незалежно від політики, релігії, моралі, традицій. У рамках віддиференційованих правових систем виділяються романо-германське і загальне право, що сформувалися на основі за­хідної традиції права. Невіддиференційовані правові системи сформувалися на основі незахідної правової традиції. Іноді їх об'єднують у групу східних правових традицій. Схід у даному випадку — це не географічне поняття, а, швидше, історико-культурне, соціополітичне, цивілізаційне. Мова йде про гігантську загальнолюдську цінність, хай в чомусь дуже неоднорідну і суперечливу, але все таки майже монолітну цілісну у своїй глибинній основі — тій самій основі, яка, власне, і зумовила появу дихотомії Схід—Захід.

При класифікації правових систем деякі дослідники виділяли і виділяють соціалістичну правову сім'ю як самостійну. На думку К. Осакве, у теперішній час соціалістична правова сім'я об'єднує Китай, Лаос, КНДР, Камбоджу, Анголу, Кубу, Ефіопію, Мозамбік та ін.3

Причини існування соціалістичної правової сім'ї зумовлюються не особливостями юридичного мислення, правової доктрини, джерел і структури права, а пануючою марксистсько-ленінською ідеологією, принципами політичного устрою суспільства.

**27. Классификация правових систем на постсоветстком пространстве.**

Пострадянські правові системи не формують самостійну пра­вову сім'ю. Разом із тим, визначення їх місця на правовій карті світу є актуальним.

Яким шляхом вони розвиватимуться: або приєднаються до од­нієї з існуючих правових сімей, або підуть по шляху утворення нової правової сім'ї? Дане питання викликає дискусію, що відоб­ражає різне бачення не тільки історичного шляху їх розвитку, але й перспектив їх трансформації.

Багато дослідників уважають, що тенденції розвитку пра­вових систем пострадянських держав дають підстави вважати, що вони рухаються у бік приєднання до сім'ї романо-германського права. Вони поступово відходять від свого соціалістичного мину­лого.

На думку К- Осакве, правові системи більшості держав пост­радянського простору вже відповідають двом з чотирьох основних вимог (згідно із запропонованою ним класифікацією), що вису­вається до правових систем сім'ї романо-германського права, а саме — методологічній і інфраструктурній. За цими двома кри­теріями сучасні правові системи держав пострадянського про­стору відрізняються лише деякими особливостями від сім'ї ро­мано-германського права.

Що стосується таких критеріїв, як правова ідеологія і струк­тура кримінально-процесуального права, то, як стверджує К. Осакве, сучасна російська правова система (це можна від­нести і до більшості держав пострадянського простору) ще не порвала зі своїм соціалістичним минулим. Незважаючи на це, у цих правових системах, як і в романо-германському праві, діють змагальний цивільний процес та інквізиційний кримі­нальний процес, разом із тим, є істотні відмінності між проце­суальним правом цих держав і процесуальним правом держав романо-германського права. З погляду західного права, як відзначає К. Осакве, неприйнятні аспекти російського чинного кримі­нального процесу (та інших держав пострадянського простору) зводяться до такого: домінуючої ролі прокурора і підлеглого йому слідчого на всіх стадіях досудового процесу, що при­рівнює роль адвоката на цих стадіях до безглуздої формальності; суворості кримінального покарання й у багатьох випадках не­відповідності покарання тяжкості скоєного злочину; нелюд­ських умов утримання осіб, які перебувають під слідством, у слідчих ізоляторах; і, нарешті, збереження практики «телефон­ного права» при розгляді деяких кримінальних справ. Для того, щоб приєднатися до сучасного романо-германського криміналь­ного процесу і, таким чином, стати дійсно європейським, чинний російський кримінальний процес потребує істотного реформу­вання.

Характеризуючи правові системи на пострадянському про­сторі, B.C. Нерсесянц застосовує термін «цивілітарне право», виходячи з визначальної ролі цивільної власності, яка передбачає визнання і закріплення частки кожного в десоціалізованій влас­ності. Отже, новий постсоціалістичний лад із такою цивільною (цивільною, цивілітарною) власністю ми, на відміну від капіталізму і соціалізму, називаємо цивілізмом, цивілітарним ладом.

У пострадянській науковій літературі часто уживається термін «євразійський» стосовно характеристики пострадянських пра­вових систем як самостійної правової сім'ї. Даний термін має умовне значення, але не збігається повністю з його точним гео­графічним позначенням континенту Євразії, а також історичними і політичними рухами, які користувалися ним для свого позначення, — євразійство.

С.С. Алексеев національні правові системи держав пострадянсь­кого простору відносить до окремої правової системи, названої ним системою традиційного невіддеференційованого типу, або правом Сходу. Також для позначення вказаних правових систем використовується термін «візантійське право». «Візантійське право, — як відзначає С.С. Алексеев, — спираючись на догми православ'я, за своїми зовнішніми формами відрізняється роз­кішшю і прикрашенням, вражаючою здатністю створювати ви­димість, тобто такий пишний, величний і благовидий фасад, за яким, зрештою, творить свої справи влада азіатсько-теократич­ного типу — влада з переважаючими авторитарними характерис­тиками».

Позиція С.С. Алексеева щодо «візантійського права» викликала певну полеміку в науковій літературі, перш за все, з історико-правового, змістовного боку цієї гіпотези. На думку А. Алюшина, специфіка російської державно-правової традиції має характерні риси: їй не властиві ідеї природного права і права справедливості. Відсутність ідей природного права і права справедливості, зміна державних інститутів та правової системи відбувається не на основі аргументів права, а шляхом залучення іншої аргументації, що створює умови для свавілля.

«Відмінність між Заходом і Сходом, — на думку Ю.М. Оборотова, — є видимою в існуванні двох традицій права. Західна традиція права, пов'язана з автономністю, відособленістю права від моралі, релігії, політики, ідеології, основну увагу при­діляє правам і свободам, чітко розмежовує сфери приватного і публічного права. Східна традиція права пов'язана з про­никненням до сфери права інших систем соціального регулю­вання».

Не можна заперечувати вплив, який справило візантійське право не тільки на правову систему Росії, але й правові системи інших держав, що утворилися на пострадянському просторі. Наприклад, на території Молдови було рецепійовано (сприйнято) візантій­ське право, що являє собою перероблене для потреб феодальної Візантійської імперії римське право. У тому ж ступені це стосується Грузії і Вірменії. Зокрема, можна говорити про значний вплив високорозвинутого візантій­ського права на правотворчість грузинських царів.

Західні держави сприйняли римську ідею права, виклали її своєю мовою, інтерпретували її в новому германському контексті. Проте західноєвропейські держави здійснили рецепцію римського права в повнішому обсязі, ніж це вдалося зробити Росії з правом візантійським. Римська імперія, римське право і християнство римського напряму визначили характер західної цивілізації вза­галі, і західної юриспруденції зокрема. Візантійське право, візан­тійська держава, православ'я те ж саме зробили щодо Росії, її права і держави. Росія, запозичуючи візантійські державно-пра­вові традиції, точно скопіювала зовнішню форму останніх, але при цьому не змогла відтворити контекст, в якому вони створювалися і діяли в Константинополі. Росія сформувала власну конструкцію влади і права.

Самобутність правових систем на пострадянському просторі не повинна абсолютизуватися, оскільки це вже веде до зворотного результату: від «європоцентризму» до необґрунтованої винят­ковості. Водночас весь попередній досвід «наздоганяючого роз­витку» України і Росії та їх права говорять про те, що зовнішнє копіювання чужих зразків неминуче закладає відставання в пра­вовому розвитку.

Таким чином, визначаючи місце пострадянських правових систем на правовій карті світу, необхідно відзначити, що дані правові системи поступово відходять від соціалістичного минулого, хоча як і раніше носять на собі відбиток ідеологізованої правової системи. Що стосується їх наближення до романо-германської правової сім'ї, то правові системи різних пострадянських держав рухаються в цьому напряму різними дорогами, різними темпами, різними засобами. Якщо одні пострадянські держави вже зробили рішучі кроки і досягли конкретних результатів (держави Балтії), то інші, спираючись на свою самобутність, кон­сервативніше просуваються в цьому напрямі (Росія, Білорусь та ін.). Ряд пострадянських держав, незважаючи на те, що вони за­явили пріоритетними романо-германські правові цінності, залиша­ються під впливом менталітету, зумовленого специфікою східної цивілізації (держави Середньої Азії та Азербайджан).

**28. Международное право и национальные правовые системы.**

Вопрос об общих чертах и особенностях международного и национального нрава издавна привлекал к себе внимание авторов, при­знающих относительно самостоятельный характер данных правовых систем. Однако акцент при этом ставится чаще всего на выявлении их отличительных признаков и черт, нежели их общностей. Так, исследуя международное право в сравнении с "внутриго­сударственным правом отдельных государств", Л. Оппенгейм ука­зывал прежде всего на то, что данные правовые системы "суще­ственно отличаются друг от друга".Они различны, в первую очередь, в отношении своих источников. Источниками внутригосударственного права являются "обычай, развившийся в пределах данного государства, и акты его законодательной власти". В то время как источники международного права — это "обычай, развившийся среди семьи народов, и правообразующие договоры, заключенные членами этой семьи".

Далее, международное право и внутригосударственное право различаются по регулируемым ими отношениям. Внутригосудар­ственное право само регулирует "отношения между лицами, нахо­дящимися под властью определенного государства, и отношения между этим государством и данными лицами". Международное же право регулирует "отношения между государствами—членами се­мьи народов".

Наконец, международное и внутригосударственное право различаются "по содержанию самого права". Если внутригосударствен­ное право "есть право суверена над отдельными лицами, подчинен­ными его власти", то международное право "есть право не над су­веренными государствами, а между ними". Международное право функционирует как "право более слабое" по сравнению с внутриго­сударственным правом.

На акцентирование внимания сторонниками дуалистических идей ("плюралистическими интерпретаторами") главным образом на отличительных чертах международного и национального права в процессе их сравнительного познания указывал также в своих кри­тических замечаниях и Г. Кельзен.

Выступая против рассмотрения международного и националь­ного права в качестве самостоятельных правовых систем, знамени­тый ученый отмечал: когда хотят подчеркнуть "взаимную самосто­ятельность" международного и национального права, то чаше все­го ссылаются в качестве аргументов на их отличительные черты. Например, на то, что "обе правовые системы имеют в качестве пред­мета своего регулирования различные общественные отношения". Говорится при этом, что "национальное право регулирует поведе­ние индивидов, а международное — поведение государств". Однако этот аргумент "не срабатывает", поскольку в окружа­ющем нас мире не было и нет поведения государств самих по себе, как таковых. Их поведение всегда "сводится к поведению индиви­дов, представляющих данное государство". В силу этого трудно го­ворить о том, что международное и национальное право имеют раз­ные предметы своего регулирования и отличаются друг от друга предметами регулирования.

Уж если говорить об отличительных признаках и чертах меж­дународного и национального права, то следовало бы обратить внимание, прежде всего, на особен­ности характера этих плановых систем и на специфику источни­ков этих систем права. Ведь, вполне очевидным является то, что "если национальное право создается всегда одним государством, то международное право — сообществом, состоящим из двух и более государств". Данное обстоятельство всегда накладывает неизглади­мый отпечаток как на характер правовых систем, так и на другие их стороны.

При более обстоятельном рассмотрении подобных общностей и особенностей национальных правовых систем и системы междуна­родного права необходимо обратить внимание и особо выделить сле­дующие их общие и специфические черты.

Во-первых, регулятивный характер системы международного права и национальных правовых систем. Смысл его заключается в том, что устанавливая определенные права и обязанности сторон — участников международно-правовых или внутригосударственных отношений, обе правовые системы создают тем самым своего рода пределы, рамки их поведения, направляют их действия в строго определенное правовое русло.

Во-вторых, государственно-волевой характер норм междуна­родного и национального права. Элемент общности этих двух пра­вовых систем проявляется в том, что нормы международного и на­ционального права не являются чем-то инородным и независимым по отношению к воле, целям, интересам и желанию их создателей. Они представляют собой продукт волевой деятельности людей, вы­ступают как средство выражения и закрепления их социальных и материальных ценностей и интересов.

В-третьих, наличие общих черт и особенностей в объектах и предметах регулирования международного и национального нрава В качестве объектов регулирования международного и нацио­нального права выступают существующие в мире, в рамках отдель­ных стран и за их пределами, общественные отношения, которые могут быть опосредованы и в действительности опосредуются не только нормами права, но и другими социальными нормами (норма­ми морали, обычаями, традициями и пр.). Весь этот массив обще­ственных отношений теоретически и практически подлежит регу­лятивному воздействию как со стороны международного, так и на­ционального права. В этом, безусловно, проявляется момент сходства данных правовых систем, а вместе с тем — и общности их по объек­ту регулирования.

В-четвертых, **наличие общих черт и особенностей, касающих­ся субъектов международного и национального права.** Общность рассматриваемых в "субъективном" плане систем международного и национального нрава появляется как минимум в двух отношениях: 1) в отношении самого факта существования субъектов права в каждой из систем и 2) в наличии общих для каж­дой из них субъектов права. Существование международно-правовых и национально-право­вых субъектов не только объединяет две рассматриваемые право­вые системы в одну родовую — правовую систему, но и сближает их между собой.

В-пятых, **наличие общих черт и особенностей международного и национального права, "заложенных" в их источниках.** Согласно сложившейся в течение ряда столетий правовой те­ории и юридической практике в качестве источников национального права, как известно, рассматриваются нормативно-правовые акты (законы и подзаконные акты), правовые договоры и обычаи, право­вые доктрины, судебная практика и порождаемые ею прецеденты, административные прецеденты. Данный перечень источников наци­онального права достаточно полный, но не исчерпывающий, посколь­ку в религиозных и некоторых других правовых системах существу­ют свои специфические источники права.

Помимо названных общих черт и особенностей, характеризу­ющих международное и национальное право, данным правовым си­стемам присущи и иные сходные черты. Свое конкретное проявле­ние они находят на уровне норм, составляющих основу международ­ного и национального права, а также на уровне отдельных институ­тов, форм реализации, юридических и иных гарантий, различных отраслей права.

**31. Западное право и его традиции.**

Основные характеристики западной традиции права можно предварительно суммировать так:

1. Относительно резкое различие проводится между правовыми институтами и учреждениями (включая правовые процессы, такие, как законодательство и вынесение судебных решений, равно как и правовые правила и понятия, создаваемые в ходе этих процессов) и другими типами учреждений. Хотя право остается под сильным влиянием религии, политики, морали, обычая, однако его можно аналитически отличить от них. Например, обычай в смысле привычных образцов поведения отличается от обычного права в смысле обычных норм поведения, считающихся юридически обязывающими. Точно так же политика и мораль могут определять закон, однако они не мыслятся как сам закон, что имеет место в некоторых других культурах. На Западе, хотя, конечно, не только там, считается, что право имеет свой собственный характер, обладая определенной относительной автономией.

2. С резкостью этого различия связан и тот факт, что управление правовыми учреждениями в западной традиции права доверено специальному корпусу людей, которые занимаются правовыми действиями на профессиональной основе в качестве своей более или менее основной работы.

3. Эти профессионалы, именуются ли они адвокатами, как в Англии и Америке, или юристами, как в большинстве других стран Запада, специально обучаются в отдельном разделе высшего образования, определяемом как юридическое образование, имеющем свою собственную профессиональную литературу и профессиональные школы или иные места обучения.

4. Та сумма юридических знаний, которую получают специалисты в области права, находится в сложном, диалектическом отношении к правовым учреждениям, потому что, с одной стороны, юридическая литература описывает эти учреждения, а с другой стороны, сами эти учреждения, которые иначе были бы несоразмерны и неорганизованны, концептуализируются и систематизируются, таким образом трансформируясь в соответствии с тем, что говорится о них в ученых трактатах, статьях. Другими словами, право включает в себя не только правовые учреждения, правовые требования, правовые решения и тому подобное, но и то, что правоведы (включая иногда и законодателей, судей, других официальных лиц, когда они выступают как правоведы) говорят об этих правовых учреждениях, требованиях и решениях. Право содержит в себе и науку о праве - правоведение, то метаправо, с помощью которого его можно и анализировать, и оценивать.

Первые четыре характерные черты западной традиции права разделяет традиция римского права, которая развивалась в Римской республике и Римской империи со II в. до н.э. по VIII в. н. э. и позднее. Однако эти черты не разделяются многими современными незападными культурами, не было их и в правовом порядке, господствовавшем среди германских народов Западной Европы до XI столетия. Германское право коренилось в политической и религиозной жизни и в обычае и морали точно так же, как и сегодня это происходит во многих неформальных сообществах - в школе, городском квартале, в деревне, на фабрике. Ни во франкском государстве, ни в англосаксонской Англии, ни в иных местах в Европе в то время не делалось особенного различия между правовыми нормами и процедурами, с одной стороны и религиозными, моральными, экономическими, политическими и другими нормами и практикой - с другой. Разумеется, были законы, а то и своды законов, изданные королями, однако не было профессиональных юристов или судей, не было профессиональных правоведов, как и юридических школ, юридических книг, самой науки правоведения. Это же справедливо и в отношении церкви: каноническое право было сплавлено с теологией, и за исключением нескольких довольно примитивно организованных сводов канонов и монашеских книг наказаний за грехи, не было ничего, что можно было бы назвать литературой церковного права.

5. В западной традиции права закон воспринимается как связное целое, единая система, "организм", который развивается во времени, через века и поколения. Можно подумать, что понятие права как corpus juris незримо присутствует во всякой традиции права, в которой право рассматривается как отличное от морали и обычая. Часто предполагается, что такое понятие не только скрыто присутствовало, но и было открыто изложено в римском праве Юстиниана. Однако же фраза corpus juris Romani была в употреблении отнюдь не у римлян, а у европейских специалистов канонического и римского права XII и XIII вв., перенесших это понятие из работ тех ученых, которые одним-двумя столетиями ранее обнаружили старые тексты эпохи Юстиниана и преподавали их в европейских университетах. Именно схоластическая техника XII в., которая примиряла противоречия и выводила общие понятия из правил и казусов, позволила впервые упорядочить и объединить римское право Юстиниана.

6. Жизнеспособность понятия организма, "корпуса", или системы права, зависела от уверенности в продолжающемся характере права, его способности расти на протяжении веков и поколений, - уверенности, свойственной исключительно Западу. Организм права продолжает жить только потому, что в нем есть встроенный механизм органичных изменений.

7. Представляется, что рост права имеет внутреннюю логику; изменения - это не только приспособление старого к новому, но и часть общей модели изменений. Процесс отражает некую внутреннюю необходимость. В западной традиции права предполагается, что изменения не происходят случайно, а путем нового истолкования прошлого стремятся удовлетворить потребности сегодняшнего дня и будущего. Право не просто продолжается; оно имеет историю. Оно рассказывает историю.

8. Историчность права связана с понятием его превосходства над политическими властями. Развивающийся организм права как в любой данный момент, так и в длительной перспективе в понимании некоторых - хотя и не всех, и даже не обязательно многих - является обязывающим для самого государства. Хотя слово "конституционализм" было придумано Американской Революцией, однако с XII в. во всех странах Запада, даже при абсолютных монархиях, широко высказывалась и часто принималась мысль о том, что в некоторых важных аспектах право переступает границы политики. Говорится, что монарх может творить закон, но он не может творить его произвольно, и до тех пока он не переделает его, законным же образом, он связан им.

9. Возможно, самая яркая черта западной традиции права - это сосуществование и соревнование внутри одного общества различных юрисдикции различных правовых систем. Именно этот плюрализм юрисдикции и правовых систем и делает превосходство закона необходимым и возможным.

Правовой плюрализм проистекал из дифференциации церковной власти от светских властей. Церковь объявила свою свободу от светского контроля, свою исключительную юрисдикцию по некоторым вопросам и совместную юрисдикцию по другим. Миряне, хотя ими и управлял в целом светский закон, подлежали церковному праву и юрисдикции церковного суда в вопросах брачно-семейных отношений, наследства, духовных преступлений, договорных отношений, когда было дано слово, и некоторых других. И наоборот, духовенство, в целом управляемое каноническим правом, подлежало светскому закону и юрисдикции светского суда в отношении определенных видов преступлений, определенных типов имущественных споров и т.п. Само светское право разделялось на разные соперничающие виды, включая королевское право, феодальное право, манориальное право, городское право и торговое право. Один и тот же человек мог подлежать церковному суду по одному делу, королевскому суду по другому, суду своего лорда по третьему, быть подсуден материальной курии по четвертому делу, городскому суду по пятому, купеческому - по шестому.

Сама сложность общего правового порядка, содержащего разнообразные правовые системы, обеспечивала правовую изощренность. Какой из судов обладает юрисдикцией в данном случае? Какой закон применим? Как примирить правовые разногласия? За этими техническими вопросами лежали важные политические и экономические соображения: церковь против короны, корона против города, город против феодала, феодал против купца и т.д. Право было способом разрешения этих политических и экономических конфликтов. Но оно же могло послужить и их обострению.

Этот плюрализм права на Западе, который отражал и одновременно укреплял плюрализм политической и экономической жизни Запада, явился, или когда-то являлся, источником развития, или роста - правового, равно как и экономического и политического. Он также стал, или когда-то был, источником свободы. Серв мог прибегнуть к городскому суду за защитой от своего помещика. Вассал мог прибегнуть к суду короля за защитой от своего сеньора. Клирик мог прибегнуть к церковному суду за защитой от короля.

10. Существует напряженность между идеями и реальностью, между динамическими качествами и стабильностью, между трансцендентностью и имманентностью западной традиции права. Эта напряженность периодически приводила к насильственному свержению правовых систем путем революции. Несмотря на это, сама традиция права, которая больше любой из составляющих ее правовых систем, выжила и даже обновилась в ходе этих революций.

**32.Особенности смешанных (гибридных) правових систем.**

Сім'я змішаного права включає правові системи, що мають загальні закономірності розвитку і схожі ознаки, що перебувають між романо-германським і загальним правом. їх ще називають гіб­ридними правовими системами, що поєднують елементи місцевих джерел права і запозичені правові положення як у романо-гер-манського, так і в загального права. Але, незважаючи на це, вони вважаються самостійними правовими сім'ями. У ці правові сис­теми входять латиноамериканська правова сім'я і скандинавська правова сім'я.

Латиноамериканське право виникло на основі традицій і звичаїв корінного населення, що проживає на території Латинської Америки, і розвивалося під впливом романо-германського права, а також американського права. Принципи форму­вання правової системи, структури права і його джерел схожі з романо-германським правом. Кодифікація в даних правових системах проводилася за зразком французького Цивільного ко­дексу. Тому багато хто вважає, що незважаючи на географічну близькість скандинавського права до романо-германського, при віднесенні латиноамериканського права до романо-германського виникає менше питань. Якщо на формування сфери приватного права у латиноамериканській правовій сім'ї більше вплинуло романо-германське право, то на сферу публічного і особливо консти­туційного права справили принципи американського права, перш за все американської конституції, а також американської судової системи. На цій основі має місце дуалізм латиноамерикансь­кого права виявилися більш впливовими. Разом із тим, в основі латиноамериканського права видно споконвічні народні погляди і звичаї, які накладають свій відбиток на правові процеси.

Скандинавське право об'єднує правові системи держав Пів­нічної Європи: Швеції, Данії, Норвегії, Фінляндії, Ісландії (ос­таннім часом деякі автори до цієї сім'ї включають і правові сис­теми держав Балтії).

Своєрідність географічного розташування, схожість способу життя, тісні економічні, культурні і політичні зв'язки між пів­нічними державами Європи спричинили формування загального правового мислення і правової культури. Усе це сприяло тісній правовій співпраці між ними. Необхідно відзначити, що правова співпраця між цими державами почалася раніше, ніж у конти­нентальній Європі.

На формування скандинавської правової сім'ї римське право вплинуло опосередковано через романо-германське право. Сканди­навське право нагадує конструкції і основні принципи формування і функціонування романо-германського права. Разом із тим, процес кодифікації в цих державах багато в чому своєрідний і полягає в комплексному підході до регулювання галузей права. Це означає, що кодекси скандинавського права регулюють не окремі галузі, а спрямовані на регулювання інститутів, що вхо­дять до різних галузей права. Скандинавське право відрізняється від романо-германського права, перш за все, особливим місцем і роллю, яку відіграє судовий прецедент у системі джерел права. Завдяки цьому дана правова сім'я має спорідненість із сім'єю загального права. Це дає підставу називати дану правову сім'ю змішаною.

**33. Религиозные правове семи: характерне черты, основне подтипы.**

Сім'я релігійного права формується на основі власного спе­цифічного праворозуміння, заснованого на релігії. Право фор­мується і діє на основі релігійних догм і доктрин. Головним суб'єктом права, згідно з релігійно-правовою доктриною, виступає божественна воля.

Найважливіша особливість релігійного права полягає в тому, що сфера його поширення залежить від належності до релігійної общини (або через дотримання певних принципів, як в індуському праві) незалежно від місця проживання чи знаходження.

Особливістю релігійного права, що відрізняє його від інших правових систем, є поєднання в ньому релігійних і власне юри­дичних засад, що позначились на специфіці його джерел і струк­турі, механізмі дії та праворозумінні. Дана особливість вияв­ляється й у тому, що для реалізації правової норми необхідна її відповідність не тільки основоположним правовим, але і, перш за все, релігійним принципам.

До цієї групи правових систем входять іудейське право, ін­дуське право і ісламське право.

Іудейське право, як різновид релігійного права, є сукупністю релігійних, етичних і правових норм, принципів і правил, що склалися на основі релігії іудаїзму, підтримуваних єврейською державою (хоча тривалий час іудейське право функціонувало за відсутності єврейської держави).

Особливості іудаїзму як релігії взагалі, і іудейського права зокрема, пояснюються складною історичною долею єврейського народу, який ще в стародавні часи втратив не тільки свою державу, але й землю предків, і вимушений був жити на території інших держав. Пристосовуючись до культури інших народів, він зберіг свою самобутність, віру і самосвідомість, а також правову систему.

Основні джерела іудейської релігії виступають і джерелами іудейського права, головними з яких є Божественне откровения — Біблія. Перші п'ять книг Біблії — П'ятикнижжя (Тора) — серед джерел іудейського права мають особливе значення.

Іудейське право виступає як право общини, оскільки поши­рення його норм залежить від належності до єврейської общини, що сформувалася на основі іудаїзму. Воно є важливою складовою правової системи Ізраїлю, що утворилася в 1948 р. як світська правова система.

Індуське право є різновидом права релігійного типу і базується на індуїзмі як сукупності філософських, релігійних і соціальних переконань.

Історія розвитку індуського права пов'язана з історією ви­никнення його джерел. Перш за все, це веди, смріті, а також дхармашастри і нібандхази.

Індуське право, перш за все, регулює приватний статус ін­дусів, зокрема сімейні правові відносини, спадкові правові відно­сини, деякі інститути цивільних правових відносин та ін.

За свою багатовікову історію індуське право зазнало спочатку ісламського впливу (XIV—XVII ст.), потім англійського колоніаль­ного впливу (XVII — перша половина XX ст.). Якщо в першому періоді не відбулося ісламізації індуського права, то в другому періоді можна говорити про формування англо-індуського права. На цьому етапі відбувається формування національної правової системи Індії, з'являються нові галузі права, а також формується її сучасна судова система. І, нарешті, з колоніальним періодом пов'язана поява перших кодексів і основоположних законів, що регулюють різні галузі права.

Важливим етапом на шляху розвитку як індуського права, так і національної правової системи Індії (ці поняття не є синонімами), є проголошення незалежності Індії в 1947 p., а також прийняття Конституції Індії в 1950 р.

До структури сучасної правової системи Індії входить класичне індуське право, ісламське право, а також так зване територіальне право, тобто симбіоз територіального і персонального типів права.

Ісламське право є ще однією релігійною правовою системою. Норми, що містяться в ісламському праві, поширюються на ін­дивідів, які належать до ісламської общини. Ісламське право повністю базується на релігії ісламу, тому розрізняти правові і релігійні норми достатньо складно. Основними джерелами іслам­ського права є Коран і Сунна, які по суті виступають основою всієї ісламської релігії й цивілізації.

Згідно з ісламською релігійною доктриною, правові приписи розглядаються як складова єдиного, божественного порядку і закону, яким управляється весь світ. Суб'єктом права є лише Аллах, а мусульманин уважається носієм установлених Богом обов'язків.

Норми ісламського права регулюють в основному особистий статус мусульманина, тобто сфери приватного права, хоча питання публічного права теж знаходяться у фокусі ісламського права.

У XIX—XX ст. під впливом змін, що відбувалися у світі, відбу­лося реформування ісламського права, унаслідок чого воно адап­тувалося до сучасних умов.

Поняття «ісламське право» і «правова система ісламських де­ржав» у своїй основі не збігаються, оскільки правова система цих держав визнає дуалізм, тобто існування, разом із положеннями класичного ісламського права, запозичених положень з інших пра­вових систем.

**34. Традиционные правове семи: характерне черты, основне подтипы.**

Сім'я традиційного права включає найдавніші правові системи, пов'язані з поняттям традиційного суспільства з його устроєм життя і своєрідним поглядом на право в системі регуляторів суспільного життя.

Звичаєве право — це правове утворення, яке складається із сукупності соціальних норм, що мають форму звичаїв і діють не тільки в ранньокласових, але й у сучасному суспільстві, де формується спосіб мислення і поведінка населення. Звичаєве право вважається правом общин, а не правом індивідів, оскільки всі права і обов'язки належать соціальним общинам. У цю правову сім'ю входять: південно-східне азіатське звичаєве право, звичаєве племінне право американських індіанців. Проте традиційне право найповніше відобразилося в африканському зви­чаєвому праві.

Сім'я африканського звичаєвого права представляє собою форми регламентації суспільних відносин, що існують у країнах Африки і на Мадагаскарі, які ґрунтуються на державному визнанні соціальних норм, що склалися природним чином, і звичаїв, що перетворилися на звичку населення.

Оскільки протягом тривалого часу норми звичаєвого права мали усний характер у формі приказок, прислів'їв, міфів, то запис цих звичаїв є першим кроком до його уніфікації і систе­матизації. Африканське звичаєве право зазнало сильного впливу в колоніальний період. Вибір африканськими державами тієї чи іншої моделі правового розвитку був продиктований правовими системами колишніх держав метрополії.

Класичне звичаєве право входить у структуру сучасних пра­вових систем африканських держав, які включають також еле­менти, запозичені в різних правових систем.

Правові системи, що входять в дану правову сім'ю, є найдавні­шими правовими системами, пов'язаними з поняттям традиційного суспільства, з його способом життя і своєрідним поглядом на право в системі регуляторів суспільного життя.

Найважливіша особливість традиційного права полягає в тому, що воно є правом общини або групи, а не правом індивідів. Дана специфіка виявляється в переважному відношенні до прав на­роду по відношенню до індивідуальних прав і свобод. Колективні права виступають як гарант у реалізації індивідуальних прав. Община (колективна) форма мислення є визначальною у фор­муванні традиційного праворозуміння. Отже, головним суб'єктом права виступає община або група. Основне призначення права в традиційному суспільстві полягає в забезпеченні гармонії і згурто­ваності всередині общини, а також у суспільстві та природі в цілому.

Сім'я традиційного права об'єднує: південно-східне азіатське звичаєве право, звичаєве племінне право американських індіанців, а також африканське звичаєве право, в якому найповніше відоб­ражено специфіку традиційного права.

Південно-східне азіатське звичаєве право характеризується всіма ознаками, властивими сім'ї звичаєвого права. Важливою складовою структури правової системи ряду держав Південно-Східної Азії, виступає система звичаєвого права, за допомогою якого взаємовідношення між населенням регулюється цими зви­чаями. Так до колонізації Індонезії звичаєве право займало цен­тральне місце в системі регулювання суспільних відносин. Да­ному праву властива загальна ознака, що характеризує звичаєве право взагалі, — це зв'язок із міфологією. Прикладом цього є уявлення індонезійців про те, що душі предків спостерігають за общиною, і порушення правил, що містяться у звичаєвому праві, викликають їх незадоволеність. Крім того, звичаєве право найтіс­нішим чином пов'язане з общиною формою життя більшої частини населення Індонезії. Своєрідними кодексами звичаєвого права Індонезії є кодекс «Шивамана» (X ст.) і кодекс «Кутараманава» (XIV ст.).

З колонізацією Індонезії Голландією на її територію проникло колоніальне європейське право. Проте воно не змогло викоренити звичаєве індонезійське право, яке продовжувало і продовжує ре­гулювати взаємини корінного населення.

Крім того, у деяких державах Південно-Східної Азії прояв зви­чаєвого права, як і раніше, знаходить відображення в системі від­правлення правосудця. Наприклад, земельний суд маорі в Новій Зеландії розглядає судові справи відносно корінного населення. Це перш за все питання, пов'язані з правом власності на землю, про розділ земельних ділянок, а також деякі питання сімейно-пра­вових і спадково-правових відносин. Крім того, при законотвор­чості враховуються норми звичаєвого права корінного населення, наприклад Закон «Про дітей, молодь і їхні сім'ї» 1989 р.

Племінне право американських індіанців також є різно­видом звичаєвого права, якому властиві його основні ознаки. Зок­рема, право американських індіанців є також общанним правом. Воно як і раніше є правом, що регулює відносини корінного на­селення, особливо у сфері сімейно-правових і спадково-правових відносин, а також при регулюванні суперечок між конфліктую­чими сторонами. Широко поширені так звані «кола правосуддя» — традиційна для жителів Північної Америки програма прими­рення за участі сторін конфлікту, їхніх родичів і общини, коли рішення ухвалюється консенсусом і є формою традиційного пра­восуддя.

**35. Дальневосточная правовая сім’я: общая характеристика.**

Сім'я традиційно-етичного права. Специфічне праворозуміння є головним критерієм віднесення правових систем до сім'ї традиційно-етичних правових систем, незважаючи на суттєві відмінності між ними. До даної групи правових систем входить далекосхідна правова сім'я. Найважливіша специфіка дале­косхідних правових систем, що дозволяє об'єднати їх в одну правову сім'ю, полягає в особливому підході до права як ре­гулятора суспільних відносин, заснованих на конфуціанських філософських переконаннях і конфуціанській моралі. Право в цих суспільствах не вважається головним засобом забезпе­чення справедливості і порядку та займає підлегле становище щодо ідеального порядку, забезпечуваного вищою силою, неза­лежною від волі людини. Призначення права полягає в тому, щоб відповідати цьому ідеальному порядку і прагнути до його забезпечення.

Згідно з традиційно-етичною доктриною права, у своїй по­ведінці людина повинна керуватися не юридичними мотивами, а прагненням до гармонії, згоди і миру. У випадках, коли вини­кала необхідність вирішення майнового або іншого побутового спору, в дію вступали погоджувальні процедури. Саме вони виступали для конфліктуючих сторін набагато справедливішими й ефективнішими засобами у вирішенні конфліктних ситуацій, ніж юридичні процедури.

Далекосхідна правова сім'я має багатовікову історію. Навіть «вестернізація» (тобто «європеїзація» і «американізація») пра­вових систем далекосхідних країн не змогла корінним чином змі­нити її природу. До далекосхідної правової сім'ї належать правові системи Китаю, Японії, Кореї, Монголії, Малайзії, М'янми (до 1989 р. — Бірми) і ін. Найбільш характерні риси, властиві даними правовим системам, відбиваються в китайському і японському праві.

Китайське право відрізняється своїм світоглядним підходом до права, заснованим на філософських концепціях даосизму, кон­фуціанства і легізму. Для китайців право — це, перш за все, засіб або інструмент юридично узгоджених правил соціального облаштування суспільства. Згідно з конфуціанським вченням, суспільні відносини є частиною суспільної думки. Тим самим підкреслюється другорядність регулювання суспільних відносин перед вічними природними законами, внаслідок чого можна гово­рити про домінування норм моралі над правовими нормами.

Сучасна правова система КНР за своїми зовнішніми ознаками, тобто по своїй структурі і системі джерел, нагадує романо-германське право. Деякі галузі сучасної правової системи КНР як і раніше відчувають на собі вплив соціалістичного права. Разом із тим, тра­диційно-етичні концепції китайського праворозуміння, що сформу­валося на ідеях конфуціанства (яке до 1911 р. було офіційною ідеологією китайських імператорів), як і раніше визначають пра­вовий менталітет, правову культуру і правову поведінку насе­лення Китаю.

Японське право сформувалося під впливом концепції китай­ського праворозуміння. З другої половини XIX ст. настав період «вестернізації» японського права. Під впливом романо-германського права було прийнято конституцію, цивільний кодекс, кримі­нальний кодекс, торговий кодекс, а також ряд інших важливих нормативно-правових актів. Після Другої світової війни японське право відчуває на собі значних вплив американського права, унаслідок чого воно починає перебудовуватися, багато в чому за його зразком. Разом із тим, незважаючи на запозичення правових положень із романо-германського і американського права, сфера правового регулювання залишається не такою широкою, оскільки японці як і раніше додержуються традицій, норм, історично вста­новлених для різних верств населення. Часто віддають перевагу мировим угодам у вирішенні спорів, а не судовим процедурам. Завдання японських судів полягає, перш за все, у примиренні сторін.

**36. Феномен евразийской (славянской) правовой семьи.**

**Евразийское объединение правовых систем** ориентирующиеся на романо-германское право — яркой исторической основой са­мостоятельного формирования которого является "Русская прав­да", судебник 1497 и 1550 г., Свод, "Права, за яким судиться малоросшський народ" и др., которые характеризуют тяготение пра­ва в сторону нормативного закрепления в законе, что объединяет правовые системы России, Украины, Молдовы, Беларуси и др.

Данное объединение правовых систем формируется на основе общности правопонимания, господствующей правовой идеологии, структуры права, так же системы его источников.

Несмотря на доминирующую роль Российского права данное объединение правовых систем предполагает с одной стороны при­знание, равного статуса его членов, с другой стороны отказ от ис­ключительности национальных традиций и национальных особен­ностей правового развития. Географическое положение стран вхо­дящих в Евразию на стыке двух цивилизаций — восточной и западной в контексте современных тенденций развития общества обуславливает взаимодействие и взаимопроникновение цивилизационных элементов в том числе в правовой сфере как результат диалога правовых культур.

Данное объединение правовых систем обладая общими и спе­цифическими особенностями правового развития активно заим­ствуют достижения основных правовых семей, в частности рома-но-германского и общего права.

**37. Правовые системы на постсоветстком пространстве.**

**В** результате трансформации, представляется возможным про­ведение **классификации** правовых систем государств образовав­шихся на постсоветском пространстве на группы и объединения на основе определенных критериев отражающих как логику их развития, так и реалии окружающие их в современных условиях.

На этой основе теоретически целесообразно отнесение нацио­нальных правовых систем постсоветских государств к нескольким обособленным группировкам.

**— Евразийское объединение правовых систем** ориентирующиеся на романо-германское право — яркой исторической основой са­мостоятельного формирования которого является "Русская прав­да", судебник 1497 и 1550 г., Свод, "Права, за яким судиться ма-лоросшський народ" и др., которые характеризуют тяготение пра­ва в сторону нормативного закрепления в законе, что объединяет правовые системы России, Украины, Молдовы, Беларуси и др.

Данное объединение правовых систем формируется на основе общности правопонимания, господствующей правовой идеологии, структуры права, так же системы его источников.

Несмотря на доминирующую роль Российского права данное объединение правовых систем предполагает с одной стороны при­знание, равного статуса его членов, с другой стороны отказ от ис­ключительности национальных традиций и национальных особен­ностей правового развития. Географическое положение стран вхо­дящих в Евразию на стыке двух цивилизаций — восточной и западной в контексте современных тенденций развития общества обуславливает взаимодействие и взаимопроникновение цивилизационных элементов в том числе в правовой сфере как результат диалога правовых культур.

Данное объединение правовых систем обладая общими и спе­цифическими особенностями правового развития активно заим­ствуют достижения основных правовых семей, в частности рома-но-германского и общего права.

**— Объединение правовых систем постсоветских государств с преобладающим мусульманским населением** ориентирующееся к евразийскому объединению правовых систем, при внешнем заим­ствовании некоторых положений у романо-германского права.

Например, на сегодняшний день Узбекистан имеет переходную правовую систему, трансформирующуюся от социалистического к романо-германскому типу. **В** то же время ей присущи отдельные черты, отражающие национальные узбекские и общеисламские правовые традиции. Правосознание граждан этой страны наполне­но традициями, обычаями и моральными нормами, унаследованны­ми из прошлого, включая влияние шариата. Для узбекского образа жизни характерны общинность и патернализм государства. Коллек­тивистские начала, коллективные интересы здесь всегда превалиро­вали над интересами частными, индивидуальными. Поэтому рецеп­ция Узбекистаном в 1990-е гг. романо-германского права, основан­ного на индивидуализме и частной инициативе, нередко носит формальный, поверхностный характер. Многие декларированные принципы не имеют никакой связи с действительностью1.

**"Светский исламизм",** выбранный в качестве осповополлагаю-щего принципа формирования всей политической системы госу­дарствами, образовавшиеся на постсоветском пространстве с пре­обладающим мусульманским населением предполагает разделение религиозной идеологии, политики и экономики, а также означает приоритет национального государственного элемента в соотноше­нии коренного и заимствованного.

Законодательство этих государств гарантирует право граждан на определение и выражение своего отношения к религии на бес­препятственное исповедование религии и выполнение религиоз­ных обрядов. Приоритет ислама в религиозной жизни не является фактом государственного права. Это — культурологический факт, вызванный ориентациями абсолютного большинства населения — узбеков, каракалпаков, казахов, таджиков, туркмен, татар2.

Принципы и нормы мусульманского права скорее всего явля­ются своеобразными критериями духовно-нравственного состоя­ния общества в силу определенных геокультурных и исторических факторов, однако они не являются определяющими для формиро­вания структуры источников правовой системы.

К моменту вхождения в состав Российской империи в Азербай­джане, как и во всех мусульманских государствах, действовали традиционные источники шариата. Кроме того, местные правите­ли издавали свои законы — фирманы. Сохранялось и обычное право. Судебные функции, в основном, осуществляли духовные лица — кадии. В дореволюционный период изменениям подверг­лись, главным образом, отрасли публичного права; в сфере част­ного, особенно семейно-брачного права, продолжали действовать традиционные мусульманские и обычно-правовые нормы.

**— Объединение правовых систем стран Балтии** с тяготением к северной, скандинавской правовой семье. Например, правовая си­стема Латвии, как и другие страны Балтии, двигается в направле­нии присоединения к скандинавской правовой семьи, занимая в ней своеобразное место. Современная правовая система Латвии сформировалась на протяжении последних 150 лет под влиянием самых различных правовых культур: главным образом немецкой, дореволюционной русской, а также советской. Средневековое пра­во местного населения Прибалтики не ушло дальше обычного. Немцы принесли с собой развитое право, создали законодатель­ство, опиравшееся на принципы старо-германского права, являю­щиеся исторической основой скандинавского права. Эти законы действовали в той или иной мере вплоть до XIX в. Немцы также кодифицировали местное обычное право, приспособив его в каче­стве крестьянского.

Проведенная классификация может быть использована для рас­смотрения специфической характеристики правовых систем на по­стсоветском пространстве.

**38. Место правовой системы Украины на правовой карте мира.**

Прежде всего необходимо отметить, что и правовая система Украины находится на переходном этапе, и это, естественным об­разом, обусловливает существование различных путей ее дальней­шего развития.

Существует несколько концепции политического и правового развития Украины. Согласно одной из них предполагает всесторон­нюю интеграцию в политической, экономической, культурной сферах в рамках Содружества Независимых Государств, что предполагает формирование единого правового пространства. Сторонники этой концепции предполагают, что правовая система Украины естествен­ным образом в силу исторических, этнических, религиозных и менталитетных особенностей тяготеет к евразийской правовой системе.

Согласно другой концепции предлагается всесторонне вклю­читься в общеевропейские интеграционные процессы. Предлагается формировать единое политическое, экономическое, и конечно, пра­вовое пространство не в рамках СНГ, а в рамках Европейского Со­дружества.

По мнению некоторых авторов внедрение отдельных западных идей уже создало серьезные проблемы для существования право­вой системы Украины. Например, прямое действие закона, что привело к нескончаемому потоку законотворчества, а также идея приоритета ратифицированных нормативов международных дого­воров над нормами внутреннего права.

Проблема сохранения национальной правовой культуры, которая базируется на функционировании правовой системы, является достаточно актуальной, особенно с другой сто­роны необходимо учитывать всеусиливающееся тенденции интег­рации, взаимодействия и взаимозависимости государств, стран и народов и на фоне активного диалога правовых культур.

Проблема классификации правовых систем и отнесения разных правовых систем к правовым семьям на сегодняшний день является не только правовым, но и политическим вопросам, ибо выбор того или иного направления развития правовой системы естественным об­разом предопределяет политический, экономический и социальный путь развития общества. На этой основе необходимо обратить вни­мание на место правовой системы Украины на правовой карте мира.

Существуют аргументы в пользу суще­ствования евразийского права, которое отражает историческую ре­альность, правовую культуру, ментальность народа, и соотношение власти, права и личности. По мнению некоторых авторов у нас есть основания отнести правовую систему Украины к евразийскому пра­ву. Вместе с тем, довольствуясь этим, нельзя находиться в стороне от общемировых тенденций, в частности, гармонизации законодатель­ства и унификации права в рамках региональных объединений.

Существует мнение, согласно которому самостоятельное суще­ствование евразийской правовой семьи связано с сохранением на­циональной правовой культуры Украины, которая не может быть подорвана ни правовой аккультурацией на фоне осуществления идей вхождения в Европейский Союз и в Совет Европы, ни выст­раиванием стен между правовыми системами, составляющи­ми евразийскую правовую семью.

Сохранение националь­ной правовой культуры Украины не противоречит стремлениям включения Украины в общеевропейские интеграционные процессы и структуры. На сегодняшний день трудно спорить с продуктивным результатом объединения усилий различных государств, которое до­стигается не в последнюю очередь благодаря формированию едино­го правового пространства. Формирование единого правового про­странства в Европе, по мнению европейцев, не только не противоре­чит сохранению богатой правовой культуры Франции, Германии, Испании, Италии и других европейских стран, но и способствует диалогу культур этих народов континента, укрепляя собственные национальные культуры.

Эффективность функционирования правовой системы Украины зависит от выбора сбалансированной и адекватной модели право­вого развития. В рамках этой модели не игнорируется историческое прошлое, не остаются незамеченными современные реалии, и доста­точно ясно обрисовываются пути и возможности ее развития.

Для успешного формирования и функцио­нирования правовой системы необходима соответствующая пра­вовая база. Главное место в этой конструкции отводится законо­творческому органу. Законотворчество, осуществленное за период после провозглашения независимости, показывает определяющее влияние конъюнктурных политических, финансовых интересов на этот процесс. Вследствие чего принятые законы не всегда отвеча­ют предъявляемым требованиям качества. Хотя их количество достаточно внушительно. Этим страдает даже относительно не­давно принятая Конституция Украины.

Функционирование современной правовой системы тесным об­разом взаимосвязано с успешным функционированием механизма государства, стержнем деятельности которого служит принцип разделения властей.

Важнейшим условием эффективности функционирования пра­вовой системы Украины является существование подленно незави­симой и действенной судебной системы. Независимость судебной системы является главной гарантией продвижения общества по правильному пути.

Еще одной проблемой на этом пути является отставание про­цессуального права от материального, поскольку эффективность материального права определяется возможностью реального функ­ционирования процессуального права.

Важным препятствием на пути правового развития Украины является неудовлетворенность уровнем правовой культуры общест­ва (не только граждан, но и должностных лиц), ведь уважительное отношение к праву является важнейшим условием его функциони­рования и показателем реальной правовой культуры.

Как мы уже отмечали, эти проблемы носят временный характер и являются следствием трудностей переходного периода. Несмотря на существующую сплошную критику идей марксизма, нельзя воз­разить против важной роли материального положения и экономи­ческого состояния общества не умаляя роль духовных и культур­ных факторов. Поэтому с преодолением экономического кризиса будет сниматься много препятствий на пути успешного функциони­рования правовой системы Украины.

**41. Обычай и обычное право.**

З приводу визначення понять «звичай» і «звичаєве право» відсутній єдиний підхід. Якщо одні дослідники їх сприймають як поняття, що розрізняються, то інші їх не розмежовують. Звичай можна розглядати як норму, сила якої заснована не на розпорядженні державної влади, а на звичці до неї людей, на підставі неодноразового застосуванні його на практиці.

Звичаєве право розглядається як первинний спосіб створення правових норм, що виник ще до того, як суспільство сформува­лося в політичному відношенні. Звичай як основа традиційного суспільства є сукупністю аналогічних дій, як правило, законних, таких, що формують модель суспільної поведінки. Сфера дії зви­чаїв завжди була ширша, ніж сфера впливу тих звичаїв, які були закріплені в законодавстві. З формуванням правової системи зви­чаєве право входить до неї як органічна складова'.

**42. Конвергенция правовых 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 пріори­тетною, 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.

**44. Правовая аккультурация.**

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 куль­турами 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 другої1.

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 діяльності1

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»2.

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 права1.

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.

**46. Универсальное (мировое) право: насколько оно возможно?**

Относительно теорий мирового права, глобальной правовой системы можно сказать, что из числа приводимых элементов такой системы некоторые: международное право, внутригосударственное право и наднациональное право - действительно въявь существуют, а транснациональное право - фигурирует если не в жизни, то в теории.

В доктринальном плане, разумеется, допустимо декларирование любых систем; в реальности, однако, в данном случае никакой единой, глобальной системы не просматривается, во всяком случае сегодня. Нет единой системы даже внутри отдельных названных ее элементов. Взять, к примеру, национальное право: оно разное в каждом государстве и даже внутри некоторых государств. В чем системная связь между шариатским правом Саудовской Аравии, common law Англии и социалистическим правом КНДР, плюс еще международное право, плюс наднациональное право Евросоюза? Чтобы такая связь обрела правдоподобие, необходимо, по крайней мере, проиллюстрировать ее живой практикой, системоувязанным конкретным нормативным материалом. Тем более это касается так называемого транснационального права. Каков его нормативный состав? Где его искать? Где живые примеры юридических норм этого права? На самом деле транснациональное право есть доктринальный, а подспудно - политический (отнюдь не правовой) инструмент разрегулирования деловых отношений псевдоправовыми средствами.

**47. Правовая интеграция: возможности и пределы.**

Правовая интеграция как сложное многоаспектное явление, осу- ществляемое государством, направлена на повышение эффективности на- циональной правовой системы, то есть ее способности решать максималь- ные задачи социального регулирования за счет минимальных затрат. Эф- фективность правовой системы определяется качеством функционирова- ния ее элементов (законодательство, правотворчество, правоприменение, правовое просвещение и т.д.), взаимосвязей между ними, а также взаимо- связей между правом и иными социальными системами. Таким образом, правовая интеграция, не являясь единым линейным процессом, должна осуществляться применительно к особенностям каждого элемента право- вой системы, которые в силу своей специфики могут взаимодействовать с аналогичными элементами только посредством определенного «инстру- ментария». Использование иных методов, хотя бы и желательных в иных элементах, может повлечь негативные последствия. Это требует модели правовой интеграции, в значительной степени отражающей все процессы интеграционного взаимодействия.

При построении такой модели нужно учитывать как место права в системе социального регулирования интегрирующихся систем, так и конкретное место каждого элемента в правовой системе. Таким образом, эффективность правовой интеграции зависит от четко выявленных ее пре- делов, одним из которых являются сложившиеся морально-нравственные мировоззренческие традиции белорусского общества. Многоаспектность правовой интеграции позволяет выявлять ее пределы на основе концепций правопонимания. При использовании философского правопонимании ана- лизируется соответствие базовых ценностей правовых систем. Норматив- ное правопонимание касается конкретных норм, юридической техники, форм права. Социологический подход позволяет формулировать новые единые правила поведения на основе анализа складывающихся социаль- ных отношений. На наш взгляд, правовая интеграция должна проводиться с позиции большего правового прагматизма и утилитаризма при минимальном заимствовании ценностей иных правовых системах. Это позволяет предложить следующие критерии правовой интеграции для последующего моделирования ее процессов:

1. Четкие цели и задачи, решаемые путем правовой интеграции применительно к *каждому* элементу правовой системы;

2. Место интегрируемого процесса во взаимодействующих правовых системах, место и роль правового компонента в его;

3. Схематичное описание интегрируемого процесса в виде юридической конструкции правовой нормы и правового отношения;

4. Описание модели регулирования тождественных отношений в иностранных правовых системах ведущих государств, законодательстве ЕС, межгосударственных правовых системах (Союз Беларуси и России, СНГ, ЕврАзЭС);

5. Стоимость проведения правовой интеграции (разработка нормативных актов, создание новых учреждений, должностей и т.д.);

6. Степень упрощения/усложнения правовой системы, адекватность интегрируемого процесса традициям национального права;

7. Криминологическая оценка степени системности и полноты регулирования общественных отношений, наличия пробелов и противоречий, позволяющих игнорировать нормативные требования.

Использование данных критериев для выявления пределов право- вой интеграции позволит анализировать единичные интеграционные про- цессы на предмет соответствия их национальным ценностям и интересам, усилить суверенитет и безопасность.

**48. Европейское право и право Европейского союза. Понятие общеевропейского правового пространства.**

. Современное понимание европейского правового пространства возникло на базе проблемы прав человека. Если до середины XX в. утверждали, что все связанное с правами человека – исключительно внутренняя компетенция каждого государства, то теперь повсеместно признается, что степень соблюдения и уважения прав человека определяет на международной арене и степень доверия к государству. Понятие «европейское правовое пространство» как юридический аспект общеевропейского процесса родилось в Хельсинки на Совещании по безопасности и сотрудничеству вЕвропе (СБСЕ).

Если первый этап начался сразу после Второй мировой войны с принятия Всеобщей декларации прав человека, то второй – с хельсинкского Заключительного акта. Подписавшие его государства, признавая различие идеологий, согласились, во-первых, принять обязательства, которые каждый осуществляет в своей собственной системе; во-вторых, отчитываться друг перед другом о соблюдении или несоблюдении прав человека в своей стране. Третий, современный этап призван логически выявить общую платформу, одинаково интерпретируемую во всех европейских государствах.

Формирование европейского правового пространства не означает появления некоего надгосударственного европейского права. Речь идет о выработке различных форм взаимодействия национальных государств Европы, сближении их законодательных норм, поисках современных решений конкретных общеправовых проблем. При этом работа не ограничивается лишь проблематикой прав человека, а выходит далеко за ее пределы. В настоящее время уже имеются сферы правового регулирования, в которых сближение законодательств различных европейских государств, принадлежащих к разным системам, является насущной необходимостью. Это регламентация акционерных обществ, совместных предприятий, передачи технологии, зон свободного предпринимательства и т.д.

Единое правовое пространство – это региональная правовая система, объединяющая национальные правовые системы европейских с гран и участвующих в общеевропейском процессе США и Канады и обеспечивающая правовые основания «общеевропейского дома». Понятие «европейское правовое пространство» включает в себя все направленные на взаимопонимание и сотрудничество правовые установки, которые сложились ранее, в частности в связи с хельсинкским Заключительным актом (организация взаимоотношений государств исключительно на правовой основе, уважение международного права и признание его принципов и норм во внутригосударственном законодательстве и т.д.). Но оно шире и включает новый момент, а именно развитие национальных правовых систем, с тем чтобы обеспечить необходимые предпосылки общеевропейской правовой общности, без чего лозунг «Европа – наш общий дом» не имеет смысла. 'Ото не общее право наднационального характера, а поиск и создание некоего правового минимума в государствах, который обеспечивает их нормальное взаимообщение в рамках общеевропейского процесса. Здесь могут упрекнуть в конвергенции. Но, во-первых, это не совсем конвергенция, а во-вторых, не следует этого бояться. Если раньше, говоря о сотрудничестве и сближении государств, упор делался в основном на международное право и его развитие, то теперь к этому следует добавить национальное правовое развитие в направлении к правовой государственности.

Конвенция «европейское правовое пространство» предполагает что государства Европы должны выступать как правовые государства где государственный механизм функционирует на основе верховенства закона, принципа законности, где гарантированы правовые от ношения между государством и гражданином, обеспечены правовая стабильность и безопасность личности. Нынешний этап формирования европейского правового пространства предполагает сближение, но не полную унификацию правовых норм различных государств. Даже в тех сферах, в которых сближение правовых норм различных государств уже произошло (экология), сохраняется потребность в создании более совершенных юридических механизмов. Для обеспечения сближения права европейских государств необходимо разработать понятийный аппарат организационно-правового пространства. При этом должны быть определены структуры и механизмы, обеспечивающие переход от конфронтации к сотрудничеству.

Основными направлениями создания основ европейского правового пространства являются:

1. международное право и его прогрессивное развитие;

2. соответствующая этому эволюция внутригосударственного законодательства, судебной практики и т.д.;

3. сравнительное изучение правовых систем как способ выявления общего и устранимых различий между ними, т.е. иностранного законодательства, парламентских, административных, судебных структур других государств.

Движение к европейскому правовому пространству – это длительный процесс постепенного сближения и взаимной адаптации законодательства и правовых норм государств ОБСЕ, прежде всего тех норм, которые регулируют развитие сотрудничества и обменов между государствами и народами или каким-то иным образом связаны с ним. Такого рода процесс должен вести к преодолению коллизий в законодательстве различных стран, к устранению сохраняющихся нормативных и административно-технических препятствий в различных сферах сотрудничества и обменов.

Сравнительное правоведение играет важную роль в решении **трех проблем** в рамках концепции европейского правового пространства.

Первая – разработка критериев правового государства, возможная прежде всего путем сравнительного анализа опыта европейских стран, установления юридических стандартов, позволяющих отличать правовое государство от неправового.

Вторая проблема – дальнейшее повышение и конкретизация общеевропейских стандартов в области прав человека. В ходе хельсинкского процесса должны рассматриваться не отдельные права, а весь комплекс прав – гражданских, политических, социальных, экономических, культурных.

Третья проблема – совершенствование механизма сотрудничества в вопросах, относящихся к человеческому измерению. По нашему мнению, этот контрольный механизм в перспективе будет играть все большую роль как дополнительное международное средство правовой защиты человека, не подменяющее собой национальные средства, но в известной мере контролирующее их и мобилизующее на более четкую работу.

В связи с разработкой концепции единого европейского правового пространства можно назвать следующие актуальные направления исследований:

1. сравнительное изучение особенностей и тенденций развития основных правовых систем Европы – семьи романо-германского права, семьи общего права, семьи скандинавского права, семьи социалистического права;
2. разработка европейской тенденции правового государства как основного элемента европейского правового пространства, выделение его основных особенностей, характерных черт и критериев (на пример, правовая стабильность, политический либерализм, уважение прав человека и основных свобод, отказ от силы и угрозы применения силы во внешних сношениях, правовые пути решения возникающих споров и т.д.);
3. исследование правовой деятельности европейских международных организаций и их роли в создании системы европейского правового пространства;
4. исследование правовых отношений и правового сотрудничества между европейскими международными организациями как одного из уровней европейского правового пространства;

5) изучение правовых аспектов общеевропейского процесса с целью разработки его стабильных организационно-правовых основ: политических институтов, постоянных органов и учреждений ОБСЕ.

Дальнейшее развитие европейского правового пространства может, по-видимому, происходить на двух уровнях – общеевропейском и национальном. На общеевропейском уровне наполнение реальным содержанием идеи единого правового пространства предполагает, очевидно, как формирование новых политико-правовых структур, так и придание общеевропейского характера уже имеющимся региональным организациям и международно-правовым соглашениям, а на национальном – приведение внутреннего законодательства в соответствие с международными, в том числе с общеевропейскими, нормами и обязательствами. Это позволит устранить имеющиеся несоответствия правовых норм в странах – участницах ОБСЕ, мешающие развитию между ними политического взаимодействия, экономических отношений, гуманитарного сотрудничества.

**57. Основные этапы формирования романо-германской правовой семьи.**

Романо-германська правова сім'я має тривалу історію, своїм корінням сягаючи в середньовіччя. Свій історичний початок вона бере в Стародавньому Римі, оскільки її витоки знаходяться в римському праві.

З приводу часу формування романо-германського права існують різні точки зору. Одні автори вважають, що романо-германське право сформувалося в XII—XIII ст. в епоху Відродження, коли почалося вивчення римського права в стінах європейських університетів (Р. Давид). Цей період можна назвати періодом доктринального розроблення і обґрунтування романо-германсь­кого права. Інші ж автори вважають, що романо-германське право сформувалося в континентальній Європі в XVIII—XIX ст. (С.С. Алексеев), тобто по суті, французька кодифікація ознамену­вала формування романо-германської правової системи.

Існує думка, згідно з якою для об'єктивного вивчення романо-германського права його розгляд необхідно починати з періоду, що передував безпосередньому формуванню даної правової сім'ї, тобто до XII—XIII ст. (М.М. Марченко). Для об'єктивного ви­вчення процесу формування і становлення романо-германського права даний підхід вбачається найбільш обґрунтованим.

У своєму розвитку романо-германське право пройшло тривалий шлях. Умовно можна виділити декілька основних періодів у його формуванні і розвитку.

Період, що передував безпосередньому формуванню романо-германського права, охоплює відрізок часу, упродовж якого від­бувся процес нагромадження відповідного матеріалу і створення передумов для формування єдиної правової системи. До XIII ст. існували елементи цієї системи, не зв'язані між собою, які стали потім його фундаментом. Основними складовими в майбутньому основи романо-германського права вважаються, перш за все, рим­ське право, а також звичаєве право і закони варварів.

Перш за все, це положення класичного римського права. Як відомо, римське приватне право оформилося впродовж перших століть нашої ери (І—III ст.) як логічно взаємозв'язана правова система, яка стала правовою основою функціонування і існування Римської імперії, аж до її розпаду (476 р.).

Наступним компонентом, який заклав підґрунтя формування романо-германського права, стало звичаєве право, наприклад звичаї германських племен, що розселилися на території колиш­ньої Західної Римської імперії.

Як відзначає Г.Дж. Берман, в Європі аж до другої половини XI ст. основні риси звичаєвого права були племінними і місцевими з деякими феодальними елементами. Родові зв'язки продовжували бути визначальними і виступали першочерговою гарантією пра­вового статусу людини. Зібрання законів, які час від часу вида­вали королі і в яких викладалися звичаї, не були законодавством у сучасному розумінні слова.

Германське звичаєве право стало другим за важливістю джерелом усієї європейської юридичної культури. В умовах ранньої державності звичаєве право германців було записане і частково кодифіковане. Ці пись­мові зводи отримали назву варварських правд, відомі як за­кони варварів. Вони були створені під впливом римського права. Значне місце в них зайняли витяги з королівських капітуляріїв та едиктів, багато з яких або змінювали норми звичаєвого права, за­фіксованого в інших розділах правд, або санкціонували державне застосування писаного права. Одною з ранніх і класичних правд уважається Салічний закон, прийнятий франками (його найдав­ніша частина належить до кінця V ст. (486—496)).

Після розпаду Римської імперії і Европа зазнала навалу вар­варів, що принесли із собою звичаї окремих племен і народностей і язичницькі норми. Крім того, починаючи з VI ст., на території нинішніх європейських країн застосовувалися різноманітні закони германських, слов'янських, нордичних та інших племен — за­кони варварів, які не були узгодженими, систематизованими і загальними. Ці закони були направлені на регулювання відносин в окремих містах-державах.

Період безпосереднього формування романо-германського права почався у XII ст. і продовжився в епоху Відродження, що ознаменувала відродження інтересу до права, символізувала собою звернення до правової спадщини античності. Саме в епоху Відродження з'явилися умови для рецепції класичного римсь­кого права. Цей період тривав до XVIII ст.

На відміну від загального права, воно не є результатом розширення, посилення і централізації королівської або іншої влади. Романо-германське право спочатку набрало силу і розвивалося без тенденцій посилення централізації влади і здійснення будь-яких політичних цілей. Романо-германське право формувалося на європейському континенті саме в той час, коли розташовані на ньому держави не тільки не були об'єднані одна з одною в єдине ціле, але коли сама ідея про створення такого об'єднання здавалася нездійсненною. Його фундаментом із самого початку була спільність культури і традицій західноєвропейських країн.

Викладання римського права в університетах є дуже важ­ливою віхою формування романо-германського права. Процес вивчення права характеризувався, перш за все, тим, що в уні­верситетах викладалися методи, що дозволяють створювати спра­ведливі норми. Право розглядалося як прообраз соціальної органі­зації суспільства, вивчався зв'язок права з релігією, філософією і мораллю. Іншими словами, право викладалося не як позитивне, фактичне право. Воно почало відігравати роль противаги недоско­налості існуючих місцевих звичаїв.

Вплив університетського права на практику підтримувався за допомогою такого прийому: за наявності сумніву суди мали право переслати матеріали спірної справи на той чи інший юридичний факультет, який виносив висновок, що фактично був судовим рішенням.

У XII—XIII століттях рецепція римського права відбувалася у формі вивчення, коментування і тлумачення положень кодексу Юстініана і творів класичних римських юристів. Водночас мало місце і застосування норм римського права, в основному в тих випадках, коли потреби торгового обороту не могли бути за­доволені шляхом використання норм звичаєвого германського права.

Разом із вивченням і спробами часткового впровадження в практику римського права значна увага в цей період приділя­лася канонічному праву. Воно було сукупністю рішень церковних соборів, а також ухвал та інших актів Папи римського. За до­помогою норм канонічного права регулювалися питання внутріш­нього життя церковних організацій, а пізніше — деякі сімейні, шлюбні та майнові відносини.

Наступний період у розвитку романо-германського права пов'язаний з процесами кодифікації, які мали місце в XIX ст. у Франції і Німеччині, що зумовили підвищення ролі позитив­ного права, закону. Вони передбачали, по мірі нагромадження законодавчих актів, подальші напрями розвитку романо-германсь­кого права. Кодифікація дозволила упорядкувати чинне законо­давство, позбутися застарілих нормативно-правових актів і інших архаїзмів.

З 1804 р. по 1810 р. за безпосередньої участі Наполеона було підготовлено і видано 5 кодексів (Цивільний, Торговий, Кримі­нальний, Цивільно-процесуальний і Кримінально-процесуальний), що охопили всі основні для того часу галузі права та увійшли до історії під назвою кодифікації Наполеона.

У багатьох державах Європи (Франція — 1804—1810 pp., Німеччина — 1896 p., Швейцарія — 1881 —1907 pp.) було прове­дено систематизації чинних законодавчих актів, а наслідком цього стало ухвалення кодексів, що відобразили основні принципи ро­мано-германського права. Спочатку було прийнято цивільні ко­декси, згодом — кримінальні, кримінально-процесуальні та інші аналогічні нормативно-правові акти.

Право шляхом кодифікації знаходить системність, визначеність і ясність, що полегшує його практичне застосування і є логічним завершенням розуміння правової норми і праворозуміння в цілому, що склалося в континентальній Європі.

Отже, кодифікація символізувала собою остаточне завершення процесу формування системи романо-германського права як ціліс­ного явища. Вона сприяла подоланню існуючого роздріблення права, множинності і різноплановості звичаїв, розриву між пра­вовою теорією і практикою. Цей період у розвитку романо-гер­манського права значною мірою підготовлений школою природ­ного права і асоціюється з посиленим розвитком законодавства в європейських державах і його кодифікацією.

Сучасний період в історії романо-германського права почався після Другої світової війни і пов'язаний з посиленням впливу інтеграційних процесів в Європі. Цей період характеризується тим, що монопольна і безмежна дія романо-германського права на території континентальної Європи починає частково обмежу ватися завдяки формуванню нової правової реальності. «Нове європейське право», в яке входить право Ради Європи і право Європейського Союзу, виступає як інтеграційна правова система, що включає компоненти як романо-германського, так і загального права. У результаті цього змінюються не тільки деякі положення в структурі права, системі його джерел, але й у сфері праворо-зуміння в національних правових системах, що традиційно нале­жать до романо-германської правової сім'ї.

На противагу принципу панування закону в романо-германському праві, у загальному праві судовий прецедент завжди стояв вище за законодавство і відіграв провідну роль щодо законо­давства. Із цим пов'язано той факт, що в системі романо-гер­манського права суддя в основному мислить дедуктивно (тобто від загального до конкретного), у той час як суддя в системі загального права — індуктивно (тобто від конкретного до загаль­ного).

**58. Рецепция римського права и его значение для романо-германского права.**

Термін «рецепція» походить від латинського <rcceptio» — прийняття. Щодо права рецепцію розуміють як запозичення, сприйняття якою-небудь національною правовою системою принципів, інститутів, основних рис іншої національної системи»1.

*З* римського права було запозичено поділ права на приватне і публічне, майнове і особисте право, поняття власності та ін. Також розроблялися і вводилися в тканину права нові ідеї, тео­ретичні положення.

Вивчення римського права, процес становлення самої юри­дичної науки стимулювалися політичними подіями того часу, перш за все, боротьбою між світською і церковною владою, зміцненням бюрократичних структур влади.

Існували й інші передумови рецепції римського права в країнах Західної Європи. Економічні передумови були пов'язані з тим, що після потрясінь і руйнівних войн в VI—VIII ст. поступово пожвавлювалося господарського життя, зростав торговий оборот, для регулювання якого германського, французького звичає­вого права стало недостатньо. Політичні передумови рецепції полягали в тому, що буржуазні елементи міського населення, що зароджувалися, були зацікавлені в сильній централізованій державі2.

Рецепцію римського права пов'язують, перш за все, з діяль­ністю Болонського університету, в якому викладалося право ба­гатьом студентам, що приїхали з різних країн. Процес навчання включав читання джерел і коментування їх професорами. Причому коментування не мало лише допоміжний характер, а виливалося в тлумачення положень норм права. Такі тлумачення називалися глосами, а викладачі — глосаторами. Окрім глос, відомих ще класичним юристам, середньовічні глосатори створювали загальні попередні зауваження, огляди тієї чи іншої частини зводи цивіль­ного права, а також збірники різних юридичних правил1.

Сприяла рецепції римського права і католицька церква. Причин тому було декілька: географічна спільність генезису, збіг кла­сичного періоду римського приватного права і часу формування християнства. Ідеї справедливості, доброї волі, відповідальність за делікти та ін., закладені в римському праві, також були дуже близькі християнству, так само як і ідея формування приватного права з урахуванням норм права природного2.

Поява школи глосаторів була пов'язана із затвердженням тези про необхідність відтворення первинного тексту Кодексу Юстініана, тим самим звільнивши його від тих нашарувань і ко­ментарів, які були дані в пізніший період. Втілення даних ідей найяскравіше відбилося в знаменитій праці Аккурсія, яка, по суті, була коментарем до Кодексу Юстініана. Засновники школи пост-глосаторів (Луллій, Раван) пропонували запровадити нові методи пізнання права, що виводяться із загальних принципів права і його окремих положень.

О.І. Косарев пропонує таку періодизацію рецепції римського права, яка вбачається найбільш прийнятною.

I етап — це рання рецепція. її відносять до XII—XIII ст. Вона в основному відбувалася у формі вивчення, викладання і комен­тування положень класичного римського права.

II етап — середньовічна рецепція (XIV—XVII ст.). Це період розкладу середньовічних і становлення буржуазних відносин. Ре­цепція відбувалася у формі прямого застосування судами і поса­довими особами, що володіли цивільною і кримінальною юрисдик­цією, норм римського права. Середньовічна рецепція характерна, перш за все, для Німеччини.

III етап — це рецепція періоду затвердження буржуазних відносин у Західній Європі (XIX — початок XX ст.). Характери­зується створенням систематизованих актів (кодексів, уложень  
і т. ін.) на основі положень римського права1.

Отже, романо-германське право формувалося на основі ре­цепції римського права. Систематизоване і пристосоване до потреб нового часу, воно дедалі більш відходило від права Юстініана і ставало систематизованим правом, заснованим на раціональному началі.

**59. Особенности романо-германской правовой семи.**

Використання терміна «романо-германське право» обґрунто­вується тим, що дана правова сім'я включає правові системи «романських» і «германських» держав. Романо-германське право ще називають континентальним правом. Термін «континен­тальне право» увійшов у науку порівняльного правознавства наприкінці XIX ст. і є достатньо умовним. Воно відображає те­риторію поширення даного права в даний конкретний відрізок часу. Після його поширення далеко за межами континентальної частини Європи умовність використання даного терміна для позначення романо-германського права стала очевидною і такою, що неповно відображає реальний стан речей. Використання терміна «цивільне право» щодо романо-германського права пояснюється його історичним корінням, що сягає римського права, перш за все, — римського приватного права. Крім того, романо-германське право також називають ще законодавчим правом, що пов'язано не тільки з тим, що основним джерелом права є закони і особлива роль у його формуванні відводиться кодифікації, але і з тим, що основні принципи функціонування даного права міс­тяться саме в законах.

Географія поширення романо-германської правової сім'ї, як уже наголошувалося, включає національні правові системи ба­гатьох держав сучасного світу. Сформувалася вона на території континентальної Європи. До романо-германської правової сім'ї прилягають правові системи всіх держав Латинської Америки, національні правові системи держав скандинавського регіону і пострадянського простору, значна частина національних правових систем держав Африки і Близького Сходу. Вплив цієї правової сім'ї знайшов відображення в національних правових системах Японії, Китаю, Індонезії, інших держав світу.

Головною особливістю романо-германської правової сім'ї, як уже наголошувалося, є її формування на основі рецепції рим­ського права. У кожній окремій державі континентальної Європи формування національної правової системи базувалося, перш за все, на вивченні римського права і поєднувалося із записом норм звичаєвого права країни в точних і зрозумілих термінах, органі­зацією норм звичаєвого права в певну систему.

Важливою особливістю романо-германського права є його яскраво виражений кодифікаційний характер. У порівнянні з іншими правовими сім'ями, де кодифікації зазнали значні правові масиви, у романо-германському праві кодифікація відрізняється тим, що вона має більш глибоке і міцне історичне коріння. Кодифікація права, що почалася в країнах Західної Європи в р; ( Середньовіччя і триває до цього дня, дуже вплинула на характер і процес розвитку романо-германського права, багато в чому зумовила найважливіші тенденції його еволюції.

Важливою особливістю романо-германського права слід ува­жати яскраво виражену, у порівнянні з іншими правовими сім'ями, його доктринальність. У західній науковій літературі у зв'язку із цим традиційно вказується на те, що роботи учених-юристів, подібно до рішень суду, користуються значним впливом у системі цивільного прана'.

Історичною особливістю романо-германського права є підви­щений статус приватного права щодо публічного права, тобто дотримується принцип первинності приватного права і вторин­ності публічного права. Не випадково дана правова система бере свій початок саме з римського приватного права, а не з римського публічного права. Тривалий час у романо-германській правовій доктрині вважалося, що справжній юрист по­винен займатися проблемою приватного права, тоді як публічне право вважалося предметом вивчення не юристів, а філософів, соціологів і політологів.

Верховенство закону, як основоположний принцип функціону­вання правової системи, є ще однією особливістю романо-германсь-кого права. Верховенство закону, його вища юридична сила озна­чає, що при ухваленні нового закону всі інші нормативно-правові акти повинні бути приведені у відповідність до нього, а у разі супе­речності будь-який акт може бути опротестований або скасований.

Правові системи, що входять у романо-германську правову сім'ю, мають добре розроблене законодавство. Якщо про­тягом тривалого часу основним джерелом романо-германського права була доктрина, то після французької кодифікації ним стає закон.

У романо-германській правовій доктрині закон і право не ото­тожнюються. Ця обставина знаходить відображення в тлумаченні закону, здійснюване судами.

Пряма правотворчість, здійснювана компетентними держав­ними органами, властива романо-германському праву (законо­давчій правовій сім'ї), що дозволяє будувати правову систему цілеспрямовано, досягати в усьому комплексі правових засобів високого рівня нормативних узагальнень і забезпечує її високу ефективність.

Поняття правової норми є одним із найважливіших елементів романо-германського права. Романо-германське право виробило єдину точку зору на ЇЇ розуміння. У цій сім'ї, де наука тради­ційно займається впорядкуванням і систематизацією рішень, що виносяться по конкретних справах, правова норма пере­стала виступати лише як засіб вирішення конкретного випадку. Розуміння правової норми зводиться до такого: норма права — це правило поведінки, що є загальним і загальнообов'язковим, має велике значення. Сама правова норма розглядається як абстрактне розпорядження, як вище правило поведінки для гро­мадян і державних органів.

**60. Структура романо-германского права.**

Поділ права на публічне і приватне є стрижнем романо-германської правової сім'ї.

Як відомо, поділ права на публічне і приватне зародився в Стародавньому Римі для диференційованого правового регулю­вання суспільних і приватних інтересів. Публічне право — це сукупність галузей і інститутів, які визначають статус і по­рядок діяльності органів держави.

Разом із тим, публічне право не можна зводити тільки до забезпечення державних інтересів. Воно пов'язане з публічним, суспільним інтересом і об'єднує приватних осіб у рамках єдиної державної влади в єдиний колектив. Це спільні інтереси людей різного роду співтовариств, об'єднань, тобто політичні, професійні і ін. Стосовно публічного права маються на увазі потреби, відно­сини, інтереси, без яких неможливе як задоволення приватних, так і публічних інтересів суспільства в цілому. Галузями публіч­ного права є: конституційне право; адміністративне право; фінан­сове право; міжнародне публічне право та ін.

Приватне право регулює переважно відносини, пов'язані з правами і свободами людини і громадянина. Воно не тільки за­безпечує особі умови і можливості самореалізації, але й гарантує права і свободи шляхом покладання на державні органи, посадових осіб і всі суспільні інститути обов'язку сприяти їх реалізації.

Приватне право орієнтоване на окремих індивідів і зв'язує при­ватних осіб у процесі захисту своїх особистих інтересів. Для нього характерне встановлення приватного статусу фізичних і юридичних осіб, забезпечення їх рівності у відносинах між собою, договірне регулювання, свобода економічної й іншої діяльності і творчості. Приватне право включає цивільне право, торгове право, цивільно-процесуальне та ін. У правовій системі Франції кримінальне право належить до приватного права, тоді як правова система Німеччини включає кримінальне право у сферу публічного права.

Є і галузі, де норми приватного і публічного права переплі­таються: сільськогосподарське право; авторське право; повітряне право; гірниче право; транспортне право; страхове право; між­народне приватне право, яке визначає становище іноземців, роз­глядає колізії права. Публічне і приватне право органічно пов'язані і взаємодіють між собою.

Структура романо-германського права визнає галузеву класи­фікацію, тобто система права розділяється на галузі, серед яких базовими вважаються конституційна, адміністративна, цивільна, кримінальна, а також цивільно-процесуальна і кримінально-про­цесуальна галузі та ін.

Правовий дуалізм виявляється в одночасному існуванні двох неза­лежних галузей приватного права — цивільного і торгового. Націо­нальні правові системи пішли в основному по двох напрямах регулю­вання приватноправових відносин: у рамках цивільного, або разом із цивільним правом, також торгового права як особливої галузі.

Галузі права, у свою чергу, поділяються на інститути. Зокрема, галузь цивільного права підрозділяється на такі інститути, як зобов'язальне право, речове право та ін.

Зобов'язальне право є одним з основоположних специфічних інститутів усіх національних правових систем, що входять у ро-мано-германську правову сім'ю, і є системою норм, розрахованих на врегулювання відносин двох суб'єктів права з приводу взаємних вимог, що виникають між ними та пов'язані з реалізацією їхніх господарських цілей, а також інших особистих інтересів неполі-тичного характеру. У рамках зобов'язання одній особі належить право вимагати від іншої особи здійснення якої-небудь дії або утримання від певної дії. Зобов'язання класифікуються, перш за все, за підставами їх виникнення. Виділяється декілька головних підстав виникнення зобов'язань — договір, одностороння угода, заподіяння шкоди (делікт), ведення чужих справ без доручення, необґрунтоване збагачення і закон.

Ще одним специфічним інститутом романо-германського права є інститут речового права, що регулює відносини з приводу майна, під яким розуміються предмети навколишнього світу. Основним речовим правом, звичайно, уважається право власності. Різні європейські законодавства вкладають у зміст права влас­ності різні компоненти (правомочність): володіння, користування, розпорядження, право на дохід і тому подібне.

Торгово-правові відносини регулюються законодавчими ак­тами, такими як Французький торговий кодекс 1807 р. і Гер­манське торгове уложення 1897 p., що містять визначення по­нять «комерсант», «торгова фірма», «торговий представник», правила ведення торгових книг, загальні положення про торгові товариства, поняття і різновиди торгових операцій, регулювання морського права та ін. Крім того, Французьким торговим ко­дексом визначено порядок формування і компетенцію торгових судів, а також регулюються процедури судового розгляду в них та ін.

Законодавчі положення, що регулюють сімейно-правові відно­сини, які містяться у Французькому цивільному кодексі і Гер­манському цивільному уложенні, були істотно змінені і доповнені, особливо статті, що допускали нерівність статі і позашлюбних дітей щодо законнонароджених.

Спадково-правові відносини регулюються в основному нор­мами Французького цивільного кодексу і Германського цивільного уложення, а також прийнятим згодом законодавством, наприклад у Франції ордонансами 1958 p. і законом 1972 р.

Згідно з цими нормами передбачається спадкування згідно із законом і за заповітом. Установлено таку черговість спадкування згідно із законом. Особливо обу­мовлені права того подружжя, хто пережив іншого: визнається одним зі спадкоємців першої черги. Допускаються різні форми за­повіту: нотаріальна, письмова, а також усна у присутності трьох свідків. При спадкуванні за заповітом забезпечуються права дітей і батьків спадкодавця і того з подружжя, хто пережив іншого, які можуть бути позбавлені своєї частки спадку лише з обґрун­тованих мотивів.

Останнім часом простежується тенденція обмеження кола спадкоємців згідно із законом близькими родичами і того з по­дружжя, хто пережив іншого. При спадкуванні за заповітом у законі обумовлені права на обов'язкову частку дітей спадкодавця, зокрема позашлюбних.

Правове регулювання соціальної сфери завжди перебувало в центрі уваги в системі романо-германського права.

У рамках Ради Європи в 1961 р. було прийнято Європейську соціальну хартію, яка після ратифікації в 1965 р. п'ятьма держа­вами вступила в дію. Гарантовані нею права діляться на три категорії: перша — щодо умов праці, друга — соціального захисту населення, третя — спеціального захисту поза робочим середовищем.

Згідно з Європейською соціальною хартією, усі держави-учасниці зобов'язані використовувати всі засоби національного і між­народного характеру для ефективної реалізації основних прав і принципів у соціальній сфері: право на справедливі і безпечні умови праці, на справедливу винагороду, право на об'єднання в організації для захисту економічних і соціальних інтересів, право на соціальне забезпечення, право на рівні можливості і рівне від­ношення у сфері зайнятості, право на соціальний захист, право на захист від бідності, право на житло та.ін.

Соціальні послуги за змістовним принципом можна поділити на консультаційні, лікарські, інформаційні, правові і організаційні. Функціонує розвинена система соціального страхування і забез­печення. Головна роль системи законодавства в цій галузі — це соціальний кодекс Німеччини, що складається з десяти книг, які набули чинності в 1975—1982 pp.

Співвідношення загального і особливого в національних пра­вових системах держав, що входять у романо-германську правову сім'ю, можна прослідкувати і на прикладі співвідношення цивіль­ного і трудового законодавства. Спільним для всіх держав є те, що на перших етапах розвитку буржуазного суспільства трудові відносини дуже стисло регламентувалися декількома статтями цивільних кодексів (договір особистого найму)1. Але поступово картина змінилася, і в результаті тривалої еволюції трудове право стало самостійною галуззю. При цьому у більшості країн романо-германської правової сім'ї трудове право не кодифіковане, воно складається з великої кількості декретів, законів і настанов, що стосуються різних питань.

За останні десятиліття дуже активно розвивається рух із за­хисту навколишнього середовища від забруднення, що викли­кається, перш за все, вихлопними газами автомобілів і відходами промислового виробництва. Під впливом прихильників цього руху виникла самостійна галузь законодавства, що регулює сферу охо­рони навколишнього середовища. Згідно із законом, прийнятим у ФРН в 1974 p., утворено Федеральне міністерство у справах навколишнього середовища.

Основи регулювання кримінально-правових відносин закла­дено Французьким кримінальним кодексом 1810 р. і Германським кримінальним уложенням 1871 р., в яких було закріплено ос­новний принцип, згідно з яким караються тільки ті діяння, які заборонені законом у момент їх учинення. Усі вони підрозділялися на злочини, проступки та порушення — залежно від тяжкості передбачених за них законом покарань.

**61. Источники романо-германского права.**

Закон — це нормативно-правовий акт, який володіє вищою юридичною силою і приймається представницькими (законодав­чими) органами державної влади в особливому порядку. Він регулює найбільш важливі суспільні відносини, наприклад права і обов'язки особи, відносини власності, устрій держави тощо. Закон приймається за особливою процедурою, яка має назву законодавчого процесу.

Конституція визначає основи політичного і економічного ус­трою, правотворчу компетенцію різних державних органів, струк­туру державних органів, проголошує основні права і обов'язки людини і громадянина. Зміст конституцій дозволяє говорити про них як про основу всієї правової системи держави, оскільки ряд їх норм є основоположним, не тільки конституційного, але й ад­міністративного, фінансового, цивільного, трудового та інших га­лузей права.

Конституційними визнаються закони, які регулюють основопо­ложні сфери життєдіяльності держави і суспільства, тому, згідно із законодавством цих держав, за ними закріплюється вища юри­дична сила, прирівняна до конституції.

У романо-германській правовій сім'ї, окрім конституції і кон­ституційних законів, розрізняють звичайні закони, які мають різновиди. У Франції, на відміну від інших держав, виділяються також у конституційному порядку програмні закони, що визна­чають цілі економічної і політичної діяльності держави. В Іспанії виділяються органічні закони, що регулюють питання, пов'язані з основними правами і свободами людини, а також основами виборчої системи, що передбачені Конституцією Іспанії1. В Італії виділяються спеціальні закони, які доповнюють існуючі кодекси, які регулюють різні сфери суспільних відносин.

Також серед законів розрізняють федеральні закони і феде­ральні конституційні закони (Росія), закони і органічні закони (Франція), конституційні, органічні і ординарні закони (Молдова, Румунія).

За своїм значенням у регулюванні різних суспільних відносин, що охоплюються цілими галузями права, за універсальним харак­тером регулювання, і закріпленням основоположних принципів правового регулювання, серед законодавчих актів виділяються кодекси.

Одними з перших кодексів у сучасному їх розумінні були 5 кодексів (Цивільний, Торговий, Кримінальний, Цивільно-про­цесуальний і Кримінально-процесуальний), прийнятих у Франції з 1804 по 1810 pp. по основних галузях матеріального і проце­суального права.

На сьогодні поняттям кодексу охоплюється зібрання норм права, який групує і виражає в систематизованому і послідовному вигляді та регулює окремі сторони суспільного життя.

Практично в усіх державах романо-германської правової сім'ї прийняті і діють цивільні (цивільні або торгові), кримінальні, цивільно-процесуальні, кримінально-процесуальні і деякі інші ко­декси.

Серед джерел романо-германського права значна роль від­водиться підзаконним актам: регламентам, президентським і урядовим декретам, декретам міністерств, адміністративним цир­кулярам та ін.

Зростання впливу та значення урядових й інших адміністра­тивних актів позначається на урядовій нормотворчості, що от­римала назву делегованого законодавства або регламентарної влади, ухвалення якого уповноважується парламентом при його офіційному контролі.

Згідно з Конституцією Франції 1958 p., акти делегованого зако­нодавства — це акти Президента, Прем'єр-міністра, міністерств, відомств та ін. Усі питання, що не входять у галузь законодав­чого регулювання, вирішуються в адміністративному порядку від­повідними нормативно-правовими актами. Серед такого роду актів значну роль відіграють ордонанси. Вони є актами Ради міністрів — уряду Франції, — що видаються з дозволу парламенту. Вони направлені на впорядковування відносин, які в основному ре­гулюються законодавством. Ордонанси підлягають затвердженню парламентом протягом певного строку, після чого вони набувають сили закону. їх зміна або скасування можливі лише за допомогою закону. Юридичної сили ордонанси набувають, згідно з консти­туцією, відразу ж після їх публікації, але втрачають ЇЇ, якщо законопроект про їх затвердження не внесений до парламенту до закінчення строку, указаного законом, що дозволив їх видання1.

До джерел романо-германського права належать і звичай. Його роль і значення як джерела права в правових системах різних держав романо-германського права неоднакові, відповідно існує декілька концепцій щодо його ролі і значення як джерела романо-германського права. Згідно з концепцією «соціологічного плану», звичай займає головне місце в системі джерел права. Уважається, що саме він є основою права. Згідно із цією концепцією, звичаї виз­начають способи застосування і розвитку закону законодавцями, суддями і доктринами (у Швейцарії і Німеччині закон і звичай вважаються одними з основних джерел права).

Існує і протилежна концепція, так звана «позитивістська школа», згідно з якою звичай відіграє незначну роль у системі джерел романо-германського права.

Загальні правові принципи вважаються джерелом права і в деяких інших країнах романо-германського права, наприклад в Іспанії. Зокрема в Конституції Іспанії закріплено: принцип закон­ності; принцип, згідно з яким встановлюється і підтримується ієрархія нормативних актів; принцип відсутності зворотної сили у норм, що містять санкції, які не сприяють здійсненню особистих прав або обмежують їх і т. ін. Деякі загальні правові принципи, згідно з конституційним і цивільним законодавством Іспанії, визнаються як можливі джерела права2.

У системі джерел романо-германського права досить значне місце займає правова доктрина. Термін «доктрина» уживається в декількох значеннях: як учення, філософсько-правова теорія; як думка учених-юристів із тих чи інших питань, щодо суті і змісту різних юридичних актів, із питань правотворчості і правозастосу-вання; а також як наукові праці найбільш авторитетних дослід­ників у галузі держави і права; і, нарешті, як коментарі різних кодексів, окремих законів.

Саме доктрина створює словник і правові поняття, якими користується законо­давча влада при здійсненні законотворчої діяльності. Незважаючи на те, що на сьогодні доктрина є допоміжним джерелом права, вона продовжує відігравати значну роль у процесі ухвалення і застосування законів, а також при тлумаченні права.

Завдяки розвитку міжнародних відносин та інтеграції в цій галузі великого значення для романо-германського права набу­вають міжнародно-правові акти як джерело права. У більшості держав, що належать до романо-германської правової сім і, виз­нається пріоритет норм міжнародних договорів та загальновиз­наних норм і принципів міжнародного права перед національним законодавством, і не допускається укладення міжнародних дого­ворів або приєднання до тих, норми яких не відповідають кон­ституціям цих держав. Проте Конституція Португалії встановила виняток для цього принципу. Але такого роду норми є винятком із загального підходу — визнання верховної сили конституційних норм і непридатності актів, що їм суперечать.

Багато принципів і норм міжнародного права стосуються не тільки зовнішньополітичної сфери діяльності держав, але й деяких аспектів внутрідержавного життя, наприклад загальновиз­нані принципи і норми в галузі прав людини.

Таким чином, романо-германське право характеризується єдиною стрункою схемою системи джерел права. Разом із тим, ця обставина не виключає істотного переміщення акценту в цій системі на користь того чи іншого джерела права.

**62. Материнские правове системы в романо-германской правовой семне.**

Рассмотрим в сравнительном плане систему источников права двух стран – Франции и Германии. Французское право, с одной стороны, и германское – с другой, послужили той моделью, на основании которой внутри романо-германской правовой семьи выделяют две правовые группы: романскую, куда входят также Бельгия, Люксембург, Голландия, Италия, Португалия, Испания, и германскую, включающую также Австрию, Швейцарию и некоторые другие страны.

Внутри романо-германской правовой семьи группа римского (романского) права, которая наиболее сильно отражена во французском праве, отличается от группы германского права.

***Французское право****.* Франция прошла длительную правовую исто-эию, и в основе ее современной системы источников права до сих лор лежат кодексы наполеоновской эпохи. Общепризнано, что, несмотря на многочисленные поправки, кодексы эти устарели, а в современный этап своего правового развития (его начало можно датировать серединой XX в.) страна вступила с огромной массой правовых актов, лежавших за пределами традиционной кодификации.

Основным направлением упорядочения этого массива правовых актов Франции стала разработка кодексов по типу отраслевых сборников, включающих как законодательные, так и подзаконные акты. Некоторые из них охватывают комплекс мер, относящихся к двум или нескольким отраслям права, но регулирующих отношения в конкретной области промышленности, хозяйства или культуры.

В Основном законе государства не определена система регламен-тарных актов, однако на практике существуют следующие виды актов исполнительной власти, соответствующие внутренней иерархии публичной власти: ордонансы, декреты, решения, постановления, циркуляры, инструкции, уведомления.

Во французской правовой системе в качестве самостоятельного источника права признаются и общие принципы права. Роль общих принципов особенно важна тогда, когда в законодательной структуре имеются существенные пробелы. Это наиболее наглядно прослеживается в области административного права.

Во французской юридической литературе источники права делятся на две основные группы: первичные (основные) и вторичные (дополнительные). В первую группу входят государственные нормативные акты. К вторичным (дополнительным) источникам права относят в первую очередь судебную практику.

Судебная практика сыграла важную роль в развитии французского права, а современная законодательная практика еще шире открывает ей дорогу для правотворчества в виде индивидуальных и общих норм. Из простого толкователя закона и унификатора собственных решений – а именно такую роль отводит судебной практике теория разделения властей – судебная практика превратилась сегодня в источник французского права (хотя и дополнительный, по мнению французских авторов), «источник в рамках закона». Судья, хотя он и не обязан жестко следовать существующей практике и сохраняет в определенной степени свободу решения, все же находится под сильным влиянием авторитета предыдущих судебных решений.

***Германское право****. В* Германии, как и во Франции, костяком, основой действующего права являются кодексы.

В отличие от Франции Основной закон ФРГ 1949 г. не признает за исполнительной властью право на автономную регламентарную власть и запрещает практику декретов-законов. Правительственные и иные подзаконные акты в Германии Могут быть изданы только в рамках исполнения законов, хотя на практике встречались исключения из этого правила. Германия не знает консолидированных кодексов «нового типа», подобных тем, которые так распространены во Франции.

Роль обычая в частном праве Германии примерно такова же, как и во Франции. Он имеет значение только в узкой среде, не охваченной кодификацией.

Что касается публичного права, то здесь его роль меньше, чем во Франции, что связано, во-первых, с более широкой конституционно-правовой регламентацией в сфере действия государственного права, а во-вторых, с тем, что государственные структуры Германии имеют не столь значительную историю, как во Франции, где соответственно более значима роль исторически сложившихся обыкно-иений в сфере конституционного права.

Как и во Франции, судебная практика приобретает в Германии характер источника права, когда какая-то правовая проблема однозначно подтверждена при решении ряда аналогичных дел и данное решение подтверждено авторитетом высшей судебной инстанции.

Особенно большие различия обнаруживаются в связи с той весомой ролью, которую играет в государственных структурах Германии Конституционный суд. Его решения – это источник права, стоящий наравне с законом. Его толкования законов обязательны для всех органов, в том числе и для суда.

Система источников права в Германии – и здесь еще одно отличие от французской системы – отражает федеральный характер государственного устройства страны. Каждая из земель в составе Германии имеет свое законодательство. Это усложняющий систему источников права фактор.

Федеральное право имеет приоритет над правом земель (ст. 31 Основного закона Германии 1949 г.). Однако, с одной стороны, земли участвуют через бундесрат в федеральном нормотворчестве, а с другой – законодательная компетенция федерации ограничена определенными рамками. Так, по Основному закону, вопросы, не отнесенные к исключительной или совместно действующей законодательной компетенции федерации, остаются в компетенции земель (ст. 70-74 Конституции Германии). В целом, однако, действует правило, согласно которому в случае расхождения федерального закона и закона земли превалирует первый.

Согласно ст. 25 Конституции Германии 1949 г., «общие нормы международного права являются составной частью права федерации. Они имеют преимущество перед законом и непосредственно порождают права и обязанности для жителей федеральной территории».

**63. Особенности английского общего права.**

Сім'ю загального права називають по-різному: англосакська правова сім'я, англо-американська правова сім'я. Використання терміна «загальне право» щодо даної правової сім'ї іноді викликає певні заперечення, засновані на тому, що в структурі даної пра­вової сім'ї міститься декілька складових, тобто не тільки загальне право, але й право справедливості і статутне право.

Загальне право — це, перш за все, прецедентне право. У найширшому розумінні прецедентом уважається те, що від­булося в тій чи іншій ситуації раніше та сприймається як свого роду приклад, що підказує, як слід чинити в схожій ситуації, якщо вона виникне знову'. Якщо прецедент стосується судових справ, то він розглядається як судовий прецедент. Судовий прецедент

це таке рішення суду в конкретній справі, яка підказує іншим суддям, яке рішення слід ухвалити при вирішенні аналогічних справ у майбутньому.

Прецедентне право складається з норм і принципів, ство­рених і застосованих суддями в процесі винесення ними рішення. У системі, заснованій на прецедентному праві, суддя при роз­гляді останньої за часом справи зобов'язаний брати до уваги ці норми і принципи, тоді як у деяких інших правових системах вони служать лише матеріалом, який суддя може враховувати при винесенні власного рішення.

Як відзначає С.С. Алексеев, склад і співвідношення правових засобів у загальному прецедентному праві характеризується такими особливостями:

* по-перше, основу юридичного регулювання утворюють тут не загальні норми закону, а індивідуальні акти — судові рішення, які в кожному випадку вирішують дану конкретну правову ситу­ацію і, одночасно, за певних умов, набувають якості прецедента  
  — джерела права;
* по-друге, закони, за певними винятками (такими, як кон­ституції, закони, прийняті в порядку модельної правотворчості), відіграють в основному додаткову роль, залежну від прецедент­ного права;
* по-третє, у зв'язку з правоутворюючим значенням судових рішень (прецедентів) безпосередньо регулююче значення мають правові ідеї, принципи права.

На відміну від романо-германської правової системи, де пра­восуддя завжди здійснюється суддями, що мають університет­ську освіту, в Англії до XIX ст. навіть суддям вищих судів було необов'язково мати університетську освіту. Вони оволодівали про­фесією, працюючи адвокатами І вивчаючи практику судочинства. І сьогодні для англійського юриста головне те, щоб справа роз­глядалася в суді сумлінними людьми, які дотримують основних принципів судочинства.

Загальне право формувалося й розвивалося не в університетах, не вченими-юристами, не доктринально, а юристами-практиками — суддями, тому його називають ще суддівським правом. Суддя (на відміну від законодавця) не створює рішень загального ха­рактеру щодо випадків, які можуть відбутися в майбутньому, а зосереджує свою увагу на правильному доведенні до кінця судо­вого спору.

Для англійських юристів право — це, перш за все, те, до чого призведе судовий розгляд справи. При цьому основна увага зосереджується на процедурі судового розгляду з тим, щоб ухва­лювати правильне і справедливе рішення у справі.

Загальне право є некодифікованим правом. Тут до сьогодні йдеться лише про систематизацію шляхом консолідації.

Відрізняється і понятійно-категоріальний апарат загального права, в якому такі поняття, як юридична особа, батьківська влада, непереборна сила, фальсифікація, не застосовуються. Проте в ньому є такі поняття, як довірча власність, зустрічне задоволення, введення в оману, зловживання впливом та ін., які не зустрічаються в романо-германському праві.

Процес тлумачення статутів англійськими судами регламентується спеціальними правилами або, точніше, сукупністю спе­ціальних прийомів. їх основне призначення полягає у визначенні тих меж, у яких англійські судді можуть уважати себе вільним і робити те, що вони вважають за необхідне.

Вибір правила тлумачення залежить від розсуду суддів. Тому складно передбачити, який прийом тлумачення буде використано в даній справі, а, отже, як буде застосовано закон.

Система загального права — це, перш за все, ефективно пра­цюючі нормативні регулятивні механізми, що відповідають ос­новним динамічним потребам життя суспільства, і тому сприйняті в тому чи іншому вигляді багатьма державами. Вони мають низку позитивних спеціальних техніко-юридичних рис. Наприклад, їм притаманні такі властивості юридичного регулювання, як індиві­дуалізована визначеність стосовно конкретної справи і «конкрети­зована» нормативність, що характеризуються достатньо високим рівнем. Ці системи виявилися дуже динамічними і зуміли одно­часно зберегти стабільність і непорушність традиційних, часом архаїчних начал юридичного регулювання і водночас змогли при­стосуватися до нових техніко-економічних і соціально-культурних умов. Іншими словами, юридичний інструментарій, який має у своєму розпорядженні загальне прецедентне право, можна роз­глядати як значну цінність, що виражає достоїнства нормативно-судової системи юридичного регулювання та має унікальний ха­рактер. Можливо, що феномен загального прецедентного права ще недостатньо оцінений. У теперішній час прецедентне право характерне для єдиного («загального») європейського права (або європейської правової системи) в цілому, у формуванні якого значну роль відіграє Люксембурзький суд Європейських Співто­вариств, що виробляє в контексті вирішуваних справ прецеденти, єдині для Співтовариства правові принципи1.

Таким чином, основні принципи права випливали не з актів парламенту, а з текстів висновків, що виносяться суддями в про­цесі вирішення конкретних справ.

**64. Общее право и право справедливости.**

До найважливіших джерел англійського загального права нале­жить право справедливості. На думку англійських правознавців, коли б не право справедливості, англійське загальне право просто не збереглося б в умовах нового часу. Річ у тому, що за нових соціально-економічних умов, викликаних переходом від феодалізму до суспільства, заснованого на приватній власності, норми тра­диційного загального права почали дедалі частіше виявляти про­галин і непослідовність. Дана ситуація не дозволяла добиватися в судах загального права справедливого рішення в очах суспільства з того чи іншого спірного питання. Право справедливості ґрун­тується на суб'єктивних уявленнях про належне в праві і про справедливість2.

Право справедливості історично виникло, як уже наголошу­валося, з рішень спеціалізованого органу — суду лорд-канц­лера, який спочатку не був зв'язаний нормами загального права. У період з XV — до 70-х років XIX ст. право справедливості затверджується в англійській правовій системі як самостійне право, разом із загальним. На сьогодні воно виступає як складова сучасного англійського загального права.

**65. Прецедент в семье общего права.**

Головним джерелом англійського загального права є судовий прецедент. Прецедент (від латин, praecedentis — передуючий) визначається як поведінка в конкретній ситуації, яка розгля­дається як зразок за аналогічних обставин1.

Судовий прецедент — це загальне офіційне правило, яке вста­новлюється суддею при вирішенні конкретної справи в тому ви­падку, коли він виявляє, що з усіх чинних правових норм жодна не підходить до даного випадку. Це загальне правило стає час­тиною чинного права, є обов'язковим і таким, що підлягає за­стосуванню судами, рівними за статусом даному суду, а також усіма нижчими судами. Визнання прецедента джерелом права дозволяє судовим органам виконувати правотворчі функції, ос­кільки вони фактично володіють правом створювати нові норми права.

Розглядаючи судовий прецедент як джерело права, перш за всі1, необхідно подолати спрощене, примітивне розуміння преце­дентною права, коли його суть і значення зводяться лише до тієї обставини, що будь-яке рішення суду стає прецедентом при розгляді аналогічних справ і тому набуває нормативного харак­теру. Тим часом обов'язковим для застосування надалі при роз­гляді аналогічних справ є не саме по собі судове рішення, що відбулося, а закладений у ньому принцип, ідея, правові мотиви рішення.

Судовий прецедент формується тільки рішеннями Вищих судів. Рішення інших судів можуть служити прикладом, але не є обов'язковим прецедентом. Суди вищої ланки Англії (Високий суд, Суд корони і Апеляційний суд) не тільки застосовують, але і створюють правові норми. Перш за все, це стосується діяльності високих судів, у теперішній час — Верховного суду.

Крім того, не всі судові рішення і висновки у справі утворюють прецедент, а тільки їх правова аргументація.

Правова система США своїм корінням сягає в англійську систему загального прецедентного права, в якій основним дже­релом права є судовий прецедент. Згідно з існуючими прави­лами, суд при рішенні будь-якого питання є формально зв'язаним з рішенням аналогічного питання, винесеного вищим судом або судом тієї ж інстанції. Але фактично в процесі вибору відповід­ного прецеденту, його тлумачення, прийняття або неприйняття під приводом значної відмінності обставин справи, що розгля­дається, від раніше розглянутої і такої, що стала прецедентом, суд у цілому і окремі судді володіють значною свободою2. Таким чином, визнання прецеденту джерелом права дозволяє фактично створювати нову норму права.

Необхідно підкреслити, що дія прецедентного права в правовій системі США має свою специфіку, що полягає в гнучкому характері його застосування відповідно до політичних і соціально-економічних умов суспільства.

Необхідно звернути увагу на такий суттєвий момент. Судова практика і судовий прецедент, як уже наголошувалося, не то­тожні, хоча в більшості наукових досліджень ці явища і поняття розглядаються як ідентичні, що виступають за загальним пра­вилом та під однією і тією ж назвою «прецедент». Коли мова йде про судову практику як джерело права, то маються на увазі два її значення. По-перше, це діяльність судів, пов'язана більшою мірою не з правозастосуванням, а з правотворчістю, вираженою у вироб­ленні в процесі розгляду конкретних справ загальнообов'язкових правил поведінки. По-друге, судова практика — це самі вироблені в процесі судової діяльності загальнообов'язкові рішення. Коли мова йде про прецедент як джерело права, то необхідно мати на увазі не стільки процес судової діяльності, скільки результат цієї діяльності, тобто вироблені судовою практикою загальні правові положення. У даному випадку мається на увазі діяльність тільки вищих судів на рівні федерації (Верховний суд США) і на рівні штатів (верховні суди штатів).

**66. Статуты в английском общем праве.**

Статут (закон) — це важливе джерело сучасного англійсь­кого загального права. В Англії закони набули форму статутів, які приймаються в установленому порядку парламентом і повинні бути схвалені королем.

У ЗО ті роки XIX ст. починається процес послідовних перетво­рень англійського законодавства. У цей період парламент приймає численні законодавчі акти, якими об'єднуються нормативні поло­ження по найбільш значних інститутах цивільного і кримінального права, раніше прийняті парламентом, і отримують узагальнене найменування «консолідоване законодавство». Упродовж декіль­кох десятиліть були видані законодавчі акти, що консолідують правові норми по найбільш значних інститутах загального права. До кінця XIX — початку XX ст. законодавчим регулюванням за допомогою консолідованих актів було охоплено більшість га­лузей англійського права. Серед такого роду актів, виданих у XIX ст., необхідно виділити такі: закони про сімейні відносини 1857 р.; про партнерство 1890 р.; про продаж товарів 1893 р. У результаті цих перетворень законодавство стало важливим джерелом права.

У 1965 р. в Англії було створено Правову комісію, якій було до­ручено підготувати проекти великих консолідованих законодавчих актів у різних галузях права, з тим щоб у перспективі провести реформу всього права Англії, аж до його кодифікації. Так у 1985 р. було підготовлено проект кримінального кодексу, проте до цих пір він не прийнятий. Паралельно з правовою комісією діють комітети з перегляду цивільного і кримінального законодавства, а також різні королівські комісії, яким доручається підготовка звітів про стан законодавства з певного питання і внесення про­позицій з його вдосконалення.

У теперішній час судова практика і статут (закон) є основними джерелами англійського права. Зростання ролі законодавства зовсім не означає, що судовий прецедент утратив своє значення. Зберігається певна кількість інститутів, безпосередньо регульо­ваних нормами загального права або навіть права справедливості (наприклад деякі види договорів, питання відповідальності за по­рушення зобов'язань та інші цивільні правопорушення). Необхідно підкреслити, що в силу особливостей англійського загального права, що історично склалися, прийняті закони поступово набувають величезної кількості судових прецедентів, що забезпечують його функціонування і реалізацію шляхом їх тлумачення і конкретизації. Як відзначає Р. Кросс, у наші дні англійський суддя як творець права перебуває в невигідному, у порівнянні із законодавцем, становищі, оскільки він не може скасувати норму, яка введена статутом, або, якщо статут відсутній, ухилитися від обов'язкового для нього прецеденту. Ще більше він обмежений тим, що може створювати право тільки в межах питання, поставленого перед ним справою1.

**67. Особенности правовой системы США.**

Оскільки в США співіснує правова система федерального рівня і 50 правових систем штатів, то використання поняття «Націо­нальна правова система» є не зовсім точним. Поняття правової системи США (американське право) відображало і відображає всю сукупність специфічних рис вищезгаданих правових систем, що володіють внутрішньою єдністю, зумовленою історичними чин­никами, що дозволяє вважати їх єдиною правовою системою.

Федеральна правова система утворилася після завоювання незалежності і прийняття Конституції США 1787 p. Що сто­сується формування правових систем штатів, то вони також були зумовлені проголошенням незалежності США, їх фундамент був закладений першим і другим континентальними конгресами. Цей процес було прискорено прийняття Конституції США.

Як відомо, в сім'ї прецедентного права виділяються англійська і американська гілки. При цьому американське право базується на англійському загальному праві. Незважаючи на їх генетичний зв'язок і схожість, у процесі розвитку американське право набуло специфічних рис, що дозволяють відрізнити його від англійського загального права.

У теперішній час відмінність між англійською і американською правовими системами визначається низкою чинників. Відмінності між ними містяться і в способі життя, і в системі управління, і в економічній структурі, і навіть у методах використання одних і тих же правових інструментів, якими є судові установи і джерела права. Англія — країна традицій, із монархічною формою прав­ління парламентського типу, а США — президентська республіка з достатньо сильним парламентом. Американське право не спри­йняло деякі англійські судові рішення, що мали середньовічне походження (у галузі земельної власності, спадкування тощо).

Крім того, зародилося чимало нових прецедентів, наприклад у праві корпорацій, договірному праві, які були орієнтовані на са­морегульовану економіку. Загальне право в США не виступає лише як простий різновид або копія загального права Англії, незважаючи на те, що багато правових інститутів є похідними від англійських. Прецедентне право США відрізняє як історичний зв'язок з англійським правом, так і значна самостійна роль у системі загального права1.

У США ще в колоніальний період, тобто значно раніше, ніж в Англії, відбулося злиття загального права з правом справедли­вості. Останнє було поглинене в більшості штатів і в правовій системі федерації судами загальної юрисдикції.

Для американського юриста, як і для англійського, як відзначав Р. Давид, право — це, перш за все, право судової практики: норми, вироблені законодавством, які по-справжньому входять в американське право лише після того, як будуть неодноразово застосовані і розтлумачені судами, коли можна буде посилатися не на самі норми, а на судові рішення, що їх застосували2.

Норми загального права в його буквальному, суто англійсь­кому розумінні, застосовуються американськими судами останнім часом в обмежених сферах, наприклад при розгляді обставин за­подіяння шкоди і т. ін. Але загальне право, в широкому розумінні слова, як право, створене суддями, зберігає важливе місце в сучасній правовій системі США. Воно виступає не стільки як сукупність прецедентів, скільки як своєрідний суддівський метод регулювання суспільних відносин, як особливий стиль юридичного мислення, для якого властивий високий ступінь правотворчої ак­тивності судів.

У XIX—XX ст. на базі Конституції США склався своєрідний правовий інститут — судовий конституційний контроль. Резуль­татом діяльності цього інституту було не тільки тлумачення кон­ституційних положень Верховним судом США, але й визнання великої кількості законів штатів і Конгресу неконституційними, а тому недійсними, тобто такими, що не мають юридичної сили.

У цілому ж у США склалася дуалістична система, що скла­дається з прецедентного права і законодавства, яке взаємодіє з ним. Великі можливості судового впливу на законодавство не ска­совують того факту, що законодавство в правовій системі США має більшу питому вагу і є більш значущим, ніж статутне право в Англії. Це пов'язано, перш за все, з наявністю конституції, а точніше цілої системи конституцій: федеральною, яка існує вже більше двохсот років та відіграє значну роль, і різних за віком конституцій штатів. За Конституцією США штатам надається досить широка законодавча компетенція.

Істотною особливістю правової системи США є зв'язок із фе­деральною структурою державного устрою. Штати, що входять до складу США, наділені дуже широкою компетенцією, у межах якої вони створюють своє законодавство і свою систему преце­дентного права. Це означає, що в США існує 51 правова система: однії федеральна і п'ятдесят у штатах.

Найважливіша особливість американського права полягає у цільній дії правила прецеденту, що виявляється в тому, що Верховний суд США і верховні суди штатів ніколи не були жорстко пов'язані своїми прецедентами. Звідси — їх велика свобода і можливість маневрувати в процесі пристосування права до потреб, що змінюються із розвитком суспільства. Таке вільне поводження із судовим прецедентом набуває особливого значення у світлі правомочності американських судів здійснювати контроль тa конституційною закону. Таким чином, Верховний суд США і верховні суди штатів можуть відмовитися і від прецеденту конс­титуційного тлумачення.

Необхідно відзначити, що в США, як і в Англії, застосування закону залежить від судових прецедентів його тлумачення, і немає гарантій, що одноманітні кодекси або закони будуть однаково тлу­мачитися судовою практикою у різних штатах.

Таким чином, американському праву властиві всі ознаки, що характеризують сім'ю загального права. При цьому воно має спе­цифіку, що виявляється в його функціонуванні, а це дозволяє виділити американське право в особливу гілку в сім'ї загального права.

**68. Федеральное право и право штатов в правовой системе США.**

Розвиток правової системи США призвів до переважання фе­дерального права над правом окремих штатів. Цьому багато в чому сприяли рішення Верховного суду США, які передбачали, що суди в штатах повинні вирішувати справи не просто від­повідно до Конституції або законів штату, але й відповідно до «верховного права країни», тобто до федерального права. Судова практика із цього питання довго залишалася суперечливою.

Для формування федерального загального права принципове значення мало рішення Верховного суду 1938 р. У ньому Вер­ховний суд указав, що федеральні суди не можуть створювати «незалежний звід національних доктрин у сфері загального тор­гового права», а повинні в разі колізії законів застосовувати загальне право штатів. Для розширення компетенції федераль­ного права і, відповідно, обмеження компетенції штатів основним інструментом стала «торгове застереження». Ця конституційна норма наділила федеральні органи правом видавати закони, які регулюють торгівлю між штатами. Процес розширення сфери дії цього застереження поступово активізувався відповідно до потреб зростаючої американської економіки. Це рішення складає основу врегулювання відносин між федеральним правом і правом штатів.

Верховний суд в одному зі своїх рішень у 1972 р. висловився про бажання формування в практиці нижчих федеральних судів свого роду каркасу федерального загального права, ухилившись від визначення з питання про юридичну силу рішень нижчих фе­деральних судів для судів штатів. Останні вважають, що вони повинні дотримувати тільки рішень Верховного суду США, а решту рішень розглядати лише як «переконливі» або ж як такі, що заслуговують «поважного розгляду».

Федеральне законодавство США публікується як Звід законів, що складається з 50 розділів, кожен з яких присвячено великим правовим інститутам. Звід законів США перевидається кожні шість років. Приймаючи черговий закон, амери­канський Конгрес указує, яке місце він повинен зайняти у Зводі законів СІНА і які зміни повинні бути у зв'язку з цим внесені до розділів, глав і параграфів чинного Зводу1.

Федеральне законодавство не включило загальне право як таке в систему федерального права, і лише небагато чинних конституцій штатів прямо розглядають загальне право як обов'язкове до застосування в судах у разі відсутності законодавства з конкретного питання.

До сфери компетенції федерального права входить регулю­вання економіки, фінансів, оборони, авторських прав, патентних відносин, трудових відносин, митних правил, зовнішньої торгівлі, торгівлі між штатами, морського права, права охорони природи, банкрутства та інших загальнодержавних проблем, читко обумов­лених Конституцією США.

Сфера компетенції права штатів охоплює галузі сімейного, спадкового, договірного, кримінального, земельного права, права компаній, страхового права та регулювання цінних паперів і де­яких інших. Необхідно відзначити, що в галузі приватного права компетенція права штатів практично не обмежена.

Сфера застосування права штатів, особливо з питань цивіль­ного і кримінального права, судового устрою і судового процесу, значно ширше, ніж федерального права і супутнього йому загаль­ного права, що є сукупністю судових прецедентів, зумовлених не­обхідністю тлумачення федеральних законів. Розмежування сфер дії федерального права і права штатів у деяких галузях правового регулювання уявляється складним, оскільки нерідко одні і ті ж правові інститути регулюються не тільки федеральним правом, але й правом штатів.

Конституція США також закріплює основні принципи, що регулюють взаємини між штатами.

Перш за все, це принцип повної довіри і пошани, згідно з яким закони, чинні в одному зі штатів, повинні визнаватися в іншому. На підставі цього принципу судові органи одного штату приймають рішення судів інших штатів, ухвалені по цивільних справах, а також приймають особисті документи й акти інших штатів (наприклад водійські права, свідоцтва про шлюб тощо). Проте даний принцип не передбачає застосування норм кримі­нального права одного штату в іншому.

Наступний принцип, який регулює взаємини між штатами, по­лягає в закріпленні міжштатних привілеїв і пільг, згідно з яким привілеї і пільги жителів одного штату поширюються на жителів інших штатів, і включає правовий захист, право доступу до суду, звільнення від дискримінаційного оподаткування.

І, нарешті, принцип видачі злочинців, за яким, незалежно від місцезнаходження злочинця, будь-який штат зобов'язаний його видати на вимогу штату, де він скоїв злочин.

Окрім названих принципів Конституція США встановлює ви­могу мирного вирішення суперечок між штатами, які можуть розглядатися Верховним судом США.

Таким чином, слід погодитися з К- Цвайгертом і X. Кьотцем, що США можна охарактеризувати як гігантський політико-правовий полігон, на якому кожен штат випробовує результати розвитку власного законодавства і судової практики в тому чи іншому напрямі, нагромаджує за допомогою цього досвід, ділиться ін­формацією про судову практику, яка здатна викликати супереч­ностями в галузі правової політики і може впливати на інші штати як у позитивному, так і негативному розумінні2.

**69. Источники и структура права США.**

К- Осакве розділяє джерела права США на обов'язкові (нормативні) і необов'язкові (ненормативні). До обов'язкових джерел права належать: Конституція, судовий прецедент, за-кони-статути, підзаконні акти, справедливість, торговий звичай, міжнародні договори, приватні правові операції (договір і т. ін.). До необов'язкових джерел права належать: доктрина (нау­ковий і практичний коментар), закон зарубіжних країн, obiter dictumd/dictum (думка суду щодо справи, висловлена перед судом, але не є юридичним обґрунтуванням рішення), рішення зарубіжних судів, судова практика1.

Основним дже­релом права є судовий прецедент. Згідно з існуючими прави­лами, суд при рішенні будь-якого питання є формально зв'язаним з рішенням аналогічного питання, винесеного вищим судом або судом тієї ж інстанції. Але фактично в процесі вибору відповід­ного прецеденту, його тлумачення, прийняття або неприйняття під приводом значної відмінності обставин справи, що розгля­дається, від раніше розглянутої і такої, що стала прецедентом, суд у цілому і окремі судді володіють значною свободою2. Таким чином, визнання прецеденту джерелом права дозволяє фактично створювати нову норму права.

Гнучкому характері його застосування відповідно до політичних і соціально-економічних умов суспільства.

У другій половині XX ст. законодавчі джерела права почали відігравати дедалі більш значну роль та нарівні із судовим пре­цедентом стали головними джерелами американського права не тільки на федеральному рівні, але й на рівні штатів. Особлива роль законів у системі американського права, на відміну від ан­глійського, полягає в прийнятті Конституції США, значення якої важко переоцінити.

Необхідно звернути увагу на кодифікацію, яка здійснювалася впродовж усієї історії розвитку правової системи США. У 1848 р. завдяки зусиллям відомого американського юриста Д. Філда в штаті Нью-Йорк було прийнято кодекси Цивільного і Криміналь­ного судочинства, які потім стали зразком для інших штатів. Усі ці кодекси були побудовані, головним чином, на загальному праві. У системі законодавства США зустрічається чимало ко­дексів, яких не знає англійське право. У декількох штатах діють цивільні кодекси, у 25 штатах — цивільно-процесуальні; у всіх штатах — кримінальні, у деяких — кримінально-процесуальні. У кодексах бачать плід консолідації, більш або менш вдалої, а не підґрунтя для вироблення і розвитку нового права, як у країнах романо-германської правової системи2.

Серед кодексів першим і найбільш відомим є Єдиний торговий кодекс, який був офіційно схвалений в 1962 р. У ньому десять розділів і 400 статей. Він не охоплює все торгове право, але те, що увійшло до нього, регламентоване достатньо детально, особливо норми про продаж товарів, про оборотні документи, забезпечення операцій.

Що стосується співвідношення судових прецедентів і законо­давчих актів, то судді, спираючись на загальне право, розглядають законодавчі акти як такі, що мають специфічні норми права, які можуть застосовуватися тільки в чітко встановлених випадках. Усі інші ситуації, не передбачені законодавчими актами, повинні розглядатися з позицій загального права.

Також джерелом американського права є делеговане зако­нодавство, тобто нормативні акти, що видаються найвищими виконавчими органами США, право на ухвалення яких деле­гується найвищими законодавчими органами США.

Певне місце в системі джерел американського права займає також звичай, хоча через історичні причини він не зміг зберегти свої вихідні позиції. Проте в системі американського права в регулюванні певних питань досить часто враховуються звичаї як корінного населення, так і інших категорій населення, що іммігру­вали в США.

***Структура американського права***

Право США в цілому має структуру, аналогічну структурі загального права, але є й істотні відмінності. Одна з таких від­мінностей, що має принципове значення, пов'язана з федеральною структурою США.

Регулювання цивільно-правових відносин, в основному, вхо­дить до компетенції окремих штатів, а федеральне право лише частково торкається цивільно-правових відносин у загальному контексті зростаючого федерального регулювання економіки.

У сфері цивільного права в більшості американських штатів діють не кодекси, а закони, що регулюють окремі правові інститути, або норми загального права. Виняток становить штат Луїзіана, де діє Цивільний кодекс 1870 p., що продовжує традиції французького права, і штати Джорджія, Каліфорнія, Монтана, Північна і Південна Дакота, де є цивільні кодекси, які регулюють лише вузьке коло проблем цивільного і сімейного права1.

У США цивільне право складається з окремих важливих пра­вових інститутів — права корпорацій, договірного права, права власності та ін.

Найбільш істотні економічні і соціальні наслідки були пов'язані з розвитком правового статусу юридичної особи. У США, як і в Англії, немає особливої загальнотеоретичної конструкції «юри­дична особа», і такою виступає корпорація.

Одним із центральних інститутів американського права, що ре­гулює цивільно-правові відносини, уважається інститут договір­ного права. До кінця XIX ст. договірні відносини регулювалися переважно прецедентним правом. У XX ст. на перший план регу­лювання даних відносин виходить законодавство штатів. Удоско­наленню договірного права сприяла політика економічного лібе­ралізму, при якій склалася майже необмежена свобода укладання різноманітних угод, які мають юридичну силу, що відкривало шлях індивідуальній і корпоративній підприємницькій діяльності. Для інституту договірного права США характерна конструкція зу­стрічного задоволення, заснована на обіцянці здійснити очікувані дії. При такому широкому розумінні договору ринкові відносини отримали своє юридичне вираження саме в договірному праві.

Інститут права власності регулюється, перш за все, Консти­туцією США. V і XIV поправки до конституції встановили, що жодна особа не повинна позбавлятися життя, свободи або влас­ності без належної правової процедури. Так у 1879 р. при розгляді судової справи, пов'язаної із застосуванням V поправки Консти­туції США, суд заявив, що федерації, так само як і штатам... заборонено позбавляти особу або корпорацію власності без на­лежної правової процедури. У 1889 р. суд уже прямо вказав, що корпорація є юридичною особою в тому значенні, в якому даний термін використано в XIV поправці, а тому вона не може бути позбавлена власності без належної правової процедури.

Сфера сімейно-правових відносин у більшості штатів ре­гулюється не кодексами, а окремими законами, причому регулю­вання даної сфери належить до виключної компетенції штатів. Як уже наголошувалося, відмінності в регулюванні сімейно-пра­вових відносин у різних штатах значні, що зумовило виникнення правових конфліктів. Для вирішення цієї проблеми Національна конференція уповноважених з уніфікації права штатів в 1970 р. підготувала проект Одноманітного закону про шлюб і розлучення, на підставі якого деякі штати розробили і прийняли відповідні закони.

Регулювання спадково-правових відносин також належить до компетенції права штатів. Історично в різних штатах склався неоднаковий порядок спадкування. Згідно з нормами спадкового права визнається спадкування згідно із законом і за заповітом. Пропорції між цими двома формами спадкування у багатьох ви­падках різні. Порядок спадкування, як правило, істотно розріз­няється залежно від розміру спадку. При спадкуванні невеликого за розмірами майна потрібне лише виконання звичайних формаль­ностей. Коли мова йде про велике майно, то формальності стають складнішими, а головне — законодавство передбачає особливий судовий контроль на період відкриття спадщини. Для управління успадкованим майном призначаються особливі особи, які висту­пають як виконавці заповіту. До їхніх функцій входить не тільки виконання волі заповідача, але й дотримання інтересів законних спадкоємців і кредиторів.

Згідно з Конституцією США кримінальне право, за винятком тих його норм, які мають загальнофедеральне значення, віднесене до ведення штатів.

Саме на рівні штатів злочинність набула особливо великих розмірів, а численні кримінальні акти і кодекси штатів, прий­няті у 50 штатах, виявилися недостатніми. Суперечності, а також прогалини в кримінальному законодавстві окремих штатів вели до збільшення злочинності. Тому в середині XX ст., па­ралельно з рухом за модернізацію федерального Кримінального кодексу, почалася масштабна робота з уніфікації криміналь­ного законодавства на рівні штатів, унаслідок чого Інститутом американського права в 1962 р. було розроблено Зразковий кримінальний кодекс. Хоча цей кодекс має неофіційний ха­рактер і служить лише зразком раціонального і досконалішого в техніко-юридичному відношенні документа, він дуже вплинув на кримінальні кодекси окремих штатів, сприяв їх зближенню. Підсумком стало ухвалення нових кримінальних кодексів більш ніж у 40 штатах.

Види покарань в США підрозділяються на основні і додаткові. Основними видами покарань є страта, тюремне ув'язнення, про-бація і штраф, додатковими — позбавлення різних прав, кон­фіскація майна, накладання обов'язку відшкодувати заподіяну шкоду, суспільні роботи в суспільних інтересах та ін. Страта як вища міра покарання продовжує зберігатися в 36 штатах.

Основи кримінально-процесуального права в США були за­кладені англійським загальним правом і в подальшому розвинені з урахуванням особливостей американського суспільства. У де­яких штатах було розроблено кримінально-процесуальні кодекси, об'єднані з кримінальними кодексами. З кінця XIX ст. всі питання, що стосуються кримінального процесу і судочинства, включаються у вигляді самостійних розділів до зводів законів штатів.

Зразковий кримінально-процесуальний кодекс, складений ще в 30-х—40-х pp. XX ст., не вплинув істотно на законодавство біль­шості штатів. На федеральному рівні процес консолідації кримі­нально-процесуального законодавства знайшов своє вираження в розділі 18 Звід законів США. У 1948 р. до цього розділу було включено особливу другу частину — «Кримінальний процес».

Докази, отримані з порушенням процесуальних правил, особ­ливо в результаті таких процесуальних дій, як обшук і арешт, не можуть бути використані обвинуваченням і не приймаються суддею. Як порушення належної правової процедури розгляда­ються, наприклад, докази, отримані поліцією під час обшуку за присутності понятих і експертів, але без представників захисту.

**70. Общая характеристика латино-американской правовой семьи.**

До сім'ї змішаного права входять латиноамериканське право і скандинавське право.

Латиноамериканське право виникло на основі традицій і звичаїв корінного населення, що проживає на території Латин" ської Америки, і розвивалося під впливом романо-германського права, а також американського права. Принципи форму­вання правової системи, структури права і його джерел схожі з романо-германським правом. Кодифікація в даних правових системах проводилася за зразком французького Цивільного ко­дексу. Тому багато хто вважає, що незважаючи на географічну близькість скандинавського права до романо-германського, при віднесенні латиноамериканського права до романо-германського виникає менше питань. Якщо на формування сфери приватного права у латиноамериканській правовій сім'ї більше вплинуло ро-мано-германське право, то на сферу публічного і особливо консти­туційного права справили принципи американського права, перш за все американської конституції, а також американської судової системи. На цій основі має місце дуалізм латиноамерикансь­кого права виявилися більш впливовими. Разом із тим, в основі латиноамериканського права видно споконвічні народні погляди і звичаї, які накладають свій відбиток на правові процеси.

У визначенні місця латиноамериканського права на правовій карті світу в сучасній компаративістиці немає єдиної думки. Якщо одні компаративісти відносять правові системи держав Латинської Америки до романо-германської правової сім'ї, то інші виділяють їх у самостійну групу серед інших правових сімей су­часного світу. Латиноамериканське право, запозичивши багато правових положень у романо-германського і загального права, точніше американського права, виступає як самостійна правова сім'я змішаного типу.

Таким чином, найважливіша специфіка латиноамериканського права полягає в його змішаному характері, який виражається в тому, що правові системи держав Латинської Америки багато в чому побудовані на основі романо-германських моделей (це особ­ливо виявляється у сфері приватного права), а також моделей правового будівництва в рамках загального права (це очевидно у сфері публічного права).

Латиноамериканське право, як і романо-германське право, — це кодифіковане право, причому кодекси побудовано за єв­ропейським зразком з урахуванням національних особливостей. Кодифікація закріпила політичну незалежність і сприяла станов­ленню розвиненого національного законодавства. Запозичення ко­дифікації романо-германського права вело до побудови аналогічної структури права і системи джерел, що виявилося в абстрактному характері викладення норм права і сприйнятті юридичної техніки в континентального права.

Що стосується сфери публічного права, особливо конституцій­ного права, то його побудовано за зразком правової системи США. Це виявляється в тому, що конституції цих держав запозичували американську форму правління, тобто президентську республіку, та інші державні інститути. Головна причина цього запозичення полягає в тому, що на момент проголошення незалежності в ряді провідних країн Латинської Америки, зокрема Чилі, Бра­зилії, Аргентині, Конституція США була єдиною писаною чинною конституцією республікансько-президентської форми правління.

Однією з причин створення федерацій у Латинській Америці став, як наголошувалося раніше, є вплив Конституції США на латиноамериканський конституціоналізм. Цьому процесу сприяла внутрішньополітична ситуація у створюваних незалежних дер­жавах. Необхідно відзначити, що на перших етапах формування цих федерацій центральний уряд вимушений був іти на значну децентралізацію державного управління з метою створення і збе­реження єдності і цілісності цих держав. На подальших етапах розвитку федерального устрою в державах Латинської Америки ситуація змінюється у бік централізації державного управління, що зумовлювало звуження повноважень суб'єктів федерацій.

Принципи побудови і функціонування судової системи держав Латинської Америки також запозичені з правової системи США, що особливо виявляється в діяльності і структурі верховних судів цих держав. Проте судовий прецедент у системі джерел права в правових системах цих держав не виступає як основне джерело, аналогічно американському праву.

У латиноамериканських державах функціонує інститут судо­вого контролю конституційності законодавства, запозичений у романо-германського права, відрізняючись від американської мо­делі судового конституційного контролю.

Правові системи держав Латинської Америки традиційно пе­ребувають під впливом католицької церкви. Це знаходить свій прояв на конституційному рівні. Зокрема в Конституції Аргентини визнається пріоритет конкордатів1 над національним законом2.

Розглядаючи правові системи держав Латинської Америки, не­обхідно звернути увагу на особливе місце і роль армії як інституту держави. Армія в цих державах уважається повноправним учас­ником у регулюванні політичних питань життя суспільства. Більше того, вирішальна участь армії у розв'язанні політичних проблем у латиноамериканських державах є загальновизнаним фактом. У державах Латинської Америки традиційно армія розгляда­лася як єдиний гарант стабільності державно-правового життя і ефективного засобу вирішення соціально-економічних конф­ліктів суспільства, особливо в період гострих політичних криз.

Сучасні правові системи латиноамериканських держав характеризуються двома тенденціями:

* посиленням інтеграції в рамках латиноамериканського кон­тиненту, тобто вироблення загальних підходів у вирішенні різних проблем;
* включенням держав цього регіону у формування єдиного політичного, економічного, торгового і правового простору в мас­штабах усього американського континенту, яке раніше охоплю­вало тільки США, Канаду і Мексику.

**71. Общая характеристика скандинав ской (североевропейской) правовой семьи.**

Скандинавська правова сім'я об'єднує національні правові сис­теми Данії, Швеції, Норвегії, Фінляндії, Ісландії (деякі автори до цієї групи відносять правові системи держав Балтії: Естонії, Латвії, Литви). Скандинавську правову сім'ю називають ще «пів­нічною» і «північноєвропейською», що пов'язано з географічним розташуванням скандинавських держав.

Питання про природу і місце скандинавського права на пра­вовій карті світу є дискусійним. У сучасній компаративістиці іс­нують різні думки про зв'язки скандинавського права з основними правовими сім'ями сучасності. Думка одних учених зводиться до того, що скандинавське право є самостійною правовою сім'єю, оскільки існують їхні спільні історичні, політичні, економічні і культурні основи формування і розвитку, відмінні від інших пра­вових систем (К- Цвайгерт, X. Кьотц). Відповідно до даної точки зору скандинавська правова сім'я є самостійною правовою сім'єю, що перебуває між системами загального і романо-германського права (К. Осакве).

Деякими компаративістами скандинавська правова сім'я вза­галі не виділяється як самостійна, а правові системи цих держав включаються до романо-германської правової сім'ї (Р. Давид). Інші ж уважають, що скандинавська правова сім'я є змішаним типом права, оскільки вона має загальні риси у формуванні і розвитку, схожі з іншими правовими сім'ями, зокрема з романо-германською правовою сім'єю, і з правовою сім'єю загального права (О.Ф. Скакун).

Як справедливо відзначає О.Ф. Скакун, скандинавську правову сім'ю можна охарактеризувати як змішаний (конвергентний) тип правової системи, під якою розуміється сукупність національних правових систем, що мають спільні закономірності розвитку і схожі ознаки, що склалися як на основі місцевих джерел права, так і широкого запозичення елементів правових систем романо-германського, а також англо-американського типу. Ознаками скан­динавського права як змішаного (конвергентного) типу правової системи вона виділяє домінування нормативно-правового акта як формального джерела права; використання судового прецеденту нарівні з нормативно-правовим актом; визнання поділу права на приватне і публічне; відведення нормі права (зразок поведінки) основної ролі в регулюванні суспільних відносин; проведення ко­дифікації законодавства; дотримання ієрархії нормативно-правових актів і існування паритету процесуального і матеріального права'.

Вплив римського права на формування і розвиток правових систем скандинавських держав менш значний, ніж на процес фор­мування романо-германської правової сім'ї. Основна причина в тому, що територія скандинавських держав ніколи не входила в Римську імперію.

Римське право значно вплинуло на характер і суть сканди­навського права через романо-германське право і має опосередко­ваний характер. Деякі положення римського права, зокрема поділ права на публічне і приватне, а також роль закону як основного джерела права, були сприйняті скандинавським правом через ро­мано-германське право. Цей вплив посилився в XVII ст., коли в цих державах склалися національні системи права.

Національно-правові системи скандинавських держав ніколи не знали кодексів французького і німецького зразка. Кодифікація в скандинавських державах, як уже наголошувалося, мала ком­плексний характер.

Що стосується співвідношення скандинавського і загального права, то необхідно підкреслити, що історичний розвиток скан­динавських держав відбувався незалежно від загального права. Проте роль судової практики в правових системах цих держав значніша, ніж у державах романо-германського права.

Так у правовій системі Данії окремі інститути цивільно-пра­вових відносин регулюються нормами прецедентного права. За­конодавство цих держав допускає вирішення багатьох питань на розсуд суддів. Проте це не є підставою відносити скандинавську правову сім'ю до сім'ї загального права.

**72. Становление и развитие исламской правовой семьи.**

Всебічне вивчення генезису ісламського права можливе при визначенні основних етапів його розвитку, що відображають ло­гіку його еволюції з моменту зародження до сьогоднішнього дня. Для найповнішого вивчення історії ісламського права уявляється доцільним ниділити такі етапи:

-перший етап — зародження і початковий період розвитку ісламського права (VII ст.);

-другий етап — доктринальне розроблення ісламського права в період становлення Арабського халіфату (VII—XII ст.)

-третій етап — розвиток ісламського права в епоху Османського халіфату (кінець XIII — перша половина XX ст.);

-четвертий етап — розвиток ісламського права в сучасний період (друга половина XX ст. — наші дні).

Перший етап історії ісламського права пов'язаний із заро­дженням і початковим етапом розвитку ісламського права в VII ст. і збігається з початком формування ісламської релігії і цивілізації як його підґрунтя.

Виникнення ісламу пов'язане з життєдіяльністю Пророка Му-хаммада (570—632), особистість якого займає найважливіше місце як у релігійній доктрині ісламу в цілому, так і у сфері його правового прояву. Визнання Мухаммада як Пророка і посланника Аллаха є одним із двох неодмінних символів ісламської віри, а саме віра в те, що «немає ніякого божества, окрім Аллаха» і «Му-хаммад є Пророком і посланником Аллаха». Основні положення ісламу як віри, філософії і як системи права містяться у висловах Мухаммада, що є божественними одкровеннями.

Становлення ісламського права пов'язане з появою основопо­ложних джерел ісламської релігії, які одночасно є і джерелами іс­ламського права. Божественні одкровення, передані людям через Пророка Мухаммада, пізніше були зібрані і складені в Коран. Основні положення Корану доходили до мусульман в усній формі — заповідях, що регулювали багато питань їх життя і віри, тому вчинки і слова Мухаммада і його сподвижників приймалися як коментарі до Корану. Ці коментарі сформували друге за значу­щістю джерело ісламського права — Суни.

Другий етап історії ісламського права — це період його доктринального розроблення в епоху становлення Арабського халіфату (VII—XIII ст.). Він пов'язаний з подальшим поширенням ісламу і розвитком ісламського права. У результаті склалася над­національна імперія, що отримала назву Арабський халіфат, ос­новою якої стала єдина релігія — іслам, також були створені нові адміністративна, податкова, військова і судова системи. В історії Арабського халіфату виділяють два періоди: дамаський, або пе­ріод правління династії Омейядів (661—750), і багдадський, або період правління династії Аббасидів (750—1258).

Третій етап розвитку ісламського права охоплює подальшу його еволюцію в період існування Османського халіфату (кінець XIII — перша половина XX ст.). За достатньо короткий період з часу свого заснування, коли імперія Османа була невеликою державою, і до середини XV ст. вона стала наймогутнішою державою світу. У XV ст. відбулася наступна хвиля ісламської експансії, що виявилася в тому, що Османська імперія розбила Візантійську імперію, підкорила Константинополь (1453 р.) і встановила панування ісламу в Пінденно-Східній Європі. Іслам отримав подальше визнання і п Азії.

Четвертий етап у розвитку ісламського права (друга поло­вина XX ст. — теперішній час) характеризується посиленням тенденцій часткового повернення правових систем деяких ісламських держав до традиційних витоків і посиленням впливу ісламу на правову ідеологію, правову культуру, правову свідо­мість громадян цих держав.

Якщо в першій половині XX ст. спостерігалося відносне ослаб­лення впливу класичної ісламсько-правової доктрини на функціо­нування правових систем ісламських держав, то в другій половині XX ст. спостерігається посилення цього впливу, що йменується ісламізацією.

Перед ісламським світом виникли певні проблеми у зв'язку і боротьбою, що широко розгорнулася навколо вибору шляху подальшого розвитку цих держав, у ході якої з'являються чис­ленні концепції так званого ісламського шляху розвитку як єдино прийнятного для країн ісламу. На їх основі отримують новий розвиток концепції «ісламської держави», «ісламського правління», «ісламської економіки» та ін. Тому друга половина XX ст. — це новий етап в історії ісламу взагалі і ісламського права зокрема. Це *є.* підставою для виділення цього етапу як самостійного в історії розвитку ісламського права.

Тотальна ісламізація всіх сфер життя в ісламських державах йде в розрив із процесами глобалізації, які пронизують політичну, економічну, гуманітарну, екологічну сфери життя всього людства. За таких умов питання про діалог цивілізацій стає актуальним. Уявляється глибоко символічним, що третє тисячоліття відкри­лося роком діалогу цивілізацій. Рішення про це було одностайно ухвалене в 1998 р. на 53-й сесії Генеральної Асамблеї ООН.

ЮНЕСКО також підтримала дану ініціативу і визначила як стратегічну мету на період 2002—2007 pp. тему діалогу між цивілізаціями.

Таким чином, еволюція ісламського права впродовж майже чотирнадцяти століть показує, що, незважаючи на різні періоди процвітання і застою, ісламське право було і залишається дина­мічною правовою системою, здібною до модернізації у відповідь на виклики часу.

**73. Особенности и источники исламского права.**

Ісламське право є унікальним як за своєю суттю, так і за своїм змістом, володіючи низкою специфічних особливостей, які дозволяють відрізнити його від інших правових систем.

Перш за все, це общинний характер ісламського права, який полягає в тому, що мусульманин, незалежно від місця свого проживання, повинен дотримуватися норм ісламського права через свою належність до ісламської общини, ісламської релігії. Ісламське право, що виникло спочатку як система норм, що регулюють взаємини всередині ісламської общини, з розширенням меж халіфату і утвердженням ісламу поширює свою дію на нові території, стаючи великою правовою системою. Проте воно стає не територіальним, а общинним правом, що сприяє подальшому об'єднанню мусульман незалежно від місця їх знаходження.

Ісламське право, з погляду його походження, необхідно роз­глядати не як результат діяльності людини, державних органів, а як божественне одкровення, що дароване Аллахом через Пророка Мухаммада. Згідно з ісламсько-правовою доктриною, для ісламської філософії права основоположним є розуміння того, що єдиним джерелом права є Аллах, який дарував своє право людині.

Особливістю ісламської концепції права, що випливає з поперед­ньої, є його релігійна основа. Як справедливо стверджує Б. Луїс, якщо необхідно хоч би частково зрозуміти те, що відбулося в ісламському світі у минулому і відбувається зараз, необхідно виз­нати, що релігійний чинник є загальним і центральним елементом у житті мусульманських народів, у тому числі і правовому. Крім того, для мусульман релігія традиційно «складає основу основ їх іден­тичності і лояльності»1.

Звідси випливає наступна особливість ісламського права, що полягає в поєднанні в ньому релігійного і юридичного начал, що позначилося на специфіці його джерел і структурі, механізмі дії і праворозумінні. Дана особливість виявляється й у тому, що для реалізації правової норми необхідна її відповідність не тільки основоположним правовим, але й релігійним принципам, тому іс­ламські правознавці, як правило, є також і теологами.

Особливістю ісламської концепції права є універсальність сфери його регулювання. Воно виступає як всеосяжний інстру­мент нормативного регулювання всіх без винятку сторін суспіль­ного життя і особистого статусу мусульманина. На цій основі можна зробити висновок, що сфери, які регулюються ісламським правом, ширші, ніж сфери регулювання світського права, оскільки ісламське право охоплює не тільки правові, але й усі інші аспекти життя мусульман — моральні, релігійні та ін.

Особливістю ісламського права є й те, що виконання його норм випливає зі свідомості мусульманина і здійснюється тільки в наказовій формі, з дотриманням усіх сторін ритуалу. Воно за­безпечується також колективною відповідальністю ісламської громади за поведінку кожного члена общини і індивідуальним зв'язком мусульманина з Аллахом.

Ще однією особливістю ісламського права, що відрізняє його від церковного права, є державна санкціонованість його норм. Це означає, що реалізація норм ісламського права забезпечується не тільки їх релігійним авторитетом, але й примусовою силою ісламської держави.

Як особливість ісламського права також можна виділити й ісламсько-правовий характер ісламської держави. Це означає, що держава в цілому, а також усі ЇЇ органи і посадові особи, здійснюють свою діяльність у рамках, визначених ісламським правом. Злиття світського і духовного начал в єдине ціле сприяло абсолютизації релігійного авторитету, з одного боку, і зниженню значення адміністративно-бюрократичної ієрархії — з іншого. Будь-який чиновник завжди й у всьому повинен був погоджувати свої дії з приписами ісламського права.

Суттєвою рисою ісламського права є його тісна взаємодія з місцевими традиціями і звичаями. Як відзначав Р. Давид, чис­ленні ісламські суспільства, в яких визнають як один із символів віри досконалість і авторитет ісламського права, могли існувати століттями і продовжують існувати, головним чином, керуючись звичаєм1.

Отже, ісламське право є різновидом релігійних правових систем, головною особливістю якого є общинний характер, який означає, що сфера дії ісламського права поширюється залежно від належності до ісламської общини.

**3. *Джерела ісламського права***

До першої групи входять основоположні джерела — Коран і Сунна, що мають в ієрархії джерел найвищу силу і цінність. Вони мають божественне походження і на цій основі мають надіс-торичний характер та, отже, не можуть братися під сумнів.

Коран як головне джерело ісламського права вважається ані книгою права, ані кодексом, а є релігійним, філософським, ідео­логічним і моральним підґрунтям ісламського права і держави, початком у процесі їх формування і розвитку.

Коран посилався пророку Мухаммаду з 610 р. — початку його пророцтва — і аж до його смерті в 632 p., тобто про­тягом приблизно двадцяти трьох років. Коран складається з 114 сур (розділів) різних за обсягом, розділений на ЗО рівних джюс (частин), кожна з яких, у свою чергу, ділиться на дві хизб (час­тини), які також розділені, але вже на руби (чотири частини) і 6219 аятів (віршів)1. Приписи Корану, що мають регулятивний ха­рактер, утворюють джерело ісламського права, кодекс поведінки кожного мусульманина від народження до смерті. Вони є тим критерієм, який дозволяє відрізняти в будь-якій сфері життя іс­тинне від хибного, добре від поганого та халал (дозволене) від харам (забороненого). Корану властиві ті якості, яких позбавлені всі інші закони, складені людьми, — він не може бути виправле­ний, змінений. Тому ахкам (приписи) Корану залишаються незмінними протягом останніх майже 1400 років, тобто з часу його появи.

Тільки невелика частина аятів Корану містить нормативно-пра­вові положення, оскільки більшість з них стосується релігійних пи­тань, точну кількість яких важко встановити внаслідок нерозділь­ності ісламського права і релігії. Вони переважно розглядають питання шлюбу, полігамії, посагу, аліментів, прав і обов'язків подружжя, розлучення, заповіту, спадкування, договорів, позик, застави, судочинства та ін.

Сунна уточнює приписи Корану і містить вислови, рішення і дії Пророка Мухаммада, а також вислови і рішення його спод­вижників, схвалені ним. Крім деталізації і роз'яснень положень Корану, Сунна містить нові положення, що регулюють життя мусульман. Головною вимогою до таких нових положень є їх несуперечність Корану.

Вислови сподвижників Пророка Мухаммада також входять у поняття Сунни як джерела права, що вносять чіткість до різних аспектів ісламського права, оскільки сподвижники знаходилися поряд із Пророком і знали суть або ж передісторію різних проблем.

Сунна розповідає про буття і поведінку Пророка як приклад для керівництва дій віруючих. Вона стала підсумком тлумачення Корану в перші десятиліття після смерті Мухаммада, що прово­дилося найавторитетнішими в мусульманському світі богословами і юристами, відобразила політичну і релігійну боротьбу навколо його спадщини.

На відміну від Корану, що містить божественні одкровення, Сунна виступає як збірник традицій, що стосуються дій і висло­вів самого Мухаммада, відтворених і оброблених відомими в VII—IX ст. в період становлення і розвитку мусульманського права богословами і юристами. Зміст Сунни складають визнані достовірними хадиси, кожен з яких є переказом про вчинки і вислови Пророка Мухаммада.

Сунна, так само як і Коран, не містить нормативних положень, чітких вказівок на права і обов'язки сторін.

Друга група джерел ісламського права включає іджму і кіяс, які називаються похідними, оскільки вони є такими від двох перших джерел, і відображають процес доктринальної розробки ісламського права. їх авторитет також не береться під сумнів. Деякі дослідники ісламського права до них зараховують і ідж-тихад.

Іджма вважається третім за значенням джерелом ісламського права. Це узгоджена думка ісламських правознавців і богословів з релігійних і правових питаннях, що вимагають практичного за­стосування положень Корану і Сунни.

Ісламсько-правова доктрина виробила незмінний принцип, згідно з яким будь-яке узгоджене рішення в рамках іджми не може змінювати або скасувати положення, що містяться в Корані або Сунні. Слід підкреслити особливості юридичної сили іджми залежно від її характеру: якщо яка-небудь іджма спирається на тексти Корану і Сунни, вона не може бути скасована згодом іншою одностайною думкою; якщо ж іджма ґрунтується тільки на суспільних інтересах, вона може бути скасована в подальшому, якщо цього вимагає суспільний добробут.

Кіяс являє собою судження за аналогією, засноване на детальному вивченні Корану і Сунни, і охоплює безліч проблем, що виникають у процесі правового регулювання життя мусуль­ман.

Суть кіясу полягає в застосуванні тих чи інших установлених Кораном, Сунною або іджмою приписів до нових, не передбачених цими джерелами права випадків, тобто при тлумаченні закону му­сульманські юристи вдаються до міркування, намагаються поєд­нувати божественне одкровення з розумом людини.

Міркування за аналогією можна розглядати тільки як спосіб тлумачення і застосування права. Стосовно мусульманського права в науковій літературі, указується на обмежений характер аналогії. За допомогою судження за аналогією найчастіше можна знайти рішення, виходячи з існуючих норм права, що застосо­вується лише до даного конкретного випадку. Проте не можна сподіватися пристосувати до сучасності за допомогою цього ме­тоду всю систему мусульманського права.

Третю групу джерел ісламського права можна назвати додатковими, оскільки вони регулюють правові відносини, не врегульовані основоположними і похідними джерелами. Вони виступають як результат існування ісламської общини і правот-ворчої діяльності ісламських держав. До цієї групи входять такі джерела.

Фетва являє собою усні і письмові судження авторитетних теологів і правознавців на рішення світської влади, що прий­маються з питань соціального життя, а також тлумачать різні положення, що містяться в основних джерелах права, але мають загального характеру. Це офіційна думка, свого роду вердикт з якого-небудь релігійно-правового або соціального питання, що ви­носиться авторитетними релігійними діячами у відповідь на запит судді або іншої особи.

Фетва виноситься усно або оформляється у вигляді спеціаль­ного документа і може служити, підставою для судового рішення або для вибору стороною, що здійснює запит, певних дій. Часто фетви є формою реакції ісламських теологів-правознавців на події суспільно-політичного і культурного життя, що викликають спори як в ісламському світі, так і за його межами.

Урф (звичай) і адат (звичаєва практика) як джерела права за­требувані в тому випадку, якщо відсутні приписи Корану і Сунни з конкретного питання. Головна вимога, що висувається до них, — це повна відповідність основним принципам ісламського права. Якщо які-небудь із них суперечать будь-якому принципу ісламсь­кого права, вони втрачають юридичну силу. Ті ж, які узгоджу­ються з ним, фактично розширюють сферу його застосування і доповнюють його.

Фермани — це укази глави ісламської держави, які видаються для вирішення різних питань державного і суспільного життя. Правитель в ісламських країнах традиційно мав величезну владу, у зв'язку із чим видані ним акти завжди мали велике значення. Проте ухвалення всіх його актів повинне було здійснюватися з дотриманням основних принципів ісламу.

Таким чином, до класичного ісламського права непридатне за­хідне позитивістське розуміння джерел права як офіційних пись­мових документів, виданих від імені держави, в яких фіксується зміст окремих норм, інститути» і галузей права, що виступають офіційною, тобто визнаною державою формою вираження права.

**75. Исламская концепция прав человека.**

Исламская концепция прав человека представляет собой совокупность допустимых исламом норм, регулирующих взаимоотношения исламских государств с мусульманами и не мусульманами, проживающими на территории мусульманских государств, направленных на защиту прав и свобод человека. Источниками исламской концепции прав человека являются Коран, Сунна, Иждтихад, судебное решение и иные исламские соглашения по правам человека.

В исламе концепция прав человека строится на убежденности в том, что Всевышний, и единственно он, является автором закона и источником прав человека. Права человека, дарованные Всевышним, не могут в силу своего божественного происхождения быть сокращены или упразднены какой бы то ни было правящей группой. Исходя из принципа верховенства шариата, мусульманские юристы выделяют около 70 стихов (аятов) Корана, посвященных правам и обязанностям человека, в основе лежат такие начала, как достоинство и свобода человека, равенство и справедливость. Исключительность статуса личности по мусульманскому праву обуславливается содержанием и природой права на безопасную и достойную жизнь, свободу совести и вероисповедания, свободу мнения, права собственности, социальных прав.

В Исламе провозглашаются экономические, социальные, культурные, гражданские и политические права, которые схожи с теми правами, которые содержатся в Международной декларации прав человека, Международной Хартии экономических, социальных и культурных прав, Международной хартии гражданских и политических прав и других декларациях и конвенциях ООН.

Так, как и в Универсальной декларации прав человека, в Исламе также признает право на семью и частную жизнь, право на свободу передвижения и проживания, право на собственную культуру и язык, а также право на свободу совести. Универсальная исламская декларация прав человека 1980 года, однозначно утверждает, что «У каждого человека есть право на свободу совести и вероисповедания в соответствии с его религиозными убеждениями», что вытекает из коранического предписания о том, что в выборе религии не должно быть принуждения.

Среди политических прав особое место занимает положения о том, что «у каждого человека и у каждого народа есть неотчуждаемое право на свободу во всех ее видах: физической, культурной, экономической и политической – и у них должно быть право бороться всеми возможными способами против любого нарушения или попрания этих прав; и у каждого угнетенного человека или народа есть законное право поддерживать других людей или другие народы в этой борьбе». Ислам утверждает, что «протест и борьба против угнетения является правом и обязанностью каждого мусульманина, даже если ему противостоит глава государства». Право на протест связано с правом каждого человека участвовать индивидуально или коллективно в религиозной, политической, социальной или культурной жизни своего сообщества и учреждать специальные институты, предназначенные для поощрения того, что правильно (маруф) и предотвращения недозволенного (мункар).

Основное положение среди всех прав человека занимает право на жизнь. Согласно Универсальной исламской декларации прав человека» 1980 года, человеческая жизнь является священным правом, на защиту которого должны быть приложены все усилия. При этом особое внимание уделяется обращение с телом умершего человека: «Как и в жизни, так и после смерти святость человеческого тела не должна быть нарушена. Должный уход за телом умершего входит в обязанности верующих» В этом, как и в некоторых других вопросах, исламское право выходит за пределы того, что содержится в различных международных конвенциях и декларациях.

Среди экономических прав человека особое место занимает закят, выступающий как право бедных на обладание частью богатства всего сообщества, и в виду его обязательности как одного из пяти столпов Ислама, данное право является неотчуждаемым и неоспоримым правом в Исламе (Коран:«И на их богатство есть право голодных и нуждающихся» (51:12).

Очень важное место в Исламе занимают такие основные принципы демократии как верховенство закона (Ислам признает любые решения властей только в том случае, если они соответствовали Закону, что связано с концепцией «справедливого процесса»); принцип подотчетности народу (Так, Правители должны отвечать перед народом не только по вопросам, относящимся к управлению государством в целом, но и подробно информировать их о расходовании народных средств. У людей, в соответствии с этим принципом, также имеется право выбирать и смещать правителей»)

Проанализировав выше сказанное можно сделать вывод о том, что Исламская концепция прав человека основана на верховенстве прав человека и готовности мусульман соблюдать последние без вмешательства государства и особого аппарата принуждения.

**76. Иудейское (еврейское) право (особенности, источники).**

Іудейське (єврейське) право є однією з найдавніших правових систем світу релігійного типу і є релігійно-правовою системою, регулює суспільні відносини всередині єврейської общини, що сповідає іудаїзм.

Головна особливість іудейського права полягає в тому, що воно є складовою частиною іудаїзму. Це перш за все виявляється в їх загальному походженні, а також у спільності їх джерел. Як відомо, джерелом релігії і єврейського права є Біблія (її перші п'ять книг — П'ятикнижжя або Тора). Релігійні установки, які визначають ставлення людини до Творця, дотримання суботи і свят, закони кошерності та інші, є одночасно і правовими, і релігійними нормами. Норми іудейського права переплетені з релігійними нормами і переважно спрямовані на визначення обов'язків людини як члена єврейської общини. Вони регулюють ставлення членів іудейського суспільства до Бога, його законів і заповідей, до релігійних ри­туалів, до своєї держави, суспільних інститутів, до інших членів общини та іновірців.

Наступна особливість іудейського права полягає в тому, що для нього, на відміну від інших правових систем, харак­терний мононаціональний характер, тобто дія іудейського права поширюється тільки на одну націю — євреїв. Необхідно відзначити, що найважливіша функція іудейського права полягає в забезпеченні цілісності єврейського суспільства і підтримці його духовно-етичної і релігійної єдності.

Особливістю іудейського права є також принцип богообраності іудейського народу, його виділення Богом серед інших народів. Для забезпечення дії цього принципу іудейське право встановлює заборону на асиміляцію з іншими народами. Наприклад, забо­роняються шлюби з не євреями, а також звернення до неєврейських судових організацій та ін. «І не ріднися з ними: дочки своєї не даси його синові, а його дочки не візьмеш для сина свого, оскільки він відверне сина твого від Мене», — говорилося в «Повторенні Закону».

Важливою особливістю іудейського права є також те, що воно впродовж більшої частини своєї історії існувало і розвивалося без існування єврейської держави. Як відомо, іудейське право по­чало формуватися всередині єврейської общини в рамках власної єврейської держави. І незважаючи на те, що єврейський народ позбувся власної території, іудейське право як і раніше залиша­лося живим правом єврейської общини, що діяло, для тих, хто проживає в різних країнах світу. У зв'язку з цим

***Джерела іудейського права***

Найважливішим джерелом іудаїзму і іудейського права є Старий Завіт — частина Біблії, яка складається з декількох книг, написаних до пришестя Христа. Інша частина Біблії — Новий Завіт, книги якого були складені вже після його пришестя, — не визнається іудаїзмом. Оскільки іудаїсти визнають священними тільки заповіді Старого Завіту, його іноді називають єврейською Біблією.

Серед книг Старого Завіту особливе місце займає Тора (П'ятикнижжя Мойсея). Згідно з переказами, вона була послана Мойсееві Богом на горі Сінай. Тора — найважливіше, основопо­ложне джерело, яке традиційно розглядається в іудейському праві як своєрідна конституція єврейського народу. За змістом вона є викла­деними у віршованій формі різноманітними заповідями іудаїзму. Така форма викладення 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), «Дварім» (Повторення Закону).

Важливим джерелом іудаїзму й іудейського права є Талмуд. Після Біблії це — найважливіша і священна книга єврейського народу. За своєю структурою Талмуд неоднорідний: він є багато­томною збіркою єврейських релігійних, правових і етичних норм, складених у період з IV ст. до н.е. до V ст. н.е. Він ділиться на дві основні частини: Мішну і Гемару. Міншна — це збірник правил поведінки, складений єврейськими мудрецями впродовж перших двох століть нашої ери, в якій закріплено норми неписа­ного права, систематизовано різноманітні звичаї, правила моралі і закони єврейського народу. Гемара — своєрідна інтерпретація і тлумачення норм Мішни, яку впродовж III—V століть давали їй равіни. До талмудичної літератури належать також Барайті — тексти, не включені в Мішну і з часом об'єднані в окремі джерела. Юридичною складовою Талмуда є Галаха.

Галаха як джерело іудейського права розуміється широко і вузько. У широкому розумінні — це нормативна частина іудаїзму, що регулює релігійне, сімейне і цивільне життя євреїв. У вужчому сенсі — це сукупність законів, що містяться в Торі, Талмуді і в більш пізній равіністичній літературі, а також кожен із цих законів окремо.

Розвиток Галахи було зумовлено тим, що приписи Тори, яка не допускала ніяких змін і доповнень, часто не відповідали прак­тичним вимогам життя. Деякі положення вимагали тлумачення і пристосування до побутових і соціальних умов, що радикально змінилися.

Джерелом іудейського права є також Мідраш (або Мідрашим), який тлумачить та інтерпретує Тору. Формування цього джерела права пояснюється декількома причинами: по-перше, необхідністю чіткого з'ясування приписів Тори, яка має складну віршовану форму; по-друге, об'єктивною необхідністю пристосування Тори до мінливих суспільних відносин.

Співвідношення значення і впливу Тори й інших джерел Свя­щенного письма впродовж історії змінювалося. Як відзначає М. Елон, спочатку Тора була джерелом, яким керувалася і вчена людина у своїх заняттях, і суддя, який ухвалював рішення. Але після завершення редагування Талмуда Тора залишилася чимось на зразок конституції єврейського права, а талмудична література — Мішна, Мідрашим, Барайті, Єрусалимський і Вавілонський талмуди — стала основним джерелом права. Тільки базуючись на них, учений навчав своїх учнів праву, а суддя виносив вирок1.

Наступним джерелом іудейського права можна назвати звичай. Як відомо, звичай є першим джерелом права, у тому числі і для єврейського права. Після появи основного джерела іудейського права — Тори — головна вимога до нього полягала у відповід­ності його положень основним положенням Тори. Таким чином, звичаї доповнювали зміст іудейського права.

Законодавство (постанови і укази) — ще одне джерело іудейського права. Під ним мають на увазі акти, які прийняті мудрецями та регулюють різні сфери життя членів єврейської общини. Наявність подіб­ного джерела права істотно відрізняє іудейське право від інших релігійних систем, які позбавляють людину права змінювати норми, що даровані Богом.

Рішення єврейських судів також є самостійним джерелом іудейського права. Його формування і розвиток зумовлено існуванням судової автономії єврейських общин, яку вони мали в багатьох державах. Упродовж століть суди вирішували безліч різноманітних проблем, що виникали в практичному житті об­щини, використовуючи всі джерела іудейського права. Необхідно вказати, що поступово склався принцип, згідно з яким суди мали право ухвалювати рішення, яке відрізнялося від тих, що були передбачені в інших джерелах права, якщо вважали, що його буквальне застосування буде порушенням справедливості.

Збірки різноманітних судових рішень становлять важливу частину юридичної літератури. Наприклад, збірник «Питання і відповіді». Він містить судові рішення з різних питань, які приймали видатні єврейські правознавці, що жили в різних країнах у всі часи. В нього включено майже триста тисяч таких рішень.

Джерелом іудейського права є і доктрина, яка розглядається: як праці єврейських богословів; як думки різних іудейських ака­демічних шкіл; як ідеї рабинів і погляди щодо розуміння і тлума­чення різних біблійних положень і текстів1.

Таким чином, система джерел іудейського права відображає його специфіку і характеризує його як релігійне право.

**77. Иудейское (еврейское) право и право современного Израиля.**

Єврейський народ втратив свою державність і розвивався за таких умов майже два тисячоліття. З 1517 до 1917 р. Палестина (куди входила територія сучасного Ізраїлю) була провінцією халі­фату Османського, де застосовувалися норми ісламського права і закони, що приймалися на основі запозичень у романо-германського права, зокрема французького права.

Правова система Ізраїлю має змішаний характер: у ній є елементи романо-германського і загального права, а також релігійного — іудейського та ісламського права. Таким чином, іудейське право стало частиною його правової системи, але не його основою. Це пояснюється тим, що правова система Ізраїлю є територіальним правом, тобто його дія поширюється на всіх громадян, які проживають на даній території.

Проте іудейське право активно впливає на правове життя Ізраїлю. Це виявляється, перш за все, у закріпленні на державному рівні принципів і норм іудейського права. Так Декларація неза­лежності Держави Ізраїль закріпила принцип, згідно з яким Ізраїль визнається єврейською державою. Надалі цей принцип знайшов своє підтвердження у ряді законодавчих актів, схва­лених парламентом — Кнесетом.

Крім того, принципи єврейського права втілені не тільки в регулюванні шлюбно-сімейних відносин, але й у кримінально-пра­вових, цивільно-правових і трудових. Так принцип, що забороняє працювати у вихідний щотижневий день закріплено в законі «Про години роботи і відпочинку», який встановлює, що робочий тиж­день складається з 36 годин, а щотижневий відпочинок включає: 1) для євреїв день Шаббат; 2) для неєвреїв день Шаббата, неділя, п'ятниця. Дозвіл працювати у вихідний може бути виданий комісією у складі прем'єр-міністра, міністра у релігійних справах і міністра праці.

У теперішній час нормами іудейського права регулюються деякі сфери суспільних відносин, пов'язані з особистим статусом євреїв. За допомогою іудейського права вирішуються питання одруження, розлучень, матеріального утримання членів сімей, алі­ментів і управління особистою власністю. Крім того, регулюються відносини, що стосуються релігійного богослужіння і милосердя, інтерпретації релігійних концепцій (одруження і розлучення іно­земних євреїв і євреїв, які проживають в Ізраїлі). Іудейське право застосовується равінатськими судами, які, згідно із законом, з 1984 р. є складовими елементами судової системи Ізраїлю і мають виняткову юрисдикцію щодо всіх справ, які стосуються шлюбів і розлучень, а також деяких інших справ. Равінатські суди діють на підстав талмудичного права.

На основі Декрету, прийнятого в 1948 p., який передбачав, що закони, які не суперечать Декларації не­залежності і законам Ізраїлю, зберігають свою юридичну силу, продовжують діяти норми ісламського права, яке застосовується усередині арабської общини Ізраїлю. Згідно із закону «Про судову владу» з 1984 р. ісламське право застосовується шаріатськими судами, що розглядають справи, пов'язані з особистим статусом арабів (шлюби, аліменти, розлучення, усиновлення тощо).

Згідно із закону про основні права 1980 р. правова сис­тема Ізраїлю стала повністю незалежною від англійської пра­вової системи. Цей закон складається з двох статей. Перша стаття закріплює положення, згідно з яким рішення британської адміністрації про привілейований статус англійського законо­давства скасовуються. Друга стаття указує, чим повинен керу­ватися ізраїльський суддя при вирішенні спірних питань, а саме, якщо він не знаходить норму, що дозволяє вирішити спір, у писа­ному законі, судовій практиці, то він повинен виходити з принципів свободи, справедливості, миру і опираються на єврейські традиції.

Особливість правової системи Ізраїлю полягає в тому, що в Ізраїлі іудаїзм не проголошується як державна релігія, проте він відіграє вирішальну роль у державно-політичному житті ізраїль­ського суспільства. Проте розрив з іудаїзмом у будь-якій формі, зокрема перехід в іншу конфесію або виконання обрядів іншої релігії при формальному прийнятті іудаїзму, може негайно позначитися на громадському статусі людини.

Особливістю правової системи Ізраїлю є також відсутність у системі джерел права конституції як єдиного політико-правового документа, що має вищу юридичну силу. Конституція в Ізраїлі замінюється окремими Основними законами (10). Основна від­мінність полягає в тому, що вони не можуть бути припинені або змінені постановами про надзвичайний стан. Ще однією їх особ­ливістю є наявність так званих «укріплених» статей, які зміню­ються лише кваліфікованою більшістю голосів членів парламенту. У 1955 р. було закріплено пріоритет основних законів над звичай­ними, а Верховний суд Ізраїлю отримав право перевіряти зміст звичайних законів на відповідність Основним законам.

Вплив англійського загального права знайшов свій прояв, зок­рема, у визнанні судового прецеденту повноправним джерелом права Ізраїлю, хоча самі англійські судові прецеденти після 1948 р. не мають обов'язкового характеру. Суди Ізраїлю зараз орієнту­ються більше не на англійську, а на американську судову практику. Згідно із законом з 1957 р. кожен суд зобов'язаний керуватися судовим прецедентом, установленим вищим судом. Прецедент, установлений Верховним судом Ізраїлю, є обов'язковим для всіх судів, окрім нього самого. Унаслідок цього в Ізраїлі склався особ­ливе звід прецедентного права на базі рішень Верховного суду.

Іудаїзм відіграє значну роль у суспільно-політичному житті країни, особливо в галузі освіти. Релігійні навчальні установи складають 30% всіх середніх навчальних закладів Ізраїлю.

В Ізраїлі не тільки офіційно заборонені шлюби євреїв із неєвреями, але й ускладнено укладання шлюбів між представниками різних напрямів в іудаїзмі. Усі справи шлюбно-сімейного харак­теру віддані у виняткове ведення равінатських судів. Практично неможливий перехід євреїв в інше віросповідання, а для осіб, які сприяють такому переходу, передбачено кримінальне покарання.

**78. Отличительные черты и основные источники индусского права.**

Традиційно першим джерелом релігії і права індусів були веди, які були священними книгами, що містять божественні розпорядження. Ці книги є збірками релігійних пісень, молитов, текстів, гімнів, що з'явилися в період, починаючи з XIV по VI ст. до н.е. Незважаючи на те, що в них навряд чи можна знайти пра­вові конструкції, вони стали філософським і ідейним підґрунтям індуського права. Веди як священні книги визначали духовне життя індусів і виступали джерелом індуїзму і ісламського права.

Наступним джерелом індуського права є смріті, складені в IV—III ст. до н.е. У них містилися деякі правила, що регулювали поведінку членів індуської общини, які відбивалися, як вже наго­лошувалося, у найдавніших творах індуської літератури, що були коментарями до вед. По суті, смріті конкретизували положення вед і не могли їм суперечити.

Дхармашастри є наступним джерелом класичного індуського права і є збірниками розпоряджень релігійно-етичного і правового характеру. На думку деяких дослідників, формування індуського права починається саме з появи дхармашастр. Вони складалися із сукупності правил, що регулювали поведінку не тільки людей — представників різних каст, але й влади і навіть богів. Вони також містили норми поведінки членів різних каст щодо богів, царя, жерців, родичів, сусідів і навіть тварин.

Пізніше з'явилося наступне джерело класичного індуського права — коментарі до дхармашастрам — нібандхази, що є збір­ками висловів індуських філософів і знавців індуської релігії, що роз'яснюють складні і деколи суперечливі положення, які міс­тяться в дхармашастрах. Вони з'явилися в XI ст. і формувалися до кінця XVII ст.

Згідно з класичним індуським правом, законодавство не є джерелом права, оскільки «закони і накази — заходи, викликані тимчасовою необхідністю»1. Навіть при застосуванні закону правозастосовувачу надана можливість розширювального його тлума­чення з тим, щоб сприяти ухваленню рішення на засадах спра­ведливості.

Судова практика в індуському праві не вважається джерелом індуського права. Дія судового прецеденту обмежується роз­глядом конкретної справи, оскільки судові рішення диктуються обставинами конкретної справи.

Доктрина по праву може вважатися важливим джерелом ін­дуського права, наприклад смрити, коментарі до них і юридичні збірники, хоча в дхармі як доктринальному творі важко провести межу між нормами права і релігією, оскільки вони переплітаються один з одним.

Незважаючи на те, що сфера дії звичаєвого права поступово обмежується, старовинні місцеві звичаї як і раніше є джере­лами класичного індуського права. Ця обставина пояснюється особливостями розвитку середньовічного суспільства Індії. Звичай є віддзеркаленням тих подій, які мали місце в розвитку Індії впродовж усієї її історії.

Статус звичаїв як джерело індуського права закріплено дхар-машастрами, в яких містяться відсилання до звичаїв при регулю­ванні певних відносин. Головна вимога до них — повна відповід­ність філософським і соціальним засадам індуського права.

Індуське право приділяє велику увагу регулюванню сімейно-правових відносин. Згідно з традиційним індуським правом, шлюб — це нерозривний сімейний союз подружжя. Питання про розірвання шлюбу не розглядалося, хоча така можливість серед нижчих каст передбачалася. Також не були встановлені вікові обмеження для вступу у шлюб. Шлюб зазвичай укладався за домовленістю батьків.

Сфера спадково-правових відносин регулюється комплексом складних, неоднозначних і деколи суперечливих норм. Харак­терною рисою цих норм є те, що дана сфера жорстко регулюва­лася залежно від кастової системи. При цьому, як правило, ущем­лялися спадкові права жінок. Лише у першій половині XX ст. відбулися серйозні зміни в регулюванні спадково-правових від­носин. Було зроблено зусилля з модернізації норм класичного індуського права, що регулюють дану сферу. Було прийнято закон про усунення обмежень до спадкоємства індусів 1928 p., закон про право спадкоємства індусів 1929 p., закон про право влас­ності індуських жінок 1937 р.

Індуське право всесторонньо регулює і земельно-правові від­носини. Формування державної власності на землю пов'язане зі зміцненням державної влади і розширенням державної території. Земля безпосередньо переходила в царські володіння. Частина державних земель передавалася особам управлінського апарату у вигляді службової тимчасової платні. Управлінці набували права збору податків із общин, цілих областей, сіл, одного або декількох домогосподарств.

Своєрідним інститутом індуського права власності є «священна власність», тобто власність богів, а також релігійних, добродійних, приватних і публічних храмів, релігійних шкіл, на користь яких заохочувалися пожертвування. Власність, присвячена божеству, є вічною: вона, як і добродійно-релігійна, утворюється в результаті заповіту та дарування рухомого і нерухомого майна.

До традиційних інститутів індійського права належала і влас­ність «бінамі», що має схожість із довірчою власністю, під якими розуміються операції, де одна особа купує або передає майно від імені іншої особи, тобто є довіреною особою власника. В основі бінамі лежать речові відносини, коли певна ос»ба, як правило, перебуває або в споріднених відносинах із власником майна, або залежна від нього, приймає на себе права власника на користь засновника бінамі.

Нарешті, необхідно відзначити особливості інституту договору позики, відсотки по якому не можуть перевищувати подвоєної суми боргу. Це пояснюється тим, що індуське договірне право не знало обмежень строків стягнення боргу. Крім того, як указу­валося, нащадки по чоловічій лінії були зобов'язані виплачувати борги своїх батьків; усе це могло призвести до непосильного зростання суми боргу по відсотках.

**79. Индусское право и право современной Индии.**

Поняття «індуське право» не збігається з поняттям «правова система Індії» («індійське право»). Індуське право є правом общин, які проживають в Індії або інших країнах Східної Азії, також у країнах на східному узбережжі Африки, об'єднаних ін­дуїзмом. Сучасна правова система Індії є територіальним правом, чинність якого поширюється на всіх громадян Індії, незалежно від їх релігійної і громадської належності.

Конституційний розвиток Індії можна розбити на два етапи. Перший етап почався зі здобуття незалежності в 1947 р. і тривав по кінця 70-х pp. XX ст. Він пов'язаний з прийняттям Конституції Індії і широкомасштабними політичними і соціально-економічними перетвореннями, які змінили політичний устрій Індії. Другий етап почався з кінця 70-х pp. XX ст. і триває по теперішній час. Він пов'язаний з подальшим законодавчим забез­печенням процесів модернізації загальнодемократичних перетво­рені, у різних сферах життя суспільства.

Після проголошення незалежності Індії питання про ухвалення індуського кодексу виникло знову. Правова система Індії визнає конституційного контролю законів і рішень судових органів. Цюфункцію виконує Верховний суд Індії. Практика і ево­люція концепцій і доктрин, використовуваних Верховним судом Індії, свідчить про визнання цим найвищим органом конституцій­ного контролю найважливіших елементів і понять верховенства права та зміцнення позиції закону як основного джерела правової сік геми Індії.

Ухвалення Конституції незалежної Індії в 1950 р. стало базою для модернізації і кодифікації традиційного індуського права.

Необхідно відзначити, що спроби повної кодифікації норм ін­дуського права не мали успіху, і законодавець пішов шляхом регулювання окремих галузей, які входять у сферу інтересів ін­дуського права. Термін «кодекс індуського права» уживається для позначення сукупності цих законів.

Першим таким законом став закон про шлюб індусів 1955 p., що регулював сферу сімейних відносин. На додаток до цього за­кону в 1956 р. було прийнято ще три закони: про неповнолітніх і опікунство; про спадкування і усиновлення; про виплату коштів на утримання членів сімей. У результаті ухвалення цих законів помітно скоротилася сфера дії звичаїв і зросла роль кодифікова­ного індуського права.

Прийняті закони стали важливим етапом не тільки кодифікації, але й модернізації індуського сімейного права. На них позна­чилася низка основних принципів англійського сімейного права. Перш за все, це стосується визначення умов дійсності шлюбу. Недійсність шлюбу передбачає відсутність яких-небудь наслідків для подружжя. Також було закріплено моногамію, в той час як дхармашастри визнавали полігамію, хоча і з певними умовами. Закон про шлюб індусів 1955 р. скасував заборону на укладення шлюбу між представниками різних каст, а також закріпив рів­ність прав подружжя. Було встановлено вік для укладення шлюбу для чоловіків — 18 років, а для жінок — 15 років. У законі міс­тилося положення, згідно з яким оформлення індуського шлюбу здійснюється певними релігійними ритуалами і церемоніями, а не офіційною реєстрацією.

Головне значення цих законів полягає в тому, що в результаті їх ухвалення стала можливою модернізація шлюбного сімейного права відповідно до соціальних і політичних умов, які склалися в Індії після проголошення незалежності.

Конституцією 1950 р. скасовано всі правила, що регулю­вали притягання до відповідальності за порушення положень, пов'язаних із кастовою системою, тобто було заборонено кастову дискримінацію. На сьогодні в Індії функціонує сучасна політична система, в якій кастова система переживає процес корінних змін. Проте це не означає повного усунення кастових відмінностей. І сьогодні судові органи при вирішенні конкретних питань із за­стосуванням норм індуського права повинні визначити кастову належність осіб. В Індії, наприклад, в даний час налічується 70 мільйонів осіб недоторканних, яким заборонено користуватися загальними колодязями, ходити по праній стороні вулиці, відвіду­вати храми і т. in., хоча теоретично ці заборони зняті в сучасній Індії. Разом із тим, за ними заброньовано квоти в парламенті, внищих навчальних закладах, державних установах, недоторканні мають рінні політичні права з іншими громадянами країни. Але в сільській місцевості, де проживає абсолютна більшість населення країни, усе залишається по-старому. Нерівність, що увійшла до норми, тримає три чверті населення Індії. Разом із тим, у су­часній Індії спостерігаються тенденції, направлені на заміну тра­диційних концепцій права релігійного характеру сучасним світ­ським правом.

Права людини і багато інших демократичних норм і інститутів сучасної Індії не просто вписуються в традицію, але сприйма­ються свідомістю людей у звично традиційному дусі. Тут позна­чається ідейна терпимість, плюралізм, пошана до прав меншини, ненасильство. При цьому уточнено філософське розуміння вищих цілей і призначення людини, етично-духовний гуманізм сполу­чаються з визнанням природним станово-кастового розділення людей і сумнівом у необхідності рівності.

***Основні джерела і структура «індійського» права***

Закон і судовий прецедент є головними джерелами «індійсь­кого» права (правової системи Індії). Разом із тим, ці джерела повинні відповідати основним положенням Конституції. Важливо відзначити, що на підставі судових прецедентів в Індії виникло і посилилося так зване казуальне (судове) конституційне право, яке істотно доповнює і змінює зміст конституційних норм. За роки незалежності посилилася роль конституційних звичаїв, які набувають не тільки фактичного, але й суто правового характеру. Вони юридично закріплюються у рішеннях Верховного суду, що містять тлумачення Конституції, а іноді інкорпоруються поправ­ками в її текст (наприклад 42 і 44 поправки про взаємини Пре­зидента і уряду та конституціоналізації Кабінету міністрів). На відміну від англійського прецедентного права, в Індії судовий прецедент публікується із санкції держави.

Роль і значення звичаю як джерела класичного індуського права більш значущі в порівнянні з його місцем серед джерел права в правовій системі сучасної Індії. Використання звичаю як джерела права залежить від того, чи є норма відсилання на нього в писаному праві. Причому не тільки законодавство в рамках те­риторіального права санкціонує застосування звичаю, але й при­йняті відповідно до індуського і ісламського права кодекси.

Таким чином, система джерел «індійського» права відріз­няється від системи джерел індуського права. Дані відмінності виявляються при розгляді кожного джерела права.

Структура правової системи Індії характеризується тим, що в ній містяться правові норми, які представляють різні правові культури, тобто структура права, разом із галузями територіаль­ного права, складається з певних норм індуського і ісламського права, що діють щодо осіб, які сповідають відповідно індуїзм і іслам.

Для структури правової системи Індії не характерна сис­темність і послідовність. Відсутнє послідовне ділення права на публічне і приватне. Необхідно відзначити, що вона не визнає дуалізму приватного права.

Щодо регулювання сфери особистого статусу переважно діють норми індуського права, зокрема з питань сімейного права: за­конність дітей, опікунство, усиновлення, шлюб, сім'я, розірвання шлюбу, сімейна власність, спадкування згідно із законом і за­повітом, сумісна власність, деякі питання, що входять у цивільне право (договір позики і дарування).

Разом з індуським і ісламським правом в Індії діє так зване територіальне право. Воно є сукупністю правових норм, які не мають релігійної належності і застосовуються щодо всіх громадян, які проживають на території сучасної Індії.

Територіальне право є способом правового регулювання су­спільних відносин у масштабах усієї держави, щодо всіх гро­мадян, незалежно від релігійної і громадської належності.

Необхідно відзначити, що більшість законів, що регулюють цивільно-правові і торгові відносини, було прийнято в період ко­лоніальної залежності Індії. Як приклад можна назвати такі за­кони, як закон про договори 1872 p., закон про докази 1872 p., закон про довірчу власність 1882 p., закон про продаж товарів 1930 р. Проте після проголошення незалежності було прийнято нові закони, що доповнюють і модернізують старе законодавство. Серед них можна виділити закон про компанії 1956 p., договір про авторські права 1957 p., закон про позовну давність 1963 p., закон про патенти 1970 р. і ін.

Особливе місце в структурі «індійського» права займає трудове право, що має давню історію. Наприклад, акти про охо­рону праці були прийняті ще в 1881 p., 1891 р. та 1911 р. в період британської колонізації. Трудове законодавство, що ре­гулює діяльність профспілок, почало формуватися ще в 20-х р. XX ст. (зокрема закон про профспілки 1926 p.). Після прого­лошення незалежності дана сфера зазнає корінних змін. Було прийнято найважливіші закони, що забезпечують реформу тру­дового законодавства (закони про промислові конфлікти 1947 p., про фабричну працю 1948 р. та ін.).

Питанням регулювання кримінально-правових відносин по­чала приділяти увагу ще англійська влада. Перший Кримінальний кодекс Індії було прийнято, як уже наголошувалося, у 1860 р. Він набув чинності 1 січня 1862 р. і був заснований на запозиченні де­яких правових положень не тільки з англійського законодавства, але і з КК Франції. Також при складанні КК Індії було врахо­вано ті правові відносини, які склалися в індійському суспіль­стві, яке утворюють представники різних віросповідань і культур. У ньому містяться також і деякі елементи звичаєвого права. Усе це дозволяє говорити про оригінальність даного документа. Незважаючи на старовинний характер КК, він як і раніше є основним джерелом кримінального права.

У 1973 р. було прийнято Кримінально-процесуальний кодекс Індії, направлений на модернізацію кримінально-процесуального законодавства, зокрема отримали подальший розвиток гарантії права обвинуваченого, надані Конституцією.

**81. Общая характеристика африканского обычного права.**

Сім'я африканського звичаєвого права представляє собою форми регламентації суспільних відносин, що існують у країнах Африки і на Мадагаскарі, які ґрунтуються на державному визнанні соціальних норм, що склалися природним чином, і звичаїв, що перетворилися на звичку населення.

Оскільки протягом тривалого часу норми звичаєвого права мали усний характер у формі приказок, прислів'їв, міфів, то запис цих звичаїв є першим кроком до його уніфікації і систе­матизації. Африканське звичаєве право зазнало сильного впливу в колоніальний період. Вибір африканськими державами тієї чи іншої моделі правового розвитку був продиктований правовими системами колишніх держав метрополії.

Класичне звичаєве право входить у структуру сучасних пра­вових систем африканських держав, які включають також еле­менти, запозичені в різних правових систем.

**82. Особенности права суверенных африканских государств.**

У звичаєвому африканському праві відбивається африканський спосіб мислення, який, за словами Н. Рулана, є не ідеалістичним, не матеріалістичним, а реалістичним, оскільки видиме і невидиме, об'єкт і суб'єкт, природа і культура спільно беруть участь упорядку реальності.

Африканські суспільства не є однорідними. їх розділяють етнічні, мовні, релігійні, родоплемінні відмінності. Це є підґрунтям для формування різних систем звичаїв у різних співтовариствах, тому звичаєве право необхідно відрізняти від різноманітних зви­чаїв, які склалися в багатьох племен, що населяють Африку.

Як наголошувалося раніше, термін «звичаєве право» в законо­давстві багатьох африканських держав означає сукупність юри­дичних правил, заснованих на звичаях.

Суспільне життя і поведінка людей, що проживали на території Африки, регулювалися різноманітними і складними способами, які відобразилися в соціальних приписах, а саме в нормах і правилах, які поступово набули форму звичаїв. Головною рисою звичаїв, що склалися, є їх загальний і обов'язковий характер. Соціальна структура африканських суспільств визнавала поділ на племена і роди. В сферу соціального регулювання включалися питання внутрішньо родоплемінних відносин, а також питання, пов'язані зі статтю і віком.

Африканське звичаєве право не знало саме юридичних текстів і конструкцій, відображених у письмовій формі. Норми звичаєвого права містилися в приказках, міфах, прислів'ях і афоризмах, які традиційно передавалися в усній формі. Тому традиційне звичаєве право ще називають усним правом. Поширення і панування усного права передбачає географічну і соціальну близькість людей. На цій основі можна зробити висновок, що усне право і суспільний лад органічно доповнюють один одного.

Звичаєве право — це в значній мірі право груп і общин, а не право індивідуумів. Общинний спосіб життя передбачає єдність і взаємодоповнюваність та не сприймає розділення і протистав­лення як явища, що руйнують єдність общини. Головним суб'єктом права вступає община, плем'я, що мають свою внутрішню струк­туру. Наприклад, власність на землю не була приватною, а була суспільною і належала сім'ям або кланам. Дана риса властива всім галузям звичаєвого права. Воно недостатньо уваги приділяє суб'єктивним правам, акцент робиться на обов'язках у рамках соціальної общини. Відповідальність більшою мірою покладається на сім'ї і групи за проступок її окремих членів.

Для африканського звичаєвого права характерний нерозривний зв'язок правових і моральних норм, зокрема юридичні і моральні обов'язки не розрізняються.

Звичаєве право також було тісно пов'язане з релігією і з міфологічним ладом, який склався впродовж століть, тому його правові норми мали релігійний характер. Порушення будь-якого звичаю відповідно викликало негативну реакцію духів Землі.

Міфи породжували моральні, релігійні і юридичні правила, що регулювали життя в африканських традиційних суспільствах. В африканському звичаєвому праві тісно переплетені міф і закон. Міф виконує роль закону. Через приписи і заборони, що переслідують мету відновити порядок, порушений силами безладу, він затверджує гуманне суспільство, встанов­люючи в ньому ієрархію взаємодоповнюючих груп1. Особливість африканських традиційних суспільств полягала в тому, що людина може лише звертатися до права, оскільки міфи можуть творити право. Іншими словами, «міфічне» право було породженням різ­номанітних груп, що формували традиції суспільства, і відповідно, «міфічний» закон належав усьому суспільству, а не людині або будь-якому державному інституту.

Дотримання норм звичаєвого права було засноване на принципі добровільності. Звичай є обов'язковим не тільки через його повторюваність, а, швидше, через те, що його порушення може викликати на людину гнів надприродних і могутніх сил, з одного боку, і гнів суспільства — з іншого2.

Час, людина і простір — ось три сфери над якими, за словами Н. Рулана, завдяки своєму міфічному способу мислення панує африканське суспільство3. І це, звісно, характеризує афри­канське звичаєве право як явище консервативне. Це виявилося ще тоді, коли на території деяких африканських держав, зокрема в тропічній Африці, де поширився іслам, були зроблені спроби витіснити норми звичаєвого африканського права ісламським правом. Проте процес ісламізації не призвів до його витіснення. Особливо це стосується норм земельного і деліктного права. Скоріше можна говорити про взаємне переплетення норм іслам­ського права з місцевими традиціями і звичаями.

Звичаєве право спрямоване на забезпечення гармонії і збалансованості традиційного суспільства. Особливо це про­являється в разі виникнення порушень і конфліктів. Ця особливість звичаєвого права сприяє відновленню первинного порядку або максимально близького до нього. Таким чином, характеризуючи звичаєве право Африки, необхідно підкреслити його консерва­тизм.

Таким чином, звичаєве право — це сукупність норм, які не встановлюються органами державної влади, а виробляються протягом тривалого часу в будь-якому суспільному середо­вищі і стають юридичними, отримавши закріплення тим або іншим способом із боку органів державної влади. Воно є сукуп­ністю неписаних правил, що передаються усно з покоління в покоління.

**83. Общая характеристика китайського права.**

***Сучасна правова система Китаю***

Сучасна правова система КНР є симбіозом стародавніх правових традицій і сучасного законодавства, заснованих, з одного боку, на старокитайських філософських і правових концепціях, а з іншого — на ідеях «соціалізму з китайською специфікою» та деяких при­нципах романо-германського права. Змішаний характер китай­ської правової системи ускладнився після приєднання в 1997 р. колишньої англійської колонії Гонконг (нині провінції Сянган) до Китаю. Згідно з китайсько-британськими угодами, Сянгану надано особливий правовий статус, згідно з яким він має власну зако­нодавчу, виконавчу і судову систему, і лише питання зовнішньої політики і оборони делегуються центральним державним органам Китаю. Згідно із цими угодами, Китай підтверджує продовження чинності на території колишнього Гонконгу близько 140 законів Великобританії. Ці обставини указують на наявність у сучасній правовій системі Китаю деяких елементів загального права1.

Таким чином, правова система Китаю на сучасному етапі модернізована і своєю зовнішньою формою відображає романо-германську модель правового будівництва. Проте правовий мен­талітет китайців, їхня правова свідомість і правова поведінка не вписуються в романо-германську модель та залишаються в рамках традиційної конфуціанської концепції праворозуміння, де нраву в процесах суспільного розвитку відводиться не головна, а допоміжна роль. Причина цього очевидна і полягає в тому, що романо-германське право є продуктом західної цивілізації і роз­вивалося воно в рамках західної традиції права. Що стосується китайського права, то воно, як уже наголошувалося, має найдав­нішу історію і його формування й еволюція відбувалися в рамках тих історичних умов і в рамках тих філософських поглядів, які до­корінно відрізняються від західних. Сприйнята китайським правом структура романо-германського права, система його джерел, ко­дифікація, інші форми нормотворчої діяльності, а також юридична техніка, на ґрунті китайської дійсності справили великий вплив на розвиток китайського суспільства. Разом із тим, вони зазнали і східного впливу.

***Джерела сучасного права Китаю***

Основним джерелом сучасного китайського права є закон. Сис­тему законодавства очолює конституція. Швидке зростання законодавчого масиву після прийняття Кон­ституції 1982 р. є відмітною рисою сучасної китайської правової системи. У ході реформ правотворчими органами різного рівня прийнято велику кількість різних законів, які у світлі ситуації, що змінилася, виступають правовим підґрунтям широкомасштабних економічних і політичних реформ. Були прийняті такі кодифіковані акти, як Кримінальний, Кримінально-процесуальний, Цивільно-процесуальний, Лісовий і Водний кодекси.

Специфікою законотворчого процесу в Китаї є певний дуалізм у здійсненні законодавчих функцій. Згідно з Конституцією 1982 p., законодавча влада належить як Всекитайським зборам народних представників (ВЗНП), так і його Постійному комітету, що виконує в період між сесіями ВЗНП функції найвищого органу державної влади.

Джерелом сучасного китайського права є і підзаконні акти, такі як ухвали Постійного комітету ВЗНП, ухвали і розпоря­дження Державної ради, а також інші акти органів державної влади і управління.

Важливими джерелами права залишаються традиції і звичаї, які беруть свій початок у конфуціанстві. Через історичні і со­ціальні причини вони впродовж тисячоліть займали значне місце в правовій системі Китаю. Навіть законодавець виходить із кон­цепції створення сучасної законодавчої бази тільки у випадках подальшої нездатності традиціоналізму.

Судова практика на є джерелом права.

Міжнародні угоди та договори є джерелами права. Пріорітет міжнародних договорів.

**84. Общая характеристика правовой системы Японии.**

Японське право сформувалося під впливом концепції китай­ського праворозуміння. З другої половини XIX ст. настав період «вестернізації» японського права. Під впливом романо-германського права було прийнято конституцію, цивільний кодекс, кримі­нальний кодекс, торговий кодекс, а також ряд інших важливих нормативно-правових актів. Після Другої світової війни японське право відчуває на собі значних вплив американського права, унаслідок чого воно починає перебудовуватися, багато в чому за його зразком.

Витоки японського права багато в чому схожі з китайським правом, разом із тим воно має свою специфіку. Риси, властиві японській цивілізації, такі як колективне мислення, кланова вір­ність, самопожертвування заради загального блага, визначають специфіку японського права.

Сучасна правова система Японії має змішаний характер, оскільки вона базується, з одного боку, на етичних, релігійних і правових нормах, що склалися на основі звичаїв і традицій японського суспільства і старокитайських релігійно-філософських концепцій, а з іншого — на запозичених правових положеннях в інших правових систем.

Сучасна структура права і законодавства Японії, у своїй ос­нові, запозичена н романо-германського права. Зовнішня вестернілнція законодавства сприяла отриманню японським правом такої важливої ознаки, як системність, що виявляється в послідовному, чіткому, логічному викладенні нормативно-правового матеріалу в рамках правових інститутів, об'єднаних у галузі права.

Законодавчі акти, які були прийняті наприкінці XIX та напочатку XX ст., за своєю формою і змістом нагадують кодекси французького і німецького зразків. Як відзначає Р. Давид, японське суспільство за своєю структурою і за своїми звичаями 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 у судовому по­рядку1.

Прояв індивідуалізму, який пронизує весь зміст романо-германського права, так і не прижився до традиційних умов японсь­кого суспільства. Принцип індивідуалізму передбачає розроблення цілісної концепції прав людини і громадянина. Історія розвитку романо-германського права і його сучасний стан пронизані при­нципом захисту прав людини і створенням правової бази для їх реалізації. Проте традиційний устрій життя, соціальна струк­тура японського суспільства заперечують такий підхід. Сучасна правова система Японії побудована на традиційних началах зви­чаєвого японського права, хоча незаперечний факт зовнішньої вестернізації японського законодавства.

Розвиток японського права після Другої світової війни, як уже наголошувалося, проходить під знаком посилення впливу загаль­ного права, точніше — правової системи США. Це виявляється, перш за все, у змісті нової Конституції Японії 1946 p., де ці тен­денції яскраво виявляються. Подальша реформа кримінально-про­цесуального і цивільно-процесуального законодавства підтверджує цей факт. Прийняття в 1950-ті pp. XX ст. цілого ряду законодавчих актів у сфері економічних правовідносин підсилює цей вплив. Проте в цілому збереглася колишня кодифікована система, ос­нову якої складають раніше прийняті кодекси, незважаючи на те, що до них були внесені зміни відповідно до нової Конституції.

До теперішнього часу у Конституцію Японії 1946 р. не було внесено змін. Одна з причин її стабільності — дуже складний і одночасно жорсткий порядок внесення поправок. Відповідно до Конституції для її зміни необхідна згода не менше двох третин депутатів кожної палати парламенту і всенародний референдум.

У 1999 р. парламентом Японії було ухвалено рішення щодо створення дослідницьких комісій з метою проведення широкого і всебічного дослідження Конституції Японії. Ініціатори можливої конституційної реформи бачать майбутню японську конституцію в багатьох питаннях ближчою до мейдзийської, ніж до Конституції 1946 p., унаслідок чого, на їхню думку, японське суспільство в умовах такої конституції виявиться більш регульованим.

Можлива реформа в галузі конституційного будівництва, перш за все, відображає пошук Японією свого особливого, індивідуаль­ного місця в сучасному світі, що сприяє ослабленню зовнішніх чинників і зміцненню економічної та культурної природи країни, її національних традицій.

***Джерела сучасного японського права***

Головним джерелом сучасного японського права є закон, що являє собою нормативно-правовий акт, прийнятий найвищим за­конодавчим органом державної влади.

Систему законодавства в Японії очолює конституція — основний закон держави, якій повинні відповідати всі нормативно-правові акти. Згідно з Конституцією, формою правління в Японії є конституційна монархія. Імператор або регент, а також державні посадові особи, зобов'язані поважати і охороняти Конституцію. Верховний суд Японії наділений повноваженнями конституцій­ного нагляду щодо будь-якого закону, наказу, розпорядження або іншого офіційного акта1.

У системі законодавства найважливіше місце відводиться ко­дексам, що регулюють практично всі галузі японського права. Кодифікація в Японії має давню історію. Перші закони, які ком­плексно регулюють значні сфери суспільних відносин, нагадують кодекси і датуються, як уже наголошувалося, VII ст. Кодифікація в Японії, проведена в епоху Мейдзі, відкрила нову сторінку в історії японського права.

Специфіка законодавства як основного джерела японського права полягає в тому, що окрім Конституції і кодексів діють так звані основні закони, які регулюють питання, що стосуються основоположних сфер життя суспільства.

У Японії приватними видавництвами щорічно випускаються збірники законодавства, що носять назву «Повні зібрання шести законів» або ж просто «Шість законів». Дана назва виникла в кінці XIX ст., коли збірники законодавства складалися із шести чинних основних законодавчих актів: Конституції, Цивільного, Торгового, Цивільно-процесуального, Кримінального і Кримі­нально-процесуального кодексів. В даний час дані збірники охоплюють більшу частину норма­тивно-правових актів, оскільки з'явилася велика кількість нових галузей права і, відповідно, нових законів, що регулюють дані галузі. Це, перш за все, природоохоронне право, право соціаль­ного забезпечення, господарське право, інформаційне право та ін.

Підзаконні акти, що видаються на виконання законів виконав­чими органами державної влади, також є самостійними джерелами японського права. Серед них особливе значення мають урядові укази, що регулюють велику кількість питань, що належать до різних сфер життя суспільства.

Урядові укази приймаються Кабінетом Міністрів Японії на ви­конання положень Конституції і законів. При цьому в урядових указах не можуть міститися статті, що передбачають кримінальне покарання.

Такий підзаконний акт, як положення, видається муніци­пальними зборами префектур, міст, селищ і сіл як нормативний акт місцевого значення. При цьому максимальне покарання за порушення положень місцевих органів обмежується 2 роками ув'язнення. Такі справи розглядаються судовими органами держави.

Самостійним джерелом японського права є нормативно-пра­вовий договір, що являє собою угоду між сторонами, яка спрямо­вана на встановлення офіційних юридичних правил та закріплює взаємні права і обов'язки сторін. Він служить підставою для при­йняття інших нормативно-правових актів. Різновидом нормативно-правового договору є колективний договір між працедавцями і найнятими робітниками, інтереси яких представляє профспілка.

Відносно судової практики як джерела японського права не­обхідно відзначити, що аналогічно романо-германському праву, рішення судів офіційно не вважаються джерелом права. Проте на практиці нижчі судові органи не тільки не ігнорують, але вважають обов'язковими до застосування рішення вищих судових органів.

Звичаї також є джерелом японського права. У деяких ви­падках звичай має однакову із законом юридичну силу. Крім того, Цивільний і Торговий кодекси містять норми, що відсилають до застосування звичаїв при вирішенні різних питань. Необхідно від­значити, що їх роль як джерела права як і раніше значна, що пояснюється традиційним способом життя японців.

Згідно з декретом № 103, прийнятим у 1875 р. під назвою «Вказівка для органів судової адміністрації», у разі відсутності норми писаного права застосовуються звичаї, за відсутності відповідного звичаю суддя ухвалює рішення, ґрунтуючись на нормах «jori» (сьогодні цей термін трактується як «загальні принципи права»).

Самостійним джерелом японського права є також міжнародні акти і договори. У разі виникнення суперечності між нормами міжнародного і національного права, згідно з Конституцією Японії, пріоритетними є норми міжнародного права. Конституція Японії встановлює, що укладені Японією договори і встановлені норми міжнародного права повинні сумлінно дотримуватися. У разі ук­ладання урядом міжнародних договорів потрібне, залежно від об­ставин, попереднє або подальше схвалення парламента.